

Autorité administrative indépendante, le Conseil de la concurrence a été créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a été intégrée, en septembre 2000, dans le Code de commerce (livre IV). Chargé de veiller au bon fonctionnement des marchés, le Conseil de la concurrence dispose d'attributions contentieuses qui lui permettent de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Il exerce également une mission consultative et rend, à ce titre, des avis sur toute question de concurrence ainsi qu'en matière de concentration économique.

Le Conseil présente dans cet ouvrage non seulement le bilan de son activité en 2007, mais aussi des études thématiques centrées sur des sujets ayant donné lieu à débat ou qui ont connu des évolutions importantes. L'ouvrage propose, enfin, une analyse détaillée de la jurisprudence dont la vocation est de constituer un outil de travail pour les professionnels du droit de la concurrence.

Un CD-Rom comprenant les annexes du rapport est inséré en fin d'ouvrage.

La Documentation française
29-31, quai Voltaire
75344 Paris Cedex 07
Tél. : 01.40.15.70.00
Télécopie : 01.40.15.72.30
www.ladocumentationfrancaise.fr

Imprimé en France
DF : SCC 09910
ISBN : 978-2-11-006977-1
Prix : 30 €



2 0 0 7

Conseil de la concurrence - RAPPORT ANNUEL



Conseil de la concurrence

2 0 0 7
RAPPORT ANNUEL

dF

 La
documentation
Française 

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Jean-Louis Aribaud, Ingalill d'Armaillé, Philippe Choné, Thierry Dahan, Isabelle Douillet, Virginie Guin, Anne Krenzer, Laure Gauthier-Lescop, Yannick Le Dorze, Irène Luc, Esther Mac Namara, Isabelle Mauléon-Wells, Valérie Meunier, Nadine Mouy, Thierry Poncelet, Isabelle Sévajols, Sarah Subrémon, Juliette Théry-Schultz, Claire Villeval, Stéphanie Yon, Fabien Zivy.

Par délibération en date du 1^{er} avril 2008, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article R. 462-4 du Code de commerce, 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. 430-5, L. 462-1, L. 462-2, L. 462-3, L. 420-4 II, L. 430-8 IV et du titre III du même code, ainsi que sur le fondement des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du Code des postes et communications électroniques et sur ceux de l'article 8 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 et de l'article 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000.

«En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} 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, 2008

ISBN : 978-2-11-006977-1



Photo Hamilton/REA

Éditorial

L'année 2007 devait être l'aube d'un régime de croisière fondé sur un stock d'affaires maîtrisé, sur des modes d'intervention en prise avec le temps et l'activité des entreprises, sur un raisonnement ancré dans l'analyse économique et sur une organisation adaptée aux impératifs d'une régulation moderne de la concurrence.

Ces objectifs ont été atteints, mais 2007 a aussi marqué le point de départ d'un processus destiné à transformer, avec le plein soutien de l'institution, le Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence dotée d'attributions élargies.

Le bilan quantitatif et qualitatif de l'action du Conseil en 2007

Un portefeuille d'affaires maîtrisé et géré en prise avec le temps économique

Les grands indicateurs de l'activité du Conseil n'ont jamais été aussi bons qu'aujourd'hui. Il faut s'en réjouir, non seulement parce que ces résultats récompensent les efforts des membres et des agents de l'institution, dont je souhaite saluer l'engagement constant, mais aussi parce qu'ils la placent dans de bonnes conditions pour aborder la réforme.

Ce constat vaut au premier chef pour les indicateurs d'ordre quantitatif. La politique de maîtrise de notre portefeuille d'affaires a continué à porter ses fruits, pour la septième année consécutive. Le stock a ainsi été réduit de 180 affaires en 2006 à 155 affaires en 2007 – au-delà de l'objectif de 165 affaires que nous nous étions fixé en début d'exercice. Une mise en perspective donne la mesure de l'effort accompli : le stock actuel a diminué de plus de 60 % par rapport à celui existant en 2000. La part des affaires de plus de trois ans a, quant à elle, été ramenée à un niveau très proche de 10 %, niveau correspondant aux dossiers les plus volumineux et les plus complexes que traite le Conseil (pour la plupart des cartels dans lesquels les pièces se comptent en milliers de pages). Il en reste aujourd'hui moins d'une vingtaine, soit dix fois moins qu'en 2002 et moitié moins qu'en 2006.

Enfin, la durée moyenne des affaires est désormais stabilisée à seize mois pour les dossiers traités au fond, et à trois mois pour les mesures conservatoires. Ce dernier chiffre est remarquable, dans la mesure où le succès de cette procédure d'urgence, qui nécessite une mobilisation prioritaire des

services d'instruction et du collège, va grandissant : ce ne sont pas moins de six mesures conservatoires qui ont été prises par le Conseil en 2007, soit deux fois plus que l'an passé. Cette activité justifiait de consacrer, dans le présent rapport annuel, une étude thématique à cet outil, qui constitue, à bien des égards, une spécificité propre au droit français de la concurrence.

Il faut toutefois se souvenir que cet équilibre est fragile : plus le Conseil gagne en visibilité, plus il gagne en attractivité. On constate ainsi une augmentation très nette du nombre de plaintes adressées par les opérateurs : près de 60 saisines ont déjà été enregistrées au cours des cinq premiers mois de l'année 2008, contre 45 à la même époque en 2007, et 40 en 2006 ! Cette évolution donne à penser que le total annuel, qui se situait invariablement entre 100 et 110 depuis 2001, sera significativement supérieur au cours des années à venir. Or, le Conseil ne dispose pas de l'opportunité des poursuites, à la différence de la plupart de ses homologues étrangers. Il traite donc toutes les affaires dont il est saisi, à l'exception des quelques cas dans lesquels la saisine est irrecevable ou les faits prescrits, ce qui le conduit à rendre cinq à dix fois plus de décisions que les autres autorités européennes de concurrence... avec des services d'instruction d'une cinquantaine de personnes, en incluant les économistes, contre le triple en Allemagne ou au Royaume-Uni !

Une triple volonté de dissuasion, de persuasion et de pédagogie

4

Les indicateurs qualitatifs sont, eux aussi, très positifs. La politique de dissuasion, ciblée sur les pratiques portant atteinte au bien-être des consommateurs et causant un dommage à l'économie – cartels, bien sûr, mais aussi certaines pratiques verticales, comme le fait d'imposer des prix de revente aux distributeurs, et certains abus de position dominante – s'est inscrite dans le prolongement de la tendance à la fermeté observée au cours des dernières années. 24 décisions sont venues sanctionner des pratiques de ce genre en 2007, pour un montant total de 221 millions d'euros, à comparer aux chiffres des années antérieures (754 millions d'euros en 2005 et 128 millions d'euros en 2006). En outre, les sanctions importantes ne se limitent plus à une ou deux affaires : six décisions ont imposé une amende comprise entre 20 et 47 millions d'euros.

Dans le même temps, le déploiement des procédures négociées s'est poursuivi à un rythme tout aussi soutenu que les années précédentes. Des engagements volontairement fournis par les entreprises en réponse aux préoccupations de concurrence du Conseil ont permis, dans neuf affaires, de clore la procédure avant tout constat d'infraction. Compte tenu de la richesse et de la variété de l'expérience acquise en ce domaine, le Conseil a d'ailleurs synthétisé sa pratique décisionnelle et fourni tout un ensemble d'indications concrètes aux entreprises dans un communiqué de procédure, adopté le 3 avril 2008 et mis en ligne sur son site internet. Par ailleurs, l'absence de contestation des griefs notifiés par les services d'instruction du Conseil et la prise d'engagements destinés à assurer la conformité du comportement de l'entreprise avec le droit de la concurrence ont permis d'accorder des réductions d'amendes dans un cas de sanction sur quatre, soit au total six affaires, contre une seule l'année précédente. Toutes ces

décisions ont, bien sûr, été l'occasion, pour le Conseil, de prendre position sur des points nouveaux ou de préciser sa pratique décisionnelle. L'équilibre entre la répression, d'une part, et la pédagogie, d'autre part, est donc maintenant bien établi.

Mais il ne faut pas oublier que la pratique décisionnelle ne se limite pas à cette alternative. Plusieurs décisions de non-lieu, auxquelles se sont ajoutés de nombreux avis rendus à la demande du Gouvernement, des régulateurs sectoriels, de collectivités territoriales ou encore d'organisations représentatives, sont venus donner des signaux positifs aux acteurs, que ce soit sur la légalité de tel ou tel comportement au regard du droit de la concurrence, sur des questions générales de concurrence ou encore sur des projets de concentration. C'est au total plus du tiers des prises de position du Conseil en 2007 (neuf décisions de non-lieu et 17 avis sur un total de 67 décisions et avis instruits au fond) qui a contribué, sous des formes bien sûr différentes, à la diffusion d'une pédagogie de la concurrence, sur des questions souvent importantes. L'actualité retiendra notamment l'avis favorable donné le 26 septembre au projet de rapprochement entre les activités de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et d'Unibail dans le secteur de la gestion de sites de congrès et de l'organisation de foires et de salons, ainsi que l'avis donné au ministre de l'Économie le 11 octobre à propos de la législation sur l'équipement commercial, dont le diagnostic, cohérent avec celui de la Commission pour la libération de la croissance française, a conduit le Gouvernement à entreprendre une réforme significative dans le cadre du projet de loi de modernisation de l'économie.

Le partenariat avec les autres acteurs de la communauté de la concurrence

La dernière série d'indicateurs, non moins importants, de l'activité du Conseil concerne ses relations avec ses principaux interlocuteurs. La liste en est longue : les consommateurs et les entreprises, ainsi que leurs associations représentatives, bien sûr, mais aussi les pouvoirs publics – Gouvernement, Parlement, autorités de régulation, collectivités territoriales –, les institutions européennes, les autorités de concurrence d'Europe ou de pays tiers, ou encore les juridictions de contrôle. À défaut de pouvoir retracer le détail d'une année particulièrement riche à cet égard, je voudrais revenir brièvement sur deux points.

Les relations que le Conseil entretient avec les entreprises et les consommateurs ont été marquées, ces dernières années, par un enrichissement profond. L'année 2007 est le point d'orgue de cette évolution. Le Conseil continue à informer et à rendre compte, d'une manière qui se veut plus adaptée à nos différents interlocuteurs ; la version « grand public » du rapport annuel, lancée en 2006, et la lettre d'information quadrimestrielle, créée en 2008, l'illustrent. Mais il a aussi pris l'habitude de travailler main dans la main avec eux. La concertation menée en 2006-2007 avec les avocats spécialisés en droit de la concurrence s'est traduite, en septembre 2007, par l'adoption de bonnes pratiques procédurales destinées à compléter, sur des points relevant de la gestion concrète des affaires, un Code de commerce déjà particulièrement soucieux du respect des droits de la défense, en comparaison des législations étrangères. Celui-ci prévoit en

effet deux séries d'échanges écrits, et impose la tenue systématique d'une séance contradictoire donnant l'occasion aux plaignants et aux entreprises de confronter leurs arguments et de répondre à ceux des services d'instruction devant un collège appelé à statuer en toute indépendance. Le lancement d'une consultation publique sur notre communiqué de procédure sur les engagements, le travail accompli avec certains avocats au sein du réseau international de concurrence (ICN) et le colloque prévu en septembre 2008 sur la « compliance » montrent eux aussi que cette méthode a, je crois, un bel avenir devant elle.

Évidemment, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation occupent une place à part au sein de la communauté de la concurrence, puisqu'il leur revient de contrôler les décisions du Conseil. Le taux de confirmation de celles-ci par la cour d'appel de Paris s'est maintenu cette année au niveau des années précédentes, autour de 80 %. Une lecture plus fine du contentieux de la concurrence fait ressortir que les sanctions sont, dans leur grande majorité, validées par la cour d'appel. Cette position est en pleine cohérence avec la loi NRE de 2001 : en alignant le plafond des amendes sur celui prévu par le droit communautaire, le Parlement a en effet donné un signal très clair en faveur d'une sévérité accrue envers les entreprises violant le droit de la concurrence.

L'analyse de la jurisprudence montre également que notre procédure a trouvé son point d'équilibre. La séparation des fonctions d'instruction et de décision, elle aussi mise en place par la loi NRE en 2001, garantit le respect des droits de la défense. Depuis 2001, sur les quelque 150 décisions du Conseil ayant fait l'objet d'un recours, la cour d'appel n'a conclu qu'à une seule reprise à une violation du principe du contradictoire, liée à la rédaction insuffisamment précise d'une notification de griefs, et n'a jamais relevé de manquement à la séparation des fonctions entre les services d'instruction et le collège.

Quant au fond, la construction de notre droit de la concurrence doit beaucoup à la cour d'appel, que celle-ci confirme les décisions du Conseil ou opte pour une lecture différente de la sienne. L'échange avec le juge, que le législateur a encouragé en permettant en 2005 à l'autorité de la concurrence de présenter des observations à l'audience, est devenu un élément important de notre système de régulation de la concurrence. Il faut s'en féliciter, et espérer que la spécialisation des juridictions intervenue depuis lors, contribuera à diffuser encore davantage la culture de la concurrence et de l'analyse économique.

La réforme du système de régulation de la concurrence

Compte tenu de ces résultats, le Conseil me semble prêt à aborder, dans les meilleures conditions possibles, la réforme du système français de régulation de la concurrence. Celle-ci est axée sur la création d'une autorité unique et indépendante, comme dans vingt-quatre – et bientôt vingt-cinq – des vingt-six autres États membres de l'Union européenne. Il lui faut toutefois anticiper l'impact que celle-ci aura sur son fonctionnement, et prêter une attention particulière à sa mise en œuvre.

La transformation du Conseil en Autorité de la concurrence

Le projet de loi de modernisation de l'économie actuellement en cours d'examen au Parlement, qui prévoit la transformation du Conseil en Autorité de la concurrence, parachèvera une évolution ayant conduit à transférer progressivement la mission de réguler la concurrence à une autorité administrative indépendante. La Commission de la concurrence créée en 1977 et transformée en Conseil de la concurrence en 1986 se muera donc en Autorité, d'ici la fin de l'année. Selon les termes du projet de loi, qui reprend une grande partie des préconisations présentées au Président de la République et au Premier ministre par la Commission pour la libération de la croissance française, cette Autorité devrait rassembler l'ensemble des attributions nécessaires à la régulation de la concurrence. En outre, l'intervention de cette nouvelle Autorité devra être clairement articulée avec celle permettant au pouvoir exécutif de faire prévaloir d'autres considérations d'intérêt général que la concurrence vis-à-vis d'opérations de concentration stratégiques, selon les lignes de partage communes aux autres grands pays d'Europe.

Cette réforme n'est pas une réforme technique intéressant la seule communauté de la concurrence. C'est une réforme importante pour les entreprises et pour les consommateurs. Comme l'a noté le Conseil dans l'avis qu'il a rendu à ce sujet le 18 avril dernier, *« les règles de concurrence, qui ont pour objectif de garantir le bien-être des consommateurs en veillant à ce que les acteurs économiques améliorent leur efficacité sans abuser de leur pouvoir de marché, sont un puissant levier de croissance, et par conséquent d'emploi et de pouvoir d'achat. Il est donc crucial pour les consommateurs et pour les entreprises, mais aussi pour les pouvoirs publics, de s'assurer le concours d'une Autorité de la concurrence capable de surveiller efficacement le marché et, lorsque la concurrence est menacée, d'intervenir à la fois vite et bien, grâce à une procédure totalement intégrée, depuis l'enquête jusqu'à la vérification de la bonne application des décisions, ainsi qu'à une panoplie complète d'outils permettant d'agir de la manière la plus appropriée sur les comportements ou sur les structures »*.

On peut donc se réjouir de l'ordonnance annoncée, qui nous rapprochera des meilleurs standards en vigueur à l'étranger et mettra davantage la concurrence au service des citoyens et de leurs représentants.

L'adéquation des moyens aux objectifs

Comme tout changement, la réforme apportera avec elle son lot de questions et de défis nouveaux. Les compétences transférées à la future Autorité ou créées à son intention sont substantielles : contrôle concurrentiel des opérations de concentration, surveillance de l'exécution des décisions, avis d'initiative sur des questions de concurrence, des textes ou des projets de réglementation, etc.

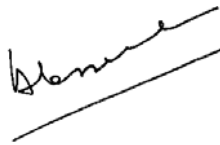
Au-delà du traitement des cas individuels, qui constitue le cœur de métier historique de l'institution, ces attributions permettront de prendre de la hauteur, d'appréhender de manière plus globale et plus efficace la situation de certains secteurs, de faire davantage d'« *advocacy* » à l'intention des décideurs privés ou publics lorsque cela peut être utile, et de mieux

valoriser les solutions et les atouts de notre approche de la concurrence à Bruxelles ou à l'international.

Pour réussir la réforme, il faudra mettre toutes les chances de notre côté, en préparant une feuille de route, en tirant profit des expériences déjà acquises, en intégrant les équipes actuelles d'enquêteurs et de rapporteurs, en calant rapidement les nouveaux instruments et en garantissant à tous – entreprises et consommateurs, mais aussi agents de la future Autorité – le bénéfice d'une transition ordonnée et rapide.

Mais la valorisation des acquis et des talents individuels devra aller de pair avec une réflexion sur les moyens que notre pays alloue à la régulation de la concurrence. Le Conseil de la concurrence est une administration de mission. Ses 130 agents seront rejoints, dans quelques semaines ou quelques mois, par les équipes actuellement chargées des enquêtes nationales de concurrence et des concentrations à la DGCCRF. L'intégration des activités d'enquête et d'instruction, qui constitue l'un des piliers de la réforme, devrait se traduire par la mise en place d'un service d'instruction unifié, offrant de nouvelles perspectives à l'institution aussi bien qu'aux personnes qui y travaillent. Nos rapporteurs sont issus d'horizons très différents : magistrats, fonctionnaires de la DGCCRF, avocats, économistes, etc. Le Conseil fera tout pour que les personnes exerçant actuellement des fonctions d'enquêteurs de concurrence, mais aussi celles qui gèrent les dossiers de concentration, dont le travail est important et difficile, puissent s'accomplir dans la future Autorité.

Mais si l'on souhaite que ces équipes – dont l'effectif restera limité par rapport à celui des autorités européennes comparables, telles que le *BundesKartellamt* allemand ou l'*Office of Fair Trading* britannique – puissent effectivement mettre en œuvre les compétences transférées à l'Autorité, il faudra qu'elles puissent bénéficier d'un transfert de moyens budgétaires et technologiques. Or, le Conseil est l'une des plus anciennes autorités administratives indépendantes dédiées à la régulation économique. Ses moyens sont nettement inférieurs à ceux des autorités créées depuis lors, à vocation sectorielle pour la plupart. Il est donc important de réfléchir à la mise à niveau des moyens affectés à la mission transversale de régulation concurrentielle des marchés, que le Gouvernement et le Parlement veulent renforcer.



Bruno Lasserre
Président du Conseil de la concurrence

Sommaire

Rapport d'activité	11
Études thématiques.....	41
Analyse de la jurisprudence.....	123
Rapport du ministre de l'Économie.....	363
Textes	383
Organisation	517
Index.....	533
Recours devant la cour d'appel de Paris.....	551
Liste des avis et décisions	557

111 Rapport d'activité

Rapport d'activité

Chapitre I – Activité du Conseil en 2007	15
Flux et stock d'affaires	15
Saisines nouvelles	15
Affaires terminées	16
État du stock des affaires en instance	16
Délibérations du Conseil	18
Activité du collège	19
Analyse des saisines	19
Affaires traitées	20
Les sanctions pécuniaires	23
Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence	24
Taux de recours	25
Bilan qualitatif	25
Les sanctions <i>ex post</i>	26
Chapitre II – Organisation et fonctionnement	26
Actualité du collège	26
Évolution de l'organisation	27
Le service juridique	27
Le service économique	27
Le service du président	27
Le service communication	28
Les effectifs	28
La répartition des effectifs	28
Mouvement de rapporteurs	29
Budget	29
Recouvrement des sanctions	29

Chapitre III – Le Conseil et le Réseau européen de concurrence 30

Activité générale 30

La réunion des directeurs généraux 30

Les réunions plénières..... 31

Les réunions d’experts..... 31

Activité sectorielle 33

Activité relative à l’instruction des cas..... 35

Activité liée aux cas instruits par le Conseil 35

Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne 38

Rapport d'activité

Le Conseil de la concurrence

1 Activité du Conseil en 2007

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 2007, le Conseil a enregistré 92 saisines nouvelles, dont 72 saisines contentieuses (fond, demandes de mesures conservatoires et respects d'injonction) et 20 demandes d'avis (dont une de clémence). Ce chiffre, légèrement inférieur à celui des années précédentes, est dû à un décrochage de fin d'année (sept saisines en décembre 2007 contre quatorze en décembre 2006) et à un effet report sur janvier 2008.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Saisines contentieuses	93	135	109	109	102	82	79	70	70	75	72
Demandes d'avis	27	29	27	35	25	26	18	30	35	28	20
Total	120	164	136	144	127	108	97	100	105	103	92

Le nombre de saisines contentieuses est resté relativement stable, au regard du niveau moyen constaté depuis 2002. Le nombre de demandes d'avis est, en revanche, inférieur à la moyenne de ces dix dernières années, la baisse s'expliquant essentiellement par l'absence de demandes d'avis sur l'analyse de marchés de télécommunications.

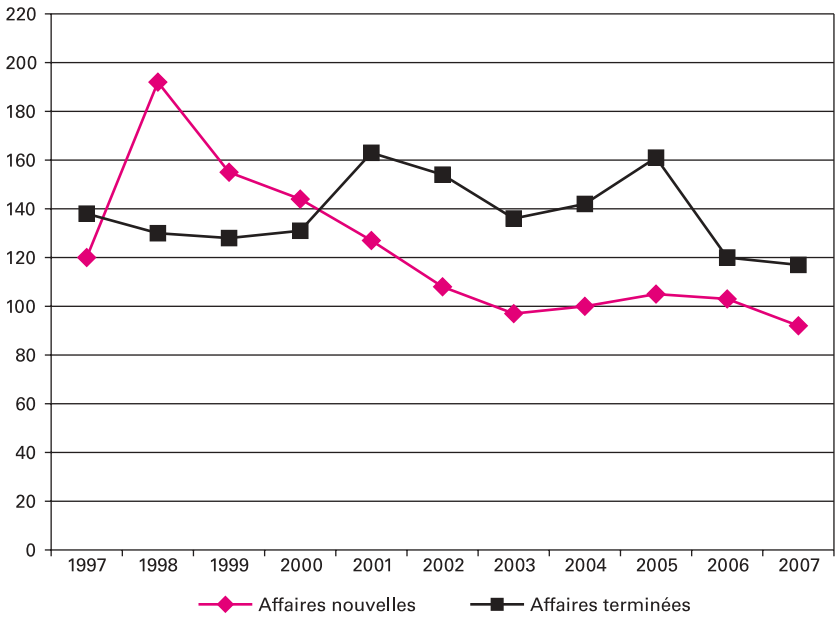
Affaires terminées

En 2007, 117 dossiers ont été terminés, soit un niveau équivalent à celui de l'année précédente, ce qui confirme l'achèvement progressif du déstockage des affaires anciennes. Le régime de croisière, atteint en 2007, doit conduire en 2008 à un nombre d'affaires terminées encore plus proche du nombre d'affaires nouvelles, dans l'hypothèse où ce dernier reste au niveau observé ces dernières années. Cette hypothèse reste néanmoins fragile puisque un afflux de saisines est toujours possible.

Tableau 2 : Affaires terminées

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Affaires contentieuses	111	108	106	96	138	130	108	112	127	90	89
Demandes d'avis	27	22	22	35	25	24	28	30	34	31	28
Total	138	130	128	131	163	154	136	142	161	121	117

Sur les dix dernières années, l'évolution de l'activité fait apparaître trois périodes : une période de dégradation du stock entre 1997 et 2000, une période de déstockage de 2001 à 2005 et, depuis deux ans, l'apparition d'un régime de croisière en voie de stabilisation.



État du stock des affaires en instance

Le nombre d'affaires terminées ayant été plus élevé que celui des affaires nouvelles, l'année 2007 a connu à nouveau une baisse du stock, amplifiée par le tassement passager des saisines en fin d'année.

Tableau 3 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2006	2007		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2007
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	161	57	74	144
Mesures conservatoires	6	13	13	6
Respect d'injonction	2	2	2	2
Avis	11	20	28	3
Total	180	92	117	155

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

Tableau 4 : État du stock

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Stock au 1 ^{er} janvier	333	315	377	404	417	381	335	296	254	198	180
Affaires nouvelles	120	192	155	144	127	108	97	100	105	103	92
Affaires terminées	138	130	128	131	163	154	136	142	161	121	117
Variation du stock	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39	-42	-56	-18	-25
Stock au 31 décembre	315	377	404	417	381	335	296	254	198	180	155

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.

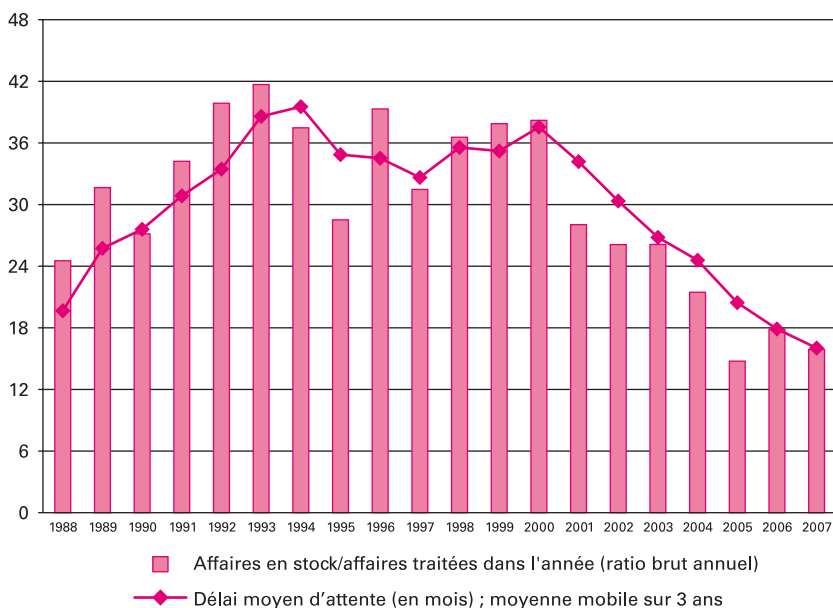
Il s'agit d'un indicateur « *prospectif* » et non d'un indicateur de durée de traitement des affaires réellement constaté. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée de traitement des dossiers.

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.

La situation de la « *file d'attente* » est aujourd'hui la meilleure que le Conseil ait jamais connue depuis sa création au 1^{er} janvier 1987. Cependant, le délai moyen de traitement effectif des affaires, constaté *ex post*, ne viendra s'ajuster que progressivement sur le délai « *attendu* » tiré de l'observation de la file d'attente.

(en mois)



Indicateur d'ancienneté du stock

Tableau 5 : Indicateur d'ancienneté du stock

Année de saisine	En stock au 31/12/2003	En stock au 31/12/2004	En stock au 31/12/2005	En stock au 31/12/2006	En stock au 31/12/2007
Avant 2000	101	56	10	3	1
2000	38	26	12	6	0
2001	58	47	22	8	1
2002	37	27	17	7	3
2003	62	40	34	22	7
2004		58	32	21	7
2005			71	43	28
2006				70	47
2007					61
Stock total	296	254	198	180	155

Le tableau ci-dessus traduit le rajeunissement massif du stock des affaires en cours puisque 70 % des affaires sont des affaires de l'année ou de l'année précédente. Le nombre d'affaires de plus de trois ans a été ramené à 19 en 2007 (12 % du stock total) au lieu de 46 en 2006 (25 % du stock total), atteignant ainsi l'objectif que s'était fixé le Conseil d'un partage 90 %/10 % entre affaires de moins de trois ans et affaires de plus de trois ans.

Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil en 2007 a été équivalente à celle de l'année dernière, légèrement inférieure à la moyenne de long terme (environ 100

séances par an), reflétant la baisse du stock d'affaires en état d'être audien-
cées. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil
dans ses différentes formations sur les six dernières années.

Tableau 6 : Séances

2002	2003	2004	2005	2006	2007
100	100	109	123	90	94

En 2007, la répartition des séances entre les différentes formations s'est
faite de la façon suivante : 44 réunions en sections, 50 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 pro-
noncé de ces décisions.

Analyse des saisines

Nature des saisines contentieuses

Le tableau suivant présente le nombre et l'origine des saisines contentieu-
ses de fond du Conseil depuis six ans.

Tableau 7 : Origine des saisines au fond

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Ministre chargé de l'Économie	11	16	10	15	17	13
Entreprises	34	34	31	23	29	32
Organisations professionnelles	4	4	1	6	0	2
Associations de consommateurs	4	2	0	1	0	3
Collectivités territoriales	0	1	0	1	3	1
Autres (y compris irrecevables)	0	0	0	1	2	3
Saisines d'office	5	2	6	9	9	3
Respect d'injonction	0	3	5	0	0	2
Total	58	62	53	56	60	59

Le nombre de saisines au fond est stable depuis 2002. La structure géné-
rale l'est également : les saisines directes représentent la moitié des affai-
res, les saisines ministérielles un quart. La variation des saisines d'office
est fortement liée au nombre des affaires de clémence.

Demandes de mesures conservatoires

Tableau 8 : Demandes de mesures conservatoires

2002	2003	2004	2005	2006	2007
24	17	17	14	15	13

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 celles de janvier sont relativement substituables et s'inscrivent dans des calendriers de traitement comparables. Cet effet de césure a été très net entre décembre 2007 et janvier 2008.

Demandes d'avis

En 2007, 20 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- quatre sur le fondement de l'article L. 430-5 du Code de commerce, qui prévoit les conditions dans lesquelles le ministre chargé de l'Économie consulte le Conseil sur les opérations de concentration ;
- cinq 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 ;
- deux sur la base de l'article L. 462-3 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité de consultation du Conseil par des juridictions ;
- une sur la base de l'article L. 464-2 IV du Code de commerce, 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 ;
- deux à la demande des régulateurs sectoriels (les deux demandes émanent de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes – ARCEP) ;
- une sur la base de l'article L. 430-8-IV du Code de commerce, qui prévoit que le Conseil peut être consulté par le ministre chargé de l'Économie pour le suivi d'engagements souscrits lors d'une opération de concentration ;
- une sur le fondement de l'article L. 420-4-II du Code de commerce (exemptions).

Affaires traitées

Ventilation des décisions et avis

Le nombre total de décisions et avis rendus en 2007 s'est élevé à 106. Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre de décisions et avis depuis 2004, et leur répartition :

Tableau 9 : Décisions et avis

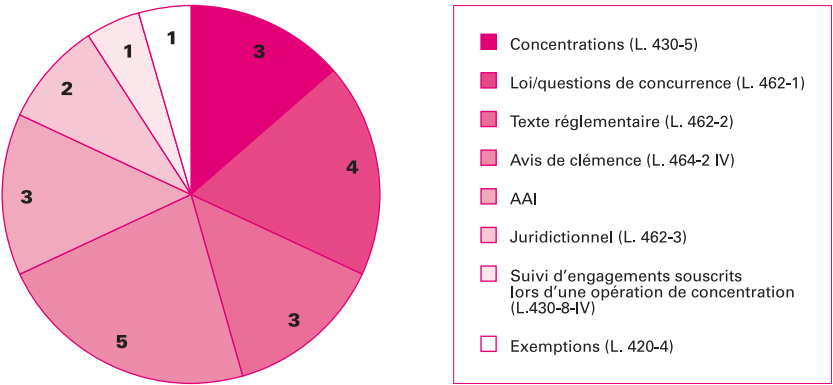
	2004	2005	2006	2007
Affaires instruites au fond	79	75	40	50 ¹
Mesures conservatoires ²	2	0	3	6
Désistement/classement	22	23	34	26
Avis de clémence	5	4	7	5
Avis	23	24	23	17
Total (D+MC+C+AC+A)	131	126	107	104
Sursis à statuer	2	1	4	2
Total 2 (D+MC+C+AC+A+S)	133	127	111	106

1. Affaires instruites = 24 décisions de sanction + 9 décisions de non-lieu + 8 irrecevabilités/rejets + 9 engagements.
2. La comptabilisation du nombre de mesures conservatoires a changé depuis 2003 : ne sont prises en compte désormais que les MC octroyées.

Le nombre de décisions rendues est stable, avec une légère hausse des décisions rendues au fond. L'instauration d'un fonctionnement en « régime de croisière » devrait faire apparaître une relative stabilisation du nombre d'affaires traitées au cours d'une même année. En 2007, 6 demandes de mesures conservatoires ont été acceptées, ce qui représente un niveau important par rapport aux années précédentes. La baisse du nombre d'avis rendus reflète la baisse des saisines en demande d'avis.

Le Conseil a rendu 22 avis qui se répartissent de la manière suivante : trois portent sur des concentrations (article L. 430-5 du Code de commerce), quatre sur des questions générales de concurrence (L. 462-1 du Code de commerce), trois sur un projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau (L. 462-2 du Code de commerce), cinq concernant des procédures de clémence (L. 464-2 IV du Code de commerce), trois ont été rendus à la demande d'autorités administratives indépendantes, deux à la demande d'une juridiction (L. 462-3 du Code de commerce), un sur le suivi d'engagements souscrits lors d'une opération de concentration (L. 430-8 IV du Code de commerce) et un sur des exemptions (L. 420-4 du Code de commerce).

Répartition des avis 2007



Résultats par secteurs économiques

Le tableau suivant présente les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est le plus intervenu en 2007, à la fois au titre de ses fonctions contentieuse et consultative.

Secteurs économiques	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
Distribution (détail et gros) Commerce de détail et réparation domestique (code INSEE 52) Commerce de gros (code INSEE 51)	9	07-D-03 Clarins 07-D-04 Jeff de Bruges 07-D-06 Play Station 2 07-D-07 Produits cosmétiques 07-D-24 Léonidas 07-D-50 Jouets 07-A-03 Respect engagements Carrefour (post-concentration) 07-A-06 Concentration Cafom/Fincar 07-A-12 Avis équipement commercial
Télécoms/Poste Postes et télécommunications (code INSEE 64)	9	07-D-30TDF 07-D-33 Internet haut débit 07-D-37 ADEIC 07-MC-02 Emettel 07-MC-03 Solutel 07-MC-05 TowerCast 07-A-01 Terminaisons d'appel sur mobiles Antilles 07-A-05 Terminaisons d'appel sur mobiles 07-A-17 Remise commerciale La Poste
Édition/Médias/Presse Édition, imprimerie et reproduction (code INSEE 22) Activités récréatives, culturelles et sportives (code INSEE 92)	8	07-D-12 Chèque Cinéma 07-D-17 Exploitation des salles de cinéma 07-D-23 Presse Magazine 2000/NMPP 07-D-32 SAEM-TP/NMPP 07-D-44 GIE Ciné Alpes 07-A-07 Commercialisation droits sportifs 07-A-09 Concentration L'Est Républicain/Delaroche 07-A-15 Commercialisation droits sportifs
Santé et action sociale (code INSEE 85) Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie (code INSEE 33) Fabrication d'aliments adaptés à l'enfant et diététiques (code INSEE 15)	6	07-D-05 UFOP* 07-D-20 Oxymétrie 07-D-35 Sirona Dental Systems GoubH 07-D-49 Défibrillateurs cardiaques* 07-D-42 Laits infantiles 07-D-41 Examens anatomo-cyto-pathologiques*
BTP/Construction Construction (code INSEE 45) Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques (code INSEE 26)	6	07-D-01 Canalisations Morbihan* 07-D-11 Travaux routiers Marne* 07-D-15 Lycées d'Île-de-France* 07-D-29 Travaux d'installation électrique/Versailles 07-D-34 Hôpital Saint-Léon à Bayonne* 07-D-36 Enceinte militaire à Montigny-lès-Metz*
Services Services aux entreprises Transport terrestre (code INSEE 60) Location sans opérateur (code INSEE 71) Éducation (code INSEE 80) Services personnels (code INSEE 93)	5	07-D-14 Remontées mécaniques 07-D-21 Location-entretien du linge 07-D-27 Formation professionnelle 07-A-02 Projet de décret / modelage esthétique 07-A-10 Concentration Unibail/CCIP (foires et salons)
Énergie Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur (code INSEE 40)	5	07-D-43 EDF 07-MC-01 KalibraXE 07-MC-04 Direct Energie 07-A-08 Avis gaz 07-A-16 Gaz distributeurs locaux
Chimie/Pharmacie Industrie chimique (code INSEE 24)	5	07-D-09 GlaxoSmithKline 07-D-22 Distribution de médicaments 07-D-45 Pfizer 07-D-46 Glaxo 07-MC-06 Subutex
Agroalimentaire Agriculture, chasse, services annexes (code INSEE 1) Industrie alimentaire (code INSEE 15)	5	07-D-10 Comté 07-D-16 Céréales 07-D-18 Cidre 07-D-38 Boulangerie industrielle 07-A-04 Volailles de Bresse
Transports/Logistique Transports et service auxiliaires de transport (codes INSEE 60 à 63)	5	07-D-13 SNCM* 07-D-19 Desserte des Antilles 07-D-28 Port autonome du Havre 07-D-39 British Airways 07-D-48 Déménageurs
Assainissement, voirie, gestion des déchets (code INSEE 90)	3	07-D-02 Déchets Seine-Maritime* 07-D-40 Déchets Vosges* 07-A-11 Assainissement Marseille*
Biens intermédiaires Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques (code INSEE 26) Fabrication de machines et appareils électriques (code INSEE 31) Fabrication d'équipements d'aide à la navigation (code INSEE 33)	3	07-D-08 Ciments Corse 07-D-26 Câbles électriques* 07-D-47 Navigation aérienne*
Véhicules Commerce et réparation automobile (code INSEE 50)	3	07-D-25 CNPA 07-D-31 Citroën 07-A-14 Délai de paiement inter-entreprises

* Ces 15 affaires concernent des marchés publics.

Cette répartition a été établie à partir de la nomenclature NAF de l'INSEE et permet une lecture simple, comparable d'une année sur l'autre, du champ d'action du Conseil. Il s'agit cependant d'une présentation purement quantitative qui ne préjuge pas de l'importance des décisions en termes d'apport jurisprudentiel ou de montant des sanctions.

En 2007, le Conseil de la concurrence a eu une très forte activité dans le secteur de la distribution. Suivent ensuite les secteurs des postes et télécommunications ainsi que des médias, lesquels ont également été examinés à de nombreuses reprises, au contentieux comme en consultatif. On peut noter cette année une montée en puissance du secteur de la santé ainsi qu'une relative régression du secteur BTP/Construction (six affaires examinées en 2007 contre onze en 2006, soit 22 % du montant des sanctions prononcées en 2007 contre 63 % en 2006).

Les sanctions pécuniaires

Vingt-quatre décisions de sanction en 2007

Le Conseil de la concurrence a prononcé 24 décisions de sanction pour un montant total de 221 millions d'euros¹.

Numéro décision	Nature de la décision	Montant des sanctions (en €)
07-D-01	Travaux de canalisations dans le Morbihan	944 600 ¹
07-D-02	Déchets Seine-Maritime	1 398 000
07-D-03	Parfums – Clarins	500 000
07-D-04	Chocolats Jeff de Bruges	50 000
07-D-05	Fourniture d'orthoprothèses – UFOP	125 000
07-D-06	Sony – Play Station 2	800 000
07-D-08	Ciments Corse	25 250 000 ¹
07-D-09	GlaxoSmithKline	10 000 000 ¹
07-D-15	Rénovation des lycées d'Île-de-France	47 314 200
07-D-16	Céréales	396 100
07-D-21	Location-entretien du linge	18 250 000
07-D-24	Chocolats Léonidas	120 000
07-D-25	Motocycles	100 000
07-D-26	Câbles électriques	19 530 000
07-D-28	Port autonome du Havre	2 805 000
07-D-29	Travaux d'installation électrique/Versailles	1 703 300
07-D-33	France Télécom/internet haut débit	45 000 000
07-D-40	Déchets ménagers dans les Vosges	1 666 000
07-D-41	Examens anatomo-cyto-pathologiques	44 000
07-D-44	Cinéma Dijon	9 000
07-D-47	Navigation aérienne	3 330 000
07-D-48	Déménagements	2 020 550
07-D-49	Défibrillateurs	2 650 000
07-D-50	Jouets	37 065 000
Total		221 070 750

1. Ces décisions ont été réformées par la cour d'appel de Paris.

1. Certaines décisions ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris et ne sont donc pas définitives.

Évolution depuis 2002

Tableau 10 : Évolution depuis 2002

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	12	19	26	31	13	24
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	103	57	91	131	162	82
Montant des sanctions	64,3 M€	88,5 M€	49,3 M€	754,1 M€	127,9 M€	220,4M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	8	4	46 ¹	6	16	12
Montant des sanctions	0,5 M€	0,05M€	0,9 M€	0,26 M€	0,38 M€	0,6 M€
Montant total des sanctions	64,8 M€	88,5 M€	50,2 M€	754,4 M€²	128,2M€	221 M€

1. Le nombre particulièrement élevé d'organisations professionnelles relevé en 2004 est essentiellement imputable à la décision 04-D-49 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine.

2. Dont 534 millions d'euros infligés dans le cadre de la décision 05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

L'année 2007 confirme la tendance de long terme d'accroissement du montant des sanctions, 2005 étant une année atypique compte tenu du montant record de la sanction prononcée à l'encontre des opérateurs de téléphonie mobile. En laissant de côté cette affaire exceptionnelle, le montant de 2007 – 221 millions d'euros – est supérieur à celui de 2006 – 128 millions d'euros – mais également plus de trois fois supérieur à la moyenne des trois années précédentes (2002-2004).

Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2007, en fonction d'une typologie classique : ententes, abus de position dominante et non-respect d'injonction.

Tableau 11 : Nature des pratiques sanctionnées

Abus de position dominante	3
Ententes	19
Décisions mixtes (ententes + abus de position dominante)	2
Non-respect d'injonction	0
Total décisions sanctions	24

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 2007, 25 décisions du Conseil ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 56 décisions rendues (décisions de fond et mesures conservatoires), ce qui représente un taux de recours de 45 %. Ce taux est en hausse par rapport à 2006, comme le montre le tableau ci-après. Ce chiffre est à mettre en parallèle avec l'augmentation du nombre de décisions de sanctions prononcées en 2007.

Tableau 12 : Taux de recours

	2003	2004	2005	2006	2007
Nombre de décisions total (D+MC)	76	81	75	43	56
Nombre de recours	19	23	28	15	25
Taux de recours	25 %	28 %	37 %	35 %	45 %

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2007 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport, certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

Un bilan qualitatif sur les quatre 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 13 : Suivi qualitatif des recours

	2003	2004	2005	2006	2007 ⁵
Nombre de recours introduits	19	23	28	15	25
Nombre de décisions confirmées :	17	19	23	11	5
– arrêts de rejet et désistements	16	15	16	9	5
– réformation partielle/confirmation au fond	1 ¹	4 ²	7 ³	2 ⁴	
Total recours examinés	19	23	28	14	8
Affaires pendantes	0	0	0	1	17
% décisions confirmées/total recours examinés	89 %	82 %	82 %	78 %	NS

1. Décision 03-MC-02.

2. Décisions 04-D-07, 04-D-18, 04-D-39 et 04-MC-02.

3. Décisions 05-D-19, 05-D-26, 05-D-43, 05-D-58, 05-D-66, 05-D-67 et 05-D-75.

4. Décisions 06-D-03 et 06-D-13.

5. Chiffres arrêtés au 14 mai 2008.

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 2005 et 2006.

En ce qui concerne l'année 2007, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2007 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*

L'examen des sanctions dites *ex post* (après passage en cour d'appel) ne peut se faire qu'avec au moins un an de recul. Le tableau suivant présente donc les données de 2006.

Tableau 14 : Les sanctions 2006 après passage en cour d'appel

Décision	Libellé décision	Sanctions avant cour d'appel (en €)	Référence cour d'appel	Sanctions post cour d'appel (en €)
06-D-03	Chauffagistes	26 120 400	Arrêt du 29/01/2008 : confirmation pour l'essentiel	25 895 400
06-D-04	Parfumerie de luxe	45 440 000	26/06/07 – réformation	29 072 500
06-D-06	Gîtes de France	10 000	15/05/2006 – désistement	10 000
06-D-07	BTP Île-de-France	47 997 000	Affaire pendante	47 997 000
06-D-08	Travaux Publics Hérault	600 000	23/10/2007 – confirmation	600 000
06-D-09	Cartel des portes (clémence)	5 035 000	24/04/2007 – confirmation	5 035 000
06-D-13	Stade de Furiani	718 000	25/09/07 – réformation partielle	508 000
06-D-15	Voies ferrées	1 325 300	02/10/07 – réformation	925 300
06-D-22	Bougies pour deux-roues	300 000	Pas de recours	300 000
06-D-25	Cathédrale de Rouen	13 630	Pas de recours	13 630
06-D-30	Taxis marseillais	113 850	Pas de recours	113 850
06-D-36	Radiologues	15 000	Pas de recours	15 000
06-D-37	Distribution de cycles	580 820	04/03/2008 – confirmation	580 820
Total		128 269 000	Total au 4 mars 2008	111 066 500

On notera que sur les années 2004, 2005 et 2006, le montant total des sanctions prononcées par le Conseil a été très largement confirmé par la cour d'appel.

Tableau 15 : Taux de confirmation du montant des sanctions en 2004, 2005 et 2006

Années	Sanctions prononcées (en €)	Sanctions après passage en cour d'appel (en €)	Montant confirmé (en %)
2004	50 229 728	50 151 728	99,8
2005	754 396 914	739 893 075	98,1
2006	128 269 000	111 066 500 ¹	86,6 ¹

1. Sous réserve d'une affaire encore pendante au 14 mai 2008.

I Organisation et fonctionnement

Actualité du collège

Pour mémoire, le Conseil de la concurrence comprend 17 membres issus de trois collèges différents. Ses membres sont nommés par décret pour une durée de six ans et leur mandat est irrévocable. Le président et les trois vice-présidents exercent leurs fonctions à titre permanent.

Monsieur Didier Dalin a rejoint le collège (décret du 15 mai 2007) en remplacement de Monsieur Christian Charrière-Bournazel. Le remplaçant de Monsieur André Gauron, démissionnaire, est en cours.

Évolution de l'organisation

Le Conseil avait pris la décision, à la fin de l'année 2006, de formaliser et d'étoffer ses services transversaux en renforçant son service juridique et son pôle économique, et en créant un service du président. Cette réorganisation était destinée à permettre aux services d'instruction de se consacrer pleinement au cœur de métier du Conseil et à garantir que les autres activités, qu'implique une régulation moderne de la concurrence, seraient désormais assurées en permanence par des départements dédiés. Cette évolution s'imposait, compte tenu de l'interaction grandissante du Conseil avec les différents acteurs de la politique de concurrence, qu'il s'agisse des entreprises et des consommateurs bien sûr, mais aussi des pouvoirs publics, des autres autorités de régulation, des médias, des partenaires européens ou étrangers, etc.

Au terme d'une année, le bilan de cette nouvelle organisation est très satisfaisant. L'organisation des services est stabilisée, ainsi que leur fonctionnement et leur articulation.

Le service juridique

Le service juridique assure désormais le suivi systématique du contentieux visant les décisions du Conseil, qui doit, à la fois en tant qu'auteur de l'acte attaqué et en tant qu'expert de la concurrence, pouvoir expliquer le sens de ses interventions aux juridictions de contrôle et répondre à leurs demandes. Il participe, en outre, à l'ensemble des auditions organisées par la Commission européenne dans les affaires *antitrust* et des sessions du comité consultatif relatif aux pratiques anticoncurrentielles. Enfin, il fournit quotidiennement un appui aux rapporteurs dans le traitement des cas instruits par le Conseil, notamment ceux nécessitant une expertise particulière.

Le service économique

Une même fonction est assurée, pour les questions économiques complexes, par le service économique, en particulier dans les cas où la procédure conduit à examiner des études ou des expertises fournies par les parties. Le chef économiste et les économistes du Conseil contribuent en parallèle aux activités du Réseau européen de concurrence (REC), le Conseil entendant désormais être plus présent au comité consultatif relatif aux concentrations. Ils assurent également le pilotage d'une première série d'études économiques sectorielles et thématiques ainsi que d'ateliers destinés à permettre à la communauté de la concurrence de tirer profit de la fonction pédagogique du Conseil.

Le service du président

Pour sa part, le service du président prépare les arbitrages et les projets sur les sujets institutionnels en cours et fait entendre, pour les questions

transversales, la voix du Conseil au sein du REC, où il porte certains projets et contribue, avec les rapporteurs participant aux groupes de travail sectoriels, à la construction de la politique européenne de concurrence. Le Conseil a également intensifié sa participation aux travaux des forums internationaux relatifs à la concurrence (comité de la concurrence de l'OCDE, mais aussi, depuis septembre 2007, comité de pilotage de l'ICN), qui permettent de diffuser les approches, de comparer les expériences et, dans certains cas, de convenir de bonnes pratiques.

Le service communication

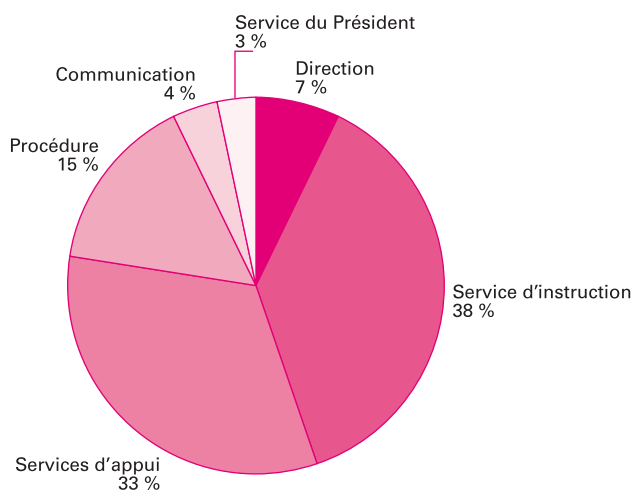
Le Conseil de la concurrence accorde une importance grandissante à sa politique de communication, laquelle a pour principal objectif d'explicitier ses décisions, de développer une pédagogie de la concurrence auprès de l'ensemble des acteurs économiques et politiques.

Ses communiqués de presse sont de plus en plus nombreux (40 en 2007 contre 10 en 2001) et son site internet de plus en plus consulté (819 000 connexions en 2007 contre 300 000 en 2004, soit une augmentation de 173 %). Il a récemment créé une synthèse grand public de son rapport annuel ainsi qu'une lettre quadrimestrielle (*Entrée libre*). Enfin, il s'attache à rendre accessible plus systématiquement son activité en langue anglaise au travers de son site internet et de ses publications.

Les effectifs

La répartition des effectifs

Le graphique ci-après présente la répartition des effectifs par grandes fonctions (au 31 décembre 2007). Il met en évidence la part prépondérante des effectifs dont l'activité est rattachée à l'instruction des dossiers : service d'instruction *stricto sensu*, c'est-à-dire rapporteurs, mais aussi service de la procédure, soit un total de 53 %.



Mouvement de rapporteurs

En 2007, comme les années précédentes, les services d'instruction du Conseil ont connu d'importants mouvements de personnel. Le nombre des arrivées (seize rapporteurs) est supérieur à celui des départs (six rapporteurs).

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.

Budget

En 2007, le budget du Conseil a légèrement progressé. Le budget global est passé de 11,4 millions d'euros à 12,3 millions d'euros, dont 9,2 millions pour les dépenses de personnels et 3,1 millions pour les dépenses de fonctionnement.

Recouvrement des sanctions

Le recouvrement des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence ou la cour d'appel de Paris est du ressort des services de la Direction générale de la comptabilité publique. 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.

Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, la responsabilité de la liquidation des amendes prononcées par le Conseil de la concurrence, qui incombait traditionnellement à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a été transférée au Conseil de la concurrence. Il en va de même des majorations, des réductions partielles ou totales d'amendes qui peuvent être prononcées par la cour d'appel de Paris dans le cadre de son pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence.

Depuis le 1^{er} janvier 2006, date de prise d'effet de cette mesure, les opérations de contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence.

En outre, en 2007, la DGCP a modifié le circuit du traitement des titres de perception émis par le Conseil de la concurrence. Jusqu'à fin 2006, ce recouvrement était confié à la trésorerie générale des créances spéciales du Trésor (TGCST), sise à Châtelleraut. Un arrêté du 13 décembre 2006, applicable à compter du 1^{er} janvier 2007, assigne sur le contrôleur budgétaire et comptable ministériel (CBCM) placé auprès du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, les ordres de recettes émis par les ordonnateurs principaux de ce ministère. Il en résulte que depuis le 1^{er} janvier 2007, les ordres de recettes émis par le Conseil de la concurrence, en vue de recouvrer les sanctions, sont assignés sur le contrôleur budgétaire et comptable ministériel placé auprès du ministre de l'Économie. Ce dernier valide les ordres de recettes et les transmet à la trésorerie générale territorialement compétente pour le recouvrement, en général la trésorerie du département du

siège social de l'entreprise. Cette nouvelle organisation a conduit en début d'année à un allongement des délais de recouvrement.

Toutefois, malgré des délais plus longs en début d'année, le taux de recouvrement en fin d'année reste très bon.

En effet, pour l'année 2007, le montant net des recouvrements pris en charge s'est élevé à 175 283 280 € et le montant effectivement recouvré a été de 162 956 305 €, soit un taux de recouvrement de 93 %.

1 **Le Conseil et le Réseau européen de concurrence**

La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence (ANC), réunies au sein du Réseau européen de la concurrence (REC), sont conduites à coopérer au quotidien en vue d'assurer la mise en œuvre cohérente et efficace des règles de concurrence communautaires dans l'Union européenne.

Le Conseil de la concurrence, qui participe activement au REC depuis sa création en 2004, a encore intensifié, cette année, son implication dans les différents forums de discussion à vocation politique ou transversale et dans les groupes de travail sectoriels, ainsi que sa participation aux comités consultatifs et aux différentes activités liées à l'instruction des cas.

30

Activité générale

La coopération sur les questions générales de politique de concurrence est assurée, au niveau politique, dans le cadre de la réunion annuelle des directeurs généraux. Celle-ci est préparée par des réunions plénières, qui réunissent régulièrement les experts européens des autorités nationales de concurrence. S'y ajoutent des réunions techniques destinées à discuter les projets de nature réglementaire ou horizontale.

La réunion des directeurs généraux

La Commission réunit une fois par an les présidents ou directeurs généraux des ANC. En 2007, cette réunion s'est tenue à Bruxelles au mois de novembre.

Elle a donné, comme chaque année, l'occasion d'aborder les grandes questions de politique de concurrence en Europe et d'actualité, de valider les travaux réalisés par les groupes de travail sectoriels et de définir des objectifs pour l'année 2008. Elle a notamment permis d'échanger sur :

- le rôle de la politique de concurrence en Europe et sa dimension internationale ;
- les enquêtes sectorielles en cours (énergie et marchés financiers) ;
- le projet de transaction communautaire ;
- l'évolution de la réflexion sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de concurrence.

Les réunions plénières

La Commission organise en moyenne quatre réunions plénières par an sur des sujets d'actualité européenne et internationale. Ces réunions visent à échanger les bonnes pratiques au sein du REC, d'approfondir la coopération et de préparer les orientations de l'année à venir.

Les experts européens des ANC se sont notamment penchés cette année sur :

- l'interaction des programmes de clémence au sein du REC ;
- les méthodes de détection des cartels ;
- les conflits d'intérêt ;
- les modalités d'information mutuelle sur les indices de pratiques anti-concurrentielles ;
- le bilan des groupes de travail du REC.

Les réunions d'experts

En 2007, les réunions d'experts se sont consacrées au projet de transaction communautaire, au groupe de travail « coopération » et au projet de lignes directrices sur les concentrations non horizontales.

La transaction communautaire

L'idée de lancer une procédure de transaction avait été annoncée par la commissaire en charge de la concurrence, M^{me} N. Kroes, en avril 2005, dans le but d'optimiser l'utilisation des ressources de la Commission européenne et d'accroître l'efficacité de son action en réduisant la durée des procédures de cartel.

Le 19 octobre 2007, la Commission européenne a réuni un comité consultatif afin de recueillir l'avis des ANC sur un projet en ce sens. Elle a ensuite lancé une consultation publique sur deux projets de textes :

- un projet de communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'ententes ;
- un projet de règlement de la Commission modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente.

Ces projets ne couvrent que les comportements susceptibles d'être qualifiés de cartel ou d'entente contraire à l'article 81 du traité CE. Parmi ceux-ci, ils ne ciblent que ceux pour lesquels la Commission dispose déjà d'éléments de preuve conséquents. La procédure pourrait être engagée à tout moment, mais au plus tard à la date à laquelle la Commission adresse une communication des griefs aux entreprises en cause.

La Commission réserve sa marge d'appréciation pour déterminer l'opportunité de s'engager dans des discussions bilatérales avec chacune des entreprises en cause en vue de parvenir à une transaction. La divulgation des éléments de preuve se ferait au fur et à mesure de l'avancement de ces discussions.

Lorsque ces discussions débouchent sur une appréciation commune de l'étendue des griefs potentiels et de l'estimation de la fourchette des amendes possibles, les entreprises seraient invitées à présenter une demande officielle sous forme d'offre de transaction écrite.

Si les entreprises décidaient de transiger, elles auraient l'obligation de reconnaître leur responsabilité et de renoncer à certains droits procéduraux sous le contrôle du conseiller-auditeur, qui veillerait au respect des droits de la défense, et en particulier au respect du principe de non-incrimination.

Outre la non-contestation des responsabilités, les entreprises devraient également de l'étendue, de la durée et de la gravité de l'infraction. En contrepartie, elles seraient assurées d'un taux minimum de réduction d'amende.

C'est dans la communication des griefs que la Commission validerait les propositions écrites de transaction. Les parties disposeraient alors d'une semaine au moins pour y répondre et confirmer qu'elle correspond à la teneur de leurs propositions.

Le projet de décision finale serait soumis au comité consultatif, puis au collège des commissaires, qui ne serait pas lié par la teneur des propositions. En cas de modification de leur teneur, ou si la transaction n'aboutissait pas, ou encore si l'offre de transaction écrite n'était pas respectée, il serait mis fin à la négociation, des griefs complets et raisonnés seraient communiqués et le droit à une audition serait rétabli avec toutes les autres garanties procédurales.

Les observations faisant suite à la consultation publique ont été transmises fin décembre 2007 à la Commission. Elles peuvent être consultées sur le site internet de la Direction générale de la concurrence à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>

Une proposition révisée devrait être élaborée à l'été 2008, pour adoption au terme d'un processus incluant la consultation du comité consultatif.

Le groupe de travail « coopération »

Ce groupe de travail réunit les représentants des ANC pour examiner des questions relatives aux méthodes de travail au sein du REC.

En 2007, le groupe a notamment travaillé sur des projets relatifs à la coopération volontaire en matière d'enquêtes sectorielles et d'investigations (article 22 du règlement n° 1/2003), d'une part, et au fonctionnement du comité consultatif « pratiques anticoncurrentielles », d'autre part.

Le Conseil participe à tous ces projets, qui ont vocation à déboucher sur des propositions de bonnes pratiques.

Lignes directrices sur les concentrations non horizontales

La Commission a lancé le 13 février 2007 une consultation publique relative à son projet de lignes directrices sur les concentrations non horizontales.

Le Conseil y a pris part en rendant un avis à ce sujet le 10 mai 2007. Cet avis est disponible sur son site internet à l'adresse suivante :

http://www.conseil-concurrence.fr/doc/avis_projetlignes_directrices_ce_10mai07.pdf

Les lignes directrices visent à synthétiser et à présenter la manière dont la Commission apprécie les concentrations non horizontales. Le texte décrit les principaux mécanismes par lesquels une concentration verticale ou conglomerale peut entraver la concurrence. Il insiste particulièrement sur le risque que la nouvelle entité adopte, après la fusion, des comportements qui excluent ou pénalisent ses concurrents, en particulier en augmentant leurs coûts. En matière verticale, le texte distingue deux types de verrouillage : le refus d'approvisionner les concurrents ou le renchérissement du coût de leurs inputs (« *input foreclosure* ») d'une part ; le refus d'acheter aux entreprises indépendantes en amont ou l'achat à des conditions moins favorables (« *customer foreclosure* ») d'autre part. En matière conglomerale, les risques de verrouillage passent principalement par des pratiques de ventes liées ou de remises de gamme.

Le Conseil a indiqué dans son avis que l'adoption de lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations non horizontales était particulièrement bienvenue. Ce sujet soulève en effet des questions théoriques et pratiques complexes. Des lignes directrices pourront donc constituer un guide d'analyse utile pour le monde des affaires et, plus largement, pour l'ensemble des acteurs de la politique de concurrence. Elles pourront également contribuer à nourrir la réflexion des ANC qui, outre les pouvoirs qu'elles détiennent au titre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, participent, à l'instar du Conseil, à la mise en œuvre du contrôle national des concentrations.

Les lignes directrices se concentrent notamment sur les structures verticales à deux niveaux. Cependant, l'exemple de la fusion TPS/Canal Plus montre que la longueur des chaînes verticales peut être largement supérieure à deux maillons. Le Conseil a invité la Commission à préciser cette dimension de l'intégration verticale, qui participe aussi du pouvoir de marché et de la capacité de verrouillage de la nouvelle entité. Dans de nombreux cas de fusions verticales, la présence de contrats de long terme et de contrats d'exclusivité peut en effet soit renforcer, soit limiter le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée. Le Conseil a également invité la Commission à fournir davantage d'éléments sur l'appréciation de l'exclusivité et sur la question de la durée des contrats.

Activité sectorielle

Il existe aujourd'hui seize groupes de travail, auxquels le Conseil participe activement. Ils concernent notamment le secteur pharmaceutique, les professions réglementées, les services financiers, l'automobile, l'environnement, les télécommunications. Ces groupes sont généralement coprésidés par la Commission et une ANC.

Le groupe de travail « pharmaceutique » est coprésidé par la Commission et le Conseil. Ce groupe s'est réuni fin mars 2007, peu après la décision du Conseil relative à des pratiques mises en œuvre par le Laboratoire

GlaxoSmithKline. À cette occasion, le Conseil a fait part de son expérience relative au secteur des médicaments génériques, et a présenté l'analyse qui en a été faite dans cette affaire.

Par ailleurs, la Commission a réuni à Bruxelles les groupes « assurance », « banque », « chefs économistes », « énergie », « produits alimentaires », « média », « télécoms » et « transport maritime ».

Le groupe « assurance » a recueilli les expériences des ANC sur l'application du règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission, du 27 février 2003, concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité CE à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances.

Le groupe « banque », également très sollicité, a continué de travailler au projet SEPA (*Single Euro Payments Area* – Espace unique de paiements en euros), qui a vocation à créer une gamme unique de moyens de paiement en euros, commune à l'ensemble des États membres. Grâce à ces nouveaux moyens de paiement européens, les consommateurs, entreprises, commerçants et administrations pourront effectuer des paiements dans les mêmes conditions partout dans l'espace européen, aussi facilement que dans leur pays.

Le groupe « chefs économistes » a travaillé sur les fusions non horizontales, sur l'évaluation *ex post* de l'action des autorités de concurrence et sur un projet relatif aux outils empiriques (outils statistiques et économétriques pour analyser les marchés, estimer les dommages, etc.).

Le groupe « média » a recueilli les expériences des ANC dans le domaine de l'exploitation de salles de cinéma.

La Commission a organisé en juin et en novembre 2007 deux journées consacrées au secteur de l'énergie (« *Energy Days* »). Il y a notamment été question d'établir de meilleures pratiques sur la gestion des affaires antitrust dans ce secteur. Ces journées ont également permis de recueillir informellement de premières opinions sur les projets de la Commission en ce domaine.

Le groupe « télécoms » a travaillé sur un projet de synthèse de l'activité des ANC dans le secteur des télécommunications. Ce projet a mis en avant le constat selon lequel la plupart des pratiques sanctionnées étaient unilatérales, avec une prépondérance des pratiques de ciseau tarifaire (entre marchés de gros et de détail), de discrimination (accès ou remises discriminatoires) et de remises couplées (accès et services, ADSL et mobile, services de télécommunications et contenus médias). Ces réunions ont aussi été l'occasion pour la Commission de présenter les récents développements communautaires dans le secteur, notamment l'affaire Wanadoo, qui a donné lieu à un arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 30 janvier 2007 sur les prix prédateurs, et l'affaire France Télécom, qui a débouché sur un arrêt du 30 mars 2007, intéressant à l'égard des questions de coopération au sein du REC. Enfin, les réunions de ce groupe ont également porté sur un projet de recommandation relative à la liste des marchés pertinents susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

Enfin, le groupe « *transport maritime* » s'est réuni pour recueillir l'avis des ANC sur un projet de lignes directrices concernant les lignes régulières (qui font aujourd'hui l'objet d'un règlement d'exemption devant expirer en octobre 2008), le transport maritime non régulier et le cabotage (soumis aux règles de concurrence depuis le 18 octobre 2006).

Activité relative à l'instruction des cas

Activité liée aux cas instruits par le Conseil

Dans la mesure où les autorités de la concurrence des 27 États membres appliquent toutes les mêmes règles en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles, une coordination est apparue indispensable au bon fonctionnement du système décentralisé. Cette coordination recouvre principalement deux formes : tout d'abord, en début de procédure, les autorités doivent s'informer mutuellement des cas qu'elles ont en portefeuille afin d'entamer des discussions et d'envisager, le cas échéant, une allocation optimale de certaines affaires. En second lieu, avant la prise de décision par chacune des autorités nationales, la Commission exerce un contrôle afin de s'assurer de la cohérence de l'ensemble du système.

La phase d'allocation des cas (article 11 § 3)

L'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 (ci-dessous « 11 § 3 ») dispose que « *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* ».

En pratique, cette information des autres autorités de concurrence, y compris de la Commission européenne, au début de la procédure, se fait par diffusion sur l'intranet du Réseau d'un formulaire type appelé « *fiche 11 § 3* » ou fiche « *New case* ».

L'élément qui déclenche la mise sur le Réseau d'une affaire réside dans l'affectation du commerce entre États membres. L'examen de cette condition d'applicabilité du droit communautaire est réalisé d'abord par le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Pour être utile – l'information du Réseau devant intervenir juste avant ou dès la première mesure d'enquête – la question de savoir si les pratiques litigieuses sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire doit être posée très tôt. C'est la raison pour laquelle, si dans la majorité des cas, la réponse est aisée, certaines affaires ont pu susciter des discussions.

Après ce premier examen, il revient au Conseil, au moment de la prise de décision, de développer une motivation sur ce point. Sa pratique décisionnelle s'inspire le plus souvent de celle de la Commission européenne et de la jurisprudence du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice des Communautés européennes.

En 2007, le Conseil de la concurrence s'est prononcé à plusieurs reprises sur l'applicabilité du droit communautaire : la décision 07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise

Jeff de Bruges, la décision 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, la décision 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, la décision 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, la décision 07-D-24 du 24 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Léonidas, la décision 07-D-25 du 25 juillet 2007 relative aux saisines du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits, la décision 07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension, la décision 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à internet à haut débit, la décision 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, la décision 07-D-49 du 19 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier et la décision 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets.

Concernant la mise sur le réseau des fiches 11 § 3, le Conseil a mis cette année quatorze fiches 11 § 3 sur le réseau intranet.

Parmi les 27 États membres de l'Union européenne en 2007, la France (Conseil de la concurrence et DGCCRF) reste en tête des diffusions de fiches 11 § 3 sur le Réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 décembre 2007, les autorités françaises de concurrence ont mis 131 fiches sur le Réseau (soit 83 pour le Conseil de la concurrence), suivies, dans le même ordre qu'en 2006, par le *Bundeskartellamt* de l'Allemagne (84 fiches), la NMA des Pays-Bas (57 fiches) et le GVH de Hongrie (54 fiches²).

Ce système d'information mutuelle est essentiel. Il permet de donner à chaque autorité de concurrence une visibilité sur l'activité de ses homologues et, concrètement, offre la possibilité, pour les rapporteurs instructeurs, d'échanger sur des cas réels et de partager leur expérience.

À ce stade, les discussions et échanges de vues au sein du Réseau sont de différentes natures. Ils vont de la simple demande d'information, à l'expression de la volonté de traiter un cas en commun. Ces discussions sur les cas se situent bien en amont de la prise de décision par l'autorité. Elles constituent un système interactif et dynamique permettant une mise en commun des connaissances et du savoir-faire des différentes autorités pour assurer un traitement efficace des infractions.

Avec le règlement n° 1/2003 et la mise en place du Réseau, le système de consultation et le mécanisme d'attribution des cas fonctionnent horizontalement entre autorités nationales d'une part, et verticalement, dans les sens ascendant et descendant entre les ANC et la Commission, d'autre part.

2. Informations publiées sur le site de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/comm>).

Le règlement n° 1/2003 est fondé sur un régime de compétences parallèles, par lequel toutes les autorités de concurrence ont désormais l'obligation d'appliquer les articles 81 et 82 du traité CE lorsqu'il y a affectation du commerce entre États membres. Dans ce cadre, si les autorités de concurrence sont chargées d'opérer une division efficace du travail en collaborant étroitement avec leurs homologues pour les affaires dont l'instruction est nécessaire, chacune d'entre elles conserve son pouvoir de décider d'enquêter ou non sur une affaire. À ce titre, la Communication relative à la coopération au sein du Réseau explique que, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire.

La consultation obligatoire de la Commission (article 11 § 4)

L'article 11, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 dispose qu'« *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. [...] Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ».

Il s'agit d'un mécanisme de consultation obligatoire de la Commission avant la fin de la procédure qui lui confère un rôle de pilotage du Réseau.

Il y a lieu de souligner que cette obligation d'informer la Commission est limitée aux décisions ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission et des autres ANC est facultative et se fait dans le cadre de l'article 11 § 5 du règlement.

Compte tenu de l'organisation du Conseil de la concurrence (séparation des fonctions d'instruction et de décision), le type d'information qu'il communique à la Commission au titre de ses obligations prévues à l'article 11 § 4 du règlement n° 1/2003 (fiche « 11 § 4 ») n'est pas un « projet de décision » mais une note établie par le rapporteur faisant état de sa position finale sur l'affaire.

En 2007, le Conseil de la concurrence a mis onze fiches « 11 § 4 » sur le Réseau (contre neuf en 2006). Comparé à ses homologues européens, le Conseil de la concurrence prend cependant la tête en nombre de fiches « 11 § 4 » mises sur le Réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 décembre 2007, le Conseil de la concurrence a diffusé 43 fiches « 11 § 4 » sur l'ECN, suivi par le *Bundeskartellamt* (33 fiches) et la NMA (26 fiches³).

Afin de pouvoir garder un aperçu global de la procédure respective des autorités de concurrence, le règlement n° 1/2003 a également prévu la fiche type dite de « *closed case* ». Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du Réseau de l'issue de leurs procédures. Le Conseil de la concurrence a établi 19 fiches « *closed case* » en 2007 (contre 22 en 2006).

3. Informations publiées sur le site de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/comm>).

Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne

Les auditions (article 27)

L'article 27 du règlement n° 1/2003 prévoit les règles applicables aux auditions. C'est le règlement n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE qui explicite le droit à audition des parties : « *La Commission donne aux parties auxquelles elle a adressé une communication des griefs l'occasion de développer leurs arguments lors d'une audition, si elles en font la demande dans leurs observations écrites.* » 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.

Les représentants des États membres assistent à ces auditions. Pour la France, ce sont donc le Conseil de la concurrence et la DGCCRF qui y participent. Les représentants de ces institutions sont invités à poser des questions aux parties à un stade expressément mentionné sur l'ordre du jour de la réunion.

L'année 2007 a témoigné d'une croissance du nombre d'auditions demandées par les parties devant la Commission, soucieuses de convaincre les autorités de concurrence du bien-fondé de leurs observations.

Les comités consultatifs (article 14)

Le Conseil de la concurrence prend activement part aux comités consultatifs de la Commission européenne.

Le Comité consultatif, institué par l'article 14 du règlement n° 1/2003, réunit régulièrement les services de la Commission et les représentants des autorités nationales de concurrence, ces derniers devant donner leur avis sur les avant-projets de décision de la Commission européenne. La Commission européenne, dans sa Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence du 27 avril 2004, définit ce Comité comme « *l'enceinte où les experts des diverses autorités de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence* ».

La Commission européenne a l'obligation de consulter le Comité consultatif et de tenir « *le plus grand compte* » de son avis.

Généralement, le Comité consultatif ne donne pas seulement son avis sur des décisions contentieuses de la Commission. Il est également sollicité pour se prononcer sur des textes à caractère non contraignant. À titre d'exemple, en 2007, le Comité s'est prononcé sur le projet de procédure de transaction de la Commission.

Courant 2007, la Commission a adopté une dizaine de décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ces décisions portaient essentiellement sur des cartels de dimension communautaire, voire internationale. L'année 2007 représentait à nouveau une année record en termes de montant total d'amendes. En effet, celui-ci s'est élevé à 3,33 milliards d'euros,

ce qui correspond presque au doublement du montant constaté en 2006 (1,85 milliard d'euros).

Enfin, on remarquera que l'année 2007 constitue pour le Conseil une année de fort investissement dans le domaine des concentrations. En effet, alors que c'était jusqu'à présent essentiellement la DGCCRF qui assistait aux comités consultatifs en matière de concentrations, le Conseil a davantage participé à ces comités en 2007, ayant donc eu de nombreuses opportunités de transmettre ses observations à l'autorité communautaire.

La coopération au sein du Réseau

En matière d'enquête (article 22)

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité CE, le règlement n° 1/2003 a conféré aux autorités de concurrence la possibilité de s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. En effet, les membres du Réseau ayant la responsabilité d'assurer de manière efficace la division du travail entre eux et une application cohérente des articles 81 et 82 du traité CE, il est apparu indispensable de leur donner une base juridique uniforme pour mettre en œuvre une assistance réciproque au stade de l'enquête.

L'article 22 du règlement n° 1/2003 offre donc la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toutes enquêtes et inspections pour le compte de l'autorité d'un autre État membre. Ces enquêtes sont effectuées en application du droit national de l'autorité qui réalise effectivement les investigations. Les éléments recueillis sont transmis au membre du Réseau demandeur de l'assistance sur la base de l'article 12 du règlement n° 1/2003.

En 2007, au titre de l'article 22 du règlement n° 1/2003, le Conseil de la concurrence et la DGCCRF ont sollicité les services de la *Bundeswettbewerbsbehörde* (autorité autrichienne) et de l'*Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato* (autorité italienne).

Les échanges d'informations (article 12)

Le fonctionnement du Réseau et la décentralisation effective exigeaient que soit mis en place un véritable système d'échanges et d'utilisation de pièces et documents entre les membres du Réseau. Alors que ce type de dispositions existait depuis plusieurs années dans le domaine judiciaire, aucune base légale ne conférait ces moyens d'action aux autorités administratives de concurrence. Certes, des informations pouvaient, dans une certaine mesure, circuler entre la Commission et les autorités de concurrence, mais la Cour de justice en avait interdit l'utilisation comme preuve. De la même façon, si le Conseil de la concurrence avait la possibilité de communiquer des informations aux autorités nationales de concurrence, ce n'était qu'à des conditions très restrictives.

L'article 12 § 1 du règlement n° 1/2003, explicité dans le considérant n° 16, donne aux autorités nationales et communautaires de concurrence le pouvoir d'échanger et d'utiliser comme moyens de preuves des informations qu'elles ont collectées pour l'application du droit communautaire, y compris des informations confidentielles. Ces dispositions ont la primauté sur

toute législation contraire d'un État membre. Toutes les informations obtenues dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 du traité CE peuvent circuler entre les membres du Réseau, de manière verticale et horizontale, et être utilisées par chacun d'eux en tant que preuves.

Il existe cependant une limite importante et nécessaire à ce principe de libre circulation et d'utilisation dans le cas d'informations recueillies dans le cadre de programmes de clémence. En effet, en l'absence de dispositions spécifiques dans le règlement n° 1/2003 pour garantir le caractère opératoire de ces programmes, la Communication sur la coopération au sein du Réseau a prévu des mécanismes pour préserver la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence. Ces protections ont été instituées, tant en ce qui concerne les informations communiquées de manière obligatoire au Réseau en application de l'article 11 § 3 du règlement n° 1/2003, qu'en ce qui concerne les échanges opérés sur la base volontaire des dispositions de l'article 12.

Dans la pratique, en 2007, s'agissant des dossiers qui ne trouvent pas leur origine dans une demande de clémence, le Conseil a continué à mettre en œuvre l'article 12 du règlement n° 1/2003, soit en demandant des informations et des documents à ses homologues et à la Commission, soit en communiquant des informations aux autorités qui les lui demandaient.

» La coopération informelle

L'année 2007 marque l'approfondissement des relations informelles entre autorités de concurrence tant nationales que communautaires.

En effet, les autorités nationales de concurrence ont su tirer profit de la messagerie du Réseau en s'envoyant réciproquement des questionnaires sur l'application du droit communautaire dans leur pays. On constate que le plus grand nombre de demandes est venu de la part des douze États membres les plus récents dans l'Union européenne. Pour eux, la messagerie du Réseau constitue une possibilité de profiter de l'expérience des autorités de concurrence plus « anciennes » pour mettre en application le droit communautaire de la concurrence dans leur propre droit. Pour le Conseil de la concurrence, cette messagerie s'est avérée très utile pour connaître les points de vue sur l'application du droit communautaire de la concurrence par les 26 autres États membres.

En outre, en 2007, on a pu constater une consultation mutuelle renforcée entre les autorités nationales de concurrence. Cela a en particulier été le cas entre le Conseil de la concurrence, le *Bundeskartellamt* et la NMA (autorités allemande et néerlandaise) qui ont échangé sur des thèmes de procédure et d'application nationale du droit communautaire.

En mars 2007, le Conseil de la concurrence a participé à l'échange d'experts organisé par la Commission européenne, deux agents du Conseil de la concurrence ayant travaillé dans les services de la « DG Comp » à Bruxelles pendant un mois. L'objet d'un tel échange est l'approfondissement de la formation des agents des autorités nationales de concurrence en droit de la concurrence communautaire.

111 Études thématiques

Études thématiques

Les mesures conservatoires	45
Introduction	45
L'urgence, fondement des mesures conservatoires	47
L'urgence, cadre des mesures conservatoires	74
Conclusion	88
Exclusivité et contrats de long terme	89
Introduction	89
Les effets anticoncurrentiels des accords d'exclusivité et des contrats de long terme	90
Les justifications possibles des clauses d'exclusivité et des contrats de long terme	103
Les actions menées pour restaurer et dynamiser le jeu concurrentiel	112
Conclusion	120

Études thématiques

1 Les mesures conservatoires

Introduction

Le temps est un facteur important en droit de la concurrence. Pour être pleinement efficace, l'autorité chargée de protéger l'ordre public économique doit être en mesure de suivre le rythme des entreprises et des pratiques anticoncurrentielles qu'elle est à même de sanctionner. Dans son premier rapport d'activité, le Conseil soulignait combien la faculté dont il dispose de prononcer des mesures conservatoires « *témoigne d'un souci de réalisme économique*¹ ».

Vingt ans de pratique décisionnelle ont confirmé l'importance de cette faculté qu'a le Conseil d'ordonner des mesures conservatoires pour faire face aux situations d'urgence.

En effet, chaque fois qu'il est saisi, le Conseil doit prendre le temps d'instruire le dossier, d'enquêter sur l'existence d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, d'évaluer les enjeux économiques, d'entendre les parties intéressées. L'ensemble de ces aspects rend inévitable qu'un délai de plusieurs mois – 18 mois en moyenne – sépare la saisine du Conseil de la décision sur le fond.

Cependant, si le délai d'examen au fond des saisines du Conseil est pleinement justifié, il n'est pas toujours compatible avec le temps économique, « *le temps des entreprises, lequel s'est considérablement accéléré au cours des dernières années*² ».

Dans l'intervalle, en effet, les pratiques alléguées peuvent continuer de produire des conséquences néfastes sur la concurrence et porter une atteinte grave à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent, par exemple, entraîner la disparition d'entreprises et ainsi réduire de manière durable la concurrence sur le marché.

1. Cons. conc., *Rapport annuel 1987*, Paris, JORF, éd. documents administratifs, 1988, p. VI.

2. Cons. conc., *Rapport annuel 2004*, Paris, La Documentation française, p. 3.

Lorsqu'elles sont irréparables, les conséquences susceptibles de résulter de ces comportements risquent, en outre, de priver d'effet utile la décision du Conseil au fond. Par exemple, une pratique de ciseau tarifaire ou de prédation commise par une entreprise en position dominante peut aboutir à la disparition de concurrents, avant même que le Conseil n'ait eu le temps de déclarer cette pratique illégale et de la sanctionner.

Dans de telles circonstances, la décision sur le fond serait privée d'une partie de son efficacité. La décision serait toujours dotée d'une fonction dissuasive, mais elle ne pourrait assurer la sauvegarde de l'ordre public économique, puisque la possibilité de rétablir la concurrence aurait structurellement disparu : ni l'injonction de cesser la pratique, ni la sanction pécuniaire, aussi élevée soit-elle, ne produiraient d'effet utile, la pratique ayant rempli son dessein et irrémédiablement nui à la concurrence, que le Conseil a pour mission de protéger.

Face à de telles pratiques, l'intervention du Conseil ne peut se limiter à l'adoption de sanctions adéquates au comportement infractionnel : le fonctionnement de la concurrence, sur tel ou tel marché, a souvent besoin d'être préservé pendant la période nécessaire à l'instruction de la saisine au fond. Tel est l'objet de la procédure relative aux mesures conservatoires qui ouvre le droit, aux entreprises victimes notamment, de demander au Conseil de prendre les mesures idoines dans l'attente de la décision au fond. En général, le Conseil se prononce sur les demandes de mesures conservatoires dans un délai de trois ou quatre mois. Cette célérité permet aux interventions du Conseil d'être en phase avec le temps économique.

La majorité des autorités de concurrence européennes³, ainsi que la Commission européenne, disposent également d'un outil procédural permettant de répondre aux situations d'urgence.

Cependant, en pratique, la plupart de ces autorités utilisent peu ces prérogatives. À titre d'illustration, seulement quatre décisions de la Commission européenne prononçant des mesures provisoires⁴ ont été répertoriées depuis l'ordonnance du 17 janvier 1980 de la Cour de justice des communautés européennes autorisant la Commission à prendre de telles mesures⁵. Autre exemple, s'agissant de l'autorité anglaise, les seules mesures conservatoires ordonnées par l'*Office of Fair Trading* (OFT) ont été annulées sur recours le 15 mai 2006⁶.

En France, au contraire, le prononcé de mesures d'urgence est en plein essor.

Dans un premier temps, la procédure relative aux mesures conservatoires a connu un succès relatif. En effet, de crainte que la faculté offerte au Conseil d'adopter des mesures d'urgence ne débouche sur « *un interventionnisme injustifié et contradictoire avec l'esprit de l'ordonnance*⁷ », le prononcé de

3. À l'exception des autorités estonienne, danoise et irlandaise, qui ne disposent pas de compétence propre en matière de mesures provisoires.

4. Décisions du 13 juillet 2001, NDC Health ; du 29 juillet 1987, BBI ; du 29 juillet 1983, AKZO ; du 18 août 1982, Ford Werke AG.

5. CJCE, 17 janvier 1980, Camera care.

6. OFT, 27 février 2006, LME.

7. Cons. conc., *Rapport annuel 1998*, Paris, JORF, éd. documents administratifs, 1999, p. XII.

mesures conservatoires était fortement encadré. À tel point que, en 1997, après dix ans de pratique décisionnelle, le Conseil soulignait le caractère fortement restrictif de la procédure relative aux mesures conservatoires.

Considérant que l'important développement du droit de la concurrence justifiait que l'on n'encadre plus aussi strictement sa capacité d'accorder des mesures d'urgence, le Conseil s'était alors interrogé sur la « *possibilité de modifier certaines dispositions restrictives de l'ordonnance pour permettre l'octroi plus fréquent de mesures conservatoires*⁸ ».

Ses vœux ont été partiellement exaucés par la double intervention du législateur et des juridictions de contrôle. D'abord, l'article 72 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques est venu modifier l'article L. 464-1 du Code de commerce pour offrir au Conseil la possibilité de prononcer, non seulement les mesures qui lui sont demandées, mais également celles qui lui paraissent nécessaires. Ensuite, la Cour de cassation a facilité l'exercice du pouvoir du Conseil en interprétant souplesment les règles applicables à la procédure relative aux mesures conservatoires. Aussi, depuis deux ans, le Conseil adopte-t-il de plus en plus fréquemment des mesures conservatoires : alors qu'aucune mesure conservatoire n'avait été prononcée en 2005, trois décisions ordonnant des mesures conservatoires ont été prises en 2006 et six pour la seule année 2007.

L'étude des décisions du Conseil montre que cette procédure répond à deux objectifs qu'il faut concilier, tous deux liés à l'urgence qui caractérise la procédure : agir vite tout en n'excédant pas ce qui est nécessaire pour neutraliser l'atteinte portée à l'économie, au secteur, à l'entreprise ou aux consommateurs. En effet, « *s'il importe que, dans certains cas, le Conseil puisse intervenir en "gelant" une situation afin d'éviter qu'une pratique très vraisemblablement anticoncurrentielle porte une atteinte immédiate et difficilement réversible, ou même irréversible au mécanisme concurrentiel, il n'en reste pas moins que l'utilisation de cette faculté d'intervention doit rester strictement limitée*⁹ ».

Le point d'équilibre entre ces deux exigences consiste à mettre en œuvre une procédure rapide et efficace mais également strictement circonscrite. L'urgence apparaît donc à la fois comme le fondement et le cadre de la procédure relative aux mesures conservatoires : toute l'urgence, mais rien que l'urgence, pourrait-on ainsi résumer.

L'urgence, fondement des mesures conservatoires

Les situations d'urgence qui ont amené le Conseil à adopter des mesures conservatoires sont des plus variées. Pour autant, les comportements d'entreprises à l'origine de ces situations présentent d'étroites similitudes.

Face à ces situations, le Conseil dispose de prérogatives qui lui permettent d'agir avec célérité.

8. Cons. conc., *Rapport annuel 1997*, Paris, Journaux officiels, 1998, pp. XXI et XXII.

9. Cons. conc., *Rapport annuel 1998*, Paris, JORF, éd. documents administratifs, p. XII.

Les circonstances nécessitant le recours à une procédure rapide

L'urgence qui fonde le pouvoir du Conseil de prononcer des mesures conservatoires est spécialement caractérisée lorsque des agissements susceptibles de constituer des pratiques d'exclusion sont mis en œuvre sur des marchés émergents ou en voie de libéralisation.

Les pratiques

Le Code de commerce ne restreint pas le périmètre de la procédure relative aux mesures conservatoires. En exigeant simplement que la demande de mesures conservatoires soit formée accessoirement à une saisine au fond, l'article R. 464-1 du Code de commerce offre au Conseil la possibilité d'adopter des mesures à l'égard de toutes les pratiques qu'il est susceptible de connaître au fond, aussi bien des ententes anticoncurrentielles, des abus de position dominante ou de dépendance économique que des prix abusivement bas (articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce).

Pourtant, il ressort de la pratique décisionnelle du Conseil que les mesures conservatoires ont trouvé un terrain d'élection naturel dans la neutralisation de comportements qui présentent deux traits spécifiques.

En premier lieu, les comportements ayant amené le Conseil à prononcer des mesures conservatoires ont invariablement eu pour objet ou pour effet d'exclure du marché une ou plusieurs entreprises. Cette première spécificité est inhérente à l'urgence qui caractérise la procédure des mesures conservatoires : c'est parce que ces comportements étaient susceptibles de porter une atteinte irréversible à la concurrence en éliminant des entreprises qu'ils ont justifié l'octroi de mesures conservatoires. Car, si l'urgence est une notion de fait que le Conseil apprécie au cas par cas, elle suppose la réalisation d'un dommage aux conséquences difficilement réparables, dont on peut considérer qu'il est constitué lorsqu'une entreprise risque de disparaître en cours de procédure.

Le Conseil a eu à connaître de nombreux types de comportements susceptibles de constituer des pratiques d'exclusion. Il s'agit d'une part de comportements concernant directement les relations entre l'auteur et les entreprises victimes, et d'autre part de comportements relatifs aux seules relations entre l'auteur et ses clients, ses distributeurs, ses fournisseurs ou ses salariés mais, par ricochet, susceptibles d'évincer les entreprises victimes. Toutefois, qu'ils concernent directement ou indirectement les entreprises menacées, tous ces comportements risquent de porter une même atteinte à la concurrence en excluant du marché une ou plusieurs entreprises. À ce titre et quel que soit leur mode opératoire, ils peuvent être à l'origine du prononcé de mesures conservatoires.

Dans la première catégorie, figurent des agissements susceptibles de constituer des boycotts, des ciseaux tarifaires, des refus d'accès, de vendre ou de contracter et des discriminations. Ces différents types de comportements s'adressent en effet directement à l'entreprise menacée d'exclusion. Les espèces répondant à ce premier cas de figure sont regroupées dans le tableau ci-dessous :

Comportements concernant directement l'entreprise menacée d'exclusion	Décisions de mesures conservatoires
Boycott	90-MC-09 ¹ , 92-MC-10 ² , 94-MC-05, 95-MC-07, 02-MC-06 ³
Ciseau tarifaire et autres pratiques tarifaires d'éviction	99-MC-01 ⁴ , 99-MC-09, 01-MC-07, 07-MC-04, 07-MC-05 ⁵
Refus d'accès/de vente/de contracter	87-MC-03 ⁶ , 91-MC-01 ⁷ , 99-MC-10, 00-MC-01 ⁸ , 03-MC-02 ⁹ , 03-MC-04 ¹⁰ , 04-MC-01 ¹¹ , 07-MC-03
Discriminations	90-MC-12, 99-MC-06, 02-MC-03 ¹² , 02-MC-04 ¹³ , 04-MC-02 ¹⁴

1. Décision confirmée par CA Paris, 6 août 1990, Syndicat professionnel des films publicitaires pour le cinéma et la télévision.
2. Décision confirmée par CA Paris, 26 novembre 1992, Fédération française des sociétés d'assurances.
3. Décision confirmée par CA Paris, 4 juin 2002, GIE Sport libre.
4. Décision confirmée par CA Paris, 15 mars 1999, France Télécom et C cass, 18 avril 2000, France Télécom.
5. Décision confirmée par CA Paris, 24 août 2007, TDF.
6. Décision confirmée par CE, 30 octobre 1987, JVC Vidéo France.
7. Décision réformée par CA Paris, 19 avril 1991, ODA.
8. Décision confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, France Télécom.
9. Décision réformée par CA Paris, 29 avril 2003, France Télécom.
10. Décision réformée par CA Paris, 31 janvier 2006, NMPP à la suite de C cass, 12 juillet 2005, NMPP. L'arrêt de la cour d'appel a été confirmé par C cass, 20 février 2007, MLP.
11. Décision réformée par arrêt CA Paris, 29 juin 2004, NeufTélécom, lui-même cassé par C cass, 8 novembre 2005, Neuf Télécom.
12. Décision confirmée par CA Paris, 9 avril 2002, France Télécom.
13. Décision réformée par CA Paris, 21 mai 2002, TDF.
14. Décision réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe.

Dans la seconde catégorie, apparaissent des comportements qui ne s'adressent pas directement aux entreprises victimes. Ces agissements consistent, de la part d'un opérateur dominant, à utiliser ses relations avec ses clients, ses fournisseurs, ses distributeurs ou ses salariés, pour marginaliser, puis évincer ses concurrents. Ils sont susceptibles de constituer des pratiques telles que des clauses d'exclusivité, des dénigrements, des pratiques fidélisantes, des offres globales avec effet d'éviction, des prix prédateurs ou encore des ventes liées. Les espèces répondant à ce second cas de figure sont regroupées dans le tableau ci-dessous :

Comportements concernant indirectement l'entreprise menacée d'exclusion	Décisions de mesures conservatoires
Clauses d'exclusivité avec les clients	99-MC-07 ¹ , 03-MC-03 ² , 07-MC-01 ³ , 07-MC-02
Clauses d'exclusivité avec les fournisseurs ou les distributeurs	93-MC-03, 95-MC-10 ⁴ , 98-MC-07, 01-MC-01, 04-MC-02 ⁵
Dénigrement	91-MC-01 ⁶ , 92-MC-08, 93-MC-02, 07-MC-03, 07-MC-06 ⁷
Offre globale avec effet d'éviction	03-MC-01, 06-MC-03
Pratiques fidélisantes	03-MC-04 ⁸ , 04-MC-02 ⁹ , 06-MC-01 ¹⁰
Prix prédateurs	94-MC-10 ¹¹ , 98-MC-03, 01-MC-07
Renchérisssement des coûts des concurrents par l'alourdissement de charges salariales	06-MC-02
Ventes liées	00-MC-19, 01-MC-06, 04-MC-01 ¹²

1. Décision réformée par arrêt CA Paris, 16 décembre 1999, SA Financière SOGEC Marketing, lui-même annulé par C cass, 12 février 2002, Scan Coupon.
2. Décision confirmée par CA Paris, 8 janvier 2004, TDF.
3. Décision confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, KalibraXE.
4. Décision réformée par arrêt CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, lui-même annulé par C cass, 2 décembre 1997, Nike France.
5. Décision réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe.
6. Décision réformée par CA Paris, 19 avril 1991, ODA.
7. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante).
8. Décision réformée par CA Paris, 31 janvier 2006, NMPP à la suite de C cass, 12 juillet 2005, NMPP. L'arrêt de la cour d'appel a été confirmé par C cass, 20 février 2007, MLP.
9. Décision réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe.
10. Décision confirmée par CA Paris, 9 mai 2006, SAEM-TP.
11. Décision confirmée par CA Paris, 3 novembre 1994, SMB et C cas, 4 février 1997, société Béton de France (quatre arrêts).
12. Décision réformée par arrêt CA Paris, 29 juin 2004, NeufTélécom, lui-même cassé par C cass, 8 novembre 2005, Neuf Télécom.

En second lieu, les pratiques qui ont donné lieu au prononcé de mesures conservatoires étaient, en grande majorité, unilatérales. Cette seconde spécificité est étroitement liée à la première dans la mesure où les pratiques

d'exclusion sont plus fréquemment le fait d'opérateurs en position dominante que d'entreprises en concertation. En outre, les pratiques unilatérales sont, compte tenu du pouvoir de marché de leur auteur, de nature à porter une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, en bloquant l'entrée de concurrents sur le marché ou en réduisant sensiblement l'intensité de la concurrence qui y règne.

Toutefois, deux périodes se distinguent à cet égard.

Dans un premier temps, le Conseil a prononcé des mesures conservatoires aussi bien en matière d'ententes anticoncurrentielles que d'abus de position dominante et ce, dans des proportions équivalentes. Ainsi, de 1987 à 1998, le Conseil est intervenu en matière d'ententes anticoncurrentielles à cinq reprises¹⁰, en matière d'abus de position dominante à six reprises¹¹ et à l'égard de pratiques susceptibles de constituer simultanément des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante à trois reprises¹².

En revanche, dans un second temps, le Conseil n'a quasiment plus adopté de mesures conservatoires qu'à l'encontre d'entreprises accusées d'abuser de leur position dominante. En effet, depuis 1999, hormis la décision 02-MC-06, toutes les décisions du Conseil ordonnant des mesures conservatoires ont concerné des agissements susceptibles de constituer des abus de dépendance économique ou, le plus souvent, des abus de position dominante¹³.

Les comportements unilatéraux sont donc désormais davantage concernés par la procédure relative aux mesures conservatoires que les pratiques concertées. Par suite, c'est logiquement sur les marchés dominés par un opérateur que les interventions du Conseil en matière de mesures conservatoires sont les plus fréquentes.

Les marchés

Certains marchés ont, plus que les autres, donné lieu au prononcé de mesures conservatoires. Il s'agit des marchés dominés par des opérateurs dont les comportements susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles créent souvent une situation d'urgence en raison de la puissance de leur auteur. Ainsi, dans le secteur de la presse, le Conseil a déjà eu l'occasion d'adopter deux décisions visant à neutraliser des agissements des

10. Décision 90-MC-09, confirmée par CA Paris, 6 août 1990, Syndicat professionnel des films publicitaires pour le cinéma et la télévision ; décision 92-MC-10, confirmée par CA Paris, 26 novembre 1992, Fédération française des sociétés d'assurances ; décision 93-MC-02, 94-MC-10, confirmée par CA Paris, 3 novembre 1994, SMB et C cass, 4 février 1997, société Béton de France (4 arrêts) ; décision 95-MC-07.

11. Décision 87-MC-03, confirmée par CE, 30 octobre 1987, JVC Vidéo France ; décision 90-MC-12 ; décision 91-MC-01, réformée par CA Paris, 19 avril 1991, ODA ; décisions 92-MC-08, 93-MC-03 et 98-MC-03.

12. Décision 94-MC-05, décision 95-MC-10 réformée par arrêt CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, lui-même cassé par C cass, 2 décembre 1997, Nike France ; décision 98-MC-07.

13. On notera toutefois que les décisions 03-MC-01 et 04-MC-01 (réformée par arrêt CA Paris, 29 juin 2004, Neuf Télécom, lui-même cassé par C cass, 8 novembre 2005, Neuf Télécom) portaient à la fois sur des pratiques susceptibles de constituer des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante.

NMPP et de la SAEM-TP, qui détiennent conjointement une forte position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro, dans l'attente des décisions au fond¹⁴.

Parmi ces marchés, deux types de marché ont particulièrement bénéficié des interventions d'urgence du Conseil ces dernières années : il s'agit des marchés en voie d'ouverture à la concurrence et des nouveaux marchés. Parce qu'ils sont à l'origine de monopoles temporaires en attribuant épisodiquement des droits exclusifs aux entreprises qui les remportent, les marchés publics et délégations de service public ont également donné lieu à de nombreuses interventions du Conseil.

┆ Les marchés en cours de libéralisation

Sous l'impulsion du droit communautaire, les grands secteurs de réseau autrefois organisés en monopoles légaux ont été libéralisés. Les secteurs des communications électroniques, de la poste, de l'énergie et des transports ont ainsi été ouverts à la concurrence.

Cependant, les libéraliser n'a généralement pas suffi à transformer d'emblée ces anciens marchés monopolistiques en marchés concurrentiels. En effet, d'une part, ces marchés présentent souvent de fortes barrières à l'entrée qui empêchent ou freinent l'arrivée des nouvelles entreprises. D'autre part, sur ces marchés, l'opérateur historique conserve, au moins dans un premier temps, une position ultra-dominante, voire un monopole de fait, qu'il peut être tenté d'utiliser pour écarter la concurrence naissante. Saisi de tels comportements qui menacent l'arrivée ou la survie des nouveaux entrants, souvent fragiles et vulnérables, le Conseil de la concurrence reconnaît généralement que l'urgence qui lui permet d'adopter des mesures conservatoires est caractérisée. Un grand nombre de mesures conservatoires a donc été prononcé dans ce contexte.

La présence d'autorités de régulation dédiées à ces secteurs, telles que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et la Commission de régulation de l'énergie (CRE), ne prive donc pas de leur intérêt les interventions d'urgence du Conseil et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, le droit commun qu'est le droit de la concurrence s'applique à toutes les activités économiques, y compris celles en voie d'ouverture. Par conséquent, les règles de concurrence ont, avec les droits sectoriels, vocation à régir les secteurs libéralisés.

En second lieu, le Conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles sont dotés de prérogatives différentes. La CRE, par exemple, ne dispose du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires qu'en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès ou l'utilisation des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, des ouvrages de transport ou de distribution de gaz naturel et des installations de

¹⁴. Décision 03-MC-04, réformée par CA Paris, 31 janvier 2006 à la suite de C cass, 12 juillet 2005. L'arrêt de la cour d'appel a été confirmé par C cass, 20 février 2007, MLP.V. Décision 06-MC-01, confirmée par CA Paris, 9 mai 2006, SAEM-TP.

gaz naturel liquéfié ou de stockage de gaz naturel¹⁵. L'intérêt de solliciter le Conseil dans ce secteur afin qu'il mette en œuvre ses pouvoirs d'urgence ressort lorsque d'autres aspects sont en cause. Les autorités de régulation sectorielle l'ont bien compris. Par suite, l'ARCEP, sous son ancienne dénomination d'Autorité de régulation des télécommunications (ART), n'a pas hésité à saisir le Conseil aux fins de mesures conservatoires, comme l'y autorise l'article L. 36-10 du Code des postes et communications électroniques¹⁶. Réciproquement, il est arrivé au Conseil de rejeter une demande de mesures conservatoires au motif que l'ART avait prévu de résoudre cette question en concertation avec les opérateurs¹⁷. Le Conseil bénéficie en outre de l'avis des experts sectoriels pour rendre ses décisions, même dans l'urgence qui caractérise la procédure relative aux mesures conservatoires, ainsi que le prévoit l'article R. 463-9 du Code de commerce.

Grâce à sa procédure d'urgence, complémentaire de celles dont disposent les autorités de régulation sectorielles, le Conseil a contribué à protéger la concurrence, spécialement dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, ainsi que nous allons le voir à présent.

Les mesures conservatoires dans le secteur des communications électroniques

La procédure relative aux mesures conservatoires a montré son efficacité lors de la libéralisation du secteur des communications électroniques, ce secteur étant caractérisé par la rapidité des évolutions technologiques et concurrentielles.

Dans ce secteur, le Conseil est intervenu tant sur les marchés de détail que sur les marchés de gros.

Sur les marchés de détail, à plusieurs reprises, le Conseil a enjoint à l'opérateur historique de modifier ses comportements qui visaient à se réserver la clientèle par des procédés susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles.

Par exemple, en matière de téléphonie fixe, à deux reprises, le Conseil a enjoint à France Télécom de suspendre des offres tarifaires couplant des prestations en concurrence avec des prestations toujours en monopole de droit, offres que les nouveaux entrants étaient dans l'impossibilité de proposer aux consommateurs, notamment à la veille de l'ouverture à la concurrence du marché des communications locales¹⁸.

En matière de téléphonie mobile, le Conseil a adopté des mesures conservatoires mettant fin à l'atteinte grave et immédiate portée au marché dans les Caraïbes par une filiale de FranceTélécom. Le Conseil a, en effet, considéré que des comportements d'Orange Caraïbe étaient susceptibles de constituer des abus de position dominante, notamment des discriminations

¹⁵. Art. 38 I A 1 *in fine* de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JORF, 11 février 2000, p2143). Sur le pouvoir de l'ARCEP de prononcer des mesures conservatoires, v. art. L. 36-8 I du Code des postes et communications électroniques.

¹⁶. Décision 00-MC-19.

¹⁷. Décision 00-MC-01, confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, France Télécom.

¹⁸. Décision 00-MC-19 et décision 01-MC-06, confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, France Télécom.

tarifaires et des pratiques de fidélisation, de nature à dissuader les consommateurs de recourir à l'unique opérateur alternatif, ainsi empêché d'exercer une pression concurrentielle sur l'entreprise dominante¹⁹.

Le Conseil est également intervenu en matière de services téléphoniques spéciaux de libre appel et d'appel à coûts partagés offerts aux clients professionnels, en enjoignant à France Télécom de suspendre l'application d'une clause qui lui réservait l'usage des supports de communication des marques « *numéro vert* », « *numéro azur* » et « *numéro indigo* ». Le Conseil a, en effet, considéré que cette clause était susceptible de faire obstacle au développement des opérateurs alternatifs, à un moment où la concurrence aurait précisément dû connaître une impulsion significative grâce à la mise en place de la portabilité²⁰.

Encore récemment, le Conseil a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de France Télécom en raison de comportements, notamment des dénigrements et des pressions sur les clients, susceptibles de constituer des abus de position dominante sur le marché du raccordement final au réseau téléphonique²¹.

Sur les marchés de gros, le Conseil a également adopté des mesures conservatoires en vue d'empêcher les atteintes graves pouvant être portées par France Télécom et TéléDiffusion de France (TDF) sur les marchés de la téléphonie et de la radiodiffusion et de la télédiffusion par câble et par voie hertzienne. Il a ainsi suspendu des comportements susceptibles de relever de trois types de pratiques anticoncurrentielles : ciseaux tarifaires²², refus d'accès ou conditions d'accès discriminatoires aux réseaux²³ et clauses d'exclusivité²⁴.

Par ses interventions d'urgence, le Conseil a permis d'assurer l'effectivité de l'ouverture à la concurrence de nombreux domaines du secteur des communications électroniques, en combinaison avec l'action du régulateur sectoriel.

Il a notamment joué un rôle dans le processus de libéralisation de la diffusion des programmes télévisuels, à l'heure où cette activité connaissait un changement crucial de technologie avec le remplacement de la diffusion analogique par la diffusion numérique²⁵.

Un autre nouveau marché régulé par l'ARCEP a bénéficié de nombreuses décisions du Conseil prononçant des mesures conservatoires : il s'agit de celui de l'internet. Toutefois, avant d'étudier ces interventions, il convient d'évoquer les récentes décisions rendues par le Conseil dans le secteur de l'énergie.

19. Décision 04-MC-02, réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe.

20. Décision 03-MC-02, réformée par CA Paris, 29 avril 2003, France Télécom. La portabilité est la possibilité offerte aux abonnés de changer d'opérateur tout en conservant le même numéro d'appel.

21. Décision 07-MC-03.

22. Décisions 01-MC-07 et 07-MC-05, confirmée par CA Paris, 24 août 2007, TDF.

23. Décision 99-MC-01 confirmée par CA Paris, 15 mars 1999 et C cass, 18 avril 2000, France Télécom ; décision 02-MC-04 réformée par CA Paris, 21 mai 2002, TDF ; décision 07-MC-03.

24. Décision 03-MC-03 confirmée par CA Paris, 8 janvier 2004, TDF ; décision 04-MC-02, réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe ; décision 07-MC-02.

25. Décision 02-MC-04 réformée par CA Paris, 21 mai 2002, TDF ; décisions 07-MC-02 et 07-MC-05, confirmées par CA Paris, 24 août 2007, TDF.

Les mesures conservatoires dans le secteur de l'énergie

Le 1^{er} juillet 2007 a marqué l'aboutissement du processus de libéralisation du secteur de l'électricité, en donnant à l'ensemble des consommateurs finals la possibilité de choisir leur fournisseur sur le marché libre (on parle de « *consommateurs éligibles* »).

Sollicité par de nouveaux entrants, le Conseil a déjà rendu deux décisions imposant des mesures d'urgence à l'opérateur historique, la première sur le marché de détail, la seconde sur le marché de gros.

Dans le premier cas, le Conseil a été saisi par la société KalibraXE qui se plaignait d'une fermeture du marché due aux clauses d'exclusivité incluses dans les contrats d'EDF. Dans la décision **07-MC-01**, le Conseil a considéré que EDF était susceptible d'abuser de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finals éligibles (catégorie alors uniquement composée de consommateurs professionnels) ayant exercé leur éligibilité, en concluant avec ces clients des contrats manquant de transparence quant à leurs conditions de résiliation anticipée²⁶. Il a estimé que cette opacité, combinée à l'ambiguïté de certaines clauses, était susceptible de faire obstacle à la possibilité effective pour le client final de profiter des opportunités éventuelles de marché ou à sa volonté de s'adresser à un autre fournisseur sans supporter des conditions dissuasives. Rapprochée de l'échéance du 1^{er} juillet 2007, cette situation était caractérisée par l'urgence car, à cette date, l'ensemble des consommateurs d'électricité (y compris les consommateurs résidentiels) allait pouvoir se fournir sur le marché libre. Pour cette raison, le Conseil a enjoint à EDF de définir, dans ses conditions générales de vente, les règles applicables en cas de résiliation anticipée, pour les contrats de fourniture d'électricité aux clients finals ayant exercé leur éligibilité.

Dans le second cas, le Conseil a été saisi par la société Direct Énergie – fournisseur d'électricité ne disposant pas de moyens de production propres – qui accusait EDF de lui vendre de l'électricité en gros à un prix l'empêchant d'intervenir de manière viable sur le marché de détail. Dans la décision **07-MC-04**, le Conseil a considéré que EDF était susceptible d'abuser de sa position dominante en vendant à Direct Énergie de l'électricité à un prix de gros ne permettant pas à un rival aussi efficace qu'EDF de le concurrencer sur le marché de détail sans subir des pertes.

Le Conseil a également constaté une pénurie d'offres d'approvisionnement en électricité de base sur le marché de gros, de nature à gêner l'activité des nouveaux fournisseurs sur le marché de détail. Là aussi, replacée dans le contexte particulier de la pleine libéralisation du secteur au 1^{er} juillet 2007, cette situation était caractérisée par l'urgence. Pour remédier à l'atteinte au secteur, le Conseil a donc ordonné à EDF de formuler une proposition de fourniture d'électricité en gros ou toute autre solution techniquement ou économiquement équivalente permettant aux autres fournisseurs de concurrencer les offres de détail faites par EDF sur le marché libre sans subir de ciseau tarifaire. Concernant l'atteinte à l'entreprise plaignante, le Conseil a, en outre, enjoint à EDF de négocier de bonne foi avec cette société un

26. Décision confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, KalibraXE.

contrat transitoire d'approvisionnement en gros qui, comme EDF l'avait proposé en séance, devrait couvrir une durée d'au moins un an et proposer un prix reflétant les coûts complets de production de l'opérateur.

Par ces deux décisions, le Conseil a donc instauré des conditions favorables au développement de la concurrence dans un secteur en pleine ouverture.

En parallèle de ses interventions favorisant la libéralisation de marchés autrefois fermés, le Conseil a également placé la procédure relative aux mesures conservatoires au service de la concurrence sur les nouveaux marchés.

Les marchés émergents

Le marché français de l'internet est, aujourd'hui, parmi les plus concurrentiels. Pourtant, au moment où ce marché était en plein essor, France Télécom a tenté de tirer profit de son statut d'opérateur historique, et notamment de sa position dominante sur le marché de l'accès à la boucle locale, pour préempter ce nouveau marché. Saisi par ses concurrents, le Conseil a adopté cinq décisions prononçant des mesures conservatoires à l'égard de France Télécom. Aux côtés de l'ARCEP, il a contribué au bon développement du marché de l'internet qui était alors émergent en mettant un terme à des comportements susceptibles de porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence.

Sur le marché de détail, par exemple, le Conseil a suspendu deux offres de France Télécom. La première était une offre tarifaire d'accès à internet à destination des écoles et des établissements scolaires publics et privés sous contrat, qui était susceptible de revêtir un caractère prédateur²⁷. La seconde était une offre d'accès rapide à internet par la technologie ADSL proposée à l'issue de l'expérimentation de la technologie ADSL²⁸.

Le Conseil a subordonné la commercialisation de ces offres à une condition de répliquabilité, consistant, pour la première, à la possibilité pour les opérateurs concurrents de se connecter au réseau local de France Télécom pour construire une offre concurrente et, pour la seconde, à la possibilité effective pour les opérateurs concurrents de présenter leurs propres offres d'accès à internet par la technologie ADSL.

Le Conseil a également suspendu la commercialisation des packs ADSL de Wanadoo, filiale de France Télécom, dans les agences commerciales de l'opérateur historique²⁹.

En parallèle, le Conseil est intervenu sur les marchés de gros pour permettre aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) d'accéder aux parties du réseau de l'opérateur historique nécessaires à leurs activités. Ses décisions ont été déterminantes pour empêcher que ne se constitue un quasi-monopole de fait au profit de Wanadoo, la filiale de France Télécom, sur le marché de la fourniture d'accès à internet haut débit.

27. Décision 98-MC-03.

28. Décision 99-MC-06.

29. Décision 02-MC-03, confirmée par CA Paris, 9 avril 2002, France Télécom.

Ainsi, dans un premier temps, le Conseil a ordonné à FranceTélécom de formuler aux opérateurs tiers une offre d'accès au circuit virtuel permanent, leur permettant de ne pas être cantonnés dans une fonction de revente de son offre commerciale mais de développer une offre d'accès à internet haut débit qui leur soit propre et d'exercer une concurrence effective tant par les prix que par la nature des prestations offertes, en attendant le dégroupage de la boucle locale³⁰.

Dans un deuxième temps, le Conseil a permis aux opérateurs alternatifs d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL que la filiale de FranceTélécom Wanadoo. Il a également exigé que l'opération matérielle de connexion ADSL se fasse dans les mêmes conditions d'efficacité pour tous³¹.

Enfin, dans un troisième temps, le Conseil a mis fin aux comportements de FranceTélécom qui visaient, notamment, à empêcher les opérateurs alternatifs d'installer les équipements nécessaires au développement de services vidéo par ADSL dans les salles de dégroupage. Considérant que FranceTélécom était susceptible d'abuser de sa position de détenteur de la boucle locale par ses agissements dilatoires et discriminatoires, le Conseil lui a enjoint d'autoriser l'installation de ces matériels et de procéder à la migration des lignes dégroupées sur ces nouveaux matériels³².

Au-delà de ses effets sur le bon développement de la concurrence dans le secteur des télécommunications, cette décision revêt une importance considérable car elle a donné l'occasion à la Cour de cassation de rendre un arrêt décisif donnant toute son efficacité à la procédure relative aux mesures conservatoires³³.

Avant d'examiner cette jurisprudence, il convient de présenter les décisions du Conseil ayant accordé des mesures conservatoires relatives à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de procédures d'appels d'offres.

Les marchés attribués par appels d'offres

De manière constante, le Conseil considère que « *le croisement d'un appel d'offres d'une collectivité publique et des réponses des candidats constitue un marché au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986*³⁴ ». Ainsi, qu'il s'agisse d'un marché public, d'une délégation de service public ou d'une convention d'occupation du domaine public, chaque contrat administratif est considéré comme un marché en soi car il réserve le marché à la seule personne qui remporte l'appel d'offres en principe organisé pour sa dévolution, les autres candidats étant généralement exclus pour toute la durée du contrat.

Les pratiques mises en œuvre par des entreprises à l'occasion de procédures d'appels d'offres représentent une part importante du travail du Conseil.

30. Décision 00-MC-01, confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, France Télécom.

31. Décision 02-MC-03, confirmée par CA Paris, 9 avril 2002, France Télécom.

32. Décision 04-MC-01, réformée par arrêt CA Paris, 29 juin 2004, Neuf Télécom, lui-même cassé par C cass, 8 novembre 2005, Neuf Télécom.

33. C cass, 8 novembre 2005, Neuf Télécom.

34. Cons. conc., décision 98-MC-15.

Au fond, le Conseil condamne fréquemment des ententes anticoncurrentielles entre soumissionnaires, spécialement dans les marchés publics.

Cependant, dans le cadre de la procédure relative aux mesures conservatoires, il est plutôt intervenu pour modifier des comportements susceptibles de constituer des abus de position dominante émanant du candidat sortant et visant à fausser la concurrence dans l'attribution du contrat suivant.

Ainsi, la première mesure conservatoire prononcée par le Conseil pour protéger la concurrence dans les marchés publics a-t-elle concerné la société Pont-à-Mousson, entreprise dominant le marché des tuyaux en fonte ductile, qui, sous couvert de rappeler les règles relatives à la normalisation dans les marchés publics, incitait les maîtres d'ouvrage, les maîtres d'œuvre et leurs services techniques à préférer ses produits à ceux de la société qui tentait d'entrer en concurrence avec elle³⁵.

Ces interventions du Conseil sont précieuses pour les saisissants, concurrents évincés ou entités adjudicatrices, car elles sont un moyen rapide et efficace de restaurer la concurrence, spécialement durant la phase cruciale qui précède la conclusion du contrat où se joue l'attribution du marché. Aussi, le Conseil peut-il être conduit à prononcer des mesures conservatoires, contribuant ainsi à favoriser la concurrence entre candidats à la commande publique. La récente pratique décisionnelle du Conseil l'illustre bien : par deux fois en 2006, le Conseil a adopté des mesures conservatoires à l'encontre d'entreprises qui tentaient d'évincer leurs concurrents à l'obtention de contrats administratifs.

Dans une première décision 06-MC-02, le Conseil a enjoint à l'association Les Bouc'Choux, gestionnaire des structures d'accueil de la petite enfance de la commune de Bouc-Bel-Air, de suspendre un comportement qui tendait à dissuader ses concurrents de présenter leur candidature lors de l'appel d'offres que la commune s'appropriait à organiser.

En effet, l'association avait adopté un avenant aux contrats de travail de ses salariés qui offrait 100 000 euros à chacun dès lors que l'effectif de leur employeur dépasserait 60 personnes. L'association n'était pas concernée car elle limitait son effectif à une quarantaine de salariés. En revanche, la plupart de ses concurrents risquaient de l'être.

Or, les activités soumises à une procédure de marché public entrent dans le champ d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, selon lequel l'employeur entrant reprend les contrats de travail de l'employeur sortant. Le mécanisme instauré par l'avenant revenait donc à faire peser le coût de la prime sur l'éventuel successeur de l'association, lequel aurait dû verser 3,3 millions d'euros aux salariés bénéficiaires de l'avenant.

Constatant que l'avenant avait déjà produit des effets dissuasifs lors d'un premier appel d'offres, le Conseil a considéré que son maintien hypothéquerait sérieusement l'exercice d'une concurrence effective et non faussée lors du prochain appel d'offres que la commune devait lancer durant l'été 2006.

35. Cons. conc., décision 92-MC-08.

Par conséquent, le Conseil a enjoint à l'association de suspendre l'application de l'avenant jusqu'à la décision au fond ou jusqu'à la suppression effective de l'avenant dans les formes légales. Il a également demandé à l'association de rendre compte de la situation des contrats de travail de ses salariés dans un délai d'un mois.

Cette décision n'est pas sans rappeler l'arrêt du 29 juin 1998 par lequel la cour d'appel de Paris a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de la société Suez-Lyonnaise des Eaux³⁶.

Dans cette affaire, la société mise en cause refusait de communiquer à ses concurrents les conditions de vente d'un produit qu'elle était seule à détenir et qui était indispensable pour candidater à l'obtention de délégations de service public de distribution d'eau.

La cour a considéré que cette pratique mise en œuvre par une entreprise en position dominante et disposant de ressources essentielles était susceptible de constituer un abus.

Elle a indiqué qu'en raison de sa nature même, le refus de la société Suez-Lyonnaise des Eaux portait une atteinte grave et immédiate à l'économie en général et à celle du secteur intéressé. En effet, d'une part, il empêchait les concurrents d'élaborer des offres utiles et d'autre part, il dissuadait les candidats potentiels de concourir, en raison des difficultés rencontrées pour obtenir les données nécessaires.

Estimant que la proximité des dates auxquelles de nouveaux contrats devaient être conclus caractérisait une situation d'urgence, la cour a enjoint à la société Suez-Lyonnaise des Eaux de communiquer son prix de vente en gros d'eau potable dans des conditions permettant une réelle information de ses concurrents sur le coût d'accès au produit indispensable.

Dans une seconde décision 06-MC-03, le Conseil a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de la Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) en raison de pratiques mises en œuvre lors du renouvellement de la délégation de service public de transport maritime entre la Corse et Marseille.

Délégataire sortant, la SNCM avait proposé une offre globale et indivisible pour répondre à l'appel d'offres organisé par l'Office des transports de la Corse. Le Conseil a estimé qu'une telle offre ne pouvait, par nature, être considérée comme susceptible de constituer un abus de position dominante.

Cependant, en l'espèce, le recours à la SNCM était incontournable, faute pour les autres candidats de pouvoir formuler des offres portant sur l'ensemble des lignes. En outre, le refus de la SNCM de s'engager de manière ferme sur le montant de la subvention ligne par ligne empêchait l'autorité organisatrice de comparer les résultats de la compétition. Le Conseil a donc considéré que l'offre de la SNCM était susceptible d'évincer les concurrents et risquait de ne laisser d'autre choix à l'autorité organisatrice que la SNCM pour assurer la gestion du service public.

³⁶. CA Paris, 29 juin 1998, Suez-Lyonnaise des Eaux, confirmé par C cass, 3 mai 2000, Suez-Lyonnaise des Eaux.

Le Conseil a indiqué que ce comportement risquait de porter une atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs. En effet, la signature du contrat était imminente. Or, l'attribution d'un contrat de six ans à l'issue d'une mise en concurrence faussée n'offrait ni à l'autorité organisatrice ni aux contribuables, payeurs en dernier ressort de la subvention, la garantie d'un choix économique éclairé.

La situation d'urgence était d'autant plus caractérisée que la signature du contrat aurait entraîné une situation difficilement réversible et aurait ainsi fait obstacle à l'effet utile de l'ouverture à la concurrence du service public de transport maritime reliant la Corse au continent.

Pour cette raison, le Conseil a enjoint à la SNCM dans les 48 heures :

- d'indiquer à l'Office des transports de la Corse le montant de subvention exigé pour chaque ligne ;
- de faire droit à toute demande de l'Office permettant à ce dernier d'évaluer le montant demandé pour les offres groupées qu'il souhaiterait étudier ;
- de préciser explicitement à l'Office ne s'opposer ni à un examen par ce dernier de son offre ligne par ligne ou regroupée ni à la possibilité d'attribution partielle de la délégation de service public.

Le Conseil a également demandé à la SNCM de s'abstenir de signer tout projet de convention qui lui serait proposé avant d'avoir justifié au Conseil de l'exécution de l'injonction prononcée ci-dessus.

En 2007, le Conseil a, de nouveau, été saisi de pratiques mises en œuvre par la SNCM lors du renouvellement de la délégation de service public de transport maritime entre la Corse et le port de Marseille³⁷. Mais, cette fois, il a rejeté la demande de mesures conservatoires, considérée comme non fondée et non pertinente, et décidé de poursuivre l'instruction au fond.

Ces deux décisions s'inscrivent dans une saga juridique qui a également vu intervenir le juge administratif³⁸. À cet égard, elles sont une nouvelle illustration du partage des compétences entre le Conseil de la concurrence et le juge administratif, l'un statuant sur les pratiques des entreprises, l'autre sur les actes de l'administration³⁹.

Aussi, dans sa première décision relative aux mesures conservatoires demandées à l'encontre de la SNCM, le Conseil a-t-il refusé d'examiner la prétendue entente anticoncurrentielle entre la collectivité territoriale de Corse, l'Office des transports de la Corse et la SNCM au motif que cette pratique était indissociable de l'acte de puissance publique qu'était le règlement particulier de l'appel d'offres⁴⁰.

Il a, en revanche, considéré que les abus de position dominante reprochés à la SNCM étaient détachables de l'appréciation de la légalité du règlement particulier d'appel d'offres et relevaient de sa compétence⁴¹.

37. Cons. conc., décision 07-D-13.

38. CE, 15 décembre 2006, Corsica Ferries et CE, 5 juin 2007, Corsica Ferries.

39. TC, 18 octobre 1999, Aéroports de Paris.

40. Cons. conc., décision 06-MC-03, point 40-41.

41. Cons. conc., décision 06-MC-03, point 42.

Dans le même esprit, le Conseil s'est reconnu compétent pour statuer sur une demande de mesures conservatoires relative à des pratiques mises en œuvre par la Ligue nationale de football (LNF), Canal Plus et Kiosque à l'occasion de l'attribution des droits de diffusion des matchs de championnat de ligue 1⁴². Les contrats concernés n'étaient, certes, pas des contrats administratifs mais ils étaient attribués au terme d'une procédure concurrentielle.

Dans une précédente décision, confirmée sur ce point par la Cour de cassation, le Conseil avait indiqué que *« si la LNF a reçu pour mission, en application d'une convention signée avec la Fédération française de football (FFF), d'organiser les championnats des première et deuxième divisions professionnelles, la mise en œuvre d'opérations promotionnelles se traduisant notamment par la fourniture exclusive des équipements sportifs des joueurs disputant les championnats de France constitue une activité de distribution ou de service, détachable de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, et à laquelle s'appliquent les règles de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁴³ »*.

En l'espèce, le Conseil a donc pu examiner l'ensemble des pratiques de la Ligue, de Canal Plus et de Kiosque. Il a d'abord indiqué que la Ligue était susceptible d'être en position dominante sur les marchés des droits de retransmission du football et que Canal Plus était susceptible d'être en position dominante sur celui de la télévision à péage. Il a ensuite considéré que certains comportements étaient susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, notamment :

- l'attribution en exclusivité à Canal Plus des droits de diffusion des matchs de championnat de ligue 1 ;
- les incertitudes du règlement de la consultation sur la définition et la recevabilité des offres globales ainsi que sa mise en œuvre ;
- l'offre de Canal Plus combinant des valorisations faibles lot par lot et une prime d'exclusivité très élevée ;
- l'éventuelle concertation entre Canal Plus et la Ligue favorisant les offres de Canal Plus, au regard des liens contractuels entre Canal Plus et des clubs dont les présidents siégeaient au conseil d'administration de la Ligue.

Au vu de l'atteinte grave et immédiate portée à TPS, concurrent de Canal Plus, et au secteur, le Conseil a enjoint à la Ligue, à Canal Plus et à Kiosque de suspendre les effets de la décision d'attribution des droits de diffusion des matchs de football prise par le conseil d'administration de la Ligue jusqu'à la décision au fond. Il leur a également demandé de s'abstenir de toute communication tendant à présenter la décision de la Ligue comme définitive et d'en faire une utilisation publicitaire ou commerciale dans la démarche de prospection de nouveaux abonnés.

L'attribution de contrats au terme de procédures d'appel d'offres compte donc, aux côtés des marchés en cours de libéralisation et des marchés

⁴². Cons. conc., décision 03-MC-01.

⁴³. Cons. conc., décision 95-MC-10, réformée par CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, lui-même annulé par C cass, 2 décembre 1997, Nike France.

émergents, parmi les situations ayant particulièrement donné lieu au prononcé de mesures conservatoires.

Pour dénouer ces situations caractérisées par l'urgence, le Conseil dispose de pouvoirs lui permettant d'intervenir avec célérité et efficacité.

Les éléments garantissant une résolution rapide et efficace des situations d'urgence

L'efficacité des interventions d'urgence du Conseil repose sur deux principaux éléments.

D'une part, l'interprétation par le juge des règles relatives aux mesures conservatoires offre au Conseil la possibilité de prononcer des mesures d'urgence plus facilement que d'autres autorités de concurrence et notamment la Commission européenne, qui est soumise à de fortes contraintes.

D'autre part, de plus en plus, la procédure d'engagements se combine à la procédure relative aux mesures conservatoires et permet au Conseil d'apporter une solution rapide et, cette fois, définitive au problème de concurrence rencontré.

L'interprétation des règles propres aux mesures conservatoires

Le premier élément permettant au Conseil d'intervenir rapidement dans des contextes économiques variés consiste à apprécier sagement les règles applicables à la procédure d'urgence. La caractérisation des pratiques à l'origine de l'atteinte et l'existence de l'atteinte justifiant l'octroi de mesures conservatoires répondent ainsi à ce mode d'appréciation.

┆ L'examen de la caractérisation des pratiques

On pourrait certes s'interroger sur la nécessité pour le Conseil de caractériser les pratiques à l'origine de l'atteinte justifiant le prononcé de mesures conservatoires. Le second alinéa de l'article L. 464-1 du Code de commerce dispose en effet de façon laconique que « *les mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate, à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à l'entreprise plaignante* ». L'article n'exige donc pas, pour l'octroi de mesures conservatoires, de caractériser les pratiques, ni *a fortiori* l'existence d'un trouble « *manifestement illicite* », comme cela peut être le cas en matière de référé civil⁴⁴.

La lecture de l'article L. 464-1 ne peut cependant se faire sans celle des articles relatifs à la compétence du Conseil et au caractère accessoire de la demande de mesures conservatoires. Le Conseil, précise l'article L. 462-6 du Code de commerce, examine en effet « *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 l'application de l'article L. 420-4* », à défaut de quoi

⁴⁴. Article 809 du Code de procédure civile : « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.* »

il peut déclarer la saisine irrecevable⁴⁵. L'une des premières décisions de mesures conservatoires prise par le Conseil précise ainsi que « *les dispositions de l'article 12 de l'ordonnance n° 86-1243 ne sont applicables que si les pratiques visées par la demande sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ses articles 7 et 8*⁴⁶ ».

Le Conseil peut en outre simplement rejeter la saisine « *lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*⁴⁷ ».

L'application de ces dispositions aux demandes de mesures conservatoires est d'autant plus justifiée que cette demande, depuis le décret du 2 mai 1988, « *ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence*⁴⁸ ». La demande de mesures conservatoires est donc dépendante de la recevabilité de l'action au fond⁴⁹. Ainsi, selon une formule consacrée par le Conseil, « *une demande de mesures conservatoires ne peut être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et n'est pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants*⁵⁰ ».

L'évolution de la jurisprudence

Le caractère accessoire de la procédure d'urgence à l'égard de la procédure au fond a été à l'origine d'incertitudes jurisprudentielles relatives à la nature et à la portée de la caractérisation des pratiques.

D'un point de vue procédural, la question est de savoir si l'exigence de caractérisation s'analyse comme un élément nécessaire au bien-fondé des mesures conservatoires octroyées, ou simplement un élément de recevabilité de la demande de mesures conservatoires.

Se pose en filigrane la question, dépendante du droit substantiel, de la détermination du standard de preuve exigé pour caractériser l'illicéité de la pratique. Dans le cas d'un standard de preuve élevé, la caractérisation s'apparente à une préqualification des pratiques qui permet d'apprécier le bien-fondé des mesures en elles-mêmes. Inversement, le simple examen du respect du champ de compétence du Conseil ou du caractère suffisamment étayé de la saisine relègue la condition de la caractérisation à une condition de recevabilité.

Or, plus l'appréciation du caractère illicite des pratiques doit être stricte et circonstanciée, moins le Conseil peut répondre facilement à l'impératif d'urgence que lui imposent certaines espèces.

La difficulté pour les juridictions était de définir des conditions propres aux mesures conservatoires prononcées par le Conseil. Certains arrêts montrent en effet que le « *référé-concurrence* » de l'article L. 464-1 a pu être assimilé au référé de droit commun ou aux mesures provisoires du droit communautaire.

45. Premier alinéa de l'article L. 462-8.

46. Décision 87-MC-01.

47. Second alinéa de l'article L. 462-8.

48. Article R. 464-1 du Code de commerce.

49. En ce sens : C. cass, 4 février 1997, Béton de France.

50. Voir par exemple les décisions 07-D-10 ; 06-D-14 ; 05-D-60.

La cour d'appel de Paris⁵¹, puis la Cour de cassation se sont tout d'abord reportées aux notions qui leur étaient familières en matière de référé.

Dans un arrêt du 7 avril 1992, la chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté la demande de mesures conservatoires, en raison de « *l'absence de justifications du caractère évident de l'illicéité des pratiques litigieuses* », les griefs étant « *sérieusement discutés* » par la société mise en cause⁵². Selon cet arrêt, les mesures conservatoires interviendraient ainsi dans une situation d'évidence, qui ne se heurterait à aucune contestation sérieuse, à l'instar de ce que prévoit l'article 808 du Code de procédure civile en matière de référé⁵³.

Dans un arrêt du même jour, la Cour de cassation approuve également le rejet de mesures conservatoires, les moyens de défense invoqués par la société mise en cause s'opposant à « *ce que les clauses litigieuses soient tenues pour manifestement illicites* »⁵⁴. La rédaction de l'arrêt s'inspire cette fois de l'article 809 du Code de procédure civile, selon lequel le référé peut intervenir « *pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

De façon encore plus nette, la cour d'appel dans un arrêt du 26 juin 2002 a fait application des règles du droit communautaire⁵⁵.

Cette affaire concernait des exportations parallèles de médicaments et avait été examinée par le Conseil sur le fondement du droit communautaire.

Rappelant le principe d'application directe de ce droit tel que visé par l'article L. 470-6 du Code de commerce, la cour en a déduit que les conditions de fond d'octroi des mesures conservatoires devaient être celles du droit communautaire. Or, la Commission ne dispose pas des mêmes moyens que le Conseil pour résoudre une situation d'urgence. À l'époque où la cour statue, la possibilité pour la Commission d'adopter des mesures provisoires résulte de l'ordonnance de la Cour de justice des communautés européennes du 17 janvier 1980⁵⁶, complétée par un arrêt du 28 février 1984⁵⁷.

La cour d'appel interprète la jurisprudence communautaire en ce sens 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* ».

Cette condition figure aujourd'hui au 1 de l'article 8 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 : la Commission peut ordonner des mesures provisoires « *sur la base d'un constat prima facie d'infraction* ».

51. CA Paris, 19 octobre 1987, Sony.

52. C. cass., 7 avril 1992, société Sony France.

53. « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.* »

54. C. cass., 7 avril 1992, JVC Vidéo.

55. CA Paris, 26 juin 2002, Pharmalab.

56. CJCE, 17 janvier 1980, Camera care.

57. CJCE, 28 février 1984, Ford.

Cette démarche a été confirmée par la cour d'appel dans un arrêt ultérieur du 16 juillet 2002⁵⁸, relatif au même secteur d'exportation de médicaments pour lequel seul le droit communautaire était invoqué.

Cet alignement des conditions des mesures conservatoires octroyées par le Conseil à celles prévues en cas de référé ou de demandes de mesures provisoires à la Commission a eu pour conséquence d'imposer un standard de preuve élevé, et d'ajouter une condition de fond, non prévue à l'article L. 464-1, au prononcé des mesures.

Cette exigence, si elle avait été maintenue, aurait modifié la fonction des mesures conservatoires. Prévu dans le souci de préserver l'efficacité d'une décision future, elles auraient en réalité servi de réponse à des pratiques manifestement illicites. Dans ces conditions, le caractère accessoire de la procédure d'urgence n'aurait plus eu directement de raison d'être.

En trois étapes successives, la chambre commerciale de la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence.

Dans un premier arrêt du 18 avril 2000, Numéricable, la Cour a rompu avec sa jurisprudence qui subordonnait le prononcé de mesures conservatoires à la constatation préalable de faits manifestement illicites. Après avoir relevé dans un premier attendu la compétence du Conseil pour prévenir un risque d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, la Cour précise ensuite que des mesures conservatoires peuvent être octroyées *« même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites au regard des articles 7, 8, ou 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée »*.

Dans un arrêt du 14 décembre 2004, Pharmalab, la Cour a ensuite censuré, pour violation du principe d'autonomie procédurale, l'alignement opéré par la cour d'appel de Paris des conditions d'octroi des mesures conservatoires sur celles des mesures provisoires du droit communautaire. Ce principe *« commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 ou 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 »*.

Commentant cette jurisprudence, le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004 précise ainsi que le Conseil n'a pas *« à être convaincu, à la différence de la Commission, d'une présomption d'atteinte raisonnablement forte aux règles de la concurrence, pour prononcer des mesures conservatoires, l'obligation qui lui est faite résidant seulement dans la nécessité de constater un lien de causalité entre les faits dénoncés, lesquels doivent être établis, et l'atteinte alléguée, qui doit en outre répondre aux conditions édictées par l'article L. 464-1 alinéa 2 du Code de commerce »*⁵⁹.

La Cour de cassation constate que les outils procéduraux mis à la disposition du Conseil pour la mise en œuvre du droit communautaire sont plus

⁵⁸. CA Paris, 16 juillet 2002, Pharmajet.

⁵⁹. C. cass., Rapport annuel 2004, Paris, La Documentation française.

faciles à mettre en œuvre que ceux mis à la disposition de la Commission elle-même : « *Ainsi, de façon peut-être paradoxale, mais en raison du principe d'autonomie procédurale, et dès lors qu'elle doit mettre en œuvre, en application de l'article L. 470-6 du Code de commerce, les pouvoirs qui lui sont conférés en droit interne, l'autorité interne de concurrence dispose, en ce qui concerne le prononcé de mesures conservatoires, de pouvoirs plus soupagement interprétés et de nature à faciliter le prononcé de mesures conservatoires pour assurer l'effectivité du droit communautaire de la concurrence, que ceux conférés à l'autorité communautaire également chargée de l'application de ce droit* ».

Rappelons à ce propos qu'une procédure engagée par la Commission européenne à l'encontre de pratiques visées par les articles 81 et 82 n'empêche pas le Conseil d'adopter des mesures conservatoires, dès lors que ces mesures présentent un caractère temporaire et ne préjugent pas de l'appréciation des pratiques sur le fond⁶⁰. Cette possibilité n'est pas que théorique : elle pourrait présenter un intérêt pratique puisque la Commission est soumise à un standard de preuve plus élevé que le Conseil, et ne dispose donc pas de la même faculté que le Conseil pour résoudre une atteinte à la concurrence dans l'urgence.

L'évolution a enfin été parachevée par un arrêt du 8 novembre 2005, qui énonce que des mesures conservatoires peuvent être décidées « *dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce [...]* »⁶¹.

L'appréciation actuelle

Aujourd'hui, le Conseil examine donc si les faits qui lui sont soumis sont « *susceptibles* » d'être prohibés par les dispositions interdisant les pratiques anticoncurrentielles, cette analyse étant présentée dans les décisions indépendamment de celle relative au bien-fondé de l'octroi des mesures conservatoires⁶². C'est ainsi que l'examen des conditions d'exemption prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce, qui suppose préalablement la qualification de pratiques anticoncurrentielles, relève d'une instruction au fond et ne peut être effectué dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires⁶³.

La stabilisation de la jurisprudence dans le sens d'une lecture plus souple des articles du Code de commerce a tout d'abord permis au Conseil de répondre favorablement à des demandes de mesures conservatoires de façon plus fréquente en 2006⁶⁴, et surtout en 2007⁶⁵, par rapport aux années précédentes⁶⁶.

60. Décision 02-D-38.

61. C. cass., 8 novembre 2005, TPS.

62. Voir par exemple : décisions 07-MC-01 ; 07-MC-02 ; 07-MC-05.

63. Décision 97-MC-04.

64. Trois décisions accordent des mesures conservatoires (sur 15 saisines).

65. Six décisions accordent des mesures conservatoires (sur 13 saisines).

66. Aucune décision n'accorde de mesures conservatoires en 2005 (sur 14 saisines), et deux en 2004 (sur 17 saisines).

La jurisprudence de la chambre commerciale assigne par ailleurs aux mesures conservatoires leur fonction propre, celle d'assurer l'efficacité d'une future décision sur le fond. Lorsque la procédure des mesures conservatoires est accessoire à celle du fond, celles-ci n'ont en effet pas pour fonction principale d'intervenir en cas d'illicéité flagrante, mais de répondre à une situation d'urgence. On peut à cet égard mentionner l'article 54 de la nouvelle loi espagnole sur la concurrence du 15 juin 2007 (*ley de Defensa de la Competencia*), qui n'impose aucune condition particulière pour l'octroi de mesures conservatoires, dans la mesure où elles interviennent « *afin d'assurer l'efficacité d'une future décision* ».

En droit français, les conditions légales existent, elles constituent une garantie pour les justiciables, mais elles sont appréciées souplement. C'est le cas, nous l'avons vu, pour l'appréciation de la caractérisation des pratiques, mais c'est également le cas pour l'appréciation de la gravité de l'atteinte.

┆ L'appréciation de l'atteinte aux intérêts protégés

L'article L. 464-1 du Code de commerce fait explicitement référence à l'existence d'une atteinte « *grave et immédiate, à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à l'entreprise plaignante* » justifiant l'intervention de mesures conservatoires.

On constate que cette condition est appréciée souplement, aussi bien dans sa mise en œuvre procédurale que sur le fond.

Mise en œuvre procédurale

La vérification de l'existence d'une atteinte par le Conseil est adaptée à chaque cas.

Ainsi, même dans le cas où aucune atteinte grave et immédiate aux entreprises saisissantes ou au secteur n'est établie, une nouvelle saisine peut être envisagée en cas de survenance d'éléments nouveaux. Le Conseil prend ainsi en compte le caractère évolutif de certaines situations et rappelle par là l'appréciation concrète que nécessite toute situation d'urgence⁶⁷.

L'article L. 464-1 du Code de commerce fait par ailleurs référence à différents types d'intérêts. Il vise les atteintes « *à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à l'entreprise plaignante* ». Cette rédaction est large si on établit une comparaison avec d'autres dispositions applicables en Europe : l'article 8 du règlement 1/2003⁶⁸ ou l'article 32 a de la loi allemande sur les restrictions de concurrence⁶⁹ ne font par exemple référence qu'aux atteintes causées à la concurrence.

En droit national, le fait que plusieurs types d'atteintes puissent justifier l'octroi de mesures conservatoires permet une mise en œuvre procédurale

⁶⁷. Voir la décision 00-MC-13 : les conditions exigées pour le prononcé de mesures conservatoires sont rejetées, « *sans préjudice de la faculté ouverte [...] de saisir le Conseil de la concurrence de nouvelles demandes de mesures conservatoires en cas de survenance d'éléments nouveaux* ».

⁶⁸. « *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.* »

⁶⁹. « *Dans les cas d'urgence, l'autorité des cartels doit ordonner des mesures provisoires d'office s'il existe un risque de préjudice grave et irréparable à la concurrence.* »

adaptée à l'impératif d'urgence s'imposant au Conseil. On constate ainsi que lorsque la demande de mesures conservatoires a été formée par une entreprise pour atteinte à ses intérêts, le Conseil peut prononcer des mesures conservatoires, alors même que la pratique dénoncée ne porte pas directement atteinte à l'entreprise plaignante. Le Conseil n'est donc pas lié par le fondement de la demande de l'entreprise, et peut intervenir en cas d'atteinte plus générale au secteur ou à l'économie.

Dans l'affaire KalibraXE⁷⁰, l'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise plaignante n'a ainsi pas été retenue, mais des mesures conservatoires ont néanmoins été accordées sur le fondement de l'atteinte à l'exercice de la concurrence sur un marché en voie d'ouverture⁷¹.

Dans une autre affaire récente, société Arrow Génériques⁷², le Conseil a estimé qu'il n'était pas nécessaire de « *rechercher dans quelle mesure la situation personnelle de la société saisissante a été atteinte par les pratiques dénoncées* », l'analyse montrant que les pratiques entravant le développement de médicaments génériques sur un marché avaient empêché toute concurrence significative, et pénalisé l'assurance-maladie dans la mesure où l'introduction des génériques, moins chers que les médicaments de marque, permet une baisse du prix moyen du médicament.

Cette possibilité procédurale complète la faculté octroyée par l'article L. 464-1 selon laquelle le Conseil peut accorder « *les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires* », indépendamment de celles demandées par les parties. Le Conseil n'est en effet lié ni par l'objet, ni par le fondement de la demande. Il peut ainsi intervenir rapidement en cas d'atteinte, quelle qu'en soit la nature.

Cette faculté révèle également la fonction du Conseil, qui est celle de protéger l'ordre public économique. En ce sens, la demande de mesures conservatoires ne fait pas valoir de droit subjectif préconstitué, elle permet de faire respecter le droit économique, et non seulement de répondre à une atteinte individuelle.

Appréciation sur le fond

L'atteinte à l'origine des mesures conservatoires doit être, selon l'article L. 464-1, immédiate. Lue strictement, cette condition paraît restrictive. À la différence de l'article 809 du Code de procédure civile régissant les mesures conservatoires prises en référé, il n'est pas fait référence à un simple « *dommage imminent* », sur le point de se produire. L'immédiateté renvoie à un dommage actuel, contemporain des pratiques dénoncées qui en sont la cause. Elle suppose donc une atteinte établie.

Faut-il en conclure que les pratiques dénoncées doivent avoir produit leurs effets pour que le Conseil puisse intervenir ?

La réponse ne peut être positive : certaines situations imposent une intervention préventive, sans laquelle le marché peut être affecté irrémédiablement.

⁷⁰. Ayant donné lieu à la décision 07-MC-01.

⁷¹. Voir également la décision 98-MC-07.

⁷². Décision 07-MC-06.

La pratique décisionnelle et la jurisprudence montrent ainsi qu'une marge d'aléa est compatible avec le caractère immédiat de l'atteinte, dès lors que celle-ci existe en puissance et que toutes les conditions de sa réalisation sont réunies. En d'autres termes, le Conseil n'intervient pas seulement pour éviter l'aggravation d'une atteinte établie⁷³, il est également fondé à intervenir pour éviter la réalisation d'une atteinte irrémédiable à venir.

Cette appréciation de l'immédiateté de l'atteinte est particulièrement utile dans les secteurs s'ouvrant à la concurrence ou peu concurrentiels, pour lesquels la pression concurrentielle, déjà faible ou peu stabilisée, peut être menacée par les pratiques de l'opérateur dominant.

- *Des pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur historique susceptibles de ralentir l'ouverture à la concurrence du marché et intervenant lors d'étapes clés de cette ouverture peuvent ainsi causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents et au secteur*

La mise en œuvre par FranceTélécom d'un couplage tarifaire entre les prestations de desserte locale et de transport national de flux vidéo dans les contrats relatifs au service ADSL vidéo, et d'une pratique tarifaire d'éviction caractérisée par des subventions croisées, porte une atteinte immédiate eu égard au fait que ces pratiques ont été mises en œuvre à une période où la concurrence en matière de réseaux haut débit était récente et encore fragile⁷⁴.

De même, alors que l'ouverture de la totalité du marché de l'électricité était imminente, l'opacité entourant les conditions, pour les clients d'EDF, de résiliation anticipée de leurs contrats de fourniture d'électricité, constitue une « *atteinte potentielle* » à l'exercice de la concurrence⁷⁵. Des pratiques de ciseaux tarifaires par cet opérateur constituent également un obstacle à l'émergence d'une concurrence effective sur le futur marché libéralisé⁷⁶.

- *Dans un marché ouvert mais peu concurrentiel et dominé par un opérateur, le Conseil apprécie également souplement l'existence d'une atteinte*

La menace d'une atteinte peut suffire, en raison tout d'abord du risque pour les demandeurs d'être dépendants d'un offreur unique⁷⁷.

Dans l'arrêt société SAEM-TP du 9 mai 2006, la cour d'appel de Paris a ainsi rejeté les recours formés par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP) contre la décision 06-MC-01, aux termes de laquelle le Conseil avait fait droit à la demande de mesures conservatoires de la société des Messageries Lyonnaises de presse (MLP). Le Conseil avait estimé que le système de rémunérations mis en place entre, d'une

⁷³. Voir par exemple la décision 98-MC-07, d'après laquelle l'atteinte grave et immédiate résulte du renouvellement d'un contrat conférant des droits exclusifs à un opérateur dans des conditions ne permettant pas le plein exercice de la concurrence.

⁷⁴. Décision 04-MC-01 (annulée sur ce point par un arrêt de CA Paris, 29 juin 2004, mais qui a été cassé le 8 novembre 2005 par la Cour de cassation). Voir également décisions 98-MC-03 (mise en place de l'accès à internet dans des établissements scolaires) ; 01-MC-06 ; 00-MC-19 ; 02-MC-03 (confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 9 avril 2002).

⁷⁵. Décision 07-MC-01, confirmée par la CA Paris, 26 juin 2007.

⁷⁶. Décision 07-MC-04.

⁷⁷. Voir également décision 99-MC-10.

part, les NMPP et la SAEM-TP (toutes deux filiales de la société Hachette et représentant conjointement 85 % de parts du marché de la distribution de la presse au numéro) et, d'autre part, deux instances représentatives des diffuseurs et des dépositaires de presse, était susceptible, en raison de son caractère fidélisant, d'avoir pour objet et effet d'évincer les MLP, l'unique messagerie concurrente, et pouvait donc être constitutif d'un abus de position dominante.

Il est intéressant de noter que la cour a écarté l'argument selon lequel les stipulations litigieuses n'avaient jamais été appliquées : « *Il importe peu que, le protocole et son avenant n'ayant pas été appliqués, les effets anticoncurrentiels d'une telle clause n'aient pas été constatés en fait, dès lors qu'une mesure conservatoire peut être prononcée pour prévenir une atteinte lorsque celle-ci doit être considérée comme certaine, ce qui est le cas en l'espèce*⁷⁸ ».

Dans l'affaire Orange Caraïbe, c'est également la perspective du risque d'éviction du seul concurrent sur le marché, ou du risque de son affaiblissement l'empêchant de constituer un substitut de qualité, qui a permis au Conseil de prescrire des mesures conservatoires sur le fondement d'une atteinte grave et immédiate⁷⁹.

Dans une autre espèce, c'est le risque d'assèchement total de l'offre qui a fondé l'octroi des mesures conservatoires.

Le Conseil de la concurrence, saisi par la société RMC Info, a ainsi prononcé une mesure conservatoire à l'égard du GIE Sport Libre, afin que ce dernier mette fin à des comportements susceptibles d'entraver l'exploitation par la société RMC Info de ses droits exclusifs de diffusion radiophonique de la coupe du monde de football. La société RMC Info avait conclu, avec la société détentrice de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la coupe du monde de football, un contrat lui assurant l'exclusivité de ces droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français. Ce contrat comportait l'obligation de chercher à couvrir toute l'étendue du territoire national. Les zones d'émission de RMC Info ne couvrant qu'environ la moitié de la population française, la station a cherché à passer avec d'autres radios des accords de sous-licence. Or, les principales radios généralistes avaient créé un GIE auquel elles avaient confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. RMC Info et le GIE n'étant pas parvenus à négocier un accord de sous-licence, RMC Info a demandé au Conseil de la concurrence, compte tenu de l'imminence de la coupe du monde, de prendre des mesures d'urgence à l'encontre du GIE. Le Conseil a notamment tenu compte du fait que « *la situation dénoncée par RMC Info peut donc contribuer [...] à ce que les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par cette radio ne puissent pas écouter la retransmission des matchs de la coupe du monde de football* », pour octroyer une mesure conservatoire⁸⁰.

⁷⁸. Soulignement ajouté.

⁷⁹. Décision 04-MC-02, confirmée sur ce point par CA Paris, 28 janvier 2005. Voir également décision 07-MC-03 ; 07-MC-06 ; 01-MC-01.

⁸⁰. Décision 02-MC-06 (confirmée par la CA Paris, 4 juin 2002).

Dans ces différents exemples, l'atteinte au secteur n'est pas encore réalisée, mais elle apparaît, au jour où le Conseil statue, comme une prolongation certaine et directe des pratiques actuelles.

Le Conseil peut ainsi répondre aux situations d'urgence grâce à une appréciation souple des règles propres aux mesures conservatoires. Il peut en outre y répondre de façon rapide et efficace en combinant la procédure d'urgence avec celle applicable aux engagements.

La combinaison avec la procédure d'engagements et l'accélération des interventions du Conseil

La procédure d'acceptation d'engagements est un outil récent. Elle trouve son origine dans la modernisation du droit communautaire de la concurrence résultant du règlement du Conseil 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁸¹. À la suite de ce texte, l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence⁸² a donné de nouveaux pouvoirs au Conseil, similaires à ceux de la Commission européenne. Ainsi, l'article 10 de l'ordonnance, codifié au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, permet au Conseil d'accepter des engagements proposés par des entreprises ou des organismes de nature à mettre un terme à des pratiques anticoncurrentielles.

70

Contrairement aux décisions prononçant des mesures conservatoires qui n'apportent qu'une réponse temporaire à un problème de concurrence, les décisions d'acceptation d'engagements mettent un terme à la procédure contentieuse, les engagements rendus obligatoires remédiant pour l'avenir et pour une durée souvent indéterminée au problème de concurrence identifié. Cependant, au-delà de leur différence de nature, les deux procédures présentent de nombreux points communs.

En premier lieu, comme la procédure relative aux mesures conservatoires, la procédure d'engagements est conçue pour réconcilier le temps de la régulation avec le temps économique : offrant au Conseil la possibilité de restaurer rapidement la concurrence sur le marché, cette procédure négociée apporte des gains substantiels aux entreprises concernées et au Conseil, qui économise, grâce à elle, un temps et des moyens précieux.

En deuxième lieu, bien que le Code de commerce ne restreigne pas son champ d'application, la procédure d'engagements a, comme les mesures conservatoires, pour terrain d'application privilégié les pratiques unilatérales. Peu utilisée pour appréhender les ententes anticoncurrentielles, en particulier les cartels les plus graves pour lesquels la seule réponse adaptée est le prononcé de sanctions pécuniaires importantes, cette procédure peut néanmoins s'appliquer aux cas de restrictions verticales. Mais, à l'instar de la procédure relative aux mesures conservatoires, c'est en matière de pratiques unilatérales que la procédure d'engagements a prouvé toute son efficacité, spécialement pour protéger les marchés en cours de libéralisation ou

⁸¹. JOUE, n° L1, 4 janvier 2003, pp. 1-25.

⁸². JORF, 5 novembre 2004, p18689.

émergents de comportements potentiellement abusifs n'ayant pas encore produit de dommages irréparables à la concurrence.

En troisième lieu, comme dans le cadre de l'octroi de mesures conservatoires, la procédure d'engagements donne lieu à une identification non définitive d'un risque d'atteinte à la concurrence. Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle indiqué qu'« *au terme de l'analyse concurrentielle à laquelle il procède dans le cadre de l'évaluation préliminaire, le rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de⁸³ constituer une pratique prohibée* » et que « *cette appréciation, qui a pour seul but de garantir le sérieux de la procédure de négociation ainsi mise en œuvre, n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à cette entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction⁸⁴.* » La formule n'est pas sans rappeler celle retenue par la Cour de cassation en matière de mesures conservatoires dans son arrêt TPS du 8 novembre 2005⁸⁵.

Enfin, en quatrième lieu, dans l'une et l'autre procédure, il appartient au Conseil d'évaluer les remèdes nécessaires et donc de s'écarter le cas échéant des demandes des saisissants. En effet, l'article L. 464-1 du Code de commerce donne au Conseil le pouvoir de retenir d'autres mesures conservatoires que celles demandées par la partie saisissante, s'il estime, après analyse de l'affaire et après avoir entendu les parties et le commissaire du Gouvernement, que les mesures demandées ne sont pas adaptées ou ne relèvent pas de sa compétence⁸⁶. De même, en matière d'engagements, le Conseil n'est pas lié par les demandes contenues dans la saisine, le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce lui donnant toute latitude pour accepter les engagements proposés par les entreprises dès lors qu'ils sont « *de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* ».

Les similitudes de ces deux procédures, dont l'une est provisoire et l'autre définitive, ont amené le Conseil à les utiliser ensemble.

Certes, tous les comportements ayant donné lieu à des décisions d'acceptation d'engagements n'ont pas nécessité, au préalable, le prononcé de mesures d'urgence. En effet, d'une part, la saisine initiale ne comporte pas toujours de demande de mesures conservatoires⁸⁷. D'autre part, lorsqu'elle contient une telle demande, les conditions de gravité et d'immédiateté

83. Soulignement ajouté.

84. CA Paris, 6 novembre 2007, Canal 9, confirmant 06-D-29.

85. L'évaluation préliminaire et la décision d'acceptation d'engagements ne contiennent pas de constat d'infraction, mais se réfèrent à des « *préoccupations de concurrence* », non qualifiées au regard des textes d'incrimination. L'évaluation préliminaire ne contient donc aucun chef d'accusation et ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : CA Paris, 6 novembre 2007, Canal 9. Par ailleurs, la décision d'acceptation d'engagement ne statue pas sur la culpabilité des entreprises et n'inflige pas de sanction. Dès lors le principe du non-cumul des fonctions d'accusation et de jugement découlant de l'interprétation de l'article 6 de la CEDH par les juridictions nationales (Conseil d'État, 3 décembre 1999, Didier et cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, KPMG) ne semble pas applicable à la procédure d'acceptation d'engagements telle qu'envisagée ci-dessus.

86. JORF, 16 mai 2001, p. 7776.

87. Voir les décisions 05-D-29, 06-D-28, 06-D-29 (confirmée par CA, 6 novembre 2007, Canal 9), 06-D-40, 07-D-07 et 07-D-17.

d'atteinte à la concurrence spécifiques au prononcé de mesures d'urgence ne sont pas toujours réunies⁸⁸.

Réciproquement, toutes les procédures d'urgence n'ont pas donné lieu à un règlement négocié. Par exemple, dans la décision 07-MC-03 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel, le Conseil a adopté des mesures d'urgence mais rejeté les engagements proposés par France Télécom car ces derniers n'étaient pas adaptés pour remédier aux problèmes de concurrence.

Il reste que les exemples sont nombreux où les deux procédures se sont parfaitement articulées. Il convient, à cet égard, de distinguer deux cas de figure.

Dans le premier cas, les mesures conservatoires ont joué un rôle purement incitatif. Dans ce sens, la conclusion de l'étude thématique du rapport annuel 2005 du Conseil consacrée aux instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence, expliquait que *« le couple "mesure conservatoire/engagement" est assez complémentaire, la menace de mesures conservatoires, subies plus que choisies, rendant plus attractif pour une entreprise le choix de proposer elle-même des remèdes adaptés à sa situation et au problème de concurrence soulevé. Cette option intéresse également le Conseil car elle lui permet d'obtenir le résultat visé par la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées a minima⁸⁹ »*. Ainsi, lors des premières applications de la procédure d'engagements, la décision d'acceptation d'engagements est parfois intervenue très rapidement, avant même que ne soit traitée la demande de mesures conservatoires, la simple perspective que de telles mesures puissent être prononcées à leur encontre ayant manifestement conduit les entreprises à s'engager devant le Conseil⁹⁰.

Dans le second cas de figure, les mesures conservatoires ont joué un rôle à la fois incitatif et directif. Tel a été le cas dans plusieurs dossiers récents où la décision d'octroi de mesures conservatoires a été interprétée comme un signal d'issue possible : les injonctions prononcées lors de la décision relative aux mesures conservatoires ont alors servi de base aux entreprises concernées pour élaborer leurs engagements⁹¹. Il est vrai qu'en suivant les orientations imprimées par le Conseil dans ses décisions relatives

⁸⁸. Voir les décisions de rejet de la demande de mesures conservatoires 04-D-05 (correspondant à la décision d'engagements 07-D-22 : cette dernière décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris), 04-D-40 (confirmée par CA Paris, 21 septembre 2004, 20 Minutes France et correspondant à la décision d'engagements 05-D-12), 04-D-45 (confirmée par CA Paris, 12 avril 2005, Export Press et correspondant à la décision d'engagements 06-D-01) et 06-D-27 (correspondant à la décision d'engagements 07-D-31).

⁸⁹. Cons. conc., *Rapport annuel 2005*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 177.

⁹⁰. Décisions 05-D-25, 06-D-20 et 06-D-24, confirmée par CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama.

⁹¹. Voir la décision 03-MC-02 (réformée par CA Paris, 29 avril 2003, France Télécom) et le communiqué de presse du 18 janvier 2006 relatif à l'utilisation des dénominations « numéro vert », « numéro azur » et « numéro indigo » par les concurrents de France Télécom ; la décision 03-MC-04 (réformée par CA Paris, 31 janvier 2006 à la suite de C cass, 12 juillet 2005. L'arrêt de la cour d'appel a été confirmé par C cass, 20 février 2007, MLP) et les propositions d'engagements du 28 novembre 2007 ; la décision 06-MC-01 (confirmée par CA Paris, 9 mai 2006, SAEM-TP) et la décision 07-D-32 d'acceptation d'engagements ; la décision 07-MC-02 et la décision 07-D-30 d'acceptation d'engagements.

aux mesures conservatoires, les entreprises augmentent leurs chances de voir leurs propositions d'engagements acceptées.

Toutefois, le Conseil peut s'avérer plus exigeant au stade du règlement de l'affaire au fond. Tel a été le cas dans l'affaire des numéros spéciaux, où le Conseil a considéré que la proposition initiale de FranceTélécom était insuffisante et où l'opérateur historique a dû proposer des engagements allant au-delà des injonctions prononcées par le Conseil dans la décision relative aux mesures conservatoires⁹². Une telle situation n'a rien d'étonnant si l'on considère que, en raison de leur caractère provisoire, les mesures conservatoires doivent se contenter de pallier l'atteinte grave et immédiate portée à la concurrence. Prolonger ces mesures dans des engagements ne suffit donc pas nécessairement à régler de manière définitive l'ensemble des problèmes de concurrence soulevés dans la saisine.

Dans l'affaire relative à la saisine de Direct Énergie, le Conseil est allé encore plus loin dans le rapprochement des deux procédures : la décision 07-MC-04 contenait non seulement des injonctions qui ont pu guider EDF dans la formulation des engagements acceptés par le Conseil dans la décision 07-D-43, mais en plus, une date butoir pour présenter les engagements qui a permis d'accélérer notablement la procédure. En imposant ainsi une échéance courte à EDF pour proposer des engagements, le Conseil a pu régler rapidement le problème de concurrence qui se posait en l'espèce, d'une manière adaptée à un marché de l'énergie en pleine mutation.

La combinaison des procédures relatives aux mesures conservatoires et aux engagements renforce les possibilités d'action du Conseil : il a désormais entre ses mains de véritables outils de régulation, lui permettant lorsque c'est possible, de résoudre avec célérité et flexibilité les problèmes de concurrence posés par des comportements d'opérateurs en position dominante, avant que ceux-ci n'aient le temps de produire leurs conséquences négatives sur la concurrence.

Toutefois, cette régulation *ex ante* de la concurrence pourrait être plus efficace encore si le Conseil disposait du pouvoir de se saisir d'office en cas d'urgence. Car, si le Conseil peut s'autosaisir au fond de pratiques anticoncurrentielles, pour intervenir dans l'urgence, il doit avoir été saisi par le ministre de l'Économie, l'une des personnes énumérées à l'article L. 462-1 du Code de commerce ou par une entreprise, ce qui est le cas le plus fréquent (article L. 464-1 alinéa 1 du Code de commerce). Dans les situations les plus périlleuses, le déclenchement du contentieux objectif qu'est le contentieux de la concurrence est donc généralement tributaire des demandes subjectives des entreprises.

Malgré ce dernier aspect, le Conseil dispose des outils procéduraux, propres aux mesures conservatoires ou combinés avec la procédure d'engagements, nécessaires pour répondre aux situations d'urgence qui se présentent à lui.

⁹². Décision 03-MC-02 (réformée par CA Paris, 29 avril 2003, France Télécom) et communiqué de presse du 18 janvier 2006 relatif à l'utilisation des dénominations « *numéro vert* », « *numéro azur* » et « *numéro indigo* » par les concurrents de France Télécom.

Cette application souple de la procédure conservatoire, si elle permet de s'adapter à différents contextes, ne doit cependant pas déboucher sur une dénaturation de cette procédure, provisoire par nature. Pour cette raison, les interventions du Conseil en matière de mesures conservatoires sont encadrées par des règles qui garantissent que le Conseil n'excède pas ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

L'urgence, cadre des mesures conservatoires

La procédure relative aux mesures conservatoires permet au Conseil de répondre aux situations d'urgence, afin de prévenir des atteintes susceptibles d'être irrémédiables. Cependant, parce que ces mesures emportent des conséquences importantes pour les entreprises et le marché considéré, elles ne peuvent aller au-delà de ce que requiert l'urgence.

Trois types de règles permettent de s'en assurer : d'abord, les mesures conservatoires doivent répondre à une atteinte grave, qui constitue la conséquence des pratiques ; ensuite, ces mesures sont elles-mêmes encadrées ; enfin, elles sont prononcées selon des règles procédurales strictes. En d'autres termes, le fondement, les injonctions et les modalités d'octroi des mesures conservatoires sont délimités pour ne répondre qu'à la situation d'urgence posée.

L'atteinte à l'origine des mesures

Ce qui justifie le prononcé de mesures conservatoires, c'est l'existence d'une atteinte au secteur, à l'entreprise plaignante ou aux intérêts des consommateurs grave et urgente d'une part, et qui est la conséquence des pratiques dénoncées d'autre part.

Une atteinte grave et immédiate

À la différence des mesures ordonnées en référés sur le fondement du Code de procédure civile, les mesures conservatoires prises en vertu de l'article L. 464-1 doivent répondre à une atteinte revêtant de façon cumulative un caractère de gravité et un caractère d'immédiateté.

┆ L'exigence d'une atteinte grave

La gravité des pratiques et la gravité de l'atteinte

L'exigence d'une atteinte grave à l'entreprise plaignante ou à un secteur empêche tout d'abord le Conseil de se fonder uniquement sur la gravité des pratiques pour octroyer des mesures conservatoires, même si la gravité de ces dernières est caractérisée. L'urgence justifiant l'octroi de mesures conservatoires est en effet avérée en cas d'atteinte au libre jeu de la concurrence.

Certaines questions auraient pu se poser à ce sujet à la suite d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1998. En l'espèce, la société Lyonnaise des Eaux (SLE) avait refusé de communiquer à ses concurrents les conditions de vente de l'eau produite, indispensable à l'accès au marché de la délégation du service public de la distribution de l'eau qu'elle est seule à

détenir. La cour réforme la décision du Conseil selon laquelle il n'était pas établi que les pratiques dénoncées portaient une atteinte grave et immédiate au secteur. Elle estime en effet que le refus de la SLE de communiquer les conditions de vente « *constitue, en raison de sa nature même, une atteinte grave et immédiate à l'économie en général et à celle du secteur intéressé, dès lors, d'une part, qu'il empêche les sociétés consultées par les communes pour la délégation du service public de la distribution de l'eau, autres que la société SLE, d'élaborer des offres utiles et, par voie de conséquence, ne permet pas à la concurrence de s'exercer de manière effective, d'autre part, [...] qu'il dissuade les candidats potentiels de concourir en raison des difficultés rencontrées pour l'obtention des données nécessaires relatives au prix d'acquisition de l'eau*⁹³ ». Même si l'atteinte à la concurrence et au secteur est en l'espèce détaillée, la cour indique que les pratiques commises portent en elles-mêmes une atteinte grave et immédiate. Cette précision semble établir que la gravité des pratiques démontre la gravité de l'atteinte.

Les arrêts ultérieurs de la cour ne reprennent cependant pas cette motivation ambiguë : « *Il appartient au Conseil, précise un arrêt rendu peu après, de vérifier [...] si l'atteinte alléguée est de nature à justifier les mesures conservatoires demandées*⁹⁴. »

C'est ainsi qu'une pratique grave mais dont l'effet sur la concurrence n'est pas démontré ne peut suffire à caractériser les conditions exigées pour l'octroi de mesures conservatoires.

Dans l'arrêt société 20 Minutes France du 21 septembre 2004, la cour d'appel 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. « *La société 20 Minutes France, précise la cour, se borne à faire état de la gravité des pratiques dénoncées et d'un manque à gagner, tous éléments impropres*

⁹³. Soulignement ajouté.

⁹⁴. CA Paris, 25 février 1999, Toffolutti. Voir également CA Paris, 30 mars 2000, société 9 Télécom ; 4 juin 2002, RMC Info.

à caractériser l'une quelconque des conditions susvisées», nécessaire au prononcé de mesures conservatoires⁹⁵.

La gravité de l'atteinte portée à l'entreprise plaignante

Lorsque la pratique porte atteinte à l'entreprise plaignante, l'appréciation du caractère de gravité de l'atteinte est restrictive, la procédure d'urgence n'étant pas destinée à compenser un manque à gagner.

La pratique décisionnelle et la jurisprudence montrent que l'atteinte doit mettre en péril l'existence même de l'opérateur, ce qui constituerait une perturbation pour le marché⁹⁶. Il est ainsi rappelé de façon constante qu'un simple manque à gagner pour l'entreprise saisissante est insuffisant pour caractériser l'atteinte grave et immédiate⁹⁷. Ceci signifie en d'autres termes que l'atteinte de l'article L. 464-1 ne peut être assimilée au simple préjudice subi de nature à fonder une action en responsabilité.

Il peut par ailleurs être tenu compte du comportement de l'entreprise plaignante dans l'appréciation de l'atteinte à ses intérêts.

Le Conseil a par exemple estimé que les conditions du prononcé de mesures conservatoires, qui auraient consisté à suspendre la commercialisation, par la société UGC Ciné-Cité, de la carte « *UGC Illimitée* » n'étaient pas remplies. Le risque grave et immédiat allégué était celui d'un transfert de la clientèle des spectateurs parisiens les plus assidus vers les salles UGC au détriment des salles indépendantes ainsi menacées dans leur existence. Outre les éléments relatifs à l'évolution du marché, le Conseil a constaté que les sociétés saisissantes n'avaient donné aucune suite aux propositions relatives à une extension aux exploitants indépendants du bénéfice de la carte. Dans ces conditions, aucune atteinte grave et immédiate aux entreprises saisissantes n'a été considérée comme établie⁹⁸.

Le Conseil a de même considéré comme non fondée la demande de mesures conservatoires de la société Wappup.com tendant à ce qu'il soit interdit à France Télécom et à SFR de commercialiser des appareils de téléphonie mobile de type WAP verrouillés tant sur le portail du fournisseur d'accès internet que sur la passerelle des opérateurs ou de leur filiale. Parmi les éléments démontrant l'absence d'atteinte grave et immédiate, le Conseil a notamment relevé que la société Wappup n'avait fourni aucun effort commercial pour persuader les utilisateurs de téléphones dotés de la fonctionnalité WAP de recourir à son portail d'accès à internet⁹⁹.

Plus récemment, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi exercé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel qui avait refusé d'accorder à la société Messageries lyonnaises de presse (MLP) un accès à titre conservatoire au

⁹⁵. Voir également décision 99-MC-11. Le Conseil, après avoir indiqué que, *prima facie*, il n'était pas exclu que la pratique tombât sous le coup de l'article 8 de l'ordonnance de 86, a rejeté la demande de mesures conservatoires pour défaut de preuve d'une atteinte grave et immédiate.

⁹⁶. CA Paris, 9 mai 2006, SAEM-TP ; 28 janvier 2005, Orange Caraïbe ; Cons. conc., décision 99-MC-08.

⁹⁷. CA Paris, 12 avril 2005, société Export press ; 21 septembre 2004, société 20 minutes ; 16 juillet 2002, Pharmajet ; 14 mars 2002, Canalsat ; 14 décembre 1999, planète cable ; 4 septembre 1996, Reebok France SA ; Cons. conc., décisions 06-D-27 et 04-D-45.

⁹⁸. Décision 00-MC-13.

⁹⁹. Décision 00-MC-17.

tronc commun du logiciel Presse 2000, qui sert aux dépositaires pour le suivi de la distribution de la presse par les marchands de journaux, utilisé par les sociétés concurrentes. La Cour avait en effet relevé que les MLP étaient en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000¹⁰⁰.

┆ L'exigence d'une atteinte immédiate

L'atteinte justifiant l'octroi de mesures conservatoires doit revêtir un double caractère de gravité et d'immédiateté. Le caractère d'immédiateté, nous l'avons vu, est apprécié par le Conseil de telle manière que la procédure de mesures conservatoires puisse être un outil de prévention des atteintes.

Cette appréciation ne dispense cependant pas le Conseil de vérifier le caractère d'urgence accompagnant l'atteinte alléguée. L'existence d'une atteinte justifiant l'octroi de mesures conservatoires est ainsi concrètement appréciée, en considération de l'urgence.

L'urgence d'une situation est indépendante du caractère limité dans le temps de la pratique. La Cour de cassation a en ce sens cassé l'arrêt réformant la décision du Conseil et rejetant la demande de mesures conservatoires en raison du fait que la pratique dénoncée, faisant obstacle à l'ouverture du marché à de nouveaux entrants, était limitée à une année¹⁰¹.

Inversement, une atteinte établie depuis plusieurs années ne caractérise en principe plus une situation d'urgence nécessitant le prononcé de mesures conservatoires. Une entreprise qui s'accommode depuis longtemps des comportements du groupe NMPP dans le secteur de la vente au numéro de la presse nationale – les prix proposés par les dépositaires, filiales des NMPP, étant présentés comme excessifs, discriminatoires et générateurs d'un effet de ciseau tarifaire – ne démontre pas le caractère d'urgence ou l'atteinte à la concurrence ou à ses intérêts¹⁰².

Le Conseil a de même estimé que des pratiques de nature à porter atteinte aux intérêts des consommateurs et au secteur ne justifiaient cependant pas le prononcé de mesures conservatoires, dès lors que la date de rupture contractuelle susceptible d'être constitutive d'un abus de position dominante avait été repoussée par le juge des référés¹⁰³.

Enfin, si le Conseil peut tenir compte d'une atteinte imminente pour justifier l'octroi de mesures conservatoires, il est acquis qu'une atteinte hypothétique ne saurait justifier le prononcé de mesures conservatoires. Un « *simple risque hypothétique sur la pérennité d'une entreprise ne suffit pas à démontrer une atteinte grave et immédiate à l'intérêt de cette dernière ni à celui des consommateurs*¹⁰⁴ ».

100. Cass. com., 20 février 2007, MLP.

101. Cass. com., 12 février 2002, SA Scan coupon.

102. Décision 04-D-45 du 16 septembre 2004, confirmée par l'arrêt du 12 avril 2005, société Export Press.

103. Décision 03-D-59. Sur l'absence d'urgence en raison de l'intervention préalable du juge des référés, voir également décision 00-MC-17.

104. Décision 03-D-41, § 85.

Dans ce dernier cas, c'est tant le défaut d'une atteinte grave et immédiate qui empêche la procédure d'urgence d'aboutir, que le défaut de lien de causalité entre les pratiques dénoncées et l'atteinte alléguée.

La conséquence des pratiques

Le Conseil ne peut octroyer des mesures conservatoires qu'en cas d'atteinte grave et immédiate, qui résulte en outre des pratiques dénoncées.

Cette condition implique une antériorité chronologique des pratiques sur l'atteinte. Une baisse du chiffre d'affaires antérieure à l'apparition des pratiques en cause ne peut par conséquent fonder le prononcé de mesures conservatoires¹⁰⁵.

Plus difficile est la question de la détermination du fait qui doit être considéré comme étant à l'origine de l'atteinte.

La causalité est généralement abordée selon deux démarches par les juristes¹⁰⁶.

La première établit le lien entre l'événement et ses causes à rebours, en tenant compte de l'ensemble des conditions sans lesquelles le dommage ne se serait pas réalisé. Dans cette perspective, tout événement qui a été nécessaire à la réalisation du dommage doit être considéré comme sa « *cause* » juridique. Il n'y a donc aucune sélection à faire entre les conditions nécessaires à la production du dommage, car si l'une d'elles avait manqué, il n'aurait pu se produire.

À cette théorie de l'équivalence des conditions s'oppose la doctrine de la causalité adéquate. Cette seconde démarche a comme point de départ, non le dommage lui-même, mais les conditions qui contenaient la possibilité objective du résultat, c'est-à-dire celles qui rendaient le dommage prévisible. La preuve que la pratique dénoncée a été nécessaire à la réalisation du dommage n'est donc pas suffisante pour établir la causalité, il faut démontrer que ce fait a été directement à l'origine du dommage.

De façon constante, la jurisprudence et la pratique décisionnelle du Conseil se réfèrent à cette seconde conception, plus restrictive. Selon une formule souvent reprise, les faits dénoncés doivent être à « *l'origine directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate* »¹⁰⁷. Cette conception se retrouve dans le Code de commerce : l'immédiateté à laquelle il est fait référence à l'article L. 464-1 renvoie en effet à l'actualité de l'atteinte, mais aussi à un lien de corrélation direct entre la pratique et le dommage.

C'est ainsi par exemple qu'il a été décidé que certaines pratiques d'Orange Caraïbe (obligation d'exclusivité avec des distributeurs indépendants, et, après cessation des relations contractuelles, de non-concurrence, tarification préférentielle non justifiée aux appels émis par ses clients à l'intérieur de son propre réseau par rapport à ceux destinés aux clients de Bouygues Télécom Caraïbe et programmes de fidélisation de la clientèle) tendaient

¹⁰⁵. Décision 05-MC-09.

¹⁰⁶. Voir VINEY (G), *La responsabilité civile*, Paris, les cours de droit, Litec, 1995, p. 78 et s.

¹⁰⁷. Cass. com., 20 février 2007, MLP ; 8 novembre 2005, TPS ; 18 avril 2000, Numéricable ; CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe ; 29 juin 2004, SA Neuf Télécom ; 22 juin 2004, RMC France ; Cons. conc., décisions 05-D-11 ; 04-MC-02.

à entraver le marché de la distribution au détail et à élever les coûts du concurrent. Ces pratiques, envisagées dans leur ensemble, « *sont, par leur cumul et leur durée, la cause directe et certaine de l'atteinte à l'entreprise plaignante*¹⁰⁸ ». Elles constituaient donc la cause principale de l'atteinte, même si d'autres circonstances ont pu favoriser sa survenance.

Lorsque la pratique dénoncée ne constitue au contraire pas la cause principale de l'atteinte invoquée, la corrélation n'est pas établie. Le Conseil a ainsi estimé qu'il ne pouvait être exclu que le refus de la société Canal Satellite de référencer une chaîne en clair soit constitutif d'une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce. Il a, en revanche, refusé d'octroyer des mesures conservatoires, au motif notamment qu'il n'était pas prouvé que les difficultés financières rencontrées par la chaîne aient été directement causées par le refus de référencement, la chaîne ayant volontairement interrompu ses programmes pendant quelque temps¹⁰⁹.

En définitive, les mesures conservatoires interviennent dans des circonstances exceptionnelles d'urgence. Le fondement des mesures est ainsi nettement délimité. C'est également le cas de leurs caractères.

Les règles relatives aux mesures conservatoires octroyées

Dans le choix des mesures conservatoires qu'il accorde, le Conseil est encadré par des règles strictes. Chaque cas d'espèce étant différent, les mesures conservatoires qu'il a eu l'occasion d'adopter jusqu'ici sont d'une grande diversité. Il est néanmoins possible de dresser un état des lieux des mesures conservatoires qu'il a octroyées et des mesures qu'il a refusé de prononcer.

Les principes

En autorisant le Conseil à prononcer les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires, le législateur lui a donné une grande marge de manœuvre pour déterminer les mesures propres à répondre à une situation d'urgence. Toutefois, la liberté dont dispose le Conseil n'est pas absolue : elle est bornée par des règles découlant de la nature des mesures conservatoires, mesures provisoires adoptées dans l'attente d'une décision au fond.

En premier lieu, le Conseil ne peut prononcer que des mesures à caractère temporaire. Dans ce sens, le Conseil et la cour d'appel de Paris ont rappelé que les mesures conservatoires n'ont d'effet que pour la durée de la procédure, jusqu'à ce qu'intervienne la décision sur le fond¹¹⁰. Par suite, le Conseil ne pourrait, à titre conservatoire, prononcer des mesures qui seraient irréversibles et auraient, de ce fait, un caractère définitif. Par exemple, il s'est refusé à prononcer une mesure conservatoire tendant à exiger d'une

¹⁰⁸. CA Paris, 28 janvier 2005, société Orange Caraïbe, confirmant la décision 04-MC-02.

¹⁰⁹. Décision 02-MC-01. Voir aussi la décision 04-D-18.

¹¹⁰. CA Paris, 16 février 1999, Ligue nationale de football et Cons. conc., décision 06-MC-01, § 120, confirmée par CA Paris, 9 mai 2006, SAEM-TP.

entreprise qu'elle filialise l'une de ses activités car cette mesure « *paraît difficilement pouvoir relever d'une mesure d'urgence* »¹¹¹.

En second lieu, l'article L. 464-1 du Code de commerce impose au Conseil de ne prendre que des mesures limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence, autrement dit de respecter un principe de stricte proportionnalité entre l'atteinte portée et les mesures prononcées. En effet, même en matière d'urgence, l'exercice du pouvoir de l'autorité administrative qu'est le Conseil est soumis au respect des principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines¹¹².

Ainsi, alors que dans la décision 02-MC-04, le Conseil avait enjoint à TDF de communiquer à toute entreprise qui en ferait la demande une offre de prestations d'accueil à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, la cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 21 mai 2002 que, s'agissant de l'orientation vers les coûts, la mesure ordonnée excédait ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence : selon elle, en effet, « *l'immédiateté et la gravité de l'atteinte à la concurrence [...] n'impose pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée* »¹¹³. Pour cette raison, la cour a réformé la décision en reprenant les éléments contenus dans l'injonction du Conseil, mais en remplaçant le concept d'orientation vers les coûts par la notion de « *prix proportionné à la valeur du service* ».

Du principe de proportionnalité, le Conseil a déduit que des mesures conservatoires, qui interviendraient trop tard pour redresser une situation, ne sont plus nécessaires et ne peuvent, par conséquent, pas être accordées¹¹⁴. Il s'est également appuyé sur ce principe pour rejeter une demande qui tendait à ce que le Conseil impose à une entreprise de revenir aux modalités d'approvisionnement en vigueur de 1975 à 1980¹¹⁵ ou encore pour refuser d'imposer à un fournisseur de nouveaux rapports de droit avec un distributeur qui n'exerçait pas encore cette activité¹¹⁶.

L'adéquation des mesures conservatoires à l'atteinte portée à la concurrence donne lieu à une appréciation *in concreto*, spécifique à chaque cas d'espèce. Les mesures conservatoires adoptées sont donc d'une grande hétérogénéité. Toutefois, il ressort de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence que certains types de mesures conservatoires sont généralement acceptés, tandis que d'autres sont, par principe, refusés.

Les mesures conservatoires adoptées

L'article L. 464-1 du Code de commerce précise que les mesures conservatoires peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi

¹¹¹. Décision 01-MC-07.

¹¹². Art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et Cons. constit., décision 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988 (Rec. Cons. Constit., p63).

¹¹³. CA Paris, 21 mai 2002, TDF.

¹¹⁴. Décision 00-MC-06.

¹¹⁵. Décision 87-MC-09.

¹¹⁶. Décisions 87-MC-06 et 90-MC-04.

qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. En pratique, il est arrivé au Conseil de prononcer des injonctions de revenir à l'état antérieur¹¹⁷ et, plus fréquemment encore, de suspendre la pratique¹¹⁸, l'application d'un accord, d'une clause, d'une convention¹¹⁹, une campagne publicitaire¹²⁰ ou la commercialisation d'une offre¹²¹.

Toutefois, la liste de l'article L. 464-1 du Code de commerce n'est pas exhaustive : comme l'a indiqué la cour d'appel de Paris, le Conseil peut, en sus des mesures de suspension et d'injonction de revenir à l'état antérieur, prendre « *toutes décisions de nature à prévenir ou à redresser les situations économiques déviantes* »¹²².

En l'espèce, la cour d'appel a approuvé le Conseil d'avoir enjoint à TDF de communiquer à toute entreprise qui en ferait la demande une offre de prestation d'accueil concernant certains sites de diffusion hertzienne. Elle a, en effet, considéré que « *c'est à juste titre que le Conseil, tenant compte des impératifs de la constitution des nouveaux marchés, a décidé de replacer les opérateurs dans une position de négociation d'offres conformes à une saine concurrence, avant que cette dernière ne soit définitivement compromise* ». Le prononcé de telles mesures conservatoires est courant dans les secteurs de réseau ouverts à la concurrence car dans ces secteurs les offres de détail des nouveaux entrants sont souvent tributaires des offres de gros de l'opérateur historique¹²³.

Un autre type de mesures conservatoires adoptées en vue de protéger la concurrence naissante dans les secteurs en voie de libéralisation est l'injonction de permettre un accès ou de répondre aux demandes d'accès des nouveaux entrants portant sur des données ou des équipements nécessaires à leur activité¹²⁴.

Plus original, dans la décision 03-MC-03, le Conseil a exigé de TDF qu'elle ne se prévale pas des dispositions du droit français qui contrevenaient aux dispositions de la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 ouvrant le secteur de la radiodiffusion publique à la concurrence en protégeant son

117. Voir décisions 87-MC-03 (confirmée par CE, 30 octobre 1987, JVC Vidéo France), 93-MC-03 et 99-MC-09.

118. Voir décisions 92-MC-08, 01-MC-06 et 03-MC-04 (réformée par CA Paris, 31 janvier 2006 à la suite de C cass, 12 juillet 2005. L'arrêt de la cour d'appel a été confirmé par C cass, 20 février 2007, MLP).

119. Voir décisions 95-MC-10 (réformée par CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, lui-même cassé par C cass, 2 décembre 1997, Nike France), 99-MC-07 (réformée par CA Paris, 16 décembre 1999, SA Financière SOGEC Marketing, lui-même cassé par C cass, Scan Coupon, 12 février 2002), 02-MC-06 (confirmée par CA Paris, 4 juin 2002, GIE Sport Libre), 03-MC-02 (réformée par CA Paris, 29 avril 2003, France Télécom), 03-MC-04 (réformée par CA Paris, 31 janvier 2006 à la suite de C cass, 12 juillet 2005. L'arrêt de la cour d'appel a été confirmé par C cass, 20 février 2007, MLP), 06-MC-01 (confirmée par CA Paris, 9 mai 2006, SAEM-TP), 07-MC-03.

120. Voir décision 01-MC-06.

121. Voir décisions 98-MC-03, 99-MC-06, 00-MC-19, 01-MC-06, 02-MC-03 (confirmée par CA Paris, 9 avril 2002, France).

122. CA Paris, 21 mai 2002, TDF.

123. Voir décisions 00-MC-01 (confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, France Télécom), 07-MC-04, 07-MC-05 (confirmée par CA Paris, 24 août 2007, TDF).

124. Voir décisions 91-MC-01 (réformée par CA Paris, 19 avril 1991, ODA), 00-MC-01 (confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, France Télécom), 02-MC-03 (confirmée par CA Paris, 9 avril 2002, France Télécom), 04-MC-01 (réformée par arrêt CA Paris, 29 juin 2004, Neuf Télécom, lui-même cassé par C cass, 8 novembre 2005, Neuf Télécom), 07-MC-03.

monopole¹²⁵. Cette mesure conservatoire a permis de rendre effectif le processus de libéralisation inscrit dans le droit communautaire, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et du Conseil d'État selon laquelle les autorités nationales des États membres doivent laisser la loi nationale inappliquée si celle-ci n'est pas conforme aux objectifs d'une directive non transposée dans les délais ou mal transposée¹²⁶.

De manière générale, les mesures conservatoires prononcées par le Conseil peuvent se distinguer par leur objet, selon qu'elles comportent des obligations de faire ou de ne pas faire à la charge des entreprises mises en cause.

À titre d'illustration, les injonctions de faire peuvent consister en obligations de négocier un contrat¹²⁷, de formuler une offre commerciale¹²⁸, de modifier les clauses d'un contrat ou de conditions générales de vente¹²⁹, de modifier ou de réviser des tarifs¹³⁰. Rares à l'origine, les injonctions contenant une obligation positive, telle que celle de proposer une offre de contracter, sont de plus en plus nombreuses. Leur augmentation reflète la transformation du rôle du Conseil de la concurrence qui s'affirme de plus en plus comme un régulateur.

Par ailleurs, deux types d'injonctions de faire reviennent fréquemment : il s'agit, d'une part, des injonctions comportant l'obligation de diffuser ou de publier une information ou la décision du Conseil¹³¹ et, d'autre part, des injonctions exigeant que des comptes soient rendus au Conseil afin qu'il s'assure de la bonne application des mesures conservatoires prononcées¹³².

Les injonctions de ne pas faire peuvent, notamment, comprendre des obligations de ne pas signer un contrat¹³³, de ne pas inclure certaines clauses

125. Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (JOCE, n° L. 249, 17 septembre 2002, p21).

126. CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing* et CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché de Luxembourg/Consorts Linster et CE Ass.*, 28 février 1992, *SA Rothmann International France et SA Philip Morris et CE Ass.*, 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revers & Badelon*.

127. Voir décision 07-MC-04.

128. Voir décisions 00-MC-01 (confirmée par CA Paris, 30 mars 2000, *France Télécom*), 01-MC-06, 02-MC-04 (réformée par CA Paris, 21 mai 2002, TDF), 03-MC-03 (confirmée par CA Paris, 8 janvier 2004, TDF), 07-MC-04 ou 07-MC-05 (confirmée par CA Paris, 24 août 2007, TDF).

129. Voir décision 07-MC-01 (confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, *KalibraXE*).

130. Voir décisions 99-MC-09, 01-MC-06 et 04-MC-02 (réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, *Orange Caraïbe*).

131. Voir décisions 90-MC-09 (confirmée par CA Paris, 6 août 1990, *Syndicat professionnel des films publicitaires pour le cinéma et la télévision*), 91-MC-01 (réformée par CA Paris, 19 avril 1991, *ODA*), 92-MC-10 (confirmée par CA Paris, 26 novembre 1992, *Fédération française des sociétés d'assurances*), 93-MC-02, 93-MC-03, 94-MC-05, 95-MC-07, 95-MC-10 (réformée par arrêt CA Paris, 23 août 1995, *Ligue nationale de football*, lui-même cassé par C cass, 2 décembre 1997, *Nike France*), 99-MC-07 (réformée par arrêt CA Paris, 16 décembre 1999, *SA Financière SOGEC Marketing*, lui-même cassé par C cass, *Scan Coupon*, 12 février 2002), 01-MC-06, 03-MC-02 (réformée par CA Paris, 29 avril 2003, *France Télécom*), 04-MC-01 (réformée par arrêt CA Paris, 29 juin 2004, *Neuf Télécom*, lui-même cassé par C cass, 8 novembre 2005, *Neuf Télécom*), 04-MC-02 (réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, *Orange Caraïbe*), 06-MC-02, 07-MC-01 (confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, *KalibraXE*), 07-MC-06 (confirmée par CA Paris, 5 février 2008, *Schering Plough*).

132. Voir décisions 02-MC-03 (confirmée par CA Paris, 9 avril 2002, *France Télécom*), 06-MC-02, 07-MC-01 (confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, *KalibraXE*).

133. Voir décision 06-MC-03.

dans des conventions¹³⁴ ou encore de ne pas s'opposer à l'exécution de contrats¹³⁵.

En matière de marchés publics et de délégations de service public, les injonctions du Conseil sont complémentaires des mesures susceptibles d'être adoptées par le juge administratif dans le cadre du référé précontractuel¹³⁶. En effet, ainsi que l'a illustré la récente affaire SNCM¹³⁷, le Conseil a pu enjoindre à cette société de s'abstenir de signer tout projet de contrat qui lui serait proposé pour une nouvelle délégation de service public. Il a également demandé à la SNCM d'affiner son offre globale et notamment d'indiquer à l'Office des transports de la Corse le montant ferme de subvention exigé ligne par ligne.

Les mesures conservatoires pouvant être adoptées sont donc extrêmement variées et, à l'avenir, le Conseil est susceptible d'en prononcer de nouvelles, adaptées aux caractéristiques des cas d'espèce qu'il rencontrera. Toutefois, si la liste des mesures conservatoires susceptibles d'être accordées n'est pas figée, elle ne devrait pas s'étoffer des mesures qui suivent, qui sont, par principe, refusées.

Les mesures conservatoires refusées

Le Conseil n'a pas le pouvoir de prononcer certains types de mesures conservatoires.

Concernant d'abord le destinataire des mesures conservatoires, si le Conseil peut prononcer des injonctions à l'égard des entreprises en cause dans l'instance comme à l'égard des sociétés venant à leurs droits dans le cadre de la réorganisation d'un groupe¹³⁸, il ne peut, en revanche, enjoindre une obligation de faire ou de ne pas faire à une société qui n'est pas partie en la cause¹³⁹ ou impliquant l'intervention d'une entité tierce¹⁴⁰.

Concernant ensuite la compétence du Conseil, pas plus en matière de mesures conservatoires qu'au fond, le Conseil ne peut apprécier la légalité d'un acte administratif relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative¹⁴¹. Pour cette raison, le Conseil a notamment refusé de solliciter l'administration pour qu'elle prolonge l'autorisation dont l'entreprise plaignante spécialisée dans le transport aérien était titulaire auprès du ministre des Transports et du Conseil supérieur de l'aviation marchande¹⁴² ou encore de prononcer des mesures conservatoires qui modifieraient le montant de la consignation d'une redevance prévue par des dispositions de nature réglementaire¹⁴³.

134. Voir décision 07-MC-02.

135. Voir décision 95-MC-10 (réformée par arrêt CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, lui-même cassé par C cass, 2 décembre 1997, Nike France).

136. Articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative.

137. Cons. conc., décisions 06-MC-03, 07-D-13 ainsi que CE, 15 décembre 2006, Corsica Ferries et CE, 5 juin 2007, Corsica Ferries.

138. Voir décision 01-MC-01.

139. Voir décisions 91-MC-04, 95-MC-16, 03-MC-03, § 74 (confirmée par CA Paris, 8 janvier 2004, TDF).

140. CA Paris, 2 avril 1999, GIP Champagne-Ardenne, réformant la décision 99-MC-03.

141. Voir not. décision 02-MC-08.

142. Décision 91-MC-04.

143. Décision 00-MC-11.

Il n'est pas non plus de la compétence du Conseil d'ordonner le retrait d'affirmations contenues dans les observations qu'une entreprise a faites en réponse à une notification de griefs¹⁴⁴. Le Conseil se refuse aussi à prendre parti dans un litige fondé sur une controverse technique et juridique et pour lequel il n'est pas compétent¹⁴⁵.

Concernant les conditions d'octroi, il a déjà été indiqué que, pour justifier le prononcé de mesures conservatoires, les comportements des entreprises doivent être susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, et présenter un lien de causalité avec l'atteinte grave et immédiate portée à l'économie générale, au secteur, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Concernant enfin la nature des mesures prononcées, le Conseil ne saurait accorder des mesures de nature pécuniaire. En effet, de manière générale, le Conseil n'est pas compétent pour octroyer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi¹⁴⁶. En mesures conservatoires, il ne peut pas non plus prononcer d'injonctions sous astreinte¹⁴⁷ ni de sanctions pécuniaires¹⁴⁸.

Enfin, le Conseil s'interdit de prononcer certains types de mesures conservatoires. Par exemple, soucieux de ne pas porter atteinte au principe de liberté des prix posé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il se refuse à fixer le montant de tarifs. Dans le même esprit, afin de ne pas empiéter sur les compétences du juge du contrat, le Conseil répugne à enjoindre à des parties de contracter¹⁴⁹. Toutefois, ainsi qu'on l'a vu précédemment, il s'autorise à imposer à des entreprises de formuler des offres de contracter.

Encadrés par des règles de fond, les pouvoirs du Conseil en matière de mesures conservatoires, le sont également par des règles de procédure.

Les règles procédurales

La procédure de mesures conservatoires connaît certaines modalités propres permettant de répondre à la nécessité d'une intervention rapide du Conseil. La simplicité et la rapidité nécessaires de la procédure reposent en particulier sur le fait qu'elle peut intervenir à tout moment¹⁵⁰, que rien n'impose dans les textes que le rapport oral ait préalablement revêtu une forme écrite et ait été communiqué aux parties¹⁵¹, afin que l'instruction puisse se faire dans un temps restreint¹⁵², et que l'envoi des convocations

¹⁴⁴. Décision 90-MC-06.

¹⁴⁵. Décision 00-MC-02.

¹⁴⁶. Voir décisions 87-MC-15 (confirmée par CA Paris, 28 janvier 1988, Pompes funèbres 77) et 89-MC-02.

¹⁴⁷. Voir notamment décision 92-MC-08.

¹⁴⁸. Voir décision 93-MC-05.

¹⁴⁹. Voir décisions 91-MC-06 et 95-MC-06.

¹⁵⁰. Article R. 464-1 du Code de commerce.

¹⁵¹. Cass. com., 4 février 1997, Béton de France. Au terme d'une réflexion menée avec les avocats en 2007, le Conseil s'est néanmoins engagé à ce que le rapporteur les informe de façon informelle de la teneur de sa position avant la séance.

¹⁵². Décision 04-D-40 (confirmée par CA Paris : arrêt du 21 septembre 2004, *20 minutes France*).

aux séances n'est pas tenu de respecter le délai de trois semaines avant le jour de la séance¹⁵³.

Mais le développement de la procédure relative aux mesures conservatoires n'a été possible que parce que, malgré les nécessités de l'urgence, elle présente des garanties procédurales suffisantes. Ces règles sont soit particulières à la procédure d'urgence, soit d'application générale.

Les règles spécifiques à la procédure d'urgence

Pour que la mesure ordonnée conserve un caractère de mesure conservatoire, strictement limitée à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence, et qu'elle ne constitue pas une mesure définitive, le Conseil doit pouvoir confirmer cette mesure, l'amender ou l'annuler si la pratique dénoncée n'apparaît finalement pas prohibée. C'est pourquoi la demande de mesures conservatoires doit être, depuis le décret du 2 mai 1988, précédée¹⁵⁴ ou accompagnée d'une saisine au fond portant sur la pratique considérée¹⁵⁵.

Certaines conséquences ont été tirées du caractère accessoire de la procédure de mesures conservatoires.

Une demande de mesures conservatoires ne peut ainsi être examinée, que pour autant que la saisine au fond ne soit pas irrecevable ou ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application, respectivement, du premier et du second alinéas de l'article L. 462-8 du Code de commerce¹⁵⁶. La saisine au fond doit notamment être régulière au regard des dispositions de l'article R. 463-1, qui précisent notamment que la saisine du Conseil au fond doit mentionner « *son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande*¹⁵⁷ ».

Le Conseil a de même rejeté la demande de mesures conservatoires, en ce qu'elle ne trouve pas son origine dans les conséquences des pratiques dénoncées dans la saisine au fond. Ces dernières ne sont pas invoquées au titre des mesures conservatoires et, réciproquement, la demande de mesures conservatoires est fondée sur des faits distincts de ceux auxquels il est fait allusion dans la saisine au fond¹⁵⁸.

Les règles procédurales d'application générale

Certaines règles procédurales, qui ne sont pas propres à la procédure d'urgence, ont vocation à s'appliquer à la mise en œuvre des mesures conservatoires, afin de permettre aux entreprises de bénéficier de garanties suffisantes.

¹⁵³. Article R. 464-6.

¹⁵⁴. Rien ne s'oppose ainsi à ce qu'une demande de mesures conservatoires puisse concerner des éléments nouveaux intervenus postérieurement à la saisine au fond, s'ils se rattachent aux pratiques initialement dénoncées : décision 03-MC-04.

¹⁵⁵. Article R. 464-1 : « *La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence.* »

¹⁵⁶. Voir par exemple : décisions 07-D-18 ; 07-D-20 (rejet faute d'éléments suffisamment probants) ; 07-D-10 (irrecevabilité).

¹⁵⁷. Décision 06-D-39.

¹⁵⁸. Décision 03-D-42.

Il s'agit en premier lieu de règles destinées à assurer le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, qui s'appliquent dans leur principe, mais doivent s'apprécier « *au regard de l'urgence inhérente à la procédure applicable en matière de mesures conservatoires* »¹⁵⁹.

C'est ainsi que le dépôt d'écritures et de pièces, après l'expiration des délais fixés par le rapporteur général, ne saurait, à lui seul, justifier leur rejet si les parties ont disposé d'un temps suffisant pour y répondre¹⁶⁰. Le respect du principe du contradictoire a, en revanche, amené le Conseil à écarter des débats de nombreux documents, transmis la veille de la séance par la société saisissante, contenant des éléments nouveaux, et qui n'avaient pas été communiqués à l'ensemble des parties, les entreprises en cause n'ayant pu les examiner et y répondre¹⁶¹.

D'autres règles applicables aux mesures conservatoires apportent par ailleurs des garanties aux entreprises concernées.

Les mesures conservatoires sont en effet octroyées par décision collégiale du Conseil¹⁶², à la différence des mesures ordonnées en référé civil par le seul président du tribunal.

En outre, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 9 octobre 2001, que les membres du Conseil ayant statué dans la procédure de mesures conservatoires s'étaient *de facto* prononcés sur le caractère prohibé des pratiques dénoncées et qu'ils ne pouvaient plus statuer à nouveau au fond sur les mêmes pratiques, sans manquer objectivement au principe d'impartialité¹⁶³.

La cour d'appel a repris cette analyse dans un arrêt du 22 juin 2004 (RMC France). Après avoir rappelé que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; que cette règle est applicable au Conseil de la concurrence* », la cour a annulé la décision au fond par laquelle le Conseil s'était prononcé dans une composition comportant des membres ayant statué dans la procédure de mesures conservatoires, alors que ceux-ci avaient 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 alors relevée* ».

Il faut rappeler à cet égard que les garanties liées au principe d'impartialité sont moindres en matière de référé civil.

Deux arrêts d'assemblée plénière ont en effet fixé la position de la Cour de cassation sur l'application au juge des référés du principe d'impartialité, tel qu'il résulte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁴.

159. CA Paris, 28 janvier 2005, société Orange Caraïbe.

160. C cass, 12 juillet 2005, NMPP.

161. Décisions 05-D-34 ; 06-MC-03.

162. Commission permanente.

163. Cour de cassation, 9 octobre 2001, Béton de France.

164. C cass, 6 novembre 1998, Ste Bord Na Mona c/ SA Norsk hydro azote ; Guillotel c/ Sté Castel et Fromage.

Le premier arrêt a considéré qu'aucune atteinte objective au principe d'impartialité n'existait dans le cas où un magistrat statuait au fond dans un litige dans lequel il avait pris préalablement une mesure conservatoire en référé, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Le second arrêt a affirmé en revanche que méconnaissait ce principe la circonstance qu'un magistrat connaisse d'un litige au fond après avoir ordonné une provision en référé, soulignant que lorsqu'il accorde des provisions, il doit s'assurer du caractère non sérieusement contestable de l'obligation en cause. La Haute Juridiction distingue ainsi selon que le juge des référés intervient dans sa fonction conservatoire ou dans sa fonction d'anticipation.

Les décisions du Conseil, statuant en matière de mesures conservatoires, ne constituent pas, quant à elles, seulement des mesures conservatoires au sens civil du terme, consistant, indépendamment du fond, à faire cesser un trouble ; elles impliquent également la vérification préalable de la recevabilité de l'affaire¹⁶⁵, comme il a été vu plus haut, sans toutefois aller jusqu'à la vérification du caractère non sérieusement contestable des pratiques anticoncurrentielles.

La garantie de ces droits procéduraux fondamentaux est complétée par l'application aux mesures conservatoires de l'exigence de formulation des injonctions en des termes clairs et précis, et du principe de leur interprétation stricte. Un arrêt de la cour d'appel énonce ainsi : « *Le Conseil de la concurrence dispose, dans l'exercice de sa mission, de prérogatives de puissance publique lui permettant de faire prévaloir une mesure de rétablissement de l'ordre public économique sur des dispositions contractuelles, en ordonnant notamment la suspension de l'exécution de conventions, une injonction, constituant par nature une mesure contraignante pour celui qui la subit, est d'interprétation stricte et doit être formulée en des termes clairs, précis et exempts d'incertitudes quant à son exécution*¹⁶⁶. »

Cette règle, applicable aux injonctions prescrites au terme d'une procédure au fond¹⁶⁷, est également applicable aux mesures conservatoires qui ont vocation à répondre à une situation d'urgence strictement déterminée¹⁶⁸.

Enfin, en cas de non-respect de ces injonctions, le Conseil peut infliger des astreintes¹⁶⁹ ou prononcer une sanction pécuniaire¹⁷⁰. Ainsi, le non-respect par France Télécom de l'injonction prononcée à son encontre dans la décision 00-MC-01 a-t-il amené le Conseil à lui infliger une sanction pécuniaire de 20 millions d'euros¹⁷¹. La cour d'appel de Paris a doublé le montant de la sanction, en raison de la gravité de la pratique poursuivie, caractérisée par le non-respect délibéré d'une injonction claire, précise, et dépourvue

¹⁶⁵. Ce qui implique la vérification de sa compétence organique et matérielle et de la présence au dossier d'éléments suffisamment probants susceptibles de caractériser une pratique anticoncurrentielle.

¹⁶⁶. CA Paris, 10 septembre 1996, société méditerranéenne de béton. Voir également décision 05-D-36.

¹⁶⁷. Voir par exemple décision 03-D-03.

¹⁶⁸. CA Paris, 11 janvier 2005, société France Télécom (pourvoi rejeté sur ce point par la Cour de cassation le 14 mars 2006).

¹⁶⁹. Article L. 464-2, II, b) du Code de commerce.

¹⁷⁰. Article L. 464-3 du Code de commerce, dans les limites fixées par l'article L. 464-2.

¹⁷¹. Décision 04-D-18.

d'ambiguïté et de la persistance du comportement anticoncurrentiel de France Télécom ¹⁷².

Conclusion

En définitive, la procédure de mesures conservatoires mise à la disposition du Conseil lui permet d'être en adéquation avec le temps économique, dans un cadre juridique et économique déterminé.

On constate aujourd'hui certains changements dans l'utilisation de cet outil procédural. Si la procédure reste une procédure d'urgence, sa fonction tend à évoluer.

Destinées initialement à éviter que certaines pratiques ne portent irrémédiablement atteinte à la concurrence, les mesures conservatoires permettent aujourd'hui au Conseil, par le biais d'injonctions positives et d'une combinaison avec la procédure d'engagements, de réguler *ex ante* la concurrence.

Toutefois, les interventions du Conseil pourraient être plus efficaces encore.

Ainsi qu'il a été mentionné, il est en effet quelque peu paradoxal, d'un côté, de confier au Conseil la mission de protéger l'ordre public économique et, de l'autre, de le priver du pouvoir de se saisir d'office lorsque la concurrence qu'il est censé sauvegarder est menacée d'une atteinte grave et immédiate.

88

Cette lacune du droit français de la concurrence est d'autant plus prégnante au regard des prérogatives des autres autorités appartenant au Réseau européen de concurrence, et notamment de la Commission européenne. En effet, l'article 8.1 du règlement 1/2003 dispose que « *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* ¹⁷³, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires ». De même, certaines autorités nationales de concurrence, telles que les autorités espagnole, anglaise, hongroise ou portugaise, ont le pouvoir de s'autosaisir. Le dispositif actuel pourrait donc être amélioré en étendant aux situations d'urgence la faculté qu'a d'ores et déjà le Conseil de se saisir d'office des problèmes de concurrence.

¹⁷². CA Paris, 11 janvier 2005, France Télécom, confirmé par C cass, 14 mars 2006, France Télécom.

¹⁷³. Soulignement ajouté.

1 Exclusivité et contrats de long terme

Introduction

Les entreprises recourent pour commercer, entre elles ou avec les consommateurs, à une infinie variété d'arrangements contractuels. Les engagements qui en découlent limitent, parfois pour de longues périodes, les volumes accessibles aux entreprises tierces. Les possibilités d'échanges avec ces dernières sont réduites, ce qui peut gêner leur entrée ou leur développement, voire provoquer leur sortie du marché.

La présente étude expose les principes qui se dégagent de la pratique décisionnelle récente du Conseil de la concurrence, s'agissant de l'analyse d'accords et de contrats entre entreprises. L'effet d'éviction d'un contrat dépend de l'action conjuguée de ses différentes dispositions, ainsi que des caractéristiques de l'environnement concurrentiel, en particulier du pouvoir de marché des parties. Le Conseil examine, dans chaque cas, les obligations contractuelles dans leur ensemble, afin d'apprécier leurs effets d'exclusion, réels ou potentiels, et, le cas échéant, les gains d'efficience qu'elles permettent de réaliser. Il accorde une attention particulière aux dispositions qui impliquent une relation d'exclusivité entre les parties et à celles qui accroissent la durée effective de l'engagement qui les lient.

Les obligations d'exclusivité, qu'elles soient analysées au regard du droit des ententes ou vues comme des pratiques unilatérales, ne sont pas interdites *per se*. Dans la décision 07-MC-01 du 25 avril 2007, le Conseil a rappelé son approche générale de l'exclusivité : « *La conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même, un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. Si, en effet, de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet – constaté ou potentiel – d'éviction qu'elles comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce.* »

Cette approche est cohérente avec l'évolution récente de la pensée économique. Aux États-Unis, l'hostilité de la jurisprudence à l'encontre des contrats d'exclusivité a, dans un premier temps, été critiquée par les tenants de l'École de Chicago¹⁷⁴. Ces derniers soutenaient que les clauses d'exclusivité ne sont généralement pas signées pour des raisons stratégiques, mais parce qu'elles apportent des gains d'efficience. Plus récemment, la littérature économique a mis en évidence plusieurs mécanismes d'éviction induits par les accords d'exclusivité. La force de ces mécanismes dépend des caractéristiques précises de l'environnement, en particulier de la structure des marchés concernés et de la forme des contrats en cause. Dans la décision 07-MC-01 précitée, le Conseil a rappelé les principales caractéristiques des obligations à prendre en compte : « *Il convient tout d'abord de s'assurer que*

174. R. Bork, *The antitrust paradox*, New York : Basic Books (1978), et R. Posner, *Antitrust law : An economic perspective*, University of Chicago Press (1976).

les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client. » La méthodologie du Conseil concorde avec l'approche de la Commission européenne exposée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales et dans le projet de principes d'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion¹⁷⁵.

La durée de l'engagement liant deux parties à un contrat est un déterminant important de ses effets potentiels d'éviction. Dans son avis 05-A-23 du 5 décembre 2005, le Conseil s'est prononcé sur l'effet de contrats de long terme, de 15 à 20 ans, liant un consortium d'industries « *électro-intensives* » à des fournisseurs d'électricité. Après avoir rappelé que « *[s]i les contrats à long terme ne sont pas interdits "per se" par le droit de la concurrence, il convient néanmoins de les analyser dans leur contexte et, notamment, de veiller à ce qu'ils ne portent pas une atteinte excessive au bon fonctionnement du reste du marché* », le Conseil a précisé les caractéristiques de ces contrats qu'il convient d'examiner afin d'apprécier les effets de verrouillage du marché : « *Il convient notamment d'analyser les contrats en tenant compte du volume qu'ils concernent au regard de la taille du marché pertinent, de l'ensemble des autres clauses contractuelles telles que, par exemple, les modalités de sortie anticipée ou le degré de couverture des besoins des clients (présence éventuelle de clauses d'exclusivité) et enfin, de leur justification économique (par exemple : durée de l'engagement au regard des investissements consentis)*. » Ainsi, le Conseil vérifie si les contrats de long terme qu'il examine placent les cocontractants dans une relation d'exclusivité ; de manière symétrique, il apprécie les clauses d'exclusivité au regard de leur portée réelle et de la durée effective de l'engagement.

L'étude est organisée de la manière suivante : la première partie rappelle les principaux mécanismes par lesquels des accords d'exclusivité et/ou de long terme peuvent conduire à l'éviction de concurrents efficaces, puis détaille la méthodologie suivie par le Conseil pour apprécier les effets d'exclusion en fonction des caractéristiques de chaque cas. La deuxième partie présente la manière dont le Conseil prend en compte les justifications avancées par les entreprises. La dernière partie explique comment il procède pour restaurer rapidement le fonctionnement du jeu concurrentiel après qu'il a été affecté par la signature d'accords contractuels, et pour créer les conditions de l'émergence de nouveaux acteurs, notamment dans les secteurs en voie de libéralisation.

Les effets anticoncurrentiels des accords d'exclusivité et des contrats de long terme

L'analyse économique récente met en évidence les limites de l'affirmation de l'École de Chicago, selon laquelle les contrats d'exclusivité sont nécessairement motivés par la recherche de gains d'efficacité. Elle montre comment

¹⁷⁵. Lignes directrices sur les restrictions verticales (JOCE 2000/ C 291/ 01), et « DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses », décembre 2005.

une entreprise dominante peut utiliser des clauses d'exclusivité pour distordre la structure du marché à son profit et aux dépens des consommateurs. Lorsqu'une obligation d'exclusivité restreint l'accès des concurrents à la demande ou aux facteurs de production, ou conduit à une augmentation de leurs coûts, elle constitue une barrière artificielle à l'entrée qui peut permettre à l'entreprise qui l'a instaurée de maintenir ou de renforcer son pouvoir de marché. En pratique, la force des mécanismes d'éviction est fonction des caractéristiques particulières des contrats et de l'environnement concurrentiel. C'est pourquoi le Conseil apprécie leur effet au cas par cas.

Les enseignements de l'analyse économique

Pour parvenir à la conclusion qu'un accord d'exclusivité ne peut pas être motivé par des motifs anticoncurrentiels, l'École de Chicago considère une situation stylisée où un fournisseur en place est en concurrence avec des entrants potentiels au moins aussi efficaces pour servir un consommateur représentatif. Son raisonnement repose sur la comparaison du surplus du consommateur dans les deux situations suivantes : lorsqu'il accepte de s'approvisionner en exclusivité auprès du fournisseur en place ; lorsqu'il refuse l'exclusivité et fait appel à un fournisseur alternatif.

Dans le premier cas, l'exclusivité confère au fournisseur en place une position de monopole, qui lui permet de fixer un prix plus élevé et de s'octroyer une partie du surplus de l'acheteur. Dans le second, la concurrence entre fournisseurs conduit à un prix inférieur, proche des coûts de production, ce qui profite à l'acheteur. Ce dernier ne voit donc aucun intérêt à accepter l'obligation d'exclusivité d'achat, à moins que le vendeur ne le dédommage pour la perte de surplus correspondante. Or, le fournisseur bénéficiant de l'exclusivité voit certes ses profits augmenter, mais pas en proportion suffisante pour offrir une telle compensation. En effet, la hausse du prix s'accompagne d'une diminution de la quantité demandée, ce qui crée une perte sèche et réduit le surplus à se partager : le profit gagné par le vendeur est nécessairement inférieur au surplus perdu par l'acheteur. Le vendeur n'est donc pas en mesure d'offrir une compensation à l'acheteur pour le surplus auquel il renonce en signant l'exclusivité. L'École de Chicago en conclut que les accords d'exclusivité observés en pratique induisent nécessairement des gains d'efficacité bénéficiant aux deux parties au contrat.

La littérature récente a montré les limites de cet argument. En premier lieu, il n'est pas valide lorsque l'entrée sur le marché implique un coût fixe et que les nouveaux entrants doivent se constituer une base suffisante de clientèle pour opérer profitablement. Dans ce cas, les obligations d'exclusivité imposées par l'entreprise dominante, en réduisant la proportion de la demande que peut approvisionner un fournisseur concurrent, ont un effet direct de verrouillage du marché. Chaque acheteur, individuellement, aurait intérêt à l'entrée de concurrents efficaces, mais préfère accepter l'exclusivité, même en échange d'une compensation modeste : en acceptant l'exclusivité, chaque acheteur contribue à réduire la probabilité d'entrée d'un concurrent efficace, exerçant ainsi une externalité négative sur les autres acheteurs. L'entreprise en place peut, en exploitant le défaut de coordination des acheteurs, distordre la structure de marché à son profit, aux dépens des acheteurs. L'effet de verrouillage est d'autant plus important que les acheteurs

sont dispersés et que les coûts fixes d'entrée sont élevés¹⁷⁶. Il est renforcé lorsque les contrats arrivent à échéance à des dates différentes pour chaque acheteur, ce qu'on retrouvera également dans les décisions présentées ci-dessous. Ce mécanisme peut jouer pour des activités bénéficiant d'externalités de réseau, dès lors que l'entreprise dominante empêche ses concurrents d'atteindre la taille critique nécessaire à leur pérennité.

En deuxième lieu, l'argument général de l'École de Chicago ne prend pas en compte les aspects stratégiques des relations verticales lorsque l'acheteur est un distributeur qui revend le produit, situation que l'on retrouve souvent dans les affaires traitées par le Conseil. En effet, lorsque l'acheteur intermédiaire évolue sur un marché au moins partiellement concurrentiel, ses profits décroissent avec l'intensité de la concurrence à laquelle il est soumis. En cas d'exclusivité, le fournisseur peut mettre en place des conditions commerciales (prix de gros) qui augmentent le total des profits réalisés sur le marché par le fournisseur et ses distributeurs. Adéquatement redistribués entre les parties de la chaîne verticale, ces gains sont suffisants pour inciter les distributeurs à accepter l'obligation d'exclusivité d'approvisionnement. Ainsi, l'exclusivité conduit à une hausse des profits de la chaîne verticale que forment vendeur et acheteurs, aux dépens des consommateurs finals qui, eux, supportent une hausse des prix de détail. Cet effet est d'autant plus fort que la concurrence entre les distributeurs est intense et que les prix seraient bas en l'absence d'exclusivité¹⁷⁷. La littérature économique sur les relations verticales a, par ailleurs, montré que certains accords d'exclusivité, lorsqu'ils n'ont pas d'effets d'exclusion, peuvent avoir des effets collusifs, sous la forme d'une réduction de la concurrence intermarque. Ainsi, l'exclusivité territoriale, qui a pour conséquence mécanique de supprimer la concurrence intramarque dans une zone de chalandise donnée, peut en outre réduire les incitations des fabricants à se faire concurrence agressivement¹⁷⁸.

En troisième lieu, les contrats de long terme peuvent introduire des « *switching costs* » artificiels qui figent les parts de marché. L'effet de verrouillage des contrats dépend en effet non seulement de la durée d'engagement contractuelle, mais aussi des modalités précises de sortie ou de reconduction (pénalités financières de sortie anticipée, reconduction tacite, etc.). Une entreprise concurrente, pour attirer des acheteurs, devra leur offrir une compensation pour ces coûts de sortie. Les clauses de résiliation coûteuses réduisent ainsi les incitations des acheteurs à changer de fournisseur. La littérature économique a montré que les clauses de ce type peuvent permettre à une entreprise dominante de bloquer l'entrée de concurrents plus efficaces qu'elle¹⁷⁹. En accord avec ces résultats, le Conseil prend soin d'apprécier les possibilités de résiliation des contrats, qui déterminent la fluidité, ou au contraire la viscosité, du marché concerné.

176. E. B. Rasmusen, J. M. Ramseyer et J. S. Wiley, « Naked exclusion », *American Economic Review*, vol. 81 (5), 1991.

177. J. M. Abito et J. Wright, « Exclusive dealing with imperfect downstream competition », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26 (1), 2008.

178. P. Rey et J. Stiglitz, « The role of exclusive territories in producers' competition », *RAND Journal of Economics*, vol. 26 (3), 1995.

179. P. Aghion et P. Bolton, « Contracts as a barrier to entry », *American Economic Review*, vol. 77 (3), 1987.

Au total, la théorie économique récente établit le manque de robustesse de la conclusion de l'École de Chicago et explique comment des clauses d'exclusivité et des dispositions contractuelles dissuadant l'acheteur de changer de fournisseur peuvent, dans différentes configurations de marché, être utilisées à des fins anticoncurrentielles.

Le Conseil procède à une analyse au cas par cas

Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche¹⁸⁰ du 13 février 1979, la Cour de justice des communautés européennes a considéré que : « *Le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier – fût-ce à leur demande – 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 au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais. [...] En effet, les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature [...] 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 producteurs.* » Ces considérants généraux ne sauraient, toutefois, être isolés du contexte spécifique de l'affaire. En l'espèce, la Cour avait en effet constaté que les contrats en cause prévoyaient des engagements d'approvisionnement exclusifs, rémunérés par des ristournes ou rabais sur l'ensemble des achats, dans le cadre de contrats conclus pour une durée indéterminée, et protégés par des clauses anglaises (cf. *infra*). Selon la Cour, « *c'[était] à la lumière de ces particularités qu'il y [avait] lieu d'examiner si les contrats litigieux étaient constitutifs d'une exploitation abusive de position dominante* ». Comme on le verra plus loin, l'évolution ultérieure de la jurisprudence du TPI et de la Cour a confirmé cette approche pragmatique.

De même, la jurisprudence nationale est attentive aux circonstances concrètes de marché dans son analyse des accords d'exclusivité. Ainsi, la cour d'appel de Paris a défini, dans un arrêt du 7 mai 2002 relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la glace à impulsion, les critères d'appréciation de l'effet sur la concurrence de clauses d'exclusivité dans un contrat de distribution : « *L'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes.* » En s'assurant l'exclusivité d'approvisionnement d'un nombre suffisamment

¹⁸⁰. Affaire 85/76 du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche contre Commission des communautés européennes.

important d'acheteurs, un fournisseur restreint les possibilités d'entrée ou d'extension de concurrents potentiels ou déjà présents. En pratique, l'effet d'éviction dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée ¹⁸¹, l'enchevêtrement temporel des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la dispersion géographique et l'atomicité de la demande.

Le champ et la portée de l'exclusivité

Dans l'affaire 07-D-08 du 12 mars 2007 ¹⁸², le Conseil a établi que les sociétés Lafarge Ciments et Vicat, producteurs de ciments, ont conclu avec le Syndicat des négociants en matériaux de construction, regroupant la plupart des négociants corses, un protocole d'accord qui engageait les négociants de manière collective auprès des deux producteurs, pour une durée de quatre ans et renouvelable par tacite reconduction. Ce protocole portait sur une quantité de ciment représentant plus de 90 % des besoins de ce produit sur l'île, et accordait aux négociants signataires une remise en contrepartie de leur engagement collectif de s'approvisionner exclusivement en ciment Lafarge et Vicat.

En outre, les deux cimentiers concédaient, au travers d'une convention de subdélégation, l'exclusivité d'exploitation d'installations situées en Haute-Corse, pour une durée de 30 ans, à un groupement d'intérêt économique (GIE) regroupant la plupart des négociants-distributeurs de ciments de cette région. « Cette convention de subdélégation conclue entre le GIE et les cimentiers français Lafarge et Vicat crée à l'égard des négociants de Haute-Corse, quasiment tous membres du GIE, une obligation d'approvisionnement exclusif, en gammes de ciment transitant ou ayant transité par les infrastructures du GIE, auprès de Lafarge et Vicat pendant une période de 30 ans. Cette obligation signifie que pour toutes les gammes transitant ou ayant transité dans les silos, [...], le GIE s'engage à ce que ses membres s'approvisionnent exclusivement en ciments Lafarge et Vicat. » Le Conseil n'a pas contesté le progrès économique que pouvait représenter la modernisation des installations du port de Bastia (cf. *infra*). Toutefois, il a souligné que cette convention incitait non seulement les négociants-distributeurs de Haute-Corse à renoncer aux importations de produits concurrents qui auraient pu être stockés et utilisés depuis les silos de Bastia, mais qu'elle étendait de surcroît l'exclusivité d'approvisionnement auprès de Lafarge et Vicat à tous les produits que ceux-ci vendaient ou avaient vendus depuis le site de Bastia aux autres localisations de l'île. Un négociant-distributeur ne pouvait donc librement s'approvisionner en un produit concurrent depuis un autre site dès lors que ce produit appartenait à une gamme de ciment vendu (ou ayant été vendu) par Lafarge ou Vicat sur le site de Bastia. Cette

¹⁸¹. Selon le paragraphe 148 du Discussion Paper précité sur l'article 82, une obligation d'exclusivité imposant aux acheteurs de s'approvisionner pour une part substantielle de leurs besoins auprès d'un fournisseur en position dominante a un effet de verrouillage du marché d'autant plus important que cette part est élevée. De plus, selon le même paragraphe, une telle obligation peut avoir des effets anticoncurrentiels même lorsqu'elle ne lie qu'une proportion relativement faible de la demande, car la position dominante du fournisseur limite déjà la concurrence sur le marché et une restriction supplémentaire peut réduire encore davantage les possibilités de développement de cette concurrence résiduelle.

¹⁸². Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

convention a ainsi eu pour effet d'étendre la portée de l'exclusivité à des produits identiques à ceux ayant transité par Bastia, au-delà donc de l'approvisionnement à partir de ce seul site.

Le Conseil a considéré que ces accords avaient pour objet et pour effet de réduire significativement les débouchés d'autres fournisseurs de ciment, en particulier ceux des fournisseurs grecs et italiens qui étaient en mesure de proposer des produits similaires à des prix plus faibles, et qu'ils étaient donc contraires aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE.

Dans la décision 06-D-06 du 17 mars 2006, le Conseil a examiné des obligations d'exclusivité qui découlaient de certaines interdictions imposées par la Fédération nationale des gîtes de France (FNGDF) aux propriétaires de logements labellisés. En l'espèce, une exclusivité d'agrément interdisait non seulement aux propriétaires bénéficiant du label « *Gîtes de France* » d'apposer au logement un autre label, mais aussi de gérer en parallèle d'autres logements non agréés par Gîtes de France. En outre, une exclusivité de publicité interdisait la parution d'annonce proposant le logement à la location saisonnière dans des guides d'autres réseaux que celui de Gîtes de France. Enfin, une exclusivité de commercialisation imposait aux propriétaires de ne déléguer la gestion commerciale de leurs logements labellisés qu'au service de réservation habilité par le relais départemental de Gîtes de France.

Le Conseil a considéré que « *l'interdiction de gérer en parallèle des meublés saisonniers ou toute autre formule d'accueil (chambres d'hôtes, gîtes d'étape...) non agréés Gîtes de France [était] de nature à restreindre l'accès des labels concurrents au marché, en préemptant tout nouvel hébergement créé par les propriétaires adhérents du réseau de la FNGDF, qui proposent déjà, en 2004, 64 % des gîtes et 86 % des chambres d'hôtes sur le marché concerné* ». Il a de plus estimé que la clause interdisant l'apposition d'un autre label portait « *directement atteinte à la liberté commerciale des propriétaires d'hébergements dans la mesure où elle les empêche de faire appel aux services d'autres réseaux qui pourraient leur permettre de toucher une clientèle de touristes plus large et d'améliorer le taux de remplissage des gîtes et des chambres d'hôtes* ». L'effet d'éviction des obligations d'exclusivité était amplifié par la durée parfois très longue des engagements d'adhésion, pouvant atteindre dix ans lorsque le propriétaire s'était vu octroyer une subvention publique pour l'aménagement du logement soumis au label « *Gîtes de France* », contribuant ainsi à la viscosité du marché et aux effets restrictifs sur le développement de labels concurrents. Ainsi, le Conseil a estimé que l'« *entrée sur le marché de labels concurrents de celui de la FNGDF est [...] rendue difficile par le fait que les propriétaires peuvent avoir été contraints de s'engager pour une longue durée auprès de la FNGDF et supporteraient donc des coûts élevés s'ils quittaient le réseau* ». Le Conseil a considéré que ces pratiques enfreignaient l'article L. 420-2 du Code de commerce et l'article 82 du traité CE et a enjoint à la FNGDF de supprimer de ses contrats l'interdiction de la gestion parallèle de logements non agréés et de limiter à deux ans la durée d'exclusivité du label pour les logements agréés.

Dans le secteur de la glace à impulsion, la Commission a eu plusieurs occasions d'examiner des obligations d'exclusivité imposées en contrepartie

d'un prêt gratuit de congélateur. Dans l'affaire Van den Bergh Foods¹⁸³, elle a considéré qu'un tel prêt gratuit, conjugué à la large gamme des produits proposés, leur popularité auprès des consommateurs et aux profits associés à leur vente, constituait un élément important pour un détaillant au moment où celui-ci devait choisir de remplacer le congélateur fourni par Van den Bergh ou d'installer un appareil supplémentaire. Dans son arrêt du 23 octobre 2003, le Tribunal a confirmé que *« le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur le marché, de lier de facto – fût-ce à leur demande – 40 % des points de vente du marché de référence par une clause d'exclusivité »* était constitutif d'un abus, dans la mesure où la clause avait *« pour effet d'empêcher les détaillants concernés de vendre d'autres marques de glaces ou de réduire leur possibilité de réaliser de telles ventes, et ce alors même qu'il y [avait] une demande pour de telles marques, et d'empêcher l'accès du marché de référence aux fabricants concurrents »*.

En revanche, dans la décision 07-D-37 du 7 novembre 2007¹⁸⁴, le Conseil a examiné l'impact sur la concurrence d'un accord de distribution exclusive entre le groupe France Télécom et le réseau Photo Europe (magasins Photo Service et Photo Station), dans le secteur de la distribution de produits et services de téléphonie mobile. Cet accord concernait un réseau d'environ 500 détaillants, qui venait s'ajouter au réseau d'agences du groupe France Télécom. Le Conseil a considéré l'envergure des réseaux de distribution exclusive des deux principaux concurrents d'Orange, ainsi que de l'ensemble des distributeurs multimarques, constitué des détaillants indépendants, des distributeurs franchisés, et surtout des enseignes de la grande distribution, alimentaire ou spécialisée. Il a souligné que cet ensemble représentait plus de la moitié des ventes du marché. Le Conseil a conclu que l'accord ne mettait pas en péril les possibilités pour un concurrent ou un nouvel opérateur de développer son réseau de distribution.

La durée effective des engagements contractuels

Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche précité, la Cour de justice a pris en compte les caractéristiques temporelles des contrats litigieux pour établir leur caractère anticoncurrentiel. En l'espèce, la Cour a souligné *« que la plupart des contrats étaient conclus pour une durée indéterminée, soit d'après leurs termes mêmes, soit par la mise en œuvre d'une clause de reconduction tacite et qu'ils étaient manifestement conçus pour établir des relations s'étendant sur plusieurs années »*. Cet aspect des contrats renforçait l'effet d'exclusion des pratiques mises en œuvre par Roche pour inciter les acheteurs à s'approvisionner exclusivement auprès d'elle.

Dans la décision 02-D-33 du 10 juin 2002, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 février 2003, le Conseil a relevé que la société SOGEC, détenant 98 % du marché du traitement des coupons de réduction à but promotionnel, avait *« conclu avec la presque totalité des fabricants intéressés par le couponnage des contrats d'exclusivité valant pour l'ensemble »*.

¹⁸³. Décision de la Commission, 98/531/CE du 11 mars 1998, confirmée par le Tribunal de première instance le 23 octobre 2003 (affaire T-65/98) et par la Cour de justice le 28 septembre 2006 (affaire C-522/03 P).

¹⁸⁴. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

de leurs produits». En outre, la pérennité de sa position dominante était assurée par la durée effective de l'obligation d'exclusivité, puisqu'il était très difficile pour un fabricant de résilier le contrat à sa date anniversaire, alors qu'une campagne promotionnelle était en cours. Le Conseil a ainsi considéré que *« si les contrats proposés par SOGEC Gestion sont d'une durée limitée à un an, l'existence d'une clause de tacite reconduction et le fait que les campagnes de coupons couvrent souvent des périodes qui ne coïncident pas avec la date de renouvellement des contrats, conduit, en pratique, à considérer que SOGEC Gestion est liée à ses clients par des relations d'exclusivité de plus longue durée »*. Le Conseil a conclu que l'exclusivité exigée par la société SOGEC, qui portait sur la quasi-intégralité de la demande, constituait une *« entrave considérable à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs et à leur développement »*.

Dans l'affaire 07-MC-01 précitée¹⁸⁵, relative à des clauses d'exclusivité dans des contrats de fourniture d'électricité par EDF, le Conseil a indiqué que *« lorsqu'elles existent, les modalités de sortie anticipée volontaire d'un contrat doivent réunir un certain nombre de conditions pour ne pas avoir pour conséquence pratique de figer les positions commerciales d'un fournisseur. Le client doit être informé, avant la signature du contrat, des conditions mises par le fournisseur à une résiliation avant terme et dans cette éventualité, se voir appliquer une indemnité qui ne soit pas dissuasive »*. Il a précisé que *« le caractère dissuasif de la clause d'indemnité peut résulter principalement du niveau de la pénalité demandée, mais aussi de l'absence de clarté du mode de calcul de l'indemnité ou des conditions de déclenchement de la clause »*. Une telle clause peut renforcer l'effet d'éviction des contrats d'approvisionnement exclusif en créant un *« switching cost »* artificiel pour les clients. En l'espèce, le Conseil a considéré que la clause de pénalité en cas de sortie anticipée était libellée de façon ambiguë et a conclu que *« le caractère forfaitaire présumé de l'indemnité à verser et l'ambiguïté signalée dans les clauses décrivant les cas où la pénalité de sortie est applicable, sont susceptibles d'être préjudiciables au libre exercice de la concurrence sur le marché de la fourniture de l'électricité en cause et de constituer ainsi des pratiques interdites par l'article L. 420-2 du Code de commerce »*. Le Conseil a enjoint à EDF de clarifier, dans ses conditions générales de vente, les règles applicables à la résiliation anticipée du contrat de fourniture d'électricité.

Enfin, dans l'affaire 98-D-52 du 7 juillet 1998, le Conseil a considéré que la société JC Decaux avait abusé de sa position dominante sur le marché du mobilier urbain en cherchant à prolonger artificiellement la durée des contrats conclus avec les collectivités locales. Le Conseil a notamment reproché à Decaux de *« prévoir systématiquement dans les projets de contrats soumis aux collectivités locales un renouvellement par tacite reconduction pour des périodes comprises entre six et douze ans, elles-mêmes renouvelables »*. Outre la reconduction tacite des contrats, les conditions de dénonciation rendaient difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, et la signature d'avenants d'une durée égale à la durée initiale en cas de remplacement des mobiliers en cours de contrat allongeait la durée effective de la relation

¹⁸⁵. Confirmée par l'arrêt du 26 juin 2007 de la cour d'appel de Paris.

contractuelle. De plus, les contrats conféraient au groupe Decaux un droit de priorité sur toute autre entreprise pour l'installation de mobiliers supplémentaires, même sur celles qui proposent à prestations égales des conditions financières plus intéressantes. Cette dernière disposition, en vertu de laquelle un acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse à son fournisseur et ne peut l'accepter que si ce dernier ne s'aligne pas, est parfois qualifiée de clause « *anglaise* ». Une telle clause peut avoir les mêmes effets de verrouillage qu'une obligation d'exclusivité, en particulier lorsque l'acheteur doit révéler l'identité du concurrent à l'origine de l'offre¹⁸⁶. Le droit de priorité du fournisseur réduit les incitations des concurrents à construire des offres innovantes ou plus avantageuses. Dans l'affaire 98-D-52, le jeu conjoint de l'ensemble des dispositions contractuelles permettait à Decaux d'éviter toute mise en concurrence pendant des durées très longues, atteignant parfois plusieurs dizaines d'années.

Exclusivité de fait

Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche précité, la Cour de justice a considéré que, si une obligation explicite d'exclusivité pouvait constituer un abus de position dominante, il en était 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* ».

98

Le Conseil suit le même raisonnement lorsqu'il examine les obligations d'exclusivité de fait, c'est-à-dire les clauses contractuelles qui, si elles n'imposent pas explicitement l'obligation d'approvisionnement exclusif de la part de l'acheteur contractant, incitent ce dernier à se fournir pour la totalité ou une part considérable de ses besoins auprès d'un unique fournisseur. Ainsi, dans sa décision 04-D-13 du 8 avril 2004, confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2005, le Conseil a sanctionné la société des caves et producteurs réunis de Roquefort pour avoir abusé de sa position dominante en octroyant aux grandes et moyennes surfaces des remises substantielles calculées sur la base du chiffre d'affaires réalisé par l'enseigne sur un nombre déterminé contractuellement de produits, parmi lesquels des produits incontournables. Les rémunérations conditionnelles avaient pour effet d'inciter les acheteurs à s'approvisionner auprès de ce fournisseur pour une part substantielle de leurs besoins, sur une large gamme de produits différenciés par leur conditionnement ou leurs marques (marque de distributeur, premier prix, portions individuelles, etc.). L'exclusivité d'approvisionnement qui découlait de cette stratégie a eu pour effet d'empêcher le développement des producteurs concurrents, voire de réduire leur présence dans les linéaires des principales enseignes de la grande distribution.

¹⁸⁶. L'effet anticoncurrentiel potentiel des clauses anglaises est souligné dans les lignes directrices sur les restrictions verticales (§ 152), ainsi que dans le Discussion Paper précité sur l'article 82 (§ 150).

Ce cas illustre l'effet stratégique de l'exclusivité d'achat, au moyen de laquelle un producteur en position dominante occupe l'intégralité ou une partie considérable des linéaires dédiés aux produits concernés, réduisant ainsi l'espace disponible pour la concurrence intermarque. L'excédent de profit réalisé par le producteur lui permet de proposer aux distributeurs des rémunérations qui les incitent à accepter l'exclusivité d'approvisionnement et qui ne peuvent être égalées par les producteurs concurrents, ces derniers se trouvant alors exclus du marché.

De même, le Conseil a démontré dans la décision 00-D-75 du 6 février 2001¹⁸⁷ que l'exclusivité d'adhésion à un réseau unique de transmission florale pouvait être induite par la mise en place de pratiques commerciales, telles que des bonus et des priorités accordées pour l'exécution d'ordres reçus par le réseau, incitant les fleuristes, sans pour autant explicitement les y obliger, à n'adhérer qu'au seul réseau Interflora. En l'espèce, le Conseil a considéré qu'« *une telle pratique, qui a pour objet de favoriser l'exclusivité d'appartenance, est de nature à limiter artificiellement la capacité concurrentielle des autres entreprises de transmission florale et que son effet préjudiciable à la concurrence ne peut qu'être aggravé par l'importance de la part de marché du réseau Interflora* ». Le Conseil a estimé que pour qu'un réseau concurrent se développe, en taille comme en notoriété, il devait pouvoir compter suffisamment d'adhérents, et que les fleuristes désireux de participer au marché de la transmission florale ne devaient pas être liés exclusivement à l'opérateur historique, qui, à l'époque des faits, disposait d'une part de marché supérieure à 80 %.

Dispersion géographique et atomicité de la demande

Le morcellement de la demande favorise l'effet de verrouillage d'un marché induit par des clauses d'exclusivité, en augmentant les coûts d'entrée, notamment les coûts commerciaux liés au démarchage des clients et à la distribution des produits. De plus, la dispersion de la demande aggrave le problème de coordination entre les acheteurs (*cf. supra*). Chaque acheteur individuel accepte d'autant plus facilement d'accorder l'exclusivité qu'il est isolé et pense ne pas peser sur des décisions d'entrée sur le marché amont. Ainsi, les concurrents en amont peuvent être dissuadés d'entrer s'ils ont besoin d'une base importante de clients pour atteindre leur seuil de rentabilité.

Ainsi, dans sa décision 05-D-49 du 28 juillet 2005 portant sur le marché de la location et de l'entretien de machines d'affranchissement postal, le Conseil explique comment l'obligation d'exclusivité d'achat, conjuguée à la dispersion des acheteurs, facilite l'exclusion de fournisseurs concurrents : « *Les pratiques contractuelles relevées entraînent par ailleurs des effets restrictifs en opérant un verrouillage du marché et en entravant la diffusion du progrès technologique. Ce verrouillage est une conséquence directe de la longueur des contrats qui, liée à la dispersion des clients et prospects (autour de 250 000 machines installées), rend très difficile un démarchage commercial efficace par les concurrents. Ces derniers sont, en effet, faute d'information sur l'échéance des contrats de quatre ans, dans l'incapacité*

¹⁸⁷. Cette décision a fait l'objet de plusieurs recours, et a finalement été confirmée par l'arrêt du 14 juin 2005 de la Cour de cassation.

de diriger efficacement leur force de vente vers les entreprises dont le contrat de location vient à terme, environ 30 000 contrats nouveaux étant passés chaque année.»

Dans deux affaires relatives à des pratiques relevées sur le marché des glaces et crèmes glacées¹⁸⁸, la Commission développe une argumentation analogue, en considérant que « *le morcellement de la demande dans le “commerce traditionnel” représente un obstacle supplémentaire à l'accès au marché* ». En effet, pour entrer et se développer sur le marché des glaces et crèmes glacées consommées hors domicile, un producteur doit pouvoir avoir accès à un réseau de distribution comprenant un certain nombre d'intermédiaires-grossistes, nécessaire pour assurer la livraison des produits dans des bonnes conditions de température auprès des détaillants. Si le réseau n'est pas accessible, en raison d'exclusivités imposées par les producteurs en place, le producteur concurrent ne peut entrer que s'il développe son propre réseau de distribution, ce qui n'est profitable que s'il parvient à réunir un nombre suffisant de détaillants dans une région donnée pour amortir ses investissements initiaux. Dans les affaires concernées, la Commission a considéré que les obligations d'exclusivité imposées par les producteurs aux détaillants en contrepartie de prêts gracieux de congélateurs contribuaient à cloisonner le marché, en limitant de façon excessive la proportion de détaillants ayant la liberté de s'approvisionner auprès de producteurs concurrents. La Commission a considéré que les détaillants libres de tout engagement exclusif étaient en nombre insuffisant et trop dispersés pour qu'un producteur concurrent puisse entrer ou se développer de façon viable.

Effets cumulatifs des accords d'exclusivité

Dans son rapport annuel pour l'année 2005 (p. 247), 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 problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées* ». Le Conseil a appliqué cette approche dans l'affaire des machines à affranchir (05-D-49) : « *Ces atteintes sont d'autant plus graves que le contexte économique et juridique du marché en cause est très défavorable à la concurrence et qu'elles sont le résultat d'un ensemble significatif de contrats similaires couvrant la quasi-totalité du marché concerné et produisant un effet cumulatif.* »

Le Conseil utilise également cette grille d'analyse en contrôle des concentrations. Ainsi, dans les avis 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004 qu'il a rendus à propos de concentrations verticales dans le secteur de la distribution de la bière, il a souligné : « *Dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission européenne mentionne, parmi ces pratiques, le monomarchisme, qui consiste pour le fabricant à inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement ou principalement 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, les clauses de ce type*

¹⁸⁸. Schöller, 23 décembre 1992, Commission 93/405/CEE et Langnese-Iglo, 23 décembre 1992, Commission 93/406/CEE.

risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché ou de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative. Comme pour les autres types de restrictions verticales, si la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %, ces risques sont peu probables. Toutefois, la Commission insiste également sur le risque de verrouillage du marché découlant de l'effet cumulatif de la conclusion par plusieurs grands fournisseurs d'accords de monomarchisme avec un très grand nombre de leurs fournisseurs. Elle estime qu'un tel effet cumulatif est peu probable en dessous de 50 % de part de marché cumulée pour les cinq premiers fournisseurs. Ces critères fournissent une grille d'analyse qui peut être appliquée de façon pertinente aux risques de forclusion des fournisseurs indépendants par les brasseurs intégrés.»

Dans l'affaire 00-D-82 du 26 février 2001 relative au secteur de la glace à impulsion, le Conseil n'a pas estimé que les obligations d'achat exclusif imposées aux détaillants en échange du prêt à titre gratuit de congélateurs de la part du producteur constituaient une cause de verrouillage du marché. Le Conseil a indiqué que l'ensemble des fabricants mis en cause dans cette affaire représentait moins de 50 % du marché pertinent (la glace à impulsion) et a considéré que « *les contrats de prêts de meubles de froid mis en œuvre par ces seules entreprises n'ont pas pu avoir un effet cumulatif aboutissant à une fermeture de marché; qu'il n'est donc pas démontré que l'effet conjugué de l'exclusivité de marque combinée au prêt gratuit de congélateurs aurait eu un effet anticoncurrentiel* ». En effet, comme l'a souligné la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 juin 2002, la fluidité du marché était démontrée par le fait que chaque année, 20 % des congélateurs prêtés par un producteur étaient restitués, 27 % des détaillants étaient propriétaires de leurs meubles, et plus de la moitié des détaillants interrogés avaient déclaré avoir suffisamment d'espace pour conserver la possibilité de s'adresser à plusieurs producteurs simultanément, l'exclusivité étant liée au meuble prêté et non au magasin. Le Conseil, confirmé par la cour d'appel de Paris, a conclu qu'il n'était pas vérifié que l'effet cumulatif des contrats parallèles de prêt gratuit de congélateur en contrepartie de l'exclusivité de marque de produits qui y sont conservés avait eu un impact anticoncurrentiel en verrouillant le marché.

En revanche, dans les affaires européennes précitées¹⁸⁹, l'exclusivité d'approvisionnement imposée en contrepartie du prêt gratuit d'un réfrigérateur portait sur le magasin, et non pas seulement le meuble objet du contrat. La Commission a relevé que les entreprises incriminées possédaient chacune une part de marché supérieure à 10 % et ne satisfaisaient donc pas les conditions pour que les contrats d'exclusivité conclus avec leurs distributeurs soient qualifiés d'accords d'importance mineure¹⁹⁰. Le Tribunal de première instance a précisé que « *les réseaux des contrats d'achat exclusif mis en place par les deux principaux producteurs affectent environ [...] % du*

¹⁸⁹. Cf. note 188.

¹⁹⁰. Selon la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (JOCE 2001/C 368/07), « *on considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage* ».

marché, ce qui dépasse le degré de dépendance de 30 % considéré comme acceptable par la Commission [...] ¹⁹¹ ». Le Tribunal a démontré que chacune des deux entreprises, par les contrats d'achat exclusif qu'elle imposait, contribuait de façon significative au cloisonnement du marché. Il a ainsi confirmé les conclusions de la Commission, à savoir que les accords d'exclusivité en cause constituaient une infraction à l'article 85 § 1, devenu 81 § 1.

Enfin, dans l'affaire 04-D-67 du 1^{er} décembre 2004 relative au secteur de la distribution de terminaux et d'abonnements de téléphonie mobile, le Conseil a examiné les conditions de distribution mises en place par SFR, notamment une convention « *grossiste partenaire* » par laquelle un grossiste s'engageait à « *ce que chaque mois, au moins 90 % du nombre total des abonnements enregistrés [...] à travers ses canaux de distribution et leurs points de vente en radiotéléphonie cellulaire en France soient des lignes SFR validées par SFR* ». SFR détenant à l'époque des faits une part de marché évaluée à 36 % (en nombre d'abonnés), le contrat de distribution entre l'opérateur et les grossistes partenaires ne pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le Règlement vertical. Le Conseil s'est alors inspiré des lignes directrices sur les restrictions verticales pour analyser les effets potentiels du contrat sur la concurrence. La convention entre SFR et certains de ses grossistes pouvait présenter un risque anticoncurrentiel si elle contribuait à verrouiller l'accès des fournisseurs concurrents au marché. En l'espèce, le Conseil a considéré qu'étant donné l'importance des barrières à l'entrée sur le marché pertinent de la téléphonie mobile, le risque de verrouillage de la distribution ne pouvait être analysé que vis-à-vis des opérateurs concurrents déjà présents sur ce marché, à savoir France Télécom et Bouygues Télécom. Il a précisé que ce risque paraissait faible pour France Télécom, cet opérateur disposant d'un important réseau d'agences qui lui était exclusivement dédié, mais qu'il devait être analysé pour Bouygues Télécom dont la part de marché était limitée à 14 % du parc d'abonnés à l'époque des faits. La convention examinée était d'une durée initiale de trois ans, renouvelable par tacite reconduction pour un an et pouvant être dénoncée trois mois avant l'échéance. Elle avait été signée par six grossistes assurant environ 20 % des ventes de l'opérateur, soit 7,5 % des ventes totales sur le marché de la téléphonie mobile. Cependant, ces grossistes n'imposaient pas d'obligation d'exclusivité à tous leurs détaillants, et le Conseil a retenu que moins de 7,5 % du marché global était lié par l'obligation d'exclusivité. Tout en n'excluant pas l'existence d'un effet cumulatif de verrouillage par les pratiques similaires mises en œuvre par des réseaux parallèles, le Conseil a considéré que la convention proposée par SFR ne pouvait contribuer de manière significative à un tel effet, et, à ce titre, n'était pas susceptible de restreindre significativement l'accès à la distribution des opérateurs concurrents de SFR.

Restriction de la concurrence intramarque

Les obligations d'exclusivité ont aussi des conséquences sur l'intensité de la concurrence intramarque. Elles facilitent l'augmentation des prix aux consommateurs, en limitant leur possibilité de faire jouer la concurrence

¹⁹¹. Arrêts du Tribunal de première instance du 8 juin 1995, affaires T-7/93 et T-9/93.

entre plusieurs distributeurs de produits de même marque. Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive (appelée aussi exclusivité territoriale), un fournisseur s'engage à ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la revente sur un territoire déterminé. Dans l'affaire 05-D-32 du 25 juin 2005¹⁹², l'exclusivité territoriale concédée aux grossistes par Royal Canin était associée à une obligation d'exclusivité d'approvisionnement, à l'interdiction de procéder à des ventes actives en dehors de la région attribuée, ainsi qu'à une exclusivité de clientèle qui limitait les ventes du grossiste à la distribution spécialisée, aux vétérinaires et aux éleveurs spécialisés. Ces obligations avaient pour effets conjugués de limiter la capacité des distributeurs et détaillants à mettre plusieurs fournisseurs en concurrence, et avaient donc pour conséquence de restreindre leur opportunité de faire baisser les prix. Le Conseil conclut qu'il résulte de la conjugaison de ces obligations d'exclusivité « *que Royal Canin et ses grossistes [...] ont mis en œuvre, sur la période en cause, des accords de restriction de clientèle ayant pour objet et pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence intramarque sur les produits Royal Canin, sur le marché de gros, pratique contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce* ».

Non-exploitation de certains droits

Enfin, la vente de droits exclusifs est susceptible de laisser certains droits inexploités, entraînant une perte de surplus pour les consommateurs et pour le secteur concerné. Cette préoccupation est notamment présente dans l'avis 04-A-09 du 28 mai 2004 du Conseil et dans les décisions du 23 juillet 2003 (UEFA) et du 19 janvier 2005 (BundesLiga) de la Commission européenne lorsqu'ils examinent l'organisation centralisée de la vente des droits sportifs par les ligues professionnelles (par opposition à la vente directe par les clubs eux-mêmes). Ainsi, dans sa décision, la Commission européenne a considéré que la vente des droits commerciaux sur la Ligue des champions par l'UEFA, association européenne de clubs de football, apportait des gains d'efficience, en permettant la création d'un point de vente unique et le développement d'une image de marque. Elle a donc accordé au système centralisé le bénéfice de l'exemption au titre du paragraphe 3 de l'article 81, mais uniquement à la condition que chaque club puisse reprendre ses prérogatives sur la commercialisation de ses droits dans l'éventualité où l'UEFA échouerait à les vendre dans les conditions et le temps prévu par l'accord : « *Le maintien de la concurrence entre l'UEFA et les clubs de football pour la commercialisation de ces droits permet d'éviter que des droits sur la Ligue des champions de l'UEFA restent inexploités, alors qu'ils peuvent trouver preneur.* »

Les justifications possibles des clauses d'exclusivité et des contrats de long terme

Si des clauses d'exclusivité ou des contrats de long terme peuvent avoir des effets restrictifs, ils peuvent également être source d'efficacité et profiter

¹⁹². Cette décision a été partiellement réformée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 avril 2006, lui-même frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

ainsi à l'économie générale et aux consommateurs. En droit interne, l'article L. 420-4 du Code de commerce permet de prendre en compte les justifications apportées par les entreprises mises en cause dans des dossiers d'entente ou d'abus de position dominante. Les conditions d'application de cette disposition sont les mêmes que celles de l'article 81 § 3 du traité CE : les gains d'efficacité réalisés ou attendus résultent de la pratique considérée ; la pratique est indispensable à l'obtention de ces gains d'efficacité : il n'existe pas d'autres moyens économiquement réalisables et potentiellement moins restrictifs d'obtenir de tels gains d'efficacité ; les gains d'efficacité bénéficient aux consommateurs finals : les gains d'efficacité auxquels contribue la pratique alléguée sont au moins en partie répercutés aux consommateurs finals et compensent au moins les effets négatifs qui leur sont causés par cette pratique ; la pratique ne conduit pas à éliminer toute concurrence sur le marché et ne confère pas à l'entreprise concernée une position telle qu'on pourrait craindre pour l'intensité future de la concurrence sur le marché. Le marché doit rester contestable et les perspectives favorables à l'innovation.

La charge de la preuve de ces conditions repose sur les entreprises. Comme l'a indiqué le Conseil dans la décision 06-D-18 du 28 juin 2006 : *« Des entreprises en position dominante peuvent se défendre d'une pratique susceptible d'être considérée comme abusive en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficacité et qu'elle ne relève dès lors pas d'une stratégie d'exclusion des concurrents mais de maximisation du profit. Il incombe alors à l'entreprise qui invoque une telle défense d'en prouver la réalité et la nécessité. À cet égard, l'entreprise doit notamment apporter la preuve que le résultat invoqué dépend précisément de la pratique concernée et qu'il n'existe pas de moyen aussi efficace mais moins restrictif de concurrence d'y parvenir. »* Le Conseil examine avec soin les justifications avancées et dresse un bilan des effets des pratiques sur la concurrence.

Une première série de justifications se rapporte à la nécessité pour les entreprises d'assurer la rentabilité de leurs investissements. D'autres justifications ont trait à la réalisation de gains d'efficacité qui profitent aux parties concernées et aux consommateurs et à des raisons d'ordre technique, liées à l'organisation du processus productif.

Durée des contrats et rentabilité des investissements

La rentabilité d'un investissement dépend de la comparaison entre une dépense immédiate et un flux de revenus futurs escomptés, actualisés par un taux d'intérêt adapté (coût moyen pondéré du capital), prenant en compte le risque. Des investissements importants peuvent n'être rentables qu'à la condition que l'investisseur ait une visibilité sur une période suffisamment longue, lui permettant d'espérer un retour sur investissement dans des conditions économiquement raisonnables. Des durées contractuelles longues peuvent être un moyen d'assurer une telle visibilité. C'est notamment le cas lorsque l'investissement est spécifique à une relation commerciale particulière et que l'investisseur fait face à un risque d'opportunisme de la part de son partenaire.

Dans l'affaire 03-MC-03¹⁹³, le Conseil a examiné la durée de contrats que la société TDF avait signés avec le groupe Radio France. En particulier, TDF avait obtenu une convention lui conférant l'exclusivité de la diffusion des programmes de Radio France en ondes moyennes et ondes longues, exclusivité prorogée en 2001 jusqu'en 2018 pour la diffusion, en ondes longues uniquement, des programmes de France Inter. TDF expliquait que « *la prorogation de la convention AM jusqu'au 31 décembre 2018 pour la diffusion en ondes longues est justifiée par la mise en service du nouvel émetteur du site d'Allouis dédié exclusivement à la diffusion du programme France Inter en ondes longues qui a nécessité un investissement financier de l'ordre de trois millions d'euros et deux ans d'installation* ». En l'espèce, le Conseil a admis la nécessité pour TDF, qui avait investi dans des équipements spécifiques à la diffusion de France Inter en ondes longues, de s'assurer que Radio France s'engage pour une durée lui permettant d'amortir ces investissements.

En revanche, dans l'affaire 07-MC-02 relative à des pratiques observées sur le marché de la diffusion hertzienne des programmes télévisuels en mode analogique, le Conseil n'a pas considéré que les arguments avancés par TDF expliquaient la durée de cinq à sept ans des contrats d'exclusivité qu'elle avait signés avec ses clients. En l'occurrence, TDF justifiait la durée des contrats par la nécessité d'amortir ses investissements. Mais dans ses observations, le CSA, régulateur sectoriel, a indiqué qu'à l'époque des faits, les investissements étaient déjà amortis depuis longtemps, et ne supposaient pas de provisions pour renouvellement du parc puisque la diffusion par mode analogique était en voie de disparaître. Le Conseil a donc estimé que « *la durée des contrats conclus par TDF ne peut être justifiée [...] par des arguments d'efficience tenant à la nécessité d'amortir les infrastructures* ».

Dans la décision 06-D-06 relative à Gîtes de France, le Conseil a indiqué : « *Une durée minimale d'adhésion pourrait être justifiée par l'existence de coûts d'entrée élevés qu'aurait à supporter toute entreprise souhaitant offrir ce type de services aux propriétaires, coûts qui ne seraient engagés que si l'entrant est assuré qu'une durée d'adhésion minimale des propriétaires lui permettra de les amortir.* » En l'espèce, le Conseil n'a pas accepté la justification : « *Toutefois, les frais engagés par la FNGDF à l'occasion de la labellisation d'un nouveau gîte sont limités (de l'ordre de 300 à 630 euros pour le coût d'accompagnement des projets et de 40 à 94 euros par jour pour la formation des nouveaux adhérents) et la fédération estime elle-même qu'une durée de deux années est suffisante pour amortir ces frais. Il n'est donc pas justifié que la FNGDF impose à ses adhérents une durée minimale d'adhésion et une clause d'exclusivité d'appartenance supérieure à deux ans. De plus, aucun frais n'est engagé par la FNGDF pour les logements qu'un adhérent souhaite proposer à la location sans les labelliser Gîtes de France. Les clauses des chartes de la FNGDF qui interdisent aux propriétaires de "gérer, en parallèle, à proximité, des meublés saisonniers ou toute autre formule d'accueil (chambres d'hôtes, gîtes d'étape...) non agréés Gîtes de France" ne peuvent donc être justifiées par l'existence de coûts qu'il faudrait amortir.* »

193. Cette décision a été confirmée par l'arrêt du 8 janvier 2004 de la cour d'appel de Paris.

De même, dans l'affaire 98-D-52 précitée, la société Decaux justifiait la durée des contrats par l'importance des investissements à sa charge. Le Conseil a rejeté cet argument, considérant que « *si ces justifications peuvent être admises dans certains cas, la durée de cette exclusivité cependant, ne saurait être excessive par rapport aux nécessités de l'amortissement des équipements ni empêcher toute possibilité d'accès des entreprises concurrentes aux marchés concernés* ».

Le Conseil suit la même logique dans son activité consultative, notamment lorsqu'il traite de la durée des contrats de cession de droits de retransmission d'événements sportifs (07-A-07 du 25 juillet 2007 et 07-A-15 du 9 novembre 2007). Le Conseil prend en considération la nécessité pour les entreprises qui les acquièrent de rentabiliser l'achat de ces droits : « *Accorder des droits exclusifs doit être fait pour une durée proportionnée à l'exploitation de ces droits par l'acquéreur. La durée doit être suffisante pour permettre l'amortissement du coût de l'investissement réalisé. Elle est appréciée de manière différente selon les caractéristiques du marché et la nature des droits cédés.* » De même, le Conseil rappelle aussi, à propos des droits audiovisuels exclusifs du football, que « *[s]elon la Commission, la durée de ces contrats peut constituer une restriction potentielle si elle est disproportionnée, c'est-à-dire lorsqu'elle excède ce qui est nécessaire à l'amortissement de l'investissement. En effet, une durée d'exclusivité excessive ou une exclusivité attachée au contenu et non à l'existence des droits peut entraîner un cloisonnement du marché. Toutefois, la Commission refuse de fixer une durée d'exclusivité standard; chaque accord et marché ont des caractéristiques propres qui peuvent justifier des durées plus longues* ».

La décision 2001/837/CE de la Commission du 17 septembre 2001, confirmée par l'arrêt du TPICE du 24 mai 2007, illustre par quelle justification un accord d'exclusivité territoriale peut être exonéré sur le fondement de l'article 81 § 3. Cette affaire concerne les contrats signés entre d'une part la société DSD (Duales System Deutschland – Der Grüne Punkt), entreprise exploitant un système de collecte et de valorisation des emballages de vente, et d'autre part, des entreprises de collecte locales, auxquelles DSD soustrait les activités de collecte et de tri desdits emballages. Chacun de ces contrats conférait une exclusivité territoriale, pour une durée initiale d'environ quinze ans, à l'entreprise de collecte partenaire afin qu'elle se trouve seule en charge de la création et de l'exploitation d'un système conforme (de collecte et de tri) pour une zone de collecte donnée. La Commission démontre que cette clause d'exclusivité contribue de manière importante au verrouillage des marchés en cause, mais qu'elle remplit les conditions d'exemption au titre de l'article 81 § 3, sous réserve que sa durée soit réduite. En effet, la Commission constate que l'exclusivité territoriale accordée aux entreprises de collecte et de tri permet à ses dernières de rentabiliser « *la mise en place d'une logistique de collecte et de tri qui implique des investissements considérables* ». Elle note que ce type d'exclusivité permet à ces entreprises de réaliser d'importantes économies d'échelle et de gamme, et qu'en raison de l'existence d'effets de réseau, le recours à une entreprise de collecte unique pendant la durée de validité du contrat permet de réaliser des gains d'efficacité. En revanche, la Commission a considéré que la durée initiale des contrats dépassait la durée d'amortissement économiquement raisonnable, et a imposé qu'elle soit réduite. De plus, à l'issue de

cette période initiale, la Commission souligne que « *la situation des infrastructures [...] sera telle que des liens aussi longs ne seront plus indispensables. Pour les futurs contrats de services, la Commission juge donc en principe appropriée et économiquement acceptable une durée de validité maximale de trois ans* ».

En outre, DSD prétendait restreindre l'utilisation en commun des installations de collecte, en subordonnant leur accès par des tiers à son approbation. À l'issue de la procédure avec la Commission, DSD a dû renoncer à cette prétention et prendre l'engagement de ne pas empêcher « *les entreprises de collecte de conclure avec des concurrents de DSD des contrats autorisant ces derniers à utiliser leurs [installations], et d'honorer ces contrats* ». En effet, la Commission considérait qu'une telle restriction aurait entravé l'entrée de concurrents à DSD, sans être justifiée par des gains d'efficacité, puisque DSD n'avait consenti aucun des investissements nécessaires à la mise en place du système de la collecte et du tri, et n'en supportait pas non plus les risques d'exploitation.

Le cas particulier des investissements spécifiques et du risque d'opportunisme

La théorie économique a mis en évidence le risque, pour une entreprise qui investit dans un actif spécifique à une relation avec un partenaire commercial, que ce dernier adopte un comportement opportuniste, en renégociant *ex post* les termes de l'échange, et la prive ainsi d'une partie des retours de son investissement¹⁹⁴. L'impossibilité d'anticiper dans un contrat tous les événements futurs, par exemple à cause du caractère incertain ou non vérifiable des éléments qui le caractérisent, peut offrir l'opportunité de renégociations. Dans ce cas, les pouvoirs de négociation respectifs des cocontractants dépendent de leurs opportunités extérieures. Si l'investissement est spécifique, l'investisseur, par définition, n'a pas d'opportunité alternative, la valeur de l'actif étant nulle (ou faible) en dehors de la relation. Si, au contraire, le cocontractant dispose d'opportunités extérieures qui constituent un point de menace crédible dans la négociation, il est en mesure d'imposer des nouvelles conditions commerciales qui lui sont plus favorables. Anticipant le risque d'opportunisme par son partenaire, l'entreprise renoncera à investir, ou le fera dans des proportions sous-optimales. La signature de contrats de long terme peut être utile pour limiter ce risque et restaurer les incitations à investir. Ce mécanisme est corroboré par certains travaux empiriques, qui ont mis en évidence une relation entre durée des contrats et spécificité des investissements¹⁹⁵.

Les lignes directrices précitées de la Commission européenne sur les relations verticales précisent les conditions devant être remplies pour que le risque d'opportunisme soit avéré : l'investissement doit être spécifique à la relation contractuelle (la valeur de l'actif doit être substantiellement plus faible en dehors de la relation considérée) ; l'investissement doit être de long terme, et nécessiter un laps de temps suffisamment long pour être rentabilisé ; l'investissement doit être asymétrique, l'une des parties investissant plus que l'autre.

En pratique, le risque d'opportunisme peut être évité par une allocation appropriée des droits de propriété et de contrôle sur les actifs, ce qui pourrait expliquer qu'il est rarement avancé devant le Conseil pour justifier des restrictions verticales. Une telle justification nécessiterait d'établir la spécificité de l'actif en cause et de préciser les risques d'opportunisme qui en découleraient.

¹⁹⁴. O. E. Williamson, « Transaction-Cost Economics : The Governance of Contractual Relations », *Journal of Law and Economics*, vol. 22, 1979 ; O. Hart, Firm, "Contract and Financial Structure", Oxford University Press, 1995.

¹⁹⁵. P. L. Joskow, « Contractual Duration and Relation-Specific Investments : Empirical Evidence from Coal Markets », *American Economic Review*, vol. 77 (1), 1987.

Autres justifications des accords d'exclusivité

On a vu que les incitations à investir sont affectées par le risque d'opportunisme du partenaire qui n'investit pas. Pour s'en prémunir, l'investisseur doit avoir l'assurance d'un volume d'affaires suffisant pour rentabiliser sa dépense initiale. Mais les incitations à investir sont affectées par un autre risque, celui du parasitisme de l'investissement par des entreprises concurrentes. Dans cette circonstance particulière, des accords d'exclusivité peuvent avoir des effets bénéfiques. Ces deux mécanismes, opportunisme au sein d'une relation bilatérale, parasitisme par des opérateurs extérieurs, doivent être distingués, car ils appellent des remèdes différents.

Les lignes directrices précitées de la Commission énumèrent au paragraphe 116 d'autres motifs pouvant justifier la mise en œuvre de restrictions verticales, comme le risque de parasitisme et l'inefficacité des marchés de capitaux. D'autres justifications ont trait à la réalisation d'économies de coûts de transaction, au partage efficace du risque entre deux partenaires, ou à des raisons techniques liées au processus productif lui-même.

La protection contre le risque de parasitisme des investissements

Le risque de parasitisme survient lorsque l'investissement réalisé par une entreprise peut être valorisé par le partenaire dans une transaction avec une tierce partie, autrement dit lorsqu'il a des effets externes à la relation entre les deux partenaires. Par exemple, un investissement consenti par un fabricant pour promouvoir les ventes de son produit chez un distributeur peut stimuler également les ventes de produits concurrents. Les incitations à investir du fabricant sont alors sous-optimales. Une exclusivité d'achat peut rétablir les incitations optimales, en évitant le détournement de l'investissement au profit d'entreprises concurrentes¹⁹⁶. Ainsi, comme exposé dans les avis 04-A-07 et 04-A-08 précités, il est fréquent que les brasseurs ou les entrepositaires grossistes prennent en charge l'installation et l'entretien des équipements de tirage à pression dans les débits de boisson, qui améliorent la qualité du service et des produits distribués. En contrepartie, ils bénéficient d'une exclusivité d'approvisionnement.

L'exclusivité peut être justifiée dans la configuration symétrique où un investissement consenti par un intermédiaire (grossiste, distributeur) stimule les ventes d'un produit, au détriment de celles des produits concurrents. Sans obligation d'exclusivité d'achat, le distributeur a intérêt à disperser ses efforts commerciaux sur l'ensemble des produits qu'il vend, ce qui peut ne pas être optimal. Avec une obligation d'exclusivité, il peut concentrer ses efforts sur un produit particulier, sans craindre de réduire ses revenus sur les produits concurrents.

¹⁹⁶. I. R. Segal et M. D. Whinston, « Exclusive contracts and protection of investments », *RAND Journal of Economics*, vol. 31, n° 4, 2000. Pour une synthèse des résultats, l'ouvrage de Michael Whinston, *Lectures on Antitrust Economics*, MIT Press (2006) propose un chapitre traitant particulièrement des effets pro et anticoncurrentiels des clauses d'exclusivité incluses dans les contrats.

Dans l'affaire 04-MC-02¹⁹⁷, Orange Caraïbe a expliqué que l'exclusivité imposée aux distributeurs indépendants de produits et services Orange Caraïbe était « *la contrepartie des financements qu'elle accorde aux distributeurs pour l'installation et l'aménagement des boutiques* ». L'opérateur a déclaré « *avoir investi plusieurs centaines de milliers d'euros pour installer chez ses distributeurs des aménagements et des supports commerciaux mettant en valeur les services de Orange Caraïbe* ». Le Conseil a cependant souligné que l'opérateur n'avait réalisé d'investissements que pour une faible proportion des distributeurs concernés, et a considéré que l'ampleur et la spécificité de ces investissements étaient trop faibles pour compenser les effets de verrouillage du marché induits par les exclusivités.

Le problème du parasitisme s'applique également à des engagements financiers, tels que les prêts que certaines entreprises accordent à leurs partenaires commerciaux. En raison de l'imperfection de l'information des organismes de financement sur la solvabilité d'un emprunteur potentiel, ce dernier peut se voir offrir un emprunt à des conditions peu favorables. En revanche, un de ses partenaires commerciaux peut être mieux informé, et capable de proposer des modalités de prêt plus avantageuses, en imposant en contrepartie une obligation d'exclusivité ou de quotas. L'exclusivité contribue dans ce cas à corriger des « *imperfections du marché des capitaux* ». Par exemple, l'asymétrie d'information entre les banques et les débits de boisson est l'une des motivations reconnues des « *contrats de bière* », examinés dans les avis 04-A-07 et 04-A-08 précités. Les débits de boissons acceptent l'exclusivité d'approvisionnement en produits du brasseur ou de l'entrepôt pourvoyeur de fonds, en contrepartie de financements leur permettant de rénover leurs installations.

Dans l'affaire 07-D-08 précitée, les cimentiers Lafarge et Vicat avaient financé à hauteur de 15 millions de francs l'aménagement des infrastructures de stockage et d'ensachage de ciment situées sur le port de Bastia. Le Conseil n'a pas contesté que « *des installations cimentières modernisées à Bastia puissent constituer un progrès économique grâce à l'efficacité plus grande qu'elles apportent à la manutention du ciment* ». Toutefois, une convention signée entre les cimentiers et le GIE des négociants de Haute-Corse, qui organisait la subdélégation de l'exploitation de ces installations au GIE, prévoyait que ce dernier s'engageait à ce que ses membres s'approvisionnent exclusivement en ciment Lafarge et Vicat. Si le risque de parasitisme de l'investissement par des concurrents de Lafarge et Vicat pouvait nécessiter des obligations imposant aux négociants de ne stocker dans les silos concernés que les produits de ces cimentiers, le Conseil a relevé que l'exclusivité d'approvisionnement s'étendait en réalité à tout achat de produits qu'un membre du GIE envisageait de réaliser depuis un autre site, dès lors que ces produits appartenaient à une gamme que les cimentiers vendaient ou avaient vendue sur le site de Bastia. Le Conseil a donc considéré que l'exclusivité était plus étendue que ce qui aurait été nécessaire pour protéger l'investissement contre le parasitisme par des cimentiers concurrents :

¹⁹⁷. L'arrêt du 28 janvier 2005 de la cour d'appel de Paris confirme sur le fond la décision du Conseil.

« Parce qu'elle impose l'usage exclusif des marques Lafarge ou Vicat, même en dehors des silos de Bastia, la pratique découlant de la convention n'est pas nécessaire à l'obtention du progrès économique supposé fourni par ces silos. » Le Conseil en a déduit que l'entente par le moyen de la convention de subdélégation ne pouvait pas être exemptée au titre des articles L. 420-4 du Code de commerce ou 81 § 3 du traité CE.

Partage efficace du risque

Une obligation d'exclusivité ou un contrat de long terme peuvent trouver leur justification dans l'assurance qu'ils procurent aux cocontractants. Certains marchés sont soumis à une volatilité imprévisible des prix et des niveaux de production, qui crée pour les entreprises une forte incertitude quant à leur rentabilité future. Un engagement contractuel sur un niveau prédéfini de prix et/ou de quantité peut permettre aux parties de se couvrir, totalement ou partiellement, contre les aléas et, ainsi, de limiter les conséquences de cette incertitude.

Dans l'affaire 07-MC-01 précitée, le Conseil, qui examinait des contrats de fourniture d'électricité par EDF, a admis qu'un acheteur et un fournisseur d'électricité peuvent avoir un intérêt commun à s'engager sur un volume d'achat et un prix ferme pour la durée du contrat. En effet, *« du côté de la demande, certains consommateurs craignent la volatilité : ils privilégient la prévisibilité de leurs coûts et recherchent un prix de l'électricité fixé et ferme pour la durée du contrat, pour couvrir tout ou partie de leur besoin. [...] Du côté de l'offre, le fournisseur doit disposer de prévisions quant à ses volumes de vente, afin d'optimiser l'emploi de ses moyens de production, lorsqu'il en détient, ou d'acheter à terme les quantités qu'il s'est engagé à fournir, afin d'éviter d'être obligé d'acheter ou de vendre de l'électricité sur le marché spot, aux prix par nature éminemment variables »*. Un contrat d'exclusivité, totale ou partielle, prévoyant pour une certaine durée des niveaux de prix et de quantité, assure l'acheteur contre une variabilité trop importante de sa facture énergétique, et permet au fournisseur d'optimiser ses moyens d'approvisionnement.

Lorsqu'il ne possède pas de capacités de production en propre, le fournisseur doit recourir aux marchés *spot* ou à terme. L'anticipation des profils de consommation de ses clients est alors un élément crucial de son efficacité. Cette anticipation peut être facilitée lorsqu'elle porte sur une proportion substantielle des besoins des clients et sur une période suffisamment longue. Le Conseil a relevé que ce raisonnement est moins pertinent dans le cas d'un fournisseur qui dispose de moyens de production d'électricité et qui ne dépend donc pas exclusivement du marché pour se couvrir contre les aléas de demande. Il a toutefois noté qu'une meilleure prévision de ses livraisons peut permettre à un tel fournisseur d'optimiser l'utilisation de ses capacités de production. Dans l'affaire 07-MC-01, le Conseil a conclu que *« seule une instruction au fond de l'affaire est de nature à déterminer si l'équilibre des contrats proposés par EDF permet de rétrocéder au client une juste part de l'avantage économique découlant, pour le fournisseur, de l'exclusivité totale ou partielle obtenue »*.

Raisons techniques et économies de coûts

Dans l'affaire 02-D-33, la société SOGEC a justifié d'une raison technique l'introduction d'une clause d'exclusivité avec ses clients (les fournisseurs de produits de grande distribution) pour le traitement de leurs coupons promotionnels. Elle a expliqué qu'il était techniquement plus efficace qu'une seule entreprise gère toutes les opérations relatives aux coupons : la collecte, le tri et le remboursement des coupons, ainsi que l'analyse des données. Le Conseil a cependant considéré que cet argument ne suffisait pas à justifier les clauses d'exclusivité qui avaient en l'occurrence conduit la société SOGEC à monopoliser le marché. Il a souligné que des entreprises concurrentes arrivaient à fonctionner sans imposer de telles exclusivités, en France comme à l'étranger, que la demande des entreprises utilisatrices pour des prestataires distincts était importante, sans qu'elles s'inquiètent de barrières techniques à cette séparation des activités de collecte, tri, facturation et remboursement, et que *« dès lors, l'exigence d'une exclusivité sur l'ensemble du traitement ne répond à aucune nécessité technique, d'autant que l'apposition de deux codes sur le coupon permet facilement la répartition d'une même opération entre plusieurs intervenants ; que de surcroît, à supposer même que l'intervention de plusieurs prestataires de services engendre des coûts supplémentaires, ce qui n'est pas démontré en l'espèce, cette circonstance ne saurait justifier les agissements d'une entreprise en position dominante qui fait obstacle à toute concurrence sur l'ensemble du marché »*.

Dans l'affaire 06-D-18 précitée, le Conseil a d'abord constaté que 80 % de l'ensemble des écrans cinématographiques (90 % des contrats) sont liés de façon exclusive avec l'une des deux sociétés de régie publicitaire (Mediavision et Circuit A/Screenvision), à la fois pour la publicité nationale et la publicité locale. Il n'a cependant pas remis en cause le principe d'une relation d'exclusivité entre les régies et les exploitants sur le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale, et n'a pas critiqué la durée des contrats concernés, citant la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 septembre 2002 : *« L'exclusivité consentie à la société Mediavision pour son activité de régie publicitaire nationale n'est pas en elle-même répréhensible, dès lors qu'elle paraît nécessaire à l'exercice de cette activité et qu'elle est conclue, comme en l'espèce, pour une durée limitée conformément à l'injonction ministérielle du 16 avril 1985 et à l'avis de la commission de la concurrence du 14 décembre 1984. »* Dans cette affaire, le débat portait donc seulement sur le couplage des deux clauses d'exclusivité, pour la publicité nationale et pour la publicité locale.

La société Mediavision a présenté certaines contraintes techniques comme justifiant le cumul des exclusivités imposées sur l'exploitation de la publicité nationale et de la publicité locale. Elle a expliqué que cette gestion conjointe des deux types de publicités lui permettait de rationaliser leur diffusion, en proposant une bande unique comprenant les annonces publicitaires dont elle peut vérifier la qualité, l'ordre de passage et la cohérence. Le Conseil n'a pas été convaincu par cette justification, considérant que le recours à deux régies publicitaires distinctes était réalisable sans contraintes majeures, un projectionniste étant en mesure de joindre les deux bandes fournies par les régies. Le Conseil a toutefois considéré qu'en l'espèce,

le couplage ne restreignait pas la concurrence, dans la mesure où il avait été observé que les exploitants de salles pouvaient sans difficultés se tourner vers une régie différente. Il a également estimé que ce couplage permettait aux exploitants de salles de cinéma de réaliser les économies de coûts de transaction. En résumé, le Conseil et la cour d'appel admettent la justification technique pour l'exclusivité sur la publicité nationale ; c'est l'absence d'effet (et la présence d'économie de coûts de transaction) qui a permis de conclure que le couplage des deux exclusivités ne contrevenait pas aux règles de concurrence.

Dans l'affaire 07-MC-01 précitée, le Conseil a pris en considération la justification apportée par EDF, qui expliquait pourquoi certains de ses clients préféreraient s'engager de façon exclusive avec elle. Conformément à la loi du 10 février 2000, un consommateur qui réserve l'exclusivité de ses besoins à un fournisseur unique est dispensé de conclure lui-même un contrat d'accès aux réseaux de transport et de distribution. En l'espèce, l'acceptation de l'exclusivité impliquait donc un gain d'efficacité pour les consommateurs, sous la forme d'une économie de coûts de transaction.

Les actions menées pour restaurer et dynamiser le jeu concurrentiel

112

Lorsqu'il constate que les marchés sont verrouillés par des contrats de long terme ou des clauses d'exclusivité, le Conseil intervient pour restaurer, sans délai, le fonctionnement normal de la concurrence. Il le fait en ordonnant des mesures conservatoires, mais aussi en acceptant et en rendant contraignants des engagements proposés par les entreprises. Dans le cadre de son activité consultative, le Conseil cherche à créer des conditions favorables à l'émergence de nouveaux acteurs et au développement d'une concurrence dynamique à long terme.

Mettre fin, sans délai, aux pratiques qui verrouillent les marchés

Dans l'affaire 04-MC-02 du 9 décembre 2004, les mesures conservatoires enjointes à Orange Caraïbe par le Conseil visaient à corriger les effets cumulés de plusieurs pratiques d'exclusivité ou d'engagements de longues durées, imposées aux opérateurs ou consommateurs situés aux différents niveaux de la chaîne de valeur des services téléphoniques mobiles. En aval, Orange Caraïbe imposait aux consommateurs de se réengager pour une durée de deux ans lorsqu'ils décidaient d'acquérir un nouveau terminal grâce à leurs points de fidélité. Cette pratique de fidélisation introduisait un « *switching cost* » artificiel, qui réduisait les incitations des consommateurs à changer d'opérateur et contribuait à rigidifier les parts de marché. En amont, Orange Caraïbe imposait la distribution exclusive de ses produits et services à de nombreux détaillants indépendants. Ce contrat de distribution exclusive était de plus assorti d'une clause de non-concurrence, précisant que le détaillant s'interdisait de commercialiser des produits et services concurrents pendant deux années après sa résiliation. À cette obligation d'exclusivité exigée des distributeurs, s'ajoutait celle imposée à l'unique

réparateur agréé de terminaux mobiles de la région des Antilles de n'accorder ses prestations qu'aux clients d'Orange Caraïbe.

Les pratiques de l'opérateur dominant avaient pour conséquence d'une part, de restreindre l'accès de son concurrent au réseau de distribution et d'autre part, d'accroître les coûts de son rival en l'empêchant d'accéder au marché connexe des services de réparation de la région. En effet, ne pouvant faire appel au seul prestataire agréé de la région, Bouygues Télécom Caraïbe était dans l'obligation d'envoyer les terminaux mobiles défectueux de ses clients en métropole, occasionnant des frais supplémentaires et des délais d'attente importants. Finalement, les pratiques constatées avaient pour effet de limiter l'intérêt des consommateurs à changer d'opérateur, le seul concurrent ayant moins de points de distribution et ne pouvant proposer le même service après-vente.

Le Conseil a considéré que l'ensemble de ces pratiques constituait « *la cause directe et certaine de l'atteinte à l'unique concurrent et, à travers lui, au secteur, à l'économie et au consommateur* », et a enjoint à Orange Caraïbe de supprimer toute obligation d'exclusivité de ses contrats avec les distributeurs et avec le réparateur agréé, ainsi que de proposer des modalités d'utilisation des points de fidélité qui ne prolongent pas l'engagement des consommateurs avec l'opérateur.

Dans l'affaire 02-MC-06, le Conseil a examiné certaines pratiques visant à limiter l'usage de droits exclusifs de retransmission d'événements sportifs. En l'espèce, RMC Info, qui ne couvre que 30 % du territoire français, avait acquis les droits exclusifs de retransmission radiophonique des matches de la coupe du monde de football 2002. Son contrat d'exclusivité avec le vendeur stipulait qu'elle devait s'assurer que leur diffusion serait étendue à tout le territoire grâce à des accords de sous-licence avec d'autres radios. Quelques jours après que RMC Info eût conclu son contrat avec le vendeur, les principales radios généralistes françaises avaient créé un GIE qui avait pour mission de négocier en exclusivité leur politique d'achat de droits sportifs. Mais une fois constitué, le GIE avait refusé de négocier un accord de sous-licence avec RMC Info, cette dernière se trouvant dans l'incapacité de négocier avec chaque membre du GIE séparément, puisque cela leur était interdit par le contrat constitutif du groupement. Le Conseil a estimé que le refus de négociation observé risquait de priver tout ou partie de l'auditoire de la retransmission des matches de la coupe du monde de football, et a enjoint au GIE, à titre conservatoire, de suspendre l'exclusivité qu'il s'était conféré à négocier les droits sportifs pour ses membres.

De même, dans l'affaire COMP/A. 39 116/B2, la Commission avait fait part à la société The Coca-Cola Company des préoccupations relatives à des pratiques sur le marché des boissons gazeuses non alcoolisées (BGNA), en particulier des obligations d'approvisionnement exclusif, certaines étant liées à l'installation chez les détaillants d'équipements tels que des réfrigérateurs et des distributeurs de boissons. La Commission avait estimé que Coca-Cola et ses filiales d'embouteillage détenaient une position dominante sur le marché des BGNA, compte tenu de ses parts de marché supérieures à 40 % dans de nombreux pays de l'espace économique européen, et étant donné les barrières que constituent les coûts irrécupérables en dépenses publicitaires nécessaires à une entrée significative sur

ce marché. Elle avait relevé plusieurs pratiques conduisant à l'exclusivité d'achat : certains contrats entre le groupe et les détaillants prévoyaient l'exclusivité de façon explicite ou tacite, d'autres convenaient d'un prêt remboursé grâce à l'achat de quantités fixées de BGNA du groupe, et d'autres encore imposaient l'exclusivité d'achat en contrepartie du prêt à titre gratuit de réfrigérateurs ou de distributeurs de boissons (type fontaine à soda). La Commission considérait que ces obligations conduisaient au verrouillage du marché et réduisaient la diversité des produits offerts chez les détaillants au détriment des consommateurs.

La décision de la Commission du 22 juin 2005 a rendu contraignants les engagements pris par Coca-Cola en réponse à ces préoccupations de concurrence. L'objectif de ces engagements était de limiter la portée et la durée de ces exclusivités, de manière à réduire leurs effets de cloisonnement du marché. En l'espèce, ces engagements ont consisté à : supprimer des contrats toute obligation d'exclusivité d'achat ou offre de remises conditionnelles conduisant le détaillant à s'approvisionner pour une grande partie de ses besoins en BGNA du groupe Coca-Cola, lorsqu'il n'y a aucune contrepartie de la part du groupe ; limiter la durée des accords d'approvisionnement en contrepartie d'un financement ou d'un prêt gratuit d'un réfrigérateur à un maximum de cinq ans (trois ans pour une fontaine à soda), en laissant la possibilité au détaillant, sans pénalité, de rembourser le prêt et de rompre ou renégocier le contrat ; en n'imposant pas de quotas d'achat de produits du groupe en contrepartie d'un financement ; en permettant aux détaillants qui ne possèdent pas de réfrigérateur libre de tout engagement avec Coca-Cola de disposer d'au moins 20 % de la capacité du réfrigérateur pour proposer des produits concurrents.

Dans sa décision du 11 octobre 2007 (COMP/B-1/37966), la Commission approuve les engagements pris par Distrigas, opérateur dominant sur le marché belge de la fourniture de gaz aux consommateurs industriels. Ses préoccupations initiales, ayant donné lieu à notification de griefs, concernaient les effets de cloisonnement du marché induits par les contrats de long terme signés par Distrigas. Plus précisément, la Commission craignait que ces contrats n'empêchent les acheteurs de changer de fournisseur et limitent ainsi les possibilités d'entrée sur le marché par des fournisseurs concurrents. En l'espèce, Distrigas détenait un portefeuille de contrats avec ses clients de durées variées, imposant à ces derniers des volumes de gaz à acquérir. Certains contrats comprenaient des clauses de reconduction tacite, d'autres ne précisait aucune date d'expiration, si bien qu'ils pouvaient être considérés comme étant de durée indéterminée. De plus, la Commission avait constaté que la plupart des acheteurs ne s'adressaient qu'à un seul fournisseur : « *With very few exceptions, customers only have one gas supplier. The market investigation suggested that only the very largest customers, with an annual consumption of over 500 GWh of gas, could in practice be supplied by more than one supplier. Customers with an annual consumption below this threshold were therefore considered to be de facto obliged to purchase all their gas from their supplier until they terminated their contract [...].* » Elle a estimé la proportion du marché en cause liée à Distrigas par les contrats en question : au 1^{er} janvier 2005, plus de 50 % des approvisionnements en gaz étaient lié contractuellement à Distrigas pour

les six mois suivants, de 35 à 45 % lui étaient lié pour une durée d'un an, de 30 à 40 % pour les 18 mois à venir, et de 20 à 30 % pour des périodes supérieures à deux ans. Dans ces circonstances, la Commission a considéré que la conjugaison des caractéristiques temporelles et quantitatives des contrats de Distrigas induisait un effet de verrouillage.

Le principal engagement proposé par Distrigas consiste en la remise sur le marché chaque année d'un volume déterminé de gaz. De plus, Distrigas s'engage à ne pas conclure des contrats avec les revendeurs de gaz d'une durée supérieure à deux ans; cette durée maximale est portée à cinq ans pour les clients industriels et les producteurs d'électricité. Ces engagements assurent qu'en moyenne, 70 % des volumes de gaz offerts par Distrigas retournent sur le marché chaque année. Ils visent à garantir que les clients de Distrigas ne lui seront pas liés pour une trop longue période et à améliorer la contestabilité du marché, en permettant aux opérateurs alternatifs de faire des offres plus fréquentes et ainsi de prendre pied plus rapidement sur le marché. La Commission a ainsi pu considérer que ces engagements étaient suffisants pour supprimer les préoccupations de concurrence qu'elle avait soulevées, et qu'il n'y avait donc plus lieu de poursuivre la procédure. Elle a souligné que la limitation de la durée des contrats prévue par les engagements ne s'applique pas pour les clients qui investissent dans de nouvelles installations de génération d'électricité d'une capacité supérieure à 10 MW. Cette exception vise à garantir à ces opérateurs la visibilité nécessaire à leur décision d'investissement, en termes de sécurité d'approvisionnement et de prévisibilité des prix futurs.

Créer les conditions de l'émergence de nouveaux acteurs

Lorsqu'il accompagne le processus de libéralisation de secteurs anciennement monopolistiques, le Conseil peut ordonner des mesures conservatoires ou utiliser la procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2 du Code de commerce afin de créer des conditions favorables à l'entrée de nouveaux concurrents. Une logique similaire prévaut en contrôle des concentrations : lorsqu'une fusion crée un acteur puissant, des engagements comportementaux peuvent permettre de restaurer ou de préserver la concurrence à long terme. D'une manière générale, on note un rapprochement des concepts et des instruments utilisés dans les domaines du contentieux et du contrôle des concentrations, s'agissant de la surveillance des comportements des acteurs puissants.

Dans sa décision 07-MC-04, le Conseil a considéré, à ce stade de la procédure, qu'EDF était susceptible d'avoir mis en œuvre une pratique de ciseau tarifaire sur les marchés de la production et de la vente d'électricité en gros, pouvant conduire à l'exclusion de concurrents efficaces sur le marché aval de la vente d'électricité aux petits professionnels. Il a enjoint à EDF de transmettre une proposition de fourniture d'électricité qui permette aux opérateurs alternatifs de concurrencer ses offres de détail sans subir de ciseau tarifaire. Dans sa décision, le Conseil a également relevé que l'entrée et le développement des opérateurs alternatifs sur le marché aval nécessitent qu'ils disposent d'une visibilité suffisante sur leurs approvisionnements à long terme en énergie de base. C'est pourquoi le Conseil a permis à EDF

de répondre à l'injonction de mesure conservatoire par un engagement d'offrir un produit à terme en énergie de base d'origine nucléaire à un prix conventionnel. *« Cette proposition devra, tout en satisfaisant les conditions énoncées à l'alinéa précédent, répondre aux orientations suivantes : (i) couvrir une durée et proposer des quantités suffisantes pour la mise en place effective d'une offre de détail viable par un opérateur aussi efficace ; (ii) proposer des conditions contractuelles non discriminatoires, applicables à tous les fournisseurs souhaitant servir les clients finals. »*

C'est ainsi qu'EDF a proposé la mise en place d'un mécanisme d'approvisionnement en électricité de base de long terme pour les fournisseurs alternatifs. Les contrats en cause sont d'une durée initiale de cinq ans et disposent d'une option de prolongation de dix ans supplémentaires. Le volume total d'électricité mis en vente permettra non seulement aux opérateurs alternatifs de répondre à la demande actuelle des clients ayant exercé leur éligibilité sur le marché libre de la fourniture d'électricité, mais leur donnera aussi la possibilité de développer leur portefeuille de clientèle. Dans sa décision 07-D-43 du 10 décembre 2007, le Conseil a vérifié que le mécanisme proposé mettait fin, pour la première année de livraison, au ciseau tarifaire constaté. Il a, de plus, considéré que la durée maximale des contrats (quinze ans) permettait aux opérateurs alternatifs de s'implanter de façon viable sur le nouveau marché libre de la fourniture d'électricité : *« Une fois ces quantités allouées, les acquéreurs bénéficieront de livraisons prévues pour 15 ans, durée qui leur conférera une visibilité longue sur les termes de leur approvisionnement en électricité de base, visibilité actuellement absente pour les produits disponibles sur le marché de gros. »* Le Conseil a précisé aussi que ces opérateurs bénéficieraient de la liberté de se désengager de ces contrats, puisqu'ils *« auront la possibilité de renoncer aux livraisons à l'issue d'une première période de cinq ans. En outre, les droits attribués lors des appels d'offres seront entièrement cessibles par leurs détenteurs à tout tiers remplissant les conditions de participation aux appels d'offres, durant toute la durée des contrats, que la cession concerne tout ou partie des quantités contractuelles »*. Dans ces conditions, le Conseil a pu accepter les engagements proposés et mettre fin à la procédure¹⁹⁸.

Ainsi, le Conseil a considéré que les programmes de cession d'énergie de base sur une longue période pouvaient être utiles pour « paver la voie » à de nouvelles entrées. Étant donné les caractéristiques particulières du marché de l'électricité (les investissements dans les moyens de production impliquant des décisions de long terme, les actifs concernés ayant une durée de vie parfois très longue), des contrats courts (d'un an) n'ont pas la même capacité à susciter des entrées durables. En effet, un acheteur pourrait remporter une enchère pour une année, mais échouer les années suivantes. L'anticipation de ce risque et le manque de visibilité à long terme sur les approvisionnements pourraient décourager l'investissement.

Dans son avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif au rapprochement¹⁹⁹ des deux bouquets français de télévision par satellite, CanalSat et TPS, le

¹⁹⁸. La décision 07-D-43 a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

¹⁹⁹. La concentration a été autorisée sous conditions par le ministre de l'Économie par une lettre en date du 30 août 2006.

Conseil a suggéré de nombreux engagements comportementaux visant à éviter que la nouvelle entité n'utilise sa puissance d'achat pour imposer des relations exclusives à ses partenaires commerciaux, éditeurs de chaînes et détenteurs de droits. Il a souligné le risque que la nouvelle entité ne verrouille l'accès aux contenus les plus attractifs, qui sont des *inputs* stratégiques pour le développement d'offres concurrentes sur les marchés de la télévision payante. Le Conseil a ainsi constaté qu'*« après la fusion, l'entité fusionnée détiendra la quasi-totalité des droits acquis pour la télévision payante sur le marché de l'acquisition de droits cinématographiques des majors américains pour les première et deuxième fenêtres d'exploitation »*. Il a accordé une attention particulière au marché émergent de la *Video-on-Demand*, dont le potentiel de croissance lui semble très important pour l'avenir du secteur. Il a relevé que *« rien n'interdit à la nouvelle entité d'imposer des exclusivités aux producteurs français et donc de créer des barrières à l'entrée pour l'accès à ces contenus »*. En résumé, le Conseil a considéré que *« du fait de [la] maîtrise quasi totale [de la nouvelle entité] des contenus les plus attractifs (notamment cinéma et sports) et des positions fortes, voire dominantes, sur les différents marchés amont, intermédiaire et aval, et de leur interaction, il existe un risque de verrouillage de l'ensemble des marchés de la télévision à accès payant »*.

Le Conseil s'est alors interrogé sur les conditions de l'émergence d'opérateurs alternatifs (par exemple les fournisseurs d'accès à internet) capables d'exercer une pression concurrentielle sur la nouvelle entité : *« La réussite d'une offre de télévision payante repose en effet sur la détention de contenus attractifs, généralement coûteux (dont les coûts sont en inflation), rares et même parfois rendus indisponibles par les exclusivités : les premiers entrants, du fait de l'importance des sommes à mobiliser pour les acquérir et de la durée d'exploitation de ces contenus (contrats pluriannuels), sont dès lors en position de s'assurer les droits des programmes les plus demandés. Cette difficulté peut être encore renforcée par les intégrations verticales entre les entreprises du secteur et les producteurs de films. »* La concurrence entre deux opérateurs intégrés s'avérant problématique dans le secteur, le Conseil s'est déclaré favorable à un modèle mixte de concurrence, dans lequel l'opérateur dominant, verticalement intégré, coexiste avec des offreurs présents à un seul niveau de la chaîne de valeur. *« Cette solution suppose que les distributeurs puissent acheter, en amont, des chaînes et des droits leurs permettant de composer des offres attractives. Les différents remèdes à la concentration doivent donc viser à la création d'un marché de gros sur lequel ces différents contenus puissent s'échanger. Ceci demande nécessairement la rupture de certaines exclusivités afin de rendre des contenus existants accessibles. »* La conception d'un tel marché de gros de chaînes demandait de trouver un équilibre entre deux préoccupations opposées : mettre des contenus attractifs à disposition des nouveaux entrants d'une part, ne pas réduire l'intérêt de la fusion d'autre part. Comme guide d'analyse, le Conseil a proposé de considérer que *« le privilège de la distribution exclusive devrait [...] se limiter aux chaînes dont la nouvelle entité assume le risque et le coût d'édition »*. Concrètement, cette approche a conduit le Conseil à recommander que la nouvelle entité s'engage à mettre à disposition, sur une base non exclusive, sept chaînes, dont la chaîne premium TPS Star et des chaînes dans les domaines du cinéma, du sport,

de l'information et de la jeunesse. La disponibilité de ces sept chaînes, ainsi que les limites de la durée des droits et les bornes posées aux exclusivités, visent à faciliter le développement de nouveaux entrants, par exemple les fournisseurs d'accès à internet. De plus, le Conseil a considéré que la diffusion de chaînes indépendantes de la nouvelle entité ne devait pas être soumise à une obligation d'exclusivité, afin que leurs propriétaires puissent les distribuer *via* d'autres opérateurs s'ils le souhaitent.

S'agissant de l'accès aux droits cinématographiques, le Conseil a suggéré de limiter à trois ans la durée des droits exclusifs relatifs aux films américains récents, et d'en proscrire le renouvellement automatique. Quant aux droits sur les films français récents, le Conseil a proposé qu'ils ne fassent pas l'objet d'exclusivité avec la nouvelle entité pour la diffusion en vidéo à la demande (VoD) et en *pay per view* (PPV). Le Conseil a également préconisé que l'entité fusionnée accorde des droits de diffusion non exclusifs pour les films de son catalogue à tout opérateur de diffusion qui en ferait la demande.

La même logique a prévalu pour les droits sportifs, pour lesquels le groupe Canal Plus a pris l'engagement suivant : « *Pour les contrats futurs portant sur des événements sportifs annuels réguliers, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans et, dans l'hypothèse où les droits seraient vendus pour une durée supérieure, offrir aux détenteurs de droits la faculté de résilier le contrat unilatéralement et sans pénalités à l'expiration d'une durée de trois ans.* » La nature de ces droits exclusifs, portant sur des événements capables d'attirer un grand nombre de téléspectateurs, nécessite qu'une grande attention soit accordée à l'impact de la durée des contrats : une durée longue induit un risque de cloisonnement du marché aval de la télévision payante, mais peut être nécessaire pour permettre aux nouveaux entrants de rentabiliser leur investissement. Le Conseil et la Commission européenne se refusent à fixer une durée d'exclusivité standard ; chaque accord et marché ont leurs caractéristiques propres, qui peuvent justifier des durées d'exclusivité différentes.

Dans ses avis 07-A-07 et 07-A-15 précités, le Conseil s'est interrogé sur l'impact concurrentiel du projet de porter de trois à quatre ans la durée maximale de ces contrats. La durée maximale de trois ans était motivée par la volonté d'éviter que ces droits ne soient monopolisés par l'acheteur pendant une trop longue période, ce qui aurait risqué d'entraîner la disparition d'opérateurs concurrents, trop longtemps privés de l'accès à des contenus jugés essentiels par leurs abonnés. En effet, dans le secteur de la télévision payante, l'opérateur se finance par les abonnements et toute perte importante d'abonnés consécutive à un échec sur le marché de l'acquisition des droits audiovisuels peut mettre en cause sa survie à moyen terme. Le Conseil a estimé que l'allongement à quatre ans permettait, en théorie, de réduire les hésitations d'un nouvel opérateur à acquérir ces droits exclusifs, en lui donnant plus de temps pour attirer suffisamment d'abonnés afin de rentabiliser son investissement. Il a, toutefois, remarqué que les opérateurs intéressés, s'ils exprimaient leur intérêt pour cet allongement, étaient aussi particulièrement désireux que le vendeur des droits procède à un découpage plus fin des lots mis en vente. Le Conseil a constaté que certains droits sportifs mettant en jeu des exclusivités (droits de l'équipe

de France de football, droits du championnat de France de rugby) sont venus de manière centralisée pour une durée de quatre ans et qu'il n'avait pas connaissance de résultats théoriques ou empiriques suggérant que des contrats exclusifs de droits sportifs d'une durée de quatre ans étaient significativement plus restrictifs que ceux d'une durée de trois ans. En conclusion, le Conseil ne s'est pas opposé à l'augmentation de la durée des droits, tout en indiquant *« que c'est essentiellement dans la constitution des lots et l'innovation dans le déroulement de l'appel d'offres que se situent les conditions d'un rééquilibrage qui permettrait à la Ligue de bénéficier d'une concurrence renforcée sur le marché de l'acquisition des droits »*. La Commission européenne, dans ses décisions précitées du 23 juillet 2003 et 19 janvier 2005, a également considéré que le partage des droits en plusieurs lots était de nature à décourager les tendances à la concentration sur le marché des médias.

La position particulière de l'opérateur dominant du secteur vis-à-vis de ce dispositif mérite attention. L'allongement de la durée des droits ne pourrait en effet s'appliquer au groupe Canal Plus, qui s'était engagé, dans le cadre de la prise de contrôle du bouquet TPS, à ne pas signer avec les détenteurs de droits sportifs des contrats de plus de trois ans (*cf. supra*). Cette situation a donné l'opportunité au Conseil de rappeler qu'il n'excluait pas qu'une régulation asymétrique de la durée des droits puisse avoir des effets proconcurrentiels : *« Au cas d'espèce, la préservation d'une concurrence à long terme sur le marché de l'acquisition des droits pourrait justifier la mise en œuvre, pour les nouveaux entrants, d'une mesure correctrice relative à la durée s'il était démontré qu'elle les inciterait concrètement à investir dans ce marché sans provoquer d'autres inconvénients dans son fonctionnement concurrentiel. »* Pour contrebalancer le pouvoir de marché d'un opérateur puissant et stimuler le jeu concurrentiel à long terme, les autorités de concurrence peuvent ainsi être amenées à remettre en cause certaines exclusivités dont bénéficie l'opérateur dominant ; elles peuvent également, de manière symétrique, permettre à des nouveaux entrants de bénéficier de l'exclusivité d'un facteur de production important, pour une période assez longue. C'est ce qu'avait admis la Commission européenne, dans une décision du 3 mars 1999, en considérant que l'exclusivité de diffusion en mode numérique de certaines chaînes généralistes françaises au profit de TPS pour une période totale de cinq ans pouvait se justifier par la prise en compte des investissements nécessaires au lancement de ce nouveau bouquet, des prévisions relatives aux pertes cumulées, de la date vraisemblable d'arrivée à l'équilibre financier et du nombre d'abonnés nécessaires pour l'atteindre. Garantir au nouvel entrant un avantage pendant une période de cinq ans était de nature à dynamiser le jeu concurrentiel dans le long terme. *« Dans une situation de marché monopolistique, le droit de la concurrence autorise la mise en place de solutions asymétriques destinées à faciliter l'entrée d'opérateurs concurrents sur un marché. Pour équilibrer les forces concurrentielles en présence, les petits opérateurs peuvent disposer de facilités plus grandes que celles qui sont laissées à l'entreprise dominante. »*

Ces exemples illustrent l'arbitrage auquel font face les autorités en charge de la régulation concurrentielle des marchés dans les secteurs, comme ceux

de l'énergie ou des médias, où un opérateur historique puissant détient des facteurs de production jugés essentiels. Des contrats de long terme, incluant le cas échéant des clauses d'exclusivité, peuvent être utiles pour garantir l'approvisionnement des opérateurs alternatifs sur une période suffisamment longue et dynamiser la concurrence dans la longue durée. De tels contrats, *a contrario*, peuvent nuire, à court terme, au processus de rivalité et à la nécessaire incertitude du jeu concurrentiel. Le Conseil de la concurrence, pas plus que la Commission européenne, n'a de position *a priori* sur la durée optimale des contrats ; il recherche le meilleur équilibre, en s'adaptant, de manière pragmatique, aux spécificités de chaque marché et aux enjeux de chaque secteur.

Conclusion

Lorsqu'une entreprise dispose d'un pouvoir de marché important, les modalités précises des engagements contractuels avec ses partenaires commerciaux, en particulier leur durée et les éventuelles clauses d'exclusivité qu'ils contiennent, peuvent avoir des effets anticoncurrentiels. Les fondements théoriques de ces effets ont été explicités par la littérature économique. En pratique, la jurisprudence récente a identifié plusieurs déterminants importants : étendue de l'exclusivité, fraction de la demande liée, enchevêtrement temporel des contrats (qui arrivent à échéance à des dates différentes), conditions de résiliation et de renouvellement, morcellement de la demande. En l'absence de position dominante, l'effet cumulatif de pratiques d'exclusivité par plusieurs entreprises est également susceptible de conduire au verrouillage des marchés, ce qui peut être appréhendé au travers du droit des ententes.

120

Le Conseil de la concurrence, comme les autorités communautaires, admet les arguments d'efficacité, étant entendu que la charge de la preuve repose sur les entreprises mises en cause. Celles-ci doivent établir le lien causal entre les pratiques et les gains allégués, et démontrer que ceux-ci ne pouvaient pas être obtenus par une méthode moins nuisible pour la concurrence. Les gains possibles concernent notamment les incitations à l'investissement, en particulier la protection contre les risques d'opportunisme et de parasitisme, mais peuvent aussi avoir trait à un partage efficace du risque, aux imperfections des marchés de capitaux, à des économies de coût de transaction ou au maintien d'une image de marque. Les pratiques ne doivent pas éliminer toute concurrence et les gains doivent profiter, au moins en partie, aux consommateurs. Les effets restrictifs de concurrence seront mis en balance avec les bénéfices escomptés, afin de décider si la pratique en cause doit être ou non proscrite.

D'une manière générale, le Conseil évalue l'impact concurrentiel des arrangements contractuels qui lui sont soumis à l'aune de leur portée, de leur pouvoir d'engagement, de leur durée effective et de leur justification technique ou économique. Il examine non seulement les clauses explicites d'exclusivité, mais aussi les pratiques qui, de par les avantages consentis par le fournisseur à l'acheteur, induisent, *de facto*, l'exclusivité ou la quasi-exclusivité d'achat. Le Conseil accorde une attention particulière aux modalités de sortie des contrats.

La régulation concurrentielle des marchés suppose de concilier des exigences de court et de long terme. Le Conseil met fin, sans délai, aux pratiques qui verrouillent les marchés, en ordonnant, si nécessaire, des mesures conservatoires. Dans une perspective de plus long terme, son action vise à créer les conditions de l'émergence de nouveaux acteurs. C'est notamment le cas dans les secteurs nouvellement libéralisés et dans les secteurs fortement concentrés. L'intervention du Conseil, dans le cadre du contentieux ou en contrôle de concentrations, vise à rééquilibrer le jeu concurrentiel, en remettant en cause certains avantages exclusifs des opérateurs historiques, et en s'assurant que les nouveaux entrants ont accès, d'une manière durable, aux ressources nécessaires à leur développement.

III Analyse de la jurisprudence

Analyse de la jurisprudence

Titre I – La jurisprudence du Conseil de la concurrence....	131

Chapitre I – Questions de compétence, de procédure et de preuve	131

Champ de compétence du Conseil de la concurrence	131

Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce	131

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions	138

Prescription	139

Application du nouveau régime de prescription de cinq ans	139

Désistement, prescription et saisine d'office	139

Décompte du délai de prescription	140

Actes interruptifs	143

Mention de faits prescrits pour éclairer des faits non prescrits	144

Déroulement de la procédure	144

Enquêtes administratives	144

Saisine du Conseil de la concurrence	147

Examen des mesures conservatoires	152

Instruction	153

Contradictoire, droits de la défense, égalité des armes, impartialité, loyauté, séparation des autorités d'instruction et de décision	164

Secret professionnel (communications entre avocats et clients)	170

Secret des affaires	172

Preuve des pratiques anticoncurrentielles	172

Principes concernant l'administration de la preuve en matière d'ententes anticoncurrentielles	172

Justification par les entreprises du comportement rationnel autonome	173

Rôle du saisissant dans la charge de la preuve	174

Imputabilité des pratiques	174

Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques	174

Imputabilité des pratiques à un GIE	176

Imputabilité de pratiques à des groupements professionnels	177
Imputabilité de pratiques à une centrale de référencement	177
Chapitre II – Les marchés pertinents	178
Le marché pertinent de produit ou de service	179
La substituabilité du point de vue des demandeurs	179
La substituabilité de l'offre	185
Le marché géographique	185
Dimension régionale ou locale	185
Dimension nationale	187
Dimension européenne ou mondiale	187
Chapitre III – Les ententes illicites	188
La forme des ententes prohibées	188
Les ententes horizontales	188
Les groupements d'entreprises	189
Les entreprises appartenant à un même groupe	190
Les ententes verticales	190
Les preuves des ententes prohibées	191
La distinction entre un simple parallélisme de comportement et une entente	191
La démonstration de l'accord de volontés constitutif d'une entente ...	191
Autonomie des entreprises	191
Ententes verticales	191
Ententes horizontales	192
Les participants aux ententes	193
La nature des participants	193
Le rôle des organisations et associations professionnelles	193
Les ententes anticoncurrentielles	195
Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics	195
Ententes et échanges d'information sur les prix et marges	201
Répartition du marché	201
Restrictions verticales	202
Chapitre IV – Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels	211
Les abus de position dominante	212
L'appréciation de la position dominante	212
Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante	218
Les abus de dépendance économique	236
La notion de dépendance économique	236
La notion d'abus de dépendance économique prohibé	237
Chapitre V – Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce	237
Les pratiques résultant d'un texte	237

Les pratiques contribuant au progrès économique	238
Chapitre VI – Les pratiques de prix abusivement bas	241
Application de l'article L. 420-5	241
Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanctions	241
L'aspect correctif : les injonctions	242
Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques	242
Injonctions de prendre certaines mesures	242
Examen du respect des injonctions	248
L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions	248
Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001	248
Motivation des sanctions pécuniaires	249
Le plafond des sanctions	261
Publication des décisions	262
Astreintes	264
Transmission au ministre de l'Économie	264
Transmission du dossier au procureur de la République	264
Introduction d'une action devant les tribunaux de commerce compétents	264
Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales	264
Chapitre VIII – Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions	264
La procédure de non-contestation des griefs	264
La non-contestation des griefs dans le secteur de la collecte et du traitement des déchets en Seine-Maritime (07-D-02) et dans le secteur de la collecte de déchets ménagers dans le département des Vosges (07-D-40)	266
La non-contestation dans le secteur de la location-entretien du linge (07-D-21)	267
La non-contestation des griefs dans le secteur de la fourniture de câbles à haute tension (07-D-26)	268
La non-contestation des griefs dans le secteur de l'accès à internet à haut débit (07-D-33)	269
La non-contestation des griefs dans le secteur du déménagement national et international (07-D-48)	271
La procédure de clémence	271
La procédure d'engagements	274
Les engagements dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (07-D-07)	275
Les engagements dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma (07-D-17)	277

Les engagements dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques (07-D-22 ; 07-D-45 et 07-D-46)	278
Les engagements dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique (07-D-30)	280
Les engagements dans le secteur de l'entretien et de la réparation automobile (07-D-31)	281
Les engagements dans le secteur de la distribution de la presse au numéro (07-D-32)	282
Les engagements sur le marché de la fourniture d'électricité (07-D-43)	283
Chapitre IX – Les avis rendus en matière de concentration	285
La contrôlabilité de l'opération	286
Notion de contrôle conjoint	287
La définition des marchés pertinents	288
Acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar (07-A-06)	288
Prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel (07-A-09) .	288
Rapprochement des activités de la CCIP et de la société Unibail Holding SA (07-A-10)	288
Les effets des opérations	289
Acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar (07-A-06)	289
Prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel (07-A-09) .	290
Rapprochement des activités de la CCIP et de la société Unibail Holding SA (07-A-10)	291
Les suites données aux avis	293
 Titre II – Jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation.....	294
Chapitre I – Jurisprudence de la cour d'appel de Paris	294
Sur la procédure	294
Sur l'étendue du champ de la saisine du Conseil	294
Sur la procédure suivie devant le Conseil	295
Sur la prescription	306
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel	308
Sur le fond	313
Sur la définition du marché pertinent	313
Sur les ententes horizontales	314
Sur les ententes verticales	318
Sur les pratiques d'abus de position dominante	325
Sur l'imputabilité des pratiques	328
Sur l'application du droit communautaire.....	329

Sur les mesures conservatoires	329
Sur les sanctions	333
Sur la gravité des pratiques	333
Sur le dommage à l'économie	336
Sur la situation des entreprises.....	339
Sur l'individualisation de la sanction	339
Sur la proportionnalité de la sanction	340
Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure	340
Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération.....	340
Sur l'absence de discrimination entre les sanctions prononcées dans une même affaire.....	341
Sur la demande du commissaire du Gouvernement	341
 Chapitre II – Jurisprudence de la Cour de cassation	 342
Sur la procédure	342
L'étendue des opérations de visite et de saisie	342
La compétence d'attribution du Conseil	342
La prescription	344
Le défaut de publicité des séances du Conseil de la concurrence	346
La présomption d'innocence et le secret de l'instruction	346
La violation du secret du délibéré	346
L'absence de signature de la notification de griefs	346
La précision des griefs.....	347
Le principe du contradictoire et les droits de la défense	347
L'impartialité du Conseil (participation de membres de la formation de décision au délibéré, dans la même affaire, d'une décision sur le non-respect d'injonctions).....	349
La durée de la procédure / Le délai raisonnable	349
Les observations écrites présentées par le Conseil de la concurrence devant la cour d'appel.....	350
L'égalité des armes devant la cour d'appel	350
La possibilité pour la cour d'appel de se fonder sur des éléments postérieurs à la décision du Conseil	350
L'impartialité de la cour d'appel (participation d'un magistrat au jugement sur un pourvoi concernant la validité des opérations de visite et de saisie).....	350
Sur le fond	351
Le marché pertinent.....	351
L'entente anticoncurrentielle	351
L'abus de position dominante	355
La dépendance économique	358
L'affectation du commerce intracommunautaire	358
Les mesures conservatoires.....	359
La détermination des sanctions.....	360

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 2007 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

I Questions de compétence, de procédure et de preuve

131

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* ».

Secteurs régulés

Le Conseil a rappelé, dans sa décision **07-MC-02**, que l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence d'un secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du Code de commerce. En l'espèce, TDF estimait que l'appréciation de la conformité de contrats conclus avec France Télévisions avec la loi du 9 juillet 2004, transposant en droit français la directive européenne qui a procédé à l'ouverture à la concurrence de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique, relevait de la compétence exclusive de l'ARCEP, le régulateur sectoriel des communications électroniques, dès lors qu'il s'agissait de contrats en cours d'exécution à la date

de promulgation de la loi. TDF faisait valoir que les dispositions du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) autorisait l'ARCEP à réviser les contrats en cours d'exécution à la date de promulgation de la loi précitée conclus en particulier par les chaînes de télévisions publiques. Le Conseil a estimé, toutefois, que le fait que l'ARCEP dispose d'un pouvoir de révision des contrats conclus par les entreprises de radiodiffusion publiques ne le privait pas de la compétence de qualifier ces mêmes contrats au regard des règles de concurrence résultant des dispositions du livre IV du Code de commerce.

Les articles 81 CE et L. 420-1 du Code de commerce ne s'appliquent pas aux pouvoirs publics lorsqu'ils exercent leurs prérogatives de puissance publique¹ pour assurer la régulation des marchés. Comme il a été rappelé dans la décision **07-D-10**, il appartient néanmoins au Conseil d'apprécier si le contexte normatif et les décisions prises par les pouvoirs publics peuvent conduire à estimer que les décisions en cause échappent au champ d'application de ces articles ou peuvent, le cas échéant, en relever, dans la mesure où l'article 81 du traité CE vise des comportements d'opérateurs économiques et où l'article L. 420-1 du Code de commerce s'applique, en vertu de l'article L. 410-1 du même code, aux activités de production, de distribution et de services.

En droit communautaire de la concurrence, le traité CE impose aux États membres de ne pas prendre de mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises (CJCE, arrêts BNIC/Clair 30 janvier 1985, BNIC/Aubert 3 décembre 1987, Van Eycke/Aspa 21 septembre 1988). Tel est le cas lorsqu'un État membre impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE ou renforce les effets de telles ententes, ou retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique. Toutefois, les pouvoirs publics n'imposent ni ne favorisent la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 TCE et ne délèguent pas leurs compétences d'intervention en matière économique s'ils consultent les professionnels intéressés avant d'arrêter une réglementation économique ou s'ils chargent un organisme professionnel ou interprofessionnel de déterminer en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes une telle réglementation en conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet.

Dans l'hypothèse où, en violation du traité CE, un État membre impose à des entreprises d'adopter des comportements contraires à l'article 81, ces entreprises ne peuvent être sanctionnées. Il convient donc d'apprécier si les entreprises en cause ont conservé ou non une autonomie de comportement (CJCE 11 novembre 1997, Commission et France/Ladbroke Racing, C-359/95P et C-379/95P, Rec. p. I-6265). Mais, la Cour de justice impose aux autorités nationales de concurrence chargées d'appliquer l'article 81 TCE de ne pas se contenter de prendre acte d'un tel comportement étatique. Dans l'arrêt du 9 septembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*

1. En application de la jurisprudence « *Aéroports de Paris* » du Tribunal des conflits (18 octobre 1999).

(CIF) et Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, (C-198/01, Rec. p. I-8055), la Cour a jugé que « [...] *en présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix et la répartition du marché, une autorité nationale de la concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 CE : a l'obligation de laisser inappliquée cette législation nationale; ne peut infliger de sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsque ceux-ci ont été imposés par cette législation nationale; peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour leurs comportements ultérieurs à la décision de laisser inappliquée cette législation nationale, une fois que cette décision est devenue définitive à leur égard; peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsqu'ils ont été simplement facilités ou encouragés par cette législation nationale, tout en tenant dûment compte des spécificités du cadre normatif dans lequel les entreprises ont agi* ».

En droit national de la concurrence, le I de l'article L. 420-4 du Code de commerce dispose que « *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 une même enseigne, les volumes et la qualité de la 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 ». En raison de la primauté du droit communautaire, un accord ne peut pas échapper à l'interdiction édictée à l'article 81 CE, au motif qu'il serait autorisé sur le fondement du droit national.

Dans la décision **07-D-10**, le Conseil était saisi par le Comité interprofessionnel du gruyère de Comté (CIGC) et les pratiques en cause s'inscrivaient dans le cadre de la mise en œuvre par ce comité d'un pouvoir d'initiative en matière réglementaire reconnu par le droit national et par le droit communautaire. Le CIGC agissait dans le cadre d'une demande de modification de la réglementation applicable à l'AOC « *Comté* » effectuée en sa qualité de syndicat de défense de l'appellation. Une restriction de concurrence sensible concernant la production du comté étant susceptible d'affecter les échanges entre États membres, compte tenu de la commercialisation du produit dans toute la Communauté, l'article 81 TCE était donc susceptible de s'appliquer (dans le même sens, voir décision 06-D-21 concernant la commercialisation de cognac).

Le Conseil s'est reconnu compétent pour connaître des pratiques en cause, car s'il ne peut apprécier la légalité d'une décision administrative traduisant l'exercice de prérogatives de puissance publique, et notamment vérifier la régularité des actes ou des procédures préparatoires à l'adoption de cette décision, il peut examiner si, à l'occasion des discussions entre professionnels lors de la préparation du texte, les entreprises membres du comité interprofessionnel avaient, par le moyen d'une entente prohibée par les articles 81 CE et L. 420-1 du Code de commerce, poursuivi un plan anticoncurrentiel destiné, par exemple, à évincer du marché tel ou tel type de producteur concurrent. Une telle entente entre entreprises doit en effet pouvoir être appréciée – et éventuellement sanctionnée – indépendamment de l'examen par le juge administratif de la légalité du texte qui sera éventuellement pris par les pouvoirs publics à l'issue de la consultation des professionnels concernés.

Appel d'offres pour le renouvellement d'une délégation de service public

Le Conseil a également retenu sa compétence pour examiner, dans sa décision **07-D-13**, des demandes de mesures conservatoires présentées par la société Corsica Ferries, concernant le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent. La Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) et la Compagnie méridionale de navigation (CMN), mises en cause, soulevaient l'incompétence du Conseil pour statuer sur les pratiques alléguées d'entente et d'abus de position dominante, qui auraient été mises en œuvre à l'occasion de l'appel d'offres pour le renouvellement de la délégation de service public de la desserte maritime de la Corse à partir de Marseille.

Elles soutenaient, en premier lieu, que ces pratiques, relatives au dépôt de l'offre et à sa négociation, étaient indissociables de la procédure de délégation de service public elle-même, dont la légalité ne pouvait être appréciée que par la juridiction administrative. Selon elles, le Conseil ne pouvait examiner la constitution d'un groupement et l'offre qu'il avait déposée en réponse à un règlement de consultation, puisqu'il se trouvait, du fait du déroulement de la procédure organisée par le Code général des collectivités territoriales, au cœur du processus de négociation dirigé par la personne publique.

Il était soutenu, en second lieu, que le Conseil n'était pas compétent pour statuer sur des griefs dirigés contre le mode d'organisation du service public et contre l'éventuelle exclusivité de fait qu'il ferait naître au profit du ou des attributaires de la délégation de service public concernée. Mais, le Conseil a estimé que la légalité des actes de la collectivité territoriale n'était pas en cause, puisque la saisissante dénonçait seulement les comportements de la SNCM et de la CMN qui avaient déposé des offres en réponse à la consultation organisée par la collectivité. Or, il est de jurisprudence constante (cf. 06-MC-03), que de tels actes de « service » au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce – qui sont détachables de ceux par lesquels la collectivité publique fixe le mode d'attribution de la délégation et choisit le délégataire – peuvent être qualifiés au regard du droit des ententes et des abus de position dominante. La question de savoir si les mesures conservatoires sollicitées auraient empiété sur les prérogatives dont disposait la collectivité territoriale de Corse a été examinée lors de la discussion sur l'utilité et le bien-fondé de ces mesures.

Au terme de sa décision, le Conseil a décidé de rejeter la demande de mesures conservatoires ainsi que la saisine au fond dénonçant le caractère anti-concurrentiel du groupement momentané constitué entre la SNCM et la CMN, comme dépourvue d'éléments suffisamment probants. En revanche, il a ordonné la poursuite de l'instruction au fond, s'agissant des pratiques alléguées d'abus d'exploitation d'une position dominante. La demande de mesures conservatoires tendant à ce qu'il soit enjoint à la SNCM et la CMN de ramener leur demande de subvention au montant correspondant à l'offre déposée par la SNCM, après négociation, dans le cadre de la procédure de renouvellement annulée par le Conseil d'État, a été rejetée également, le Conseil considérant, notamment, qu'elle allait manifestement au-delà de ce que commanderait la prévention, en urgence, d'un éventuel abus d'exploitation : le Conseil qui n'est, en effet, ni l'arbitre, ni *a fortiori* le « *faiseur* » des prix, ne peut – sans empiéter sur les prérogatives de l'assemblée de Corse ni limiter à l'excès la liberté des acteurs économiques – décider lui-même de ce que devrait être la valeur du service, objet de l'appel d'offres.

Tarifications

Dans la décision **07-D-14**, le Conseil a retenu sa compétence pour examiner des pratiques mises en œuvre par la société concessionnaire des remontées mécaniques de la station de Pra-Loup. Le contrat de concession prévoyait que les tarifs des remontées mécaniques étaient fixés par le syndicat mixte d'aménagement de Pra-Loup (SMAP) sur proposition d'une société d'économie mixte Ubaye Développement, après avis de l'opérateur. Depuis que la société concessionnaire avait racheté la SEM, elle proposait directement ses tarifs à l'approbation du syndicat. Selon une jurisprudence bien établie, si l'homologation, par une personne publique, constitue une décision administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative, elle n'a pas pour effet de conférer aux décisions prises par une personne de droit privé, dans ses relations avec ses clients dans un secteur concurrentiel, le caractère d'acte administratif (cf. 98-MC-03 et 04-D-22 pour l'homologation ministérielle de l'offre tarifaire de France Télécom et Conseil d'État, 18 juin 1954, *Sieur Basgeix*). En l'espèce, c'était la société concessionnaire qui élaborait la politique tarifaire pour l'accès aux remontées mécaniques. Cette politique pouvait faire l'objet de négociations, d'une part, entre l'exploitant et les différents acteurs de la station, d'autre part, entre l'exploitant et l'autorité délégante. C'était encore la société mise en cause qui décidait quels tarifs seraient appliqués aux professionnels, en signant avec eux des contrats de coopération commerciale. Par conséquent, même si la délibération du SMAP approuvant les tarifs proposés par la société avait bien le caractère d'un acte administratif, cette homologation par le syndicat n'avait pas pour effet d'ôter la qualification d'« *actes de production, de distribution ou de services* » aux décisions prises par le concessionnaire dans ses relations avec les différents professionnels qui travaillaient dans la station.

Il ne suffit pas qu'un tarif soit prévu dans un contrat administratif pour que le Conseil ne puisse en connaître. C'est ainsi que dans la décision **07-D-28**, le Conseil s'est reconnu compétent, sur le fondement de la jurisprudence

du Tribunal des conflits (18 octobre 1999, Aéroports de Paris²), de la Cour de cassation (16 mai 2000, SEMMARIS³) et de sa propre pratique décisionnelle⁴ pour qualifier, au regard des règles de concurrence, les tarifs « conventionnels » ou négociés avec la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre (CIPHA), pour l'utilisation de l'outillage de manutention géré par le port autonome du Havre. En l'occurrence, si l'existence du tarif en question était prévue dans une annexe à la convention de concession d'outillage public de stockage et de rechargement de pondéreux à laquelle la CIPHA était partie, ce tarif ne portait pas sur les prestations objet de la concession et ne concernait pas le niveau des redevances d'occupation du domaine public dues pour l'exercice de l'activité concédée. De plus, ce tarif faisait l'objet d'une négociation entre le port autonome du Havre et la CIPHA qui se concluait par la signature d'une convention. Dans ces conditions, la détermination du tarif ne révélait pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique. L'appréciation du point de savoir si l'application de ce tarif revêtait, par son caractère discriminatoire, la qualification d'abus de position dominante était détachable de celle consistant à juger de la légalité du contrat de concession.

Dans la même décision, le Conseil a retenu également sa compétence pour examiner les pratiques liées à la détermination et à l'application des tarifs des outillages publics de stockage et de rechargement concédés à la CIPHA. En l'occurrence, les pratiques reprochées à la CIPHA, en ce qui concernait la tarification de l'utilisation de l'outillage public concédé, résultaient bien de décisions autonomes de sa part, même si les tarifs en question faisaient, le cas échéant, l'objet d'une décision d'homologation.

Formation professionnelle

Dans la décision **07-D-27**, le Conseil s'est reconnu compétent pour connaître des pratiques mises en œuvre par un groupement d'entreprises comprenant des opérateurs publics et privés intervenant sur le marché de la formation professionnelle, auquel ni pouvoir de décision, ni aucune prérogative de puissance publique n'avait été confié. Il en a été de même pour une association régionale regroupant, entre autres, des responsables d'entreprises et des représentants des syndicats de salariés et du patronat, et des différents partenaires de la formation professionnelle. Ainsi composée de représentants d'entreprises au sens du droit de la concurrence, dont certains exerçaient leur activité sur le marché de la formation professionnelle, cette association n'avait pas non plus été dotée d'un pouvoir de décision par la région, qui ne lui avait confié aucune prérogative de puissance publique : à côté de ses missions de conseil et de diagnostic, elle

2. « Si, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de service, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen des prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques. »

3. Les actes de gestion du domaine public et, notamment, la fixation des redevances afférentes à l'occupation du domaine public, échappent également à la compétence du Conseil de la concurrence.

4. Décision 01-D-78 et avis 05-A-15.

était seulement chargée de valider les parcours de formation une fois que l'organisme avait été choisi par le stagiaire.

Décisions d'instances ordinales

Dans la décision **07-D-41**, le Conseil a retenu sa compétence pour examiner des pratiques mises en œuvre par un conseil départemental de l'Ordre à l'occasion de marchés publics hospitaliers pour des prestations d'examen anatomo-cyto-pathologiques (ACP). L'activité professionnelle de soins médicaux constitue, en effet, une activité de services soumise aux règles de concurrence (cf. 91-D-43 confirmée par la cour d'appel de Paris). En diffusant un document indiquant aux médecins spécialistes l'interdiction de pratiquer des remises lors de leur réponse aux appels d'offres des hôpitaux, l'instance ordinale était intervenue dans une activité de services et était sortie de sa mission de service public.

En revanche, le Conseil ne peut connaître de la légalité de décisions prises dans le cadre du pouvoir disciplinaire du Conseil de l'Ordre qui est l'une de ses prérogatives pour assurer sa mission de service public. La mise en œuvre d'une action disciplinaire par une instance professionnelle n'est pas susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle lorsqu'elle n'est pas exercée dans le cadre d'une action plus large à visée anticoncurrentielle. Ainsi, en invitant, le cas échéant, les conseils départementaux à saisir l'instance ordinaire disciplinaire, le Conseil national de l'Ordre n'avait conforté aucune action en elle-même anticoncurrentielle. En revanche, le Conseil a considéré qu'en l'espèce, l'action disciplinaire avait néanmoins renforcé les effets des consignes diffusées et de l'action du syndicat national. Elle apparaissait, dans ces conditions, comme une composante des pratiques anticoncurrentielles. Rien n'obligeait, en effet, le conseil départemental de l'Ordre à s'associer aux plaintes portées devant lui et qu'il transmettait, avec avis motivé, au Conseil régional du syndicat national, ce qu'il avait pourtant fait, en l'espèce.

Appel d'offres lancé dans le cadre d'un marché public

Dans la décision **07-D-49**, le Conseil a rappelé que si seul le juge administratif peut apprécier la légalité d'un appel d'offres lancé dans le cadre d'un marché public ou le bien-fondé d'une demande en réparation du préjudice né de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par une personne publique préalablement sanctionnée par le Conseil de la concurrence, il est en revanche compétent pour apprécier, au regard des règles du droit de la concurrence, les pratiques mises en œuvre par des entreprises ayant pour objet et pour effet de faire échouer une procédure d'appel d'offres, indépendamment de la présence alléguée d'irrégularités entachant cette procédure (en ce sens, cour d'appel de Paris, 2 juillet 2003, Régie départementale de transport de l'Ain ; 30 mars 2004 Semiacs, 02-D-23). Le Conseil de la concurrence n'est donc pas tenu de surseoir à statuer ou de renvoyer les parties devant la juridiction administrative pour apprécier, dans le cadre d'une question préjudicielle, la validité de l'appel d'offres, avant de se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel du comportement des entreprises en cause.

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits (18 octobre 1999, préfet de la région Île-de-France c/TAT European Airlines) et la Cour de cassation (6 février 2007, société Les Oliviers), si le Conseil de la concurrence, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, peut sanctionner les personnes publiques, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative. S'agissant de la fixation de tarifs publics, le Conseil est incompétent pour en connaître si la fixation de tarifs, perçus pour rémunérer une mission de service public, révèle l'exercice de prérogatives de puissance publique, caractérisées par la fixation unilatérale de ces tarifs sans négociation possible et par la possibilité, pour l'administration, de les modifier à tout moment (cf. 01-D-78, 05-A-15) (**décision 07-D-27**).

De même, le refus de l'État de se soumettre à la procédure de mise en concurrence prévue par le Code des marchés publics constitue une décision par laquelle l'État assure la mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique : le Conseil de la concurrence n'est donc pas compétent pour connaître de cette décision de refus (cf. 02-D-18) (**idem**).

138

En outre, l'appréciation de la façon dont les personnes publiques organisent leur appel d'offres ne relève pas de la compétence du Conseil, pas plus que la décision d'attribuer le marché à tel ou tel organisme (03-D-56 et 05-D-23) (**idem**).

Ayant rappelé cette jurisprudence, le Conseil, dans sa décision **07-D-27**, a estimé qu'il n'était pas compétent pour connaître de la légalité de diverses décisions prises par la région Picardie dans le cadre de l'organisation du service public de la formation professionnelle au moyen de ses prérogatives de puissance publique. En effet, la formation professionnelle a été qualifiée de service public tant par la jurisprudence du Conseil d'État que du Tribunal des conflits. La région s'est vue transférer la compétence en matière de formation professionnelle des adultes puis des jeunes par les lois de décentralisation. Le dispositif mis en place par la région Picardie mettait directement en cause l'organisation et le fonctionnement du service public de la formation professionnelle à destination des demandeurs d'emploi, tel qu'il a été élaboré dans le cadre des contrats de plan État-Région et à partir des décisions de la région. Les principes d'organisation et de fonctionnement retenus par la région Picardie, qui consistaient à ne pas recourir au Code des marchés publics pour sélectionner les offres de formation et à mettre en place un système de labellisation ainsi qu'une procédure d'orientation des demandeurs d'emploi par la constitution d'un réseau d'accueil spécifique à la Picardie, résultaient de décisions administratives prises par cette collectivité territoriale dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. De même, la politique tarifaire mise en place par la région relevait de l'exercice de prérogatives de puissance publique dès lors que cette grille était édictée unilatéralement, sans négociation possible des organismes de formation. La décision de la région d'octroyer des

subventions aux organismes de formation, calculées notamment à partir de cette grille tarifaire, plutôt que de leur verser un prix en règlement d'une prestation, caractérisait aussi l'exercice de prérogatives de puissance publique. Enfin, les décisions prises par les élus régionaux de labelliser ou non une action de formation revêtaient également un caractère administratif car ces décisions étaient prises pour l'exécution de la mission de service public de la formation professionnelle, quels que soient les secteurs dans lesquels ces décisions intervenaient.

Le Conseil a rappelé, dans la décision **07-D-38**, qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité des pratiques dénoncées à d'autres règles que celles posées par le titre II du Code de commerce, comme par exemple l'article 55 du Code des marchés publics relatif aux offres anormalement basses.

Voir *supra*, décision **07-D-41** pour les décisions prises par des instances ordinales dans le cadre de leur pouvoir disciplinaire.

Prescription

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, le « *Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* ».

Le nouvel article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant désormais que 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* ».

Application du nouveau régime de prescription de cinq ans

Dans la décision **07-D-41**, le Conseil a fait une application immédiate du nouveau régime de prescription quinquennale à des faits pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004 (soit le 6 novembre 2004). S'agissant, en effet, d'un texte de procédure et non d'une loi instituant une peine plus sévère, les nouvelles dispositions sont applicables immédiatement, y compris à la poursuite et à la sanction des faits antérieurs à son entrée en vigueur, sous la seule réserve qu'elles ne puissent permettre de poursuivre ou de sanctionner des faits pour lesquels la prescription a été définitivement acquise en vertu du texte applicable précédemment. Cette analyse a été approuvée par la cour d'appel de Paris (Toffolutti, 12 décembre 2006) (voir aussi en ce sens 06-D-08 et 06-D-15).

Désistement, prescription et saisine d'office

Dans la décision **07-D-09**, le Conseil a rejeté l'argumentation de la société mise en cause qui dénonçait « *le stratagème procédural* » qui aurait été mis en œuvre pour prolonger artificiellement la saisine dont le plaignant, mis en

liquidation judiciaire, s'était désisté. Selon la société, ce désistement devait conduire le Conseil à clore la procédure et cette clôture privait d'effet utile les actes d'instruction accomplis précédemment, de sorte que, malgré la décision de saisine d'office prise par le Conseil postérieurement au désistement, les faits visés par la saisine directe se trouvaient prescrits.

Mais, à la date de la saisine d'office, les faits examinés dans le cadre de la saisine n'étaient pas prescrits puisque plusieurs actes d'enquête avaient interrompu la prescription (notamment transmission du rapport administratif d'enquête au Conseil). En outre, aucun texte ni aucun principe n'interdit au Conseil de verser au dossier d'une saisine d'office des pièces obtenues dans le cadre d'une autre saisine. En l'espèce, ce versement d'une pièce d'un dossier à l'autre était en tout état de cause superfétatoire puisque la saisine initiale et la saisine d'office avaient été jointes.

Par ailleurs, la demande de désistement n'avait pas été formulée par la société plaignante mais par son administrateur judiciaire. Or, l'action devant le Conseil de la concurrence n'étant pas une action patrimoniale, un administrateur ou un liquidateur, mandaté dans une procédure collective, n'a pas qualité pour retirer une plainte devant le Conseil. Seule la société saisissante, dont la personnalité subsistait après l'adoption du plan de cession de ses actifs pour les besoins de sa liquidation, était en mesure de faire cette demande. La transaction conclue entre l'administrateur judiciaire, la société saisissante et la société mise en cause, qui prévoyait, notamment, l'abandon de la plainte devant le Conseil, étaient sans effet sur l'appréciation de la validité du désistement de l'action devant le Conseil. La demande de désistement présentée par l'administrateur judiciaire n'avait donc pas été jugée recevable.

Enfin, dans l'hypothèse où il aurait été valide, le désistement n'aurait pas interrompu l'action devant le Conseil, dans la mesure où le retrait d'une plainte demeure sans effet sur la saisine. Les affaires portées devant le Conseil de la concurrence relèvent d'un contentieux objectif visant à protéger l'ordre public économique qui n'est pas soumis aux demandes des parties. La disparition ou le désistement d'une plaignante n'a pas d'effet sur la procédure, l'autorité de concurrence, qui est saisie *in rem*, pouvant examiner tous les faits non prescrits portés à sa connaissance indépendamment de la position du plaignant. Une fois la saisine déposée, son auteur n'a pas la maîtrise de la procédure engagée devant le Conseil (cour d'appel de Paris, 8 septembre 1998, Coca-Cola). Après la saisine, la procédure n'appartient plus au saisissant et le Conseil, malgré un désistement, peut poursuivre celle-ci, sans même avoir à se saisir d'office. Cette solution n'a pas été remise en cause par la loi NRE du 15 mai 2001.

Décompte du délai de prescription

Caractère continu des pratiques et point de départ de la prescription

Dans la décision **07-D-15** relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France, le Conseil a rappelé les règles applicables aux pratiques continues en droit national et

communautaire, en procédant à un rapprochement avec celles en vigueur en droit pénal.

En droit national de la concurrence, la détermination du point de départ de la prescription de pratiques anticoncurrentielles dépend de la manière dont les faits se sont déroulés dans le temps. La pratique à caractère instantané est réalisée en un trait de temps dès la commission des faits qui la constituent. Le point de départ de la prescription se situe le lendemain du jour où ces faits ont été commis. Tel est le cas d'une consigne de boycott diffusée par une lettre circulaire (cf. 03-D-52) ou d'un refus de vente par une entreprise en position dominante (cf. 05-D-75). La prescription commence à courir de façon différente lorsque la pratique est continue : les pratiques anticoncurrentielles revêtent le caractère de pratiques continues *« lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la répétition constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial. Il s'agit de pratiques caractérisées par la continuité de la volonté anticoncurrentielle sans qu'un acte matériel ait nécessairement à renouveler la manifestation dans le temps, de telle sorte que le calcul du point de départ de la prescription ne commencera qu'à compter de la cessation des pratiques »* (cf. rapport d'activité pour 2002 : étude consacrée au régime de la prescription en droit national de la concurrence, p. 91/cour d'appel de Paris, 6 mai 1997 et 14 janvier 2003 ; Cour de cassation, 5 octobre 1999 et 13 juillet 2004).

En droit communautaire de la concurrence, le règlement n° 2988/74 du Conseil CE du 26 novembre 1974 prévoit à son article 2 *« la prescription court à compter du jour où l'infraction est commise. Toutefois, pour les infractions continues ou continuées la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin »*.

En droit pénal, l'article 8 du Code de procédure pénale prévoit qu'en matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois ans. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que la prévention porte sur toute la durée de l'infraction lorsque celle-ci est continue, comme, par exemple, en matière de corruption active, d'escroquerie ou encore de prise illégale d'intérêt.

La position du Conseil de la concurrence, cohérente avec celle du juge communautaire, rejoint exactement la jurisprudence dégagée en matière pénale. Aucune raison de texte n'impose en effet, pour les pratiques continues, un traitement différent en matière de concurrence et en matière pénale. La mission de protection d'un ordre public économique, dont est investi le Conseil, comme le caractère punitif des sanctions qu'il prononce, justifient que les principes appliqués soient les mêmes.

Au cas d'espèce, cette solution s'imposait d'autant plus que le juge pénal avait connu des pratiques en cause sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Le Conseil a constaté l'existence d'une entente, objet du premier grief, portant sur 90 marchés d'entreprises de travaux publics (METP), qui avait été créée par un accord de principe, conclu au cours de réunions en 1989 et en 1990 entre les responsables des majors des grands groupes, et qui avait été mise en œuvre en octobre 1990 lors du lancement d'une première vague de METP. Cette entente s'était poursuivie entre les entreprises intéressées qui avaient continué à s'entendre pour se répartir, entre elles, les différents marchés lors du lancement des autres vagues,

soit en provoquant d'autres réunions, soit en prenant des contacts et en échangeant des informations. L'entente avait pris fin au cours du premier semestre 1996. La prescription de trois ans prévue par l'article L. 462-7 du Code de commerce dans sa version applicable en l'espèce, avait donc commencé à courir à compter du moment où avait cessé l'entente, soit à la fin du premier semestre 1996, date qui correspondait à celle de la saisine d'office du Conseil.

Les faits correspondant au second grief notifié et relatif au METP de réhabilitation et de construction du lycée Raspail à Paris, ne s'inscrivaient en revanche pas dans la pratique continue de répartition mais constituaient une pratique instantanée. L'offre ayant été déposée plus de trois ans avant la saisine d'office du Conseil, laquelle était le premier acte interruptif de prescription, ces faits ont été déclarés prescrits.

Les mêmes analyses ont été reprises dans la décision **07-D-41**. Le Conseil a précisé que la continuité d'une pratique peut être établie, notamment, par l'existence d'actions manifestant son maintien, par la répétition de l'accord anticoncurrentiel ou par le fait qu'il est resté en vigueur et a conservé, de façon continue, son objet et ses effets, actuels et potentiels. En l'espèce, le premier acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits était l'acte de saisine du Conseil. Les faits antérieurs ne pouvaient donc être poursuivis que s'ils étaient constitutifs d'une pratique continue qui s'était poursuivie au moins jusqu'à la saisine. Plusieurs éléments révélaient un comportement continu. L'une des organisations professionnelles en cause avait envoyé plusieurs documents dans lesquels elle avait donné des consignes quant au comportement à tenir pour les médecins anatomo-cyto-pathologistes dans leurs relations avec les hôpitaux et avait opéré un suivi de ses consignes. La continuité du comportement était caractérisée à la fois par la répétition des interventions, par leur valeur de recommandation générale, par l'existence d'actes postérieurs attestant du maintien de la position exprimée et par la persistance des effets de cette position. Les différents documents envoyés ne comportaient pas d'indication de durée de validité et n'avaient fait l'objet d'aucune « *abrogation* » avant que le syndicat revienne sur sa position par circulaire. Entre-temps, les documents avaient exposé la « *position officielle* » du syndicat et avaient été transmis dans un objectif d'application constante et pour dicter une ligne de conduite, comme en témoignaient les termes généraux et expressions employés, les indications de comportement répétées et le contexte des envois, à la fois aux médecins et aux hôpitaux, à titre général et dans des cas particuliers. Ces courriers et circulaires matérialisaient ainsi la diffusion de documents auxquels les praticiens avaient été amenés « *à se référer couramment dans l'exercice normal de leur activité* » (en ce sens, voir aussi décision 03-D-52 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Savoie). La persistance de l'action en cause était également caractérisée par des indications concernant le suivi des consignes, notamment l'assurance de l'appui du syndicat en cas de recours intenté à l'encontre des praticiens non respectueux des consignes, et par les éléments au dossier établissant le suivi effectif réalisé par le syndicat à l'occasion de réunions ou par sa participation à un contentieux et à une action disciplinaire engagée à l'encontre d'une

entreprise déviante. Enfin, la continuité de la pratique découlait de la poursuite de ses effets sur le comportement de la profession.

Voir aussi décision **07-D-39** pour le point de la prescription en matière de pratiques continues.

Remise des offres

« L'article L. 462-7 du Code de commerce interdit au Conseil de la concurrence de connaître de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction [...]. La pratique illicite d'entente sur appel d'offres est constituée par la remise des offres faites par les entreprises, c'est-à-dire, au plus tard, à la date de clôture de l'appel d'offres ». Dans la décision **07-D-11**, le Conseil a constaté la prescription d'une partie des faits, dès lors qu'aucune pratique continue de répartition de marchés n'avait été retenue et que plus de trois ans s'étaient écoulés entre la date limite de dépôt des offres et les premiers actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques (voir aussi, en ce sens, **03-D-07**).

Voir aussi *supra*, **07-D-15**.

Actes interruptifs

Dans la décision **07-D-03**, le Conseil a rappelé que le caractère interruptif des actes de procédure doit s'apprécier au regard des règles procédurales nationales et non communautaires, conformément au principe d'autonomie procédurale selon lequel les autorités nationales de concurrence doivent respecter les règles procédurales de droit interne, y compris lorsqu'elles ont à appliquer le droit communautaire⁵.

Ont été considérés comme des actes interruptifs :

- le dépôt du rapport d'enquête administrative (**07-D-03**);
- les demandes de renseignements du rapporteur relatives, notamment, à la situation juridique et financière des entreprises impliquées dans la procédure (en ce sens, Cour de cassation, 20 novembre 2001, *Bec Frères*; cour d'appel de Paris, 4 juillet 2006 *société Unidoc*, et 15 juin 1999, *Solatrag*) ou à leur situation contractuelle, ainsi que les demandes de chiffres d'affaires (celles-ci visant à l'obtention de données nécessaires pour déterminer les éventuelles sanctions pécuniaires à venir) (**07-D-03** et **07-D-08**⁶);
- les procès-verbaux d'audition établis par les enquêteurs de la DGCCRF (**07-D-11**);

5. Ce principe a été énoncé par la Cour de cassation, dans un arrêt *Pharmalab* du 14 décembre 2004 : « Les autorités nationales, statuant sur l'application du droit communautaire, appliquent les règles de droit interne. [...] ; qu'en droit interne, le Conseil de la concurrence, qu'il soit saisi d'une violation du droit communautaire ou du droit interne, dispose de pouvoirs identiques pour ordonner une mesure conservatoire ; qu'en conséquence, ces dispositions procédurales de droit interne ne peuvent être ni écartées ni interprétées à la lumière de la jurisprudence communautaire. »

6. Dans un arrêt rendu le 6 novembre 2007 (ministre c/ sociétés DBS, Sort & Chasle, Somoclest), la Cour de cassation a cassé en toutes ses dispositions l'arrêt de la cour d'appel de Paris (23 mai 2006, société DBS) qui avait déclaré les faits prescrits, au motif que la convocation pour audition adressée par le rapporteur à une entreprise n'aurait visé qu'à prolonger artificiellement le délai de prescription sans présenter aucune utilité pour la continuation de l'instruction.

- les demandes du rapporteur concernant le déroulement de l'enquête administrative, ainsi que les réponses apportées par les services d'enquête (07-D-15);
- les demandes de communication de pièces adressées à un juge d'instruction, émanant de la commission permanente du Conseil ou du rapporteur général (en ce sens, CA de Paris, 30 janvier 2007, Le Foll) (07-D-15);
- la communication de pièces par un juge d'instruction en réponse à la demande du Conseil (en ce sens, CA de Paris, 30 janvier 2007, Le Foll) (07-D-15);
- les actes d'enquête des services de la DGCCRF (07-D-16);
- la notification de griefs (07-D-16).

Mention de faits prescrits pour éclairer des faits non prescrits

Dans sa décision 07-D-01, le Conseil a fait application de la jurisprudence selon laquelle des faits prescrits peuvent être évoqués pour la compréhension de pratiques non prescrites, à la condition qu'ils ne soient ni qualifiés, ni poursuivis et qu'il n'en soit pas tiré de conséquences quant à la gravité des faits (Cour de cassation, 30 mai 1995, société Juin; CA de Paris, 29 janvier 2002, société Saturg).

Déroulement de la procédure

Enquêtes administratives

Intérêt à agir de l'auteur d'une plainte à l'origine de l'enquête de la DGCCRF

Dans la décision 07-D-16, le Conseil a précisé qu'aucun intérêt à agir particulier n'est requis pour dénoncer, auprès des services du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, des comportements susceptibles d'être contraires aux règles de concurrence, cette administration pouvant, de façon discrétionnaire, décider d'effectuer une enquête sur la base de ce signalement. Par ailleurs, quand le Conseil est saisi par le ministre qui tire son pouvoir de saisine de la loi, il n'a pas à examiner l'intérêt à agir des plaignants qui sont à l'origine de l'enquête de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Habilitation des enquêteurs

La compétence des agents de la DGCCRF pour procéder à des investigations en matière de recherche des pratiques anticoncurrentielles n'est pas soumise à une autorisation spéciale de l'administration centrale : un arrêté du 22 janvier 1993 relatif à l'habilitation des fonctionnaires pouvant procéder aux enquêtes nécessaires à l'application du livre IV du Code de commerce, habilite en effet de manière générale les fonctionnaires de catégorie A et B, placés sous l'autorité du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, à procéder aux enquêtes dans les conditions prévues au titre V dudit livre (07-D-29).

Compétence territoriale des enquêteurs

Dans la décision **07-D-16**, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle il était soutenu que des enquêteurs, en poste dans l'Ain, auraient été incompétents pour enquêter sur une plainte concernant des pratiques dépassant le cadre de ce département. Les procès-verbaux d'audition contestés avaient été établis avant et après l'entrée en vigueur de la loi NRE. Dans le cadre de l'organisation des services de la DGCCRF, déconcentrée jusqu'au niveau départemental, les limitations à la compétence territoriale des agents procédant aux enquêtes visées à l'article 45 de l'ancienne ordonnance de 1986, doivent s'interpréter comme concernant seulement les actes d'enquête supposant une démarche active de la part des personnels concernés et pas le simple recueil d'une plainte. Le nouvel article L. 450-1 du Code de commerce, issu de la loi NRE, qui a succédé à l'article 45 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, habilite les enquêteurs sur tout le territoire national.

Origine de la demande d'enquête

Dans la décision **07-D-29**, le Conseil a rappelé que l'administration dispose du pouvoir discrétionnaire d'engager une procédure d'enquête et n'a nulle obligation de produire des notes internes justifiant sa décision : aucune disposition ne lui impose de justifier les raisons pour lesquelles elle a, de sa propre initiative, décidé de procéder à une enquête en produisant des notes internes éventuellement échangées entre ses services extérieurs et sa direction générale préalablement au déclenchement de l'enquête (*cf.* décision 94-D-19 confirmée par la cour d'appel de Paris le 16 décembre 1994 et la Cour de cassation le 4 février 1997). Par ailleurs, le courrier par lequel des comportements *prima facie* anticoncurrentiels avaient été portés à la connaissance du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, ne constituait pas une saisine du Conseil sur laquelle celui-ci serait amené à statuer et qui devrait figurer au dossier. Il ne pouvait donc être soutenu que l'absence au dossier d'un certain nombre de pièces à l'origine de l'enquête priverait le Conseil des moyens nécessaires à la vérification de la régularité de l'enquête. Le saisissant en l'occurrence était le ministre et l'auteur du courrier n'était pas partie à la procédure, n'ayant fait que signaler à l'administration des comportements et apporter des informations dans le cadre de l'enquête menée par la DDCCRF. Enfin, tous les éléments sur lesquels s'était fondé le rapporteur pour établir des griefs avaient pu être consultés par les parties en cause. Aucune atteinte au principe du contradictoire n'était donc établie.

Indication de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux

Étendue du devoir d'information des enquêteurs

Dans la décision **07-D-03**, le Conseil a estimé que les enquêteurs avaient satisfait à leur obligation d'information des entreprises. Selon la jurisprudence « *Bec Frères* » de la Cour de cassation (20 novembre 2001), « *la mention pré-imprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve du contraire, de l'indication de cet objet* ». La Haute Juridiction, dans un autre arrêt du 14 janvier 2003 (SOCAE Atlantique), a précisé l'étendue de la présomption relative à la mention imprimée sur les procès-verbaux :

« Alors que si le principe de loyauté s'impose aux agents enquêteurs, la preuve qu'il n'a pas été satisfait à cette exigence incombe aux demandeurs en nullité; que l'absence de mention dans le procès-verbal que l'objet et la nature de l'enquête ont été préalablement portés à la connaissance de la personne entendue ne suffit pas à faire l'établissement de cette preuve [...]; alors que les déclarations consignées dans le procès-verbal peuvent suffire à établir par elles-mêmes que le déclarant n'ignorait pas qu'il était entendu sur des faits susceptibles de révéler des infractions économiques ».

En l'espèce, tous les procès-verbaux portaient la mention dactylographiée ou pré-imprimée que les enquêteurs s'étaient présentés comme « *habilités à mener les enquêtes dans les conditions prévues par l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, par l'article 45 de l'ordonnance précitée [...]* ». Les procès-verbaux indiquaient, en outre, en première page : « *Nous avons justifié de notre qualité [...] avons indiqué l'objet de notre enquête relative à la vérification du respect des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le secteur de la parfumerie et des cosmétiques* ». L'objet de l'enquête avait été communiqué de façon suffisamment claire aux personnes auditionnées (voir aussi, en ce sens, 06-D-04 bis, CA de Paris, 26 octobre 2004, « *boulangers de la Marne* » (§ 109 à 111).

De même, dans la décision **07-D-16**, le Conseil a écarté le moyen selon lequel des sociétés auraient été laissées dans l'ignorance que l'enquête – dont elles avaient fait l'objet – portait sur des faits susceptibles de constituer des infractions aux règles de concurrence. La formule figurant sur les procès-verbaux litigieux faisait apparaître que les enquêteurs s'étaient identifiés clairement et avaient énoncé l'objet de leur enquête. Si cette formule pré-imprimée variait en précision selon les années d'élaboration des procès-verbaux considérés, elle permettait toujours de montrer que l'objet de l'enquête, à savoir notamment l'existence de pratiques anticoncurrentielles correspondant à l'intitulé du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, avait bien été porté à la connaissance des personnes auditionnées conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation précitée (Bec Frères, 20 novembre 2001). Enfin, si les procès-verbaux contestés ne mentionnaient pas les éventuels griefs que les entreprises entendues étaient susceptibles de se voir reprocher, aucune disposition ni principe n'obligeait les services de la DGCCRF à qualifier eux-mêmes en cours d'enquête les comportements sur lesquels portent leurs investigations.

Le Conseil a écarté, dans la décision **07-D-50**, le moyen par lequel il était soutenu que des personnes entendues n'auraient pas été informées du contexte législatif applicable, ce qui les aurait amenées à modifier leurs déclarations intervenues à plusieurs années d'intervalle. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (14 janvier 2003, Aménagement du port de plaisance de Sokoburu), « *la preuve qu'il n'a pas été satisfait à cette exigence incombe aux demandeurs en nullité* ». Or, en l'espèce, le procès-verbal d'audition indiquait que l'objet de la saisine avait été rappelé par les rapporteurs, les questions et les réponses rappelaient à plusieurs reprises les périodes concernées par l'instruction. Le représentant de la société ne pouvait donc ignorer qu'il était interrogé sur les conditions commerciales et les contrats de coopération commerciale de cette entreprise pour les années concernées. De plus, le contenu de ses déclarations montrait

qu'il avait répondu en toute connaissance de la période sur laquelle il était interrogé.

Le Conseil a rappelé encore que les rapporteurs disposant d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de leurs investigations (Cour de cassation, 15 juin 1999 Lilly France), il lui appartient de vérifier, lorsque leur impartialité est mise en cause, que les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées, c'est-à-dire la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins au Conseil, de présenter des observations sur les griefs notifiés ainsi qu'un mémoire en réponse au rapport, et de s'exprimer oralement en séance (cour d'appel de Paris du 12 avril 2005, FranceTélécom). Or, les règles de procédure qui garantissent le principe du contradictoire ne commencent à s'appliquer qu'à compter de la date de l'envoi de la notification de griefs marquant l'ouverture de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 463-1. Avant cette notification, les règles qui prévalent sont celles de la loyauté dans la conduite de l'instruction. Or, aucun texte n'impose aux rapporteurs, ni aux enquêteurs, de poser les mêmes questions à tous les acteurs du secteur, ni de communiquer les réponses de tiers ou de transmettre la lettre de saisine du ministre préalablement à une audition. En conséquence, dès lors que l'objet de la saisine a été indiqué aux représentants de la société, il avait été satisfait à l'obligation de loyauté.

Saisine du Conseil de la concurrence

Validité/recevabilité de la saisine (qualité et intérêt à agir)

Le Conseil a rappelé, dans sa décision **07-MC-01**, qu'une distinction doit être faite entre l'obligation qui est faite à une entreprise de disposer d'une autorisation préalable pour exercer une activité et l'obligation imposée par l'article L. 33-1 du Code des postes et des communications électroniques qui impose une démarche de déclaration aux exploitants de réseaux de communications électroniques, sous peine de sanction pénale. En l'espèce, TDF, mise en cause par l'un de ces opérateurs, soutenait que celui-ci n'avait ni qualité ni intérêt à agir, faute de déclaration de sa part auprès de l'ARCEP et que la régularisation tardive à laquelle il avait procédé après sa saisine était sans effet, la qualité à agir devant s'apprécier au jour de la saisine. Le Conseil a observé que ce n'était pas le droit pour l'opérateur de fournir le service qui était en cause, mais le respect d'une formalité imposée *a posteriori* par les règles particulières applicables à cette activité. De fait, l'ARCEP avait elle-même considéré qu'une régularisation *a posteriori* était possible, faisant droit à la demande de régulation déposée tardivement par la société.

Voir aussi *supra* « Intérêt à agir de l'auteur d'une plainte à l'origine de l'enquête de la DGCCRF » (**07-D-16**).

Étendue de la saisine

Dans décision **07-MC-05**⁷, le Conseil a considéré qu'entraient dans le champ de sa saisine des pratiques de ciseau tarifaire qui avaient été dénoncées par

7. Décision confirmée par la cour d'appel de Paris (arrêt TDF du 24 août 2007).

la société demanderesse de mesures conservatoires dans des écritures complémentaires, déposées la veille de la séance. Ces pratiques étaient, selon la société mise en cause, totalement indépendantes de celles mentionnées dans la saisine, qui portait exclusivement sur des pratiques constatées lors du renouvellement de la convention d'occupation du site de la tour Eiffel. Le Conseil a considéré toutefois que la saisine dénonçait des pratiques mises en œuvre par TDF à l'occasion de l'appel d'offres lancé par la mairie de Paris pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de diffusion hertzien de la tour Eiffel, mais aussi leurs effets sur les marchés de gros aval de la diffusion hertzienne des radios FM et de la télévision analogique et numérique, ce qui englobait les pratiques tarifaires dénoncées ultérieurement par la plaignante.

« Le Conseil, qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées ; [...] il peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine » (cour d'appel de Paris, 22 février 2005, Decaux). Ayant rappelé cette jurisprudence dans la décision **07-D-03**, le Conseil a estimé qu'il pouvait, sans excéder le champ matériel et temporel de sa saisine d'office, se prononcer, d'une part, sur des pratiques afférentes aux *« produits de beauté »*, alors même que la saisine d'office ne visait que le secteur des *« parfums de luxe »*⁸, et d'autre part, sur des pratiques postérieures à cette saisine d'office.

Sur le premier point, en effet, l'enquête administrative avait révélé des pratiques portant sur les cosmétiques, de même nature que celles révélées pour les parfums, et ayant manifestement le même objet et le même effet. En outre, le secteur des cosmétiques ne constituait pas un marché connexe du marché des parfums mais appartenait à ce même marché pertinent. La pratique décisionnelle du Conseil (avis du 1^{er} décembre 1983, décisions 96-D-57 et 03-D-53), comme de la Commission européenne (décision du 24 juillet 1992 Givenchy-92/428/CEE) allait dans ce sens et l'INSEE réservait aux deux secteurs un code commun sous la dénomination de *« Commerce de détail de parfumerie et de produits de beauté »*. Saisi *in rem*, le Conseil pouvait donc conduire ses investigations sur l'ensemble du marché pertinent, incluant les parfums et les cosmétiques de luxe, sans qu'il lui soit nécessaire de prendre une décision formelle d'extension de sa saisine d'office. De même, sur le second point, les pratiques concernées étant des pratiques continues qui s'étaient poursuivies après sa saisine d'office, le Conseil pouvait examiner, en application de la jurisprudence Decaux précitée, les faits se rattachant à ces pratiques, postérieurs à sa saisine (voir aussi, en ce sens, 06-D-04 bis).

Dans la décision **07-D-44**, le Conseil a rappelé que sa saisine *in rem* l'autorise à examiner, sans avoir à se saisir d'office, les pratiques anticoncurrentielles

8. Cette analyse a toutefois été censurée par la cour d'appel dans son arrêt société Guerlain du 26 juin 2007 (pourvoi en cours à la date de rédaction du présent rapport).

révélées au cours de l’instruction dès lors qu’elles concernent les mêmes marchés ou des marchés connexes. En l’espèce, il a considéré que sa saisine n’était pas limitée au marché géographiquement mentionné dans la plainte, sur lequel les pratiques étaient censées avoir eu leurs effets, mais portait sur l’ensemble des pratiques visées, peu important le lieu de leurs effets, dès lors que les différents marchés locaux pour lesquels une identité d’offreurs et d’acheteurs pouvait être relevée présentaient un lien de connexité. Le rapporteur avait donc pu instruire au-delà du marché local visé dans la plainte et utiliser les éléments transmis par la DGCCRF relatifs aux autres marchés.

Le Conseil a estimé dans la décision **07-D-35**, que sa saisine *in rem* de l’ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d’un marché, ne l’autorise pas à examiner des pratiques postérieures à la saisine qui ne sont pas la continuité de pratiques antérieures à celle-ci (cour d’appel de Paris, 22 février 2005, Decaux, 04-D-48).

Voir aussi en ce sens, **07-D-39**.

Dans la décision **07-D-50**, se fondant sur l’arrêt Decaux du 22 février 2005 précité, le Conseil a rappelé qu’il n’est pas lié, dans la détermination des entreprises mises en cause, de l’étendue des pratiques ou de leur durée, par les demandes ou qualifications de la saisine initiale. En l’espèce, les marchés visés dans la saisine étaient ceux de l’approvisionnement et de la distribution des jouets. Le Conseil avait pu examiner l’ensemble du ou des marchés et retenir des pratiques envers toutes les entreprises opérant sur ces marchés, même celles non mentionnées explicitement dans la saisine.

Voir aussi, **07-D-23** (cf. *infra* « La réponse aux observations des parties sur la notification des griefs »).

Saisine d’office

■ Régularité de la saisine d’office

Précédent désistement de la société saisissante

Dans la décision **07-D-09**, le Conseil a rappelé qu’en vertu d’une jurisprudence constante, aucune disposition du Code de commerce ne lui impose de rendre compte des circonstances dans lesquelles il estime opportun de se saisir d’office (cour d’appel de Paris, 27 novembre 2001, CNCA). *A fortiori*, n’a-t-il pas à justifier du moment où il se saisit d’office, dès lors que les faits en cause ne sont pas prescrits. A ainsi été repoussée l’argumentation de la société mise en cause qui contestait la régularité de la saisine d’office du Conseil, au motif qu’elle ne serait pas intervenue immédiatement après la demande de désistement et qu’elle n’aurait eu d’autre motivation que de « régulariser » la poursuite de l’instruction.

Précédente décision de classement concernant les faits visés dans la saisine d’office (respect de la règle non bis in idem)

Dans la décision **07-D-03**, le Conseil a écarté le moyen tiré de l’irrégularité de la saisine d’office qui aurait résulté de ce que les faits avaient fait précédemment l’objet d’une décision de classement du Conseil. Le principe *non*

bis in idem s'oppose à ce que, lorsque le Conseil a rendu une décision au fond (condamnation ou relaxe) sur des pratiques à l'encontre d'une entreprise, il puisse statuer une deuxième fois sur ces pratiques à l'encontre de la même entreprise. Trois conditions doivent donc être cumulativement réunies : l'existence d'une première décision au fond, l'identité des parties et l'identité de l'objet. En l'espèce, ces critères n'étaient pas réunis : la décision de classement étant consécutive à un désistement, elle ne prenait pas parti au fond sur l'éventuelle qualification des pratiques dénoncées dans les saisines retirées et n'avait donc pas autorité de la chose décidée. Par ailleurs, la saisine d'office n'avait pas le même objet que la saisine initiale du ministre de l'Économie (voir aussi 06-D-04 *bis*).

Validité de la saisine initiale

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a repoussé le moyen par lequel il était allégué que la saisine d'office était viciée par l'irrégularité prétendue de deux pièces sur lesquelles elle était fondée : la saisine initiale et le procès-verbal d'audition établi dans le cadre de cette saisine. Aucune disposition ne fait, en effet, obligation au Conseil de motiver ses décisions d'autosaisine (cour d'appel de Paris, 27 novembre 2001, CNCA). Le Conseil est donc souverain dans l'appréciation de l'opportunité de se saisir d'office et n'a pas à rendre compte des circonstances dans lesquelles il décide d'exercer ce pouvoir : il n'a donc pas à justifier son autosaisine, ni à produire les éléments factuels au vu desquels il a pris sa décision. Dès lors, l'éventuel retrait du dossier des pièces arguées de nullité ne saurait avoir d'effets sur la régularité de la saisine d'office. De même, en admettant que la saisine initiale ait été irrecevable, la circonstance que les actes d'instruction accomplis dans le cadre de la saisine d'office aient également visé la saisine initiale ne saurait entraîner la nullité de ceux-ci.

Compétence et composition de la commission permanente

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a rappelé que l'article 4 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (codifié à l'article L. 461-3 du Code de commerce) édicte que « *la commission permanente est composée du président et de trois vice-présidents* ». Il n'est pas exigé par ce texte que la formation doive être complète pour siéger valablement. Le quorum prévu de manière générale par l'article 6 du décret du 29 décembre 1986, alors en vigueur, exige seulement, pour cette formation comme pour toutes les autres, la présence de trois membres du Conseil (voir en ce sens, 06-D-07 *bis*).

Présence du rapporteur et du rapporteur général lors du délibéré de la saisine d'office

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a rappelé que la mention « *le Conseil de la concurrence (commission permanente) [...] Le rapporteur et le rapporteur général entendus [...] Délibéré sur le rapport oral de M. F. par M. B. président et MM. C. et J. vice-présidents* », telle que portée sur toutes les décisions du Conseil, signifie seulement que le rapporteur a fait un exposé oral devant le Conseil. Cette formule finale se réfère sans ambiguïté au déroulement de la séance, aucun élément ne permettant de supposer que le rapporteur a également participé au délibéré de la commission permanente. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour de cassation (5 octobre

1999) proscrivant la présence du rapporteur au délibéré, fût-ce sans voix délibérative, ne s'applique que lorsque le Conseil se prononce sur la sanction de pratiques anticoncurrentielles. Tel n'est pas le cas d'une décision de saisine d'office qui se borne à ouvrir la procédure afin qu'il puisse être ultérieurement procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits (cour d'appel de Paris, 27 novembre 2001, CNCA). Enfin, la présence de la signature du rapporteur général au bas de la décision de saisine d'office, ne démontre pas la participation de celui-ci au délibéré mais atteste que le rapporteur général est informé de la décision de saisine d'office et qu'il prend toute disposition pour assurer son instruction.

Impartialité du rapporteur (instruction commencée avant la décision de saisine d'office)

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a écarté le moyen tiré de la violation du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision qui aurait résulté de ce que le rapporteur aurait commencé son instruction des faits objet de la saisine d'office avant même que celle-ci ne soit rendue. Cette allégation était dénuée de tout fondement : le rapporteur avait régulièrement procédé à une audition dans le cadre de la saisine directe initiale pour laquelle il avait été désigné et qui portait sur la mise en concurrence de certains marchés de réhabilitation de lycées. La circonstance que la personne entendue ait spontanément révélé une entente plus vaste, ne caractérisait pas un dépassement du champ de la saisine du rapporteur qui s'était borné à recueillir les déclarations de celle-ci et n'avait procédé à aucun autre acte d'instruction avant la décision de saisine d'office.

Impartialité du Conseil (violation du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision)

Dans la décision **07-D-15**, pour écarter le moyen tiré de la violation du principe d'impartialité qui aurait résulté de la décision du Conseil de se saisir d'office, il a été rappelé que la cour d'appel de Paris (27 novembre 2001, CNCA), approuvée par la Cour de cassation (23 juin 2004), a jugé que « *le cumul au sein du Conseil de la concurrence des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'est pas, en soi, contraire aux exigences inhérentes au droit à un procès équitable ; qu'il y a lieu de rechercher si, compte tenu des modalités concrètes de mise en œuvre de ces attributions, ce droit a été ou non méconnu* ». Cette jurisprudence est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Padovani c. Italie du 26 février 1993) qui a précisé qu'il ne lui incombait pas « *d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant ou l'ont touché a enfreint l'article 6-1* » et a jugé conforme à l'article 6 le fait qu'un juge ait procédé, au cours de la phase préalable au procès, à des actes d'instruction sommaires, tels que des auditions, avant de statuer sur la culpabilité du prévenu (« *l'impartialité du tribunal n'est pas violée dans des cas où l'un des juges composant la juridiction a effectué des actes, dans la phase préalable au procès, qui ne l'ont pas conduit à préjuger de l'affaire, tels des actes d'instruction sommaires* »).

Selon la cour d'appel de Paris (27 novembre 2001, CNCA), la décision de saisine d'office a « *pour seul objet d'ouvrir la procédure devant le Conseil*

de la concurrence afin que puissent être conduites les investigations pouvant servir de base à la notification ultérieure de griefs, sans qu'à ce stade aucun fait ne puisse être qualifié ni aucune pratique anticoncurrentielle imputée à quiconque; [...] une telle décision, qui ne constitue pas une décision administrative individuelle entrant dans les prévisions de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, n'est pas soumise à l'obligation de motivation et de notification et [...] l'absence de motivation ne caractérise, en l'espèce, aucune atteinte à la règle d'impartialité inhérente au droit à un procès équitable ». Dès lors, la circonstance que des membres du Conseil aient siégé dans la commission permanente lors de la saisine d'office, puis lors de la séance décidant sur le fond de l'affaire, n'est pas contraire au principe d'impartialité, la décision de se saisir d'office ne les ayant pas conduits à préjuger de l'affaire.

Désistement

Voir *supra* « Désistement, prescription et saisine d'office », décision **07-D-09** et régularité de la saisine d'office, même décision.

Examen des mesures conservatoires

Recevabilité des demandes de mesures conservatoires

L'article R. 464-1 du Code de commerce (anciennement article 42 du décret du 30 avril 2002) énonce que « la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas irrecevable ou ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application, respectivement, des alinéas 1 et 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce⁹ (**07-MC-01**, **07-MC-02**, **07-D-10**, **07-D-18** et **07-D-20**).

Instruction des mesures conservatoires : respect du contradictoire et des droits de la défense

Dans sa décision **07-MC-06**¹⁰, le Conseil a écarté les moyens tirés de la communication tardive des pièces de l'enquête administrative et de l'absence de certaines de ces pièces au dossier ouvert à la consultation. La demande de mesures conservatoires avait justifié une enquête confiée à la DGCCRF. Une partie des pièces constituant le rapport d'enquête n'avaient pas été jointes au dossier car elles étaient étrangères à la procédure. Les autres pièces avaient été transmises à la société mise en cause, postérieurement à la saisine et à la demande de mesures conservatoires, et même pour certaines, la veille du jour où expirait le délai qui lui avait été imparti pour présenter

9. « Le Conseil de la concurrence peut déclarer [...] la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, 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 [...] lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ».

10. Confirmée par la CA de Paris, 5 février 2008, Schering-Plough.

ses observations écrites. Toutefois, il s'agissait de documents commerciaux concernant ses relations avec une société tierce qui étaient nécessairement en sa possession ou dont elle avait connaissance. En outre, la société avait obtenu un délai supplémentaire pour répondre à la demande de mesures conservatoires, ainsi que l'autorisation de produire une note en délibéré afin de répondre de façon détaillée aux observations écrites de son adversaire. Le Conseil a rappelé qu'aucune disposition n'imposait 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 permettant au Conseil de se prononcer sur le bien-fondé de la demande. Le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne pouvait donc, à lui seul, justifier leur rejet de la procédure, dès lors que la partie adverse avait bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces ainsi produites, cette circonstance devant être appréciée *in concreto*.

Conditions d'octroi des mesures conservatoires

Dans sa décision **07-MC-06**, le Conseil a rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt Neuf Télécom du 8 novembre 2005 concernant la décision 04-MC-01) selon laquelle « *des mesures conservatoires peuvent être décidées [...] dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction, dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée* ».

L'octroi de mesures conservatoires n'est fondé que s'il existe un lien de causalité direct et certain entre la pratique en cause et le trouble allégué, c'est-à-dire, aux termes de l'article L. 464-1 du Code de commerce, à « *l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* ».

Instruction

La décision de jonction

Une décision de jonction¹¹ est un acte interne au Conseil de la concurrence réalisé « *pour une bonne administration de la justice* », non motivé et non susceptible de recours. Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a estimé que si le libellé de la décision de jonction ne faisait pas, par erreur, référence à la saisine d'office, l'indication de tous les numéros des saisines jointes,

11. L'article 31 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence prévoit que : « *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'instruction de plusieurs affaires. A 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.* »

en tête de la décision de jonction et notamment celui de la saisine d'office, attestait que le but assigné à la jonction était de réunir les différentes saisines pour procéder à une instruction commune, étant donné leur connexité. En l'espèce, la décision de jonction avait été, en pratique, privée d'effet car les différentes saisines directes avaient fait l'objet d'actes d'instruction distincts et n'avaient donné lieu à l'établissement d'aucun grief, de sorte que le déroulement de la procédure reposait exclusivement sur la saisine d'office.

Audition

« Le rapporteur n'est pas tenu de procéder à des auditions s'il s'estime suffisamment informé pour déterminer les griefs susceptibles d'être notifiés. L'absence d'audition préalable à la notification des griefs des représentants des personnes morales à l'égard desquelles des griefs ont été retenus ne constitue pas une atteinte au principe du contradictoire qui est respecté lorsque les personnes mises en cause répondent à la notification des griefs et est donc sans incidence sur la régularité de la procédure (Cour de cassation, 15 juin 1999, Lilly France) » (07-D-15 et 07-D-27).

Dans la décision **07-D-27**, le Conseil a rappelé qu'il est de jurisprudence constante que le caractère irrégulier des procès-verbaux ne peut être soulevé que par la personne interrogée par l'enquêteur, ou à qui ce dernier a demandé la communication de documents, à l'exclusion de tiers (CA de Paris, 2 mars 1999, SA Seco Desquenne). Le rapporteur étant, en vertu de l'article L. 450-1 du Code de commerce, investi des mêmes pouvoirs que l'enquêteur, cette jurisprudence est directement transposable au moyen tiré de l'irrégularité du procès-verbal d'audition établi par un rapporteur.

La notification des griefs

┆ Absence d'audition préalable par le rapporteur

Le Conseil a rappelé, dans la décision **07-D-50**, que le rapporteur, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations, est libre de décider quelles auditions lui paraissent les plus utiles à l'instruction. Ainsi, le rapporteur n'est pas tenu de procéder à des auditions s'il s'estime suffisamment informé pour déterminer les griefs susceptibles d'être notifiés. L'absence d'audition préalable à la notification de griefs ne constitue pas une atteinte au principe du contradictoire et la circonstance que des responsables ou des cadres des entreprises vis-à-vis desquelles des griefs ont été retenus n'aient pas été entendus par le rapporteur est sans incidence sur la régularité de la procédure (en ce sens, Cour de cassation, 15 juin 1999).

┆ La précision des griefs notifiés

Dans la décision **07-D-15** relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France, le Conseil a rejeté les critiques tirées de l'imprécision des griefs. La notification de griefs et celle qui l'avait complétée comprenaient une analyse détaillée des pratiques concernées et des éléments de preuves retenus. La notification de griefs complémentaire était venue préciser le grief d'entente générale portant sur

90 marchés d'entreprise de travaux publics sans le modifier, ce qu'au demeurant, n'interdisent pas les règles concernant les notifications de griefs, à condition que les entreprises mises en cause en soient informées et puissent y répondre. La cour d'appel de Paris (arrêt ODA du 18 février 1997) a, en tout état de cause, rappelé que les griefs notifiés « *doivent être interprétés par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification de griefs* ». Enfin, les entreprises mises en cause avaient eu connaissance des deux notifications de griefs successives et avaient été, à deux reprises, en mesure de formuler toutes leurs observations dans les délais légaux. Le rapport avait repris l'ensemble des griefs notifiés aux entreprises qui en avaient été destinataires et qui avaient été ainsi mises en mesure, une nouvelle fois, de présenter leurs observations.

De même, dans la décision **07-D-49**, le Conseil a estimé que le même moyen ne pouvait être retenu. Il a rappelé que la précision de la notification des griefs a pour but de permettre aux parties de se défendre sans qu'elles puissent se méprendre sur le grief notifié. La notification des griefs doit contenir une description précise des faits reprochés, leur date, leur imputabilité et leur qualification, et reprendre, *in fine*, en les résumant, la rédaction des griefs eux-mêmes dans une formule concise. Elle constitue l'acte d'accusation et doit donc être précise, mais cette exigence est compatible avec une rédaction synthétique des griefs, les juges d'appel et de cassation acceptant parfois une rédaction imparfaite et cherchant dans le corps même de la notification de griefs si les entreprises mises en cause ont pu se méprendre sur les griefs notifiés (en ce sens, ODA 18 février 1997). Pour s'assurer que les pratiques reprochées ont été clairement indiquées aux entreprises en cause et que celles-ci n'ont pu se méprendre sur les accusations portées contre elles, le Conseil se réfère à la formule finale contenue dans la notification de griefs, mais également dans le corps même de la notification de griefs. En l'espèce, la société ne démontrait pas en quoi elle avait pu se méprendre sur la nature du grief qui lui avait été notifié, la seule considération de la longueur des développements consacrés à la présentation du grief dans le texte complet de la notification étant insuffisante pour étayer une telle allégation.

Pour écarter la même critique tirée de l'imprécision des griefs dans la décision **07-D-50** relative au secteur de la distribution des jouets, le Conseil a rappelé qu'un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises. La notification de griefs doit donc informer les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable – national ou communautaire – et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation (en ce sens, 06-D-18). En l'espèce, la notification de griefs précisait les faits reprochés, la durée des pratiques, leur qualification juridique et les entreprises destinataires : elle répondait donc aux exigences rappelées par la cour d'appel de Paris et avait permis aux entreprises mises en cause de connaître les pratiques qui leur étaient reprochées et d'exercer utilement leurs droits de la défense.

Le Conseil a rappelé, en outre, s'agissant du reproche tiré d'un défaut d'identification précise des distributeurs concernés, que selon une jurisprudence constante, tant nationale qu'européenne, la démonstration d'une entente verticale sur les prix entre un fournisseur et ses distributeurs exige la démonstration de la commission de la pratique illicite par le producteur mais n'exige pas la mise en cause de chacun de ses distributeurs. Les fournisseurs poursuivis n'étaient donc pas fondés à prétendre que l'absence de mise en cause de certains distributeurs ne leur avait pas permis d'identifier clairement la pratique qui leur était reprochée (en ce sens, 06-D-04 bis et, dans la même affaire, cour d'appel de Paris, 27 juillet 2007).

Voir aussi **07-D-08** et **07-D-44**.

» Notification de griefs complémentaire (après un renvoi à l'instruction)

Dans la décision **07-D-09**, le Conseil a rappelé que l'article 33 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 modifié, qui définit le renvoi à l'instruction, ne fixe aucune condition pour décider de ce renvoi. Le texte dispose, en effet, que « *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* ». Ne pouvait donc être contestée la possibilité pour le Conseil de surseoir à statuer avant d'avoir examiné le fond du dossier et constaté, à cette occasion, que l'instruction n'était pas complète. Ne pouvait davantage être critiquée l'absence d'un « *troisième tour* » de contradictoire dans la procédure devant le Conseil ; en effet, après avoir entendu en séance la société mise en cause, qui avait pu faire valoir son point de vue – opposé au renvoi à l'instruction – le Conseil pouvait valablement décider d'une telle mesure dès lors que ni la loi, ni le règlement ne limitent les situations dans lesquelles ce renvoi est possible. En tout état de cause, un tel renvoi, qui ne fait que permettre la poursuite de la procédure contradictoire dans le respect des droits de la défense, ne fait pas grief aux parties mises en cause. Enfin, la société mise en cause soutenait que le renvoi à l'instruction avait été décidé pour élargir artificiellement le champ de la saisine : elle faisait valoir que le Conseil ne pouvait renvoyer à l'instruction « *qu'une partie de l'affaire* », celle concernant les réponses à l'étude économique qu'il avait fournies et non le dossier en son entier et contestait la possibilité, pour le rapporteur, de notifier un grief complémentaire après ce renvoi. Mais la décision de renvoi à l'instruction n'avait nullement limité le champ de l'instruction complémentaire, indiquant que le dossier devait être renvoyé à l'instruction afin que cette dernière soit « *complétée ou poursuivie* » et mentionnant seulement, dans son article unique : « *Le dossier enregistré sous les numéros joints F.. et... F est renvoyé à l'instruction.* » Par ailleurs, la possibilité de notifier des griefs complémentaires postérieurement à l'envoi du rapport a été admise par la cour d'appel dans un arrêt Bosch France du 23 mai 1995. Quant au grief complémentaire lui-même, il n'avait pas excédé le champ de la saisine.

Dans la décision **07-D-47**, a été rejeté le moyen par lequel il était prétendu que ne pouvait être notifié un nouveau grief alors que la décision de renvoi à l'instruction avait été justifiée seulement par la nécessité d'imputer les griefs déjà notifiés à d'autres sociétés. Le renvoi du dossier à l'instruction motivé par la nécessité d'imputer les griefs à une autre entreprise, ne

saurait, en effet, interdire au rapporteur de formuler de nouveaux griefs. La décision de sursis à statuer ne contenait aucune limitation à cet égard. La société concernée avait pu, dans les délais légaux, faire valoir ses arguments en réponse à l'ensemble des griefs.

Le rapport

La réponse aux observations des parties sur la notification des griefs

Le Conseil a précisé, dans la décision **07-D-23**, qu'aucune obligation légale ou réglementaire n'intime au rapporteur de répondre dans le détail à l'argumentation des parties, dès lors que le rapport contient, de façon précise et motivée, l'essentiel des considérations résultant de l'analyse contradictoire des griefs notifiés. En particulier, aucune obligation légale ou réglementaire ne fait obligation au rapporteur de revenir sur l'analyse des faits dénoncés dans la saisine mais qui n'ont fait l'objet d'aucun grief. *A fortiori*, en est-il ainsi, s'agissant d'observations complémentaires déposées par les parties en dehors des délais prévus par les dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce, et concernant, au surplus, des faits postérieurs à ceux dénoncés dans la saisine que le Conseil ne pouvait pas examiner s'agissant de faits ne constituant pas la continuation des faits visés initialement (voir aussi, en ce sens, 06-D-07 *bis*).

Dans la décision **07-D-49**, il a été rappelé que, selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire que le rapport réponde au détail de l'argumentation des parties, dès lors qu'il contient l'essentiel des considérations concernant les éléments soumis à la discussion contradictoire (en ce sens, cour d'appel de Paris, 24 janvier 2006 « Ordre des avocats au barreau de Marseille » et 4 avril 2006, société Truffaut).

La modification ou l'abandon des griefs au stade du rapport / Divergences entre la notification des griefs et le rapport

Voir décision **07-D-08** pour la transformation prétendue des « *griefs d'objet* » en « *griefs d'effet* » au stade du rapport.

Dans la décision **07-D-23**, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle l'instruction aurait été incomplète dès lors que le rapport revenait sur les conclusions de la notification du grief et faisait « *table rase* » de l'instruction menée jusque-là. Il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse du rapporteur peut, en effet, évoluer par rapport à celle développée dans la notification de griefs. L'article 36 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 devenu l'article R. 463-11 du Code de commerce prévoyant que le « *rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* », le Conseil doit examiner l'ensemble des faits qui ont fait l'objet d'une notification de griefs.

Dans la décision **07-D-50**, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle une divergence entre l'analyse de la notification des griefs et celle du rapport, n'aurait pas permis aux parties de comprendre le standard de preuve sur le fondement duquel seraient appréciées les pratiques. Aux termes des dispositions du premier alinéa de l'article L. 463-2 du Code de commerce, la notification des griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 463-1, au cours de laquelle les droits de la défense

doivent être respectés. Le deuxième alinéa de l'article L. 463-2 prévoit que la procédure contradictoire se poursuit par la transmission d'un rapport qui « *est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapport* ». L'article R. 463-11 du Code de commerce précise que « *le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* ». Il découle de ces dispositions que seuls les griefs ayant été régulièrement notifiés peuvent être soumis à la décision du Conseil et qu'il n'appartient qu'à lui d'examiner le bien-fondé de ces derniers. Il n'est pas lié par les appréciations développées par le rapporteur, soit au stade du rapport, soit au stade de la séance (voir en ce sens, CA de Paris, 25 avril 2006, société Sade), en particulier, en ce qui concerne les analyses relatives au standard de la preuve développées par le rapport. Les entreprises sont libres de contester ces appréciations dans le cadre du débat contradictoire.

En l'espèce, il ressortait clairement de la notification de griefs qu'il était reproché à l'ensemble des entreprises destinataires un grief d'entente verticale entre fournisseurs et distributeurs de jouets afin d'empêcher la fixation de prix de vente aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence. La circonstance que selon le rapport, le mécanisme reproché à la plupart des entreprises pour faciliter une telle entente avait été la négociation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé n'avait pas été de nature à compromettre l'exercice, par les entreprises visées, de leurs droits à la défense. Elles avaient toutes en effet discuté le standard de preuve rappelé par ce document en réponse à la notification des griefs qui décrivait précisément les faits reprochés, les qualifiait juridiquement et les imputait à chaque entreprise. Avaient été notamment débattues : l'évocation des prix, la mise en place d'une police des prix et l'application des prix. La même discussion s'était poursuivie dans les mémoires en réponse au rapport. Les droits de la défense n'avaient donc pas été méconnus.

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que ni le rapporteur ni le rapporteur général ne sont compétents pour écarter un grief notifié et qu'en aucun cas, les entreprises ne peuvent tenir pour acquis que le Conseil n'examinera pas les griefs abandonnés dans le rapport. En l'espèce, le grief notifié à une entreprise avait été abandonné au stade du rapport. Mais, comme cela avait été précisé explicitement dans le rapport, et conformément aux dispositions de l'article R. 463-11 et à la jurisprudence précitée, le bien-fondé de ce grief devait néanmoins être examiné par le Conseil.

Formalisation d'un nouveau grief au stade du rapport

Dans sa décision **07-D-01**, le Conseil a fait droit, pour partie seulement, à l'argumentation des parties qui faisaient valoir qu'un nouveau grief leur avait été opposé au stade du rapport. Il a considéré que les faits prétendument nouveaux reprochés avaient fait l'objet de développements dans la notification de griefs et faisaient partie intégrante du grief d'entente qui avait été régulièrement notifié à l'une des sociétés. Celle-ci n'avait donc pu se méprendre sur la portée de l'accusation pesant sur elle et s'était d'ailleurs défendue sur l'ensemble des éléments composant le grief. Il a estimé, en revanche, que l'autre société n'avait pas été clairement désignée dans la

notification de griefs comme ayant participé à cette partie de l'entente qui ne lui a donc pas été opposée.

Liens entre instruction du rapporteur et instruction pénale

Compatibilité de l'article L. 463-5 du Code de commerce avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a rappelé les dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce selon lesquelles 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 [...]* ». Il a cité en outre l'arrêt du 30 janvier 2007, SA Le FolITP¹², dans lequel la cour d'appel de Paris a approuvé le Conseil qui avait « *exactement relevé que, dès lors qu'il se bornait à transmettre une demande émanant du rapporteur qui sollicitait, au regard du déroulement de l'instruction, des pièces du dossier en cours d'instruction et alors, de surcroît, que le magistrat instructeur avait déjà de son côté obtenu la communication d'éléments détenus par le Conseil, la demande de communication de pièces critiquée, effectuée en application de ces dispositions, ne constituait pas une décision par laquelle il aurait été conduit, dans des conditions incompatibles avec les exigences inhérentes au droit à un procès équitable, à formuler une accusation ou encore à préjuger de l'affaire au fond* ».

Secret de l'instruction (article 11 du Code de procédure pénale)

Dans la même décision, le Conseil a écarté le moyen tiré de la violation du secret de l'instruction qui aurait résulté de ce que des éléments du dossier pénal sans rapport avec les pratiques d'entente auraient été illégalement portés à la connaissance de personnes extérieures à la procédure pénale. C'était bien dans le cadre légal défini à l'article L. 463-5 du Code de commerce que le Conseil avait obtenu les documents d'instruction. Les documents et pièces du dossier pénal avaient été portés à la connaissance des parties dont la mise en cause devant le Conseil était fondée sur l'existence des pratiques également qualifiées par le juge pénal, sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Par ailleurs, les parties n'expliquaient pas quelles pièces, non directement liées aux faits dont le Conseil était saisi et transmises par le juge, leur auraient fait grief et sur quel fondement.

Régularité de la demande de communication de pièces effectuée par la commission permanente du Conseil auprès du juge sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a estimé que les demandes de communication de pièces adressées par le Conseil à l'institution judiciaire étaient régulières. Aucune irrégularité ne pouvait résulter de ce que la demande émanait de la commission permanente du Conseil composée du président et de seulement deux vice-présidents. Aucun texte n'impose, en effet, que la commission permanente, « *composée du président et de trois vice-présidents* »

12. Confirmé par la Cour de cassation, 15 janvier 2008, société Colas Île-de-France Normandie.

selon l'article 4 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifié par la loi du 1^{er} juillet 1996 (devenu L. 461-3 du Code de commerce), réunisse tous ses membres pour délibérer valablement. La règle de quorum, non modifiée en 1996, prévue par l'article 6 du décret du 29 décembre 1986 alors en vigueur, exige seulement la présence de trois membres de la commission, condition satisfaite en l'espèce (voir, en ce sens, 06-D-07 *bis*).

Accès par le rapporteur aux pièces de la procédure pénale / Modalités de la transmission du dossier pénal

Étendue de la transmission

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a écarté le moyen par lequel il était prétendu que le rapporteur ne pouvait, sans violer le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, recevoir l'intégralité du dossier d'instruction. Le dossier pénal n'avait pas été communiqué au rapporteur dans son intégralité. En outre, il existait un lien direct entre les faits dont le Conseil était saisi et l'information pénale qui portait sur la participation déterminante de personnes physiques à des pratiques anticoncurrentielles, sur le fondement de l'article 17 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu L. 420-6 du Code de commerce). Enfin, le rapporteur avait transmis aux parties l'ensemble des éléments et documents communiqués par le juge lors des deux notifications de griefs et du rapport et, en ces trois occasions, il avait indiqué les documents extraits de la procédure pénale sur lesquels il appuyait ses griefs. Comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 janvier 2007 (SA Le Foll), « *la communication de certaines pièces du dossier d'instruction, obtenues conformément aux dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce, n'a de toute façon pas fait grief aux [sociétés], qui n'avaient acquis la qualité de partie qu'à compter de la notification des griefs, en observant, notamment, que les griefs retenus par le rapporteur sont fondés sur des pièces dont il a été dressé un inventaire, qui ont été citées, versées au dossier, proposées à la consultation et soumises à la contradiction des [entreprises], qui disposaient alors de la faculté de produire tous éléments à décharge* » (voir en ce sens, 06-D-07 *bis*).

Auteur de la transmission

Dans la même décision, le Conseil a écarté le moyen par lequel il était prétendu que le dossier d'instruction avait été transmis par le ministère public en violation des dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce qui réserve cette transmission au seul juge d'instruction. Le rapporteur général avait bien adressé sa demande au juge d'instruction. Si les pièces demandées avaient effectivement été transmises par le parquet, la lettre de transmission du procureur était accompagnée d'un soit-transmis émanant du juge d'instruction et revêtu de son timbre qui attestait que la transmission des pièces au vice-procureur pour remise au Conseil de la concurrence était intervenue à la demande du juge d'instruction, conformément aux dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce.

Liens informels entre le rapporteur et le juge d'instruction

Dans la même décision, le Conseil a écarté le moyen par lequel étaient contestés, comme contraires aux articles L. 462-3, L. 462-6 et L. 463-5 du Code de

commerce et violant le principe de loyauté de l'instruction découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les contacts informels intervenus entre le rapporteur et le magistrat instructeur. Aucun texte légal n'interdit au rapporteur de s'entretenir avec le juge d'instruction, que cet entretien ait lieu à la demande du juge ou du rapporteur. En l'espèce, l'objet de ces entretiens était clairement identifié : « *se tenir mutuellement informés directement des informations qu'ils doivent conduire l'un et l'autre et de régler les problèmes qui pourraient se présenter* ». Enfin, les parties n'exposaient pas en quoi ces entretiens qui avaient eu pour but d'organiser la transmission des seuls éléments du dossier pénal nécessaires à la procédure devant le Conseil avaient pu leur faire grief, étant rappelé qu'elles avaient pu consulter l'ensemble des éléments réunis dans le dossier du Conseil (voir aussi sur ces questions, 05-D-69).

» **Opposabilité du dossier pénal**

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a rappelé les conditions selon lesquelles les pièces tirées du dossier pénal sont opposables aux parties lors d'une procédure devant le Conseil (voir en ce sens, 06-D-07 *bis*).

L'article L. 463-5 du Code de commerce prévoit que la juridiction d'instruction peut transmettre au Conseil de la concurrence des procès-verbaux établis, sous l'empire du Code de procédure pénale par le juge d'instruction, les officiers de police judiciaire ou les agents de la DGCCRF spécialement habilités. L'article L. 463-5 du Code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées au Conseil. Ces pièces peuvent donc fonder les griefs de la même façon que les pièces issues d'une enquête administrative. De même que le rapporteur peut fonder son analyse des griefs sur le rapport d'enquête administrative qui lui est transmis par le ministre chargé de l'Économie sans procéder lui-même à des actes d'instruction, il peut procéder à cette analyse à partir des documents et pièces de la procédure pénale qui lui ont été communiqués et qui sont de nature à caractériser les griefs, sans procéder à des actes d'investigation complémentaires, s'il estime les poursuites suffisamment fondées par ces documents et pièces. Le dossier de la procédure devant le Conseil peut donc n'être constitué que par les seuls documents et pièces transmis par le juge d'instruction, dès lors qu'il est ouvert à la consultation des parties qui sont appelées à en discuter le contenu en présentant leurs propres moyens et pièces. Ces documents et pièces extraits de la procédure pénale sont nécessairement des copies, l'original figurant au dossier de l'information pénale (cf. 06-D-07, 95-D-86, 99-D-50, 05-D-59 et cour d'appel de Paris 28 janvier 1997).

L'utilisation d'une pièce issue d'une procédure pénale dans une procédure de concurrence a été contestée devant le juge communautaire, au motif que les garanties procédurales prévues par le droit communautaire et surtout le principe de non-auto-incrimination (cf. arrêt *Orkem/Commission*), ne seraient pas assurés dans les procédures pénales où la personne entendue ne peut refuser de répondre aux interrogations. Dans un arrêt du 27 septembre 2006 (*Archer Daniels Midland Co*), le Tribunal de première instance des communautés européennes a jugé que la Commission avait pu utiliser, pour établir le rôle de meneur d'une société dans une entente, les

déclarations du responsable de cette société devant le FBI dans le cadre d'une procédure pénale, qui lui avaient été communiquées par une autre partie. Il a souligné que la Commission peut utiliser des pièces provenant d'autres juridictions dans sa propre procédure sous réserve qu'elle vérifie que la pièce a été recueillie régulièrement et a été soumise au contradictoire dans sa procédure.

Au surplus, l'article L. 420-6 du Code de commerce punit pénalement les personnes physiques qui prennent « *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* ». Pour caractériser l'incrimination de l'article L. 420-6, il faut donc démontrer la participation à une entente ou un abus de position dominante selon les cas. En l'espèce, les personnes physiques entendues dans la procédure pénale ne pouvaient donc se méprendre sur l'objet de leur audition.

Enfin, les constatations effectuées dans le rapport d'enquête, établies sur commission rogatoire par la DNEC, font foi jusqu'à preuve contraire.

La durée de la procédure (justification de la longueur de la procédure, obligation pour les parties de conserver leurs documents commerciaux, incidence d'une longueur excessive de la procédure)

Dans la décision **07-D-08** relative au secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, la durée de la procédure a été justifiée par le nombre important de griefs notifiés concernant à la fois des ententes et des abus de position dominante collective et dénonçant des pratiques proches mais distinctes. Le Conseil a précisé, par ailleurs, que la durée de prescription de trois ans prévue par le Code de commerce dans sa version applicable en l'espèce pour la procédure de concurrence n'est en rien assimilable à un délai préfixé à la procédure, auquel il serait astreint. De plus, au terme de l'article L. 110-4 du Code de commerce, les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent généralement par dix ans, de sorte que les entreprises se devaient de conserver leurs documents commerciaux, et en particulier leurs factures, au minimum pendant ce délai, afin de se prémunir d'un éventuel contentieux. Enfin, conformément à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (7 mars 2006, société Inéo), les entreprises ne sauraient attribuer la disparition de leurs factures à la durée de la procédure, dans la mesure où, ayant fait l'objet de visites et saisies, elles savaient que la procédure de concurrence était en cours et qu'elles devaient, par conséquent et à titre de prudence, conserver au-delà du temps minimum obligatoire, les pièces susceptibles de leur être utiles.

Dans la décision **07-D-15**, a été relevée la complexité incontestable du dossier, en raison, non seulement du nombre de marchés concernés et d'entreprises en cause, mais également des particularités de l'affaire, qui s'était articulée avec une procédure pénale portant, parmi d'autres incriminations, sur les mêmes pratiques anticoncurrentielles imputées aux personnes physiques, sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code pénal. En outre, les entreprises, dont les responsables avaient été poursuivis pour avoir pris une part personnelle et déterminante dans la conception et la mise en œuvre de l'entente à laquelle elles avaient elles-mêmes participé, ne pouvaient

ignorer l'existence d'une information pénale qui avait donné lieu à des interrogatoires et à des enquêtes : ces entreprises avaient par conséquent été en mesure de sauvegarder les preuves qui leur auraient permis de renverser les charges pesant contre elles. En l'absence de démonstration, par les parties, que la durée de l'instruction aurait fait obstacle de manière irrémédiable à l'exercice normal des droits de leur défense, la procédure ne pouvait être déclarée irrégulière du seul fait de sa durée.

Dans la décision **07-D-47**, le Conseil a admis que depuis le moment où les pratiques incriminées avaient été mises en œuvre, l'une des sociétés poursuivies avait profondément évolué dans sa structure d'exploitation comme dans sa propriété capitalistique. Toutefois, la personnalité juridique de cette entreprise, qui avait changé de dénomination, subsistait. En outre, elle ne pouvait se prévaloir de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 mars 2006 (société Inéo) pour soutenir que la longueur de la procédure l'avait privée des moyens de se défendre et demander, en conséquence, sa mise hors de cause. Certes, les griefs lui avaient été notifiés six ans après la dernière pratique imputée. Mais, dans cet intervalle, elle avait été informée des mesures d'enquête et avait pu présenter des observations aux enquêteurs, notamment lors de son audition le 12 septembre 2001. Sachant qu'une enquête administrative avait été diligentée et ayant elle-même fait l'objet d'une procédure de visite et saisie, il lui était loisible de garder les documents utiles à sa défense et de les transmettre, eu égard à leur importance, à son nouvel actionnaire. Une telle précaution semblait d'autant plus s'imposer que la société, contrairement à la société concernée par l'arrêt invoqué, avait obtenu plusieurs des marchés. Elle ne pouvait donc reprocher au Conseil une situation qui résultait de sa propre insuffisance dans la conservation de ses dossiers.

De même, une autre société ne pouvait non plus se prévaloir d'une durée de la procédure qui aurait compromis de manière irrémédiable l'exercice de ses droits : ses responsables avaient été entendus pendant l'enquête administrative, elle avait reçu après la saisine du Conseil une demande de renseignements du rapporteur et les griefs lui avaient été notifiés quelques mois plus tard.

Outre les décisions citées ci-dessus, la jurisprudence constante sur ces questions a été également rappelée dans les décisions **07-D-03**, **07-D-08**, **07-D-15**, **07-D-16**, **07-D-49** et **07-D-50**.

Secret de l'instruction et divulgation d'informations dans la presse

Dans la décision **07-D-50**, le Conseil a écarté la critique tirée de la violation du secret de l'instruction, de nature à porter atteinte à la présomption d'innocence, qui aurait résulté de la divulgation d'articles dans la presse. Les divulgations avaient eu lieu après l'envoi du rapport aux entreprises mises en cause et les informations divulguées figuraient dans ce document et les pièces annexées. Contrairement à ce qui était soutenu, les informations divulguées ne comportaient pas la date de la séance, mais une indication approximative inexacte. Enfin, la violation du secret professionnel est sanctionnée aux articles L. 226-13 et L. 226-14 du Code pénal d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros, et non par la nullité de la procédure. Ce n'est que dans l'hypothèse où les droits de la

défense seraient irrémédiablement affectés par une telle violation, ce qui n'était pas démontré en l'espèce, que la procédure en serait viciée.

Contradictoire, droits de la défense, égalité des armes, impartialité, loyauté, séparation des autorités d'instruction et de décision

Information des parties / Accès au dossier

■ Absence de pièces au dossier

Pièces ayant servi à fonder les griefs

Dans la décision **07-D-29**, le Conseil a constaté que, si des pièces relatives à la procédure de passation des marchés litigieux manquaient au dossier (dossier de consultation du marché, candidatures reçues, offres déposées, procès-verbal de réunion de la commission d'ouverture des offres, décision d'attribution du marché), les sociétés reconnaissaient cependant qu'y figuraient l'analyse des candidatures et le rapport de présentation du projet de marché. Ce dernier document, établi en application de l'article 75 du Code des marchés publics, comprenait une description détaillée du déroulement des différentes étapes du marché. Ainsi, toutes les pièces qui établissaient les pratiques litigieuses et sur lesquelles s'était fondé le rapporteur avaient pu être consultées par les parties intéressées et celles-ci avaient disposé d'un délai raisonnable pour exercer leur défense.

Dans la décision **07-D-50**, a été écarté le moyen par lequel était dénoncée l'absence au dossier de contrats ayant servi à fonder les griefs. En effet, s'il est vrai que la preuve de l'existence de pratiques anticoncurrentielles incombe au Conseil et non aux parties, il n'existe aucun texte traitant de la preuve devant le Conseil : la preuve peut donc être établie par tous moyens et la jurisprudence retient, outre la preuve directe, la preuve fondée sur l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants. En l'espèce, la preuve s'appuyait sur des tableaux, établis par les entreprises elles-mêmes, qui récapitulaient les stipulations des contrats. Après réception de ces renseignements, chaque fournisseur avait été auditionné afin qu'il puisse fournir toutes explications supplémentaires utiles sur les prestations décrites dans les tableaux récapitulatifs ou sur les contrats eux-mêmes lorsqu'ils avaient été transmis. De même, l'ensemble des distributeurs avaient été entendus afin de recueillir leurs explications orales sur ces conditions commerciales. L'ensemble des éléments recueillis figuraient au dossier soumis au contradictoire. Dans la mesure où les entreprises mises en cause avaient estimé que certains éléments des contrats eux-mêmes, parce qu'ils avaient été omis ou insuffisamment précisés dans le cadre de l'instruction, avaient été utiles à leur défense, il leur appartenait de les produire et de les utiliser, dans l'exercice de leur droit à produire des observations ou des mémoires en réponse.

Pièces non annexées à un courrier de communication ou à un procès-verbal

Dans la décision **07-D-29**, le Conseil a rejeté l'argumentation par laquelle il était soutenu que certaines pièces relatives à des marchés, annexées au dossier mais dépourvues d'un courrier de communication ou d'un procès-verbal,

devaient être écartées. Les sociétés invoquaient à cet égard l'appréciation faite par le Conseil dans sa décision 05-D-32 dans laquelle le Conseil avait considéré qu'il y avait lieu d'écarter du dossier un document dont l'origine et la communication régulière aux enquêteurs n'étaient pas établies. Toutefois, en l'espèce, la provenance des pièces en cause était connue. Ces pièces se rapportaient toutes aux marchés concernés par le dossier et leur provenance était connue. Les pièces avaient, de plus, été fournies par la victime des pratiques anticoncurrentielles dénoncées, de sorte que l'allégation selon laquelle les enquêteurs pourraient avoir excédé les pouvoirs qu'ils détenaient en vertu de l'article L. 450-3 du Code de commerce était dépourvue de pertinence. En tout état de cause, les pièces avaient été obtenues en vertu de l'article L. 450-7 du Code de commerce, selon lequel « *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.* » Il n'est pas prévu par le texte que cet accès doive répondre à une forme particulière, ainsi que l'a constaté la Cour de cassation : « *L'article 51 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aux termes duquel 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, ne subordonne pas l'exercice de ce droit par les enquêteurs à une forme particulière, pas plus qu'il n'interdit aux services concernés de leur communiquer spontanément tous documents susceptibles d'intéresser leur mission* » (26 janvier 1999, pourvoi n° 97-30113). De même, des documents administratifs peuvent être considérés comme figurant de façon licite dans un dossier d'enquête sans que leur réception fasse l'objet d'un procès-verbal, lorsqu'ils sont fournis par les services et établissements de l'État et des autres collectivités publiques (00-D-59).

Voir aussi *supra* « Origine de la demande d'enquête » (07-D-29).

Réponse à tous les arguments développés par les parties dans leurs observations

Selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire que le rapport réponde au détail de l'argumentation des parties, dès lors qu'il contient l'essentiel des considérations concernant les éléments soumis à la discussion contradictoire (en ce sens, CA de Paris, 24 janvier 2006, « Ordre des avocats au barreau de Marseille » et 4 avril 2006, « société Truffaut »).

Voir en ce sens, *infra*, 07-D-50 : « Impartialité du rapporteur/instruction à charge et à décharge/loyauté ».

Délais supplémentaires pour répondre aux griefs

Dans la décision 07-D-50, le Conseil a estimé que l'existence de circonstances exceptionnelles prévues à l'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce¹³ justifiant l'octroi aux parties d'un délai supplémentaire n'était pas démontrée. Il revient aux parties de démontrer quelles circonstances

13. « 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. »

exceptionnelles, propres à chacune d'elles, justifient l'octroi d'un délai supplémentaire. Or l'abondance des pièces, invoquée comme seul motif de cette demande, était liée au nombre des entreprises mises en cause, sans excéder notablement pour chacune d'elles le volume usuel des pièces nécessaires à l'examen d'une pratique d'entente. Quant aux motifs relatifs à la difficulté de la consultation du dossier *via* les CD-Rom ou dans les locaux du Conseil et à l'importance des charges pesant sur les sociétés, il n'était fait état d'aucune difficulté précise et spécifique à cette affaire. Une société indiquait que les responsables du secteur concerné à l'époque des faits litigieux ne faisaient plus partie du groupe. Le Conseil a observé qu'une telle situation n'était pas rare et que les autres sociétés également en cause étaient dans la même situation sans que cela les ait conduites à demander un délai supplémentaire. Par ailleurs, l'intéressée avait disposé du temps nécessaire pour retrouver les pièces et les documents propres à faciliter sa défense.

Le Conseil a rappelé que la confection et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification de griefs ne sont que des facilités supplémentaires offertes aux entreprises par le Conseil, les parties pouvant toujours venir consulter le dossier au Conseil (en ce sens, 06-D-04 *bis*).

L'existence de circonstances exceptionnelles justifiant un report de délai n'était donc pas démontrée en l'espèce.

Égalité des armes

» Délais supplémentaires accordés à certaines parties

Le reproche tiré de l'octroi d'un délai supplémentaire à certaines parties a été écarté dans la décision **07-D-03**. Les sociétés concernées, appartenant toutes au groupe LVMH, avaient fait l'objet de griefs individualisés dans la notification de griefs qui avait été adressée à leur service juridique commun. Cette même notification de griefs leur avait été ensuite adressée individuellement, leur donnant ainsi la possibilité d'adresser au Conseil des observations complémentaires à celles qu'elles avaient déjà envoyées en réponse au premier envoi de la notification de griefs, par la voie de leur conseil commun. L'octroi de ce délai supplémentaire n'avait pu faire grief aux autres parties, qui avaient disposé du délai légal pour présenter leurs observations en réponse à la notification de griefs et au rapport (voir aussi, en ce sens, 06-D-04 *bis*).

La même solution a été adoptée dans la décision **07-D-50**. Le Conseil a estimé que le fait que, après l'envoi de la notification de griefs à un groupe de sociétés, les filiales en avaient ensuite été destinataires et avaient produit des observations en réponse, ne nécessitait pas que les sociétés tierces à ce groupe, également mises en cause, soient également destinataires de ce second envoi. La communication de cette seconde notification de griefs, en tous points identiques à la précédente, n'était en rien utile à l'exercice de leurs droits de la défense : elle ne changeait rien à la nature des charges retenues contre les sociétés du groupe et les nouvelles observations de ces dernières, qui s'étaient substituées aux premières et dont le contenu était d'ailleurs identique, à l'exception de la question de l'imputabilité, avaient été annexées au rapport. Quant au délai supplémentaire dont

avaient bénéficié les filiales pour répondre aux griefs qui leur avaient été directement notifiés, il ne faisait pas grief aux autres sociétés en cause (en ce sens, cour d'appel de Paris, 26 juin 2007, société Guerlain).

» Renvoi à l'instruction concernant certaines parties

Dans la décision **07-D-03**, le Conseil a écarté le reproche qui lui était adressé, d'avoir, dans l'affaire concernant des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, renvoyé le dossier à l'instruction à l'égard de l'une des sociétés mises en cause en raison de difficultés liées à l'application des règles d'imputabilité. La société intéressée, Clarins, exposait que, n'étant pas partie à la séance du Conseil qui avait donné lieu à la décision de renvoi à l'instruction (*cf.* décision 06-D-04 *bis*), elle n'avait pu faire valoir ses arguments et que ce sursis à statuer l'avait placée dans une situation défavorable par rapport aux autres parties dans la mesure où elle n'aurait pas disposé du même délai pour sa défense, la notification de griefs adressée à Clarins SA étant différente de celle reçue par Clarins France. Mais les décisions de sursis à statuer prévues par l'article 33 de l'ancien décret du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce ne sont pas susceptibles de recours. Les droits de la société n'avaient pas été méconnus : elle n'avait pas subi de traitement discriminatoire du fait de la décision de sursis à statuer qui avait permis de lui imputer les griefs dirigés à tort contre sa filiale, ce qu'elle n'avait pu ignorer, et de la soumettre à une seconde procédure respectant à nouveau le principe du contradictoire.

Impartialité / Loyauté

» Impartialité du rapporteur / Instruction à charge et à décharge / Loyauté

Participation d'un même rapporteur à plusieurs procédures dans la même affaire (instruction d'une affaire classée, saisine d'office, instruction au fond de la saisine d'office)

Dans la décision **07-D-03**, le Conseil a écarté le moyen tiré de la partialité du rapporteur résultant de ce que ce dernier avait participé successivement à l'instruction d'une procédure antérieure concernant le même secteur et ayant abouti à un classement, puis au délibéré d'une décision de saisine d'office, et enfin à l'instruction de l'affaire ayant conduit à la décision au fond. En effet, la présence successive d'un rapporteur au délibéré d'une saisine d'office, puis à l'instruction au fond de l'affaire a été validée par la cour d'appel de Paris (27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit agricole¹⁴). Par ailleurs, le Conseil a estimé que le fait que le même rapporteur ait instruit l'affaire classée et ait été ultérieurement désigné pour instruire

¹⁴. Pour la cour d'appel, la décision par laquelle le Conseil se saisit d'office a « pour seul objet d'ouvrir la procédure devant le Conseil de la concurrence afin que puissent être conduites les investigations pouvant servir de base à la notification ultérieure de griefs, sans qu'à ce stade aucun fait ne puisse être qualifié ni aucune pratique anticoncurrentielle imputée à quiconque », et aucun texte ne fait obstacle à ce que le Conseil demande à un rapporteur permanent de rassembler des éléments lui permettant d'apprécier l'intérêt qu'il pourrait y avoir à se saisir d'office de la situation de la concurrence dans un secteur déterminé et à ce que ce rapporteur présente des observations orales devant la commission permanente appelée à se prononcer sur ce point.

l'affaire à la suite de la saisine d'office n'était pas davantage contraire au principe d'impartialité, dès lors qu'aucune décision au fond n'avait été rendue dans la procédure initiale (voir aussi en ce sens, 06-D-04 *bis*).

Instruction à charge / Déloyauté dans la conduite de l'instruction

Dans la décision **07-D-08**, le Conseil a repoussé le moyen tiré de la partialité du rapporteur, accusé d'avoir instruit à charge. Il a rappelé la jurisprudence constante (notamment, Cour de cassation, 26 novembre 2003, TF1) selon laquelle « *l'audition de témoins est une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou du Conseil de la concurrence, eu égard au contenu du dossier* ».

Plusieurs moyens tirés du manquement par le rapporteur à son devoir d'impartialité ont été écartés dans la décision **07-D-09**. Il était reproché au rapporteur d'avoir envoyé une première demande d'enquête à la DGCCRF avant la notification de la décision du Conseil statuant sur les mesures conservatoires demandées. En effet, dans la mesure où le Conseil était régulièrement saisi d'une plainte sur le fond, aucun texte ni aucun principe n'interdisaient au rapporteur, régulièrement nommé pour instruire cette saisine au fond, de rédiger et de transmettre à la DGCCRF une demande d'enquête, sans attendre la notification de la décision du Conseil sur la demande de mesures conservatoires. Était par ailleurs dénoncé le fait que le rapporteur se serait écarté des conclusions du rapport d'enquête sur plusieurs points qui auraient été favorables à l'entreprise en cause. Mais le rapporteur n'est nullement tenu par les positions prises par le rapport d'enquête, dès lors que les pièces sur lesquelles il se fonde sont soumises au débat contradictoire, dans des conditions permettant à l'entreprise d'exercer ses droits de la défense. Était également critiquée l'intervention – à la demande du rapporteur, pour donner un avis sur une étude citée par la société mise en cause – d'un économiste tiers à la procédure et dont la partialité aurait résulté de ses publications antérieures sur le secteur concerné. Toutefois, il n'était pas démontré en quoi cet économiste, dont le travail s'était limité à donner un avis sur une étude publique, sans commenter en aucune manière les pièces du dossier auxquelles il n'avait pas eu accès, se serait immiscé dans la procédure. Cette contestation était d'autant moins recevable que la société en cause avait insisté elle-même sur la disponibilité publique de ce document non lié au dossier pour en minimiser la portée.

Dans la décision **07-D-49**, le Conseil, pour écarter le grief tiré d'une instruction menée à charge, a rappelé que, selon une jurisprudence constante, le rapporteur fonde la notification de griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé et dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations. Le fait que la notification de griefs puis le rapport n'aient pas cité tous les faits et documents qui n'ont pas été retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles ne peut faire grief aux entreprises dès lors que celles-ci ont eu accès à l'ensemble de la procédure. Il ne pouvait être soutenu, par ailleurs, que le rapporteur avait dénaturé les documents ou déclarations figurant au dossier, dès lors qu'il était admis que ceux-ci étaient sujets à interprétation et que les parties avaient pu faire valoir, tout au long de la procédure, leurs moyens de défense sur l'interprétation qui en était donnée par le rapporteur, le Conseil

étant en mesure par la suite de faire un nouvel examen des éléments de preuve ainsi produits (cf. 06-D-09).

La même solution a été reprise dans la décision **07-D-50**.

Impartialité du Conseil

Renvoi à l'instruction pour certaines entreprises et procès équitable

Dans la décision **07-D-03**, le Conseil a écarté le moyen par lequel la société Clarins SA soutenait que le fait qu'elle soit poursuivie, à l'issue d'un renvoi à l'instruction, devant le Conseil qui s'était déjà prononcé sur l'affaire en prononçant des sanctions à l'encontre des autres entreprises mises en cause (cf. décision 06-D-04 *bis*) constituerait une atteinte grave au principe du droit à un procès équitable. Mais, l'article 33 de l'ancien décret du 30 avril 2002 dispose que : « *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* ». Le Conseil dispose donc de la faculté de renvoyer à l'instruction une partie seulement de l'affaire, ce qui signifie qu'il dispose aussi de la faculté de se prononcer sur l'autre partie de l'affaire renvoyée à l'instruction. Le principe d'impartialité ne s'oppose pas à ce que le même juge connaisse d'une affaire avant le jugement au fond de celle-ci à condition que ce faisant, il ne se soit pas forgé une opinion sur la solution à apporter à cette affaire (Cour de cassation, 9 octobre 2001, Unibéton). Or, en l'espèce, en prenant la décision de surseoir à statuer sur les pratiques imputables à la marque Clarins en raison de l'incertitude pesant sur l'identité de la société du groupe qui devait être mise en cause, le Conseil n'avait pas procédé à un préjugement de la partie de la procédure qui avait fait l'objet d'un complément d'instruction. Au surplus, la seconde décision n'avait pas été rendue par la même formation.

Régularité des demandes d'enquête effectuées par le Conseil (commission permanente)

Dans la décision **07-D-15**, le Conseil a rejeté le moyen tiré de l'irrégularité des demandes d'enquêtes formulées par la commission permanente qui aurait, ce faisant, dépassé le cadre de simples actes d'instruction sommaires et violé le principe de séparation des instances d'instruction et de décision. En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, la mise en œuvre des visites et saisies pouvait être déclenchée par le ministre de l'Économie ou le Conseil de la concurrence (article 48 de l'ordonnance 86-1243 en vigueur à l'époque). Le Conseil prenait la décision de recourir à cette procédure en commission permanente, sur la base des orientations d'enquête fixées par le rapporteur. Dès lors qu'elle se bornait à permettre le déclenchement de la procédure de visites et saisies, à la demande du rapporteur, et à reprendre les orientations de l'enquête définies par celui-ci, la décision par laquelle la commission permanente décidait de recourir à l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, alors en vigueur, ne constituait pas une décision par laquelle le Conseil aurait été conduit, dans des conditions incompatibles avec les exigences inhérentes au droit à un procès équitable, à formuler une accusation ou encore à préjuger de l'affaire au fond (CA d'appel de Paris, 30 janvier 2007, SA Le Foll¹⁵, à propos

15. Confirmé par la Cour de cassation, 15 janvier 2008, société Colas Île-de-France Normandie.

des décisions de la commission permanente demandant communication de pièces au juge, sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce). Au demeurant, en l'espèce, aucun des membres du Conseil ayant siégé lors des commissions permanentes incriminées n'avait pris part au délibéré de la décision au fond.

Étendue de l'accès au dossier et du contradictoire dans les procédures d'engagements

Dans les décisions **07-D-45** et **07-D-46**, le Conseil a précisé l'étendue de l'accès au dossier et du contradictoire dans la procédure d'engagements en citant l'arrêt GIE Les Indépendants rendu le 6 novembre 2007 par la cour d'appel. Il résulte de cet arrêt que, lorsqu'est mise en œuvre la procédure d'engagements, au cours de laquelle il n'est pas procédé à la qualification des comportements au sens de l'article L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, ni *a fortiori* à la constatation d'une infraction aux mêmes dispositions, le contradictoire est assuré dès lors que les parties ont accès aux pièces qui renseignent sur la teneur des pratiques en cause, c'est-à-dire aux éléments qui fondent les préoccupations de concurrence qui leur sont adressées. Il s'agit, outre la saisine et ses annexes, de l'évaluation préliminaire et de l'ensemble des observations versées au dossier.

La cour d'appel a également considéré, dans le même arrêt, que le plaignant n'était pas fondé à demander la communication d'un rapport d'enquête dès lors qu'il ne résultait pas des éléments du dossier que les pièces litigieuses avaient été soumises au Conseil. La partie saisissante ne pouvait donc prétendre que le contradictoire n'avait pas été respecté au motif qu'elle n'avait pas obtenu communication du rapport d'enquête ou d'autres pièces qui, faute de revêtir une quelconque utilité pour la procédure d'engagements en cause et d'avoir, d'ailleurs, été opposés aux parties dans l'évaluation préliminaire, n'avaient pas été joints au dossier soumis au Conseil.

Secret professionnel (communications entre avocats et clients)

Le Conseil s'est prononcé, dans la décision **07-D-49**, sur l'application et l'étendue du secret professionnel couvrant les communications entre les avocats et leurs clients, reconnu notamment par la jurisprudence communautaire (CJCE, AM&S, aff. 155/79 du 18 mai 1982, ordonnances du TPICE, Hilti, aff. T-30/89 puis AKZO aff. T-125/03R du 30 octobre 2003), s'agissant, en l'espèce, de notes manuscrites, portant les noms et coordonnées de plusieurs avocats, qui avaient prétendument été prises à l'occasion de conversations téléphoniques avec l'un d'eux.

Le Conseil a observé que l'ensemble des notes prises étaient des réflexions personnelles de leur auteur, ainsi qu'il ressortait des déclarations de l'intéressé, et ne se présentaient pas comme la restitution d'indications données par des avocats.

Il a exposé qu'en droit national de la concurrence, l'article 66.5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques introduit par la loi n° 97308 du 7 avril 1997 dispose : *« En toutes matières que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou*

destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel». En droit communautaire de la concurrence, le président du Tribunal de première instance des communautés européennes a considéré dans une ordonnance du 4 avril 1990 (aff. T-30/89, Hilti, point 18) que « la protection des communications entre avocats et clients doit être considérée comme s'étendant également aux notes internes qui se bornent à reprendre le texte ou le contenu de ces communications ». Dans un arrêt du 17 septembre 2007, le Tribunal de première instance des communautés européennes a toutefois précisé que « compte tenu de sa finalité, le principe de protection accordée aux communications entre l'avocat et son client doit être regardé comme s'étendant aux documents préparatoires, même s'ils n'ont pas été échangés avec un avocat ou n'ont pas été créés pour être transmis matériellement à un avocat, dès lors qu'ils ont été élaborés exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat, dans le cadre de l'exercice des droits de la défense. En revanche, le simple fait qu'un document ait été l'objet de discussions avec un avocat ne saurait suffire à lui attribuer cette protection [...] ; il est nécessaire d'interpréter restrictivement la possibilité qu'un document préparatoire puisse être considéré comme protégé par la confidentialité. Il incombe à l'entreprise qui invoque cette protection la charge de prouver que les documents en cause ont été rédigés dans le seul but de demander un avis juridique à un avocat. Cela doit résulter de façon univoque du contenu des documents eux-mêmes ou du contexte dans lequel ces documents ont été préparés et trouvés » [soulignement ajouté]. Le TPICE a rejeté la demande, après avoir constaté que le document pour lequel le secret professionnel était demandé était un mémorandum dactylographié par le directeur général de la société sur lequel figuraient des annotations manuscrites qui se référaient à des contacts avec un avocat : or, selon le Tribunal, si le contenu du mémorandum avait fait l'objet d'une discussion téléphonique entre le dirigeant de la société et l'avocat, il n'était pas établi que ce mémorandum avait été élaboré dans le but – et *a fortiori* dans le but exclusif – de lui demander un avis juridique.

Le Conseil a estimé qu'en l'espèce, aucune violation du secret protégé n'était caractérisée. Au regard de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, aucune des notes manuscrites concernées n'était couverte par le secret professionnel car elles ne constituaient pas une communication entre un avocat et son client : l'un des documents mentionnait le projet du dirigeant de demander aux avocats mentionnés d'améliorer un projet de saisine du Conseil de la concurrence concernant une action étrangère à la procédure ; un autre faisait état des résultats d'une conversation téléphonique qu'il aurait eue avec son conseil en inscrivant les coordonnées d'un avocat en vue de l'organisation d'une conférence téléphonique dont l'objet serait de faire préciser les risques d'entente. Si ces notes renseignaient sur des démarches envisagées auprès d'avocats, elles ne donnaient aucune indication sur les échanges qui avaient pu avoir lieu entre la société et son avocat. Conformément à la jurisprudence communautaire précitée, ces notes qui étaient des réflexions personnelles et servaient d'aide-mémoire sur les actions à entreprendre, n'étaient pas des documents préparatoires

élaborés exclusivement aux fins de demander l'avis juridique d'un avocat, dans le cadre de la procédure qui était en cours.

Secret des affaires

Dans la décision **07-D-50**, le Conseil a écarté plusieurs moyens de nullité tirés de la violation du secret des affaires qui serait intervenue lors de la notification des griefs dans la mesure où y figuraient des « fourchettes », notamment de pourcentages de remises, alors qu'une occultation de ces données avait été demandée et acceptée par le président du Conseil.

La publication de fourchettes encadrant les données chiffrées pour lesquelles les entreprises ont demandé le bénéfice du secret des affaires est un procédé largement employé par les autorités de concurrence pour permettre une compréhension du dossier tout en respectant la confidentialité demandée. Alors que toutes les sociétés mises en cause étaient concernées par l'utilisation de ces fourchettes, une seule estimait que ses secrets d'affaires avaient été dévoilés. En tout état de cause, la sanction qui s'attache à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure, mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice, dans le cas où la communication de tels documents serait de nature à créer un préjudice direct et certain aux entreprises. Or, les faits remontaient aux années 2001, 2002, 2003 et 2004, période durant laquelle les relations contractuelles entre les parties, fournisseurs et distributeurs, étaient régies par la loi Galland, remplacée depuis par la loi Dutreil qui a refondu les conditions de transactions et des relations commerciales entre les fournisseurs et les distributeurs. En conséquence, les données concernées par le système de fourchettes critiqué présentaient un caractère obsolète. Au surplus, l'entreprise concernée ne démontrait ni même n'alléguait que la divulgation de secrets d'affaires aurait fait obstacle à l'exercice normal de son droit de se défendre.

Preuve des pratiques anticoncurrentielles

Principes concernant l'administration de la preuve en matière d'ententes anticoncurrentielles

Liberté de la preuve

La preuve de l'existence d'ententes anticoncurrentielles entre entreprises lors de marchés publics sur appels d'offres « *peut résulter le cas échéant d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* » (en ce sens, notamment, 01-D-17, 01-D-20 et 06-D-25) (**07-D-01**).

Valeur probante des indices

« *En droit de la concurrence, comme en droit pénal, la preuve est libre. À défaut de preuves directes d'une pratique anticoncurrentielle, la valeur probante d'un faisceau d'indices n'est pas exclue si, après recoupement,*

ils constituent un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes même si, pris isolément, ils n'auraient pas un caractère suffisamment probant» (07-D-36).

Dans la décision **07-D-48**, le Conseil a rappelé et mis en application plusieurs principes relatifs à l'administration de la preuve :

- pour apprécier la valeur probante d'une déclaration ou d'un document, il faut, en s'inspirant de ce que jugent les juridictions communautaires, *« en premier lieu vérifier la vraisemblance de l'information qui y est contenue. Il faut alors tenir compte, notamment, de l'origine du document, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et se demander si, d'après son contenu, il semble sensé et fiable »* (Tribunal de première instance des communautés européennes, 25 octobre 2005, groupe Danone, T 38/02) ; comme l'a relevé la Cour de cassation dans son arrêt du 8 décembre 1992 (chambre commerciale, arrêt n° 1894), c'est moins la valeur intrinsèque de chaque indice pris isolément qui est déterminante que la force de conviction que fait naître, à l'issue du débat contradictoire, la réunion de tous les indices (§ 186) ;
- le caractère unilatéral d'un document saisi n'enlève rien à sa valeur d'indice (voir notamment cour d'appel de Paris, 27 novembre 2001, CNCA, confirmant la décision 00-D-28 ; décision 05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile) (§ 188) ;
- un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable aux entreprises qui y sont mentionnées, et peut être utilisé comme preuve ou, par le rapprochement avec d'autres indices graves, précis et concordants, comme élément d'une concertation (notamment, cour d'appel de Paris 26 novembre 2003, société Préfall) (§ 189, 238) ;
- *« pour qu'une infraction aux règles de concurrence du traité CE puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibéré, il suffit que l'entreprise n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet de restreindre la concurrence »* (TPICE, 27 juillet 2005, aff. T-49/02) (§ 229).

Justification par les entreprises du comportement rationnel autonome

Dans la décision **07-D-49**, le Conseil a rappelé que la justification par les entreprises d'un comportement rationnel autonome – en l'espèce, la justification du refus de plusieurs entreprises de répondre à un appel d'offres – ne vaut que si ce dernier n'est pas simplement présumé, mais est effectivement établi en cohérence avec les éléments factuels du dossier. Ainsi que l'a jugé la Cour de justice, lorsque les parties mises en cause souhaitent renverser le faisceau d'indices réuni par l'autorité de concurrence, elles doivent fournir une meilleure explication de leur comportement que celle qui résulte de l'existence d'une concertation : *« Lorsque la Commission a réuni des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la conviction que le comportement de plusieurs entreprises ne s'explique que par l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée, c'est aux entreprises concernées d'établir que leur comportement peut recevoir une explication satisfaisante ne faisant pas intervenir une telle violation*

des obligations que leur impose l'article 81 § 1 [85§ 1] du traité» (CJCE, 24 octobre 1991, Atochem).

Rôle du saisissant dans la charge de la preuve

Dans la décision **07-D-25**, il a été rappelé que le principe de la saisine *in rem* du Conseil ne dispense pas le saisissant de l'obligation de spécifier les faits qu'il soumet à l'appréciation du Conseil (cf. CA de Paris, 4 mai 2004, CNPA). En l'espèce, les pratiques dénoncées avaient trait aux relations entre des constructeurs de motocycles et leurs distributeurs. L'instruction pouvait donc aisément porter sur le contenu des stipulations contractuelles applicables à ces relations. Mais s'agissant de l'application concrète de ces dispositions ou de comportements s'inscrivant en marge de celles-ci, il appartenait au saisissant de fournir des exemples précis de nature à étayer ses allégations, à défaut de quoi les services d'enquête et d'instruction ne pouvaient pas procéder aux investigations appropriées, faute de savoir, en l'espèce, quels concessionnaires auraient été victimes des pratiques alléguées. Or, le saisissant n'avait pas apporté d'éléments suffisamment précis dans ses saisines, ou ultérieurement, qui auraient orienté les services d'enquête vers des cas concrets illustrant ses allégations. Le Conseil a rappelé également qu'en vertu des articles L. 450-1 et L. 450-6 du Code de commerce, le rapporteur était maître de la conduite des investigations et appréciait librement l'opportunité des mesures à mettre en œuvre (notamment, CA de Paris, 23 janvier 2007, Pharmalab). Le Conseil a estimé qu'en l'espèce, l'instruction était suffisante pour qu'il se prononce sur la saisine.

Voir aussi, en ce sens, **07-D-39**.

Imputabilité des pratiques

Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques

Dans le cas de transformations intervenues dans la structure d'exploitation des entreprises ayant pris part à des pratiques anticoncurrentielles, le Conseil de la concurrence, suivant en cela les solutions de la jurisprudence communautaire¹⁶ qui ont été reprises par les juridictions nationales de contrôle, a dégagé les principes applicables en matière d'imputabilité de pratiques anticoncurrentielles :

- la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit d'abord la personne morale : en conséquence, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre les pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit en assumer la responsabilité, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à leur commission sont cédés à une tierce personne ;
- en revanche, lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées

16. Notamment, l'arrêt du TPICE, Enichem Anic Spa, du 17 décembre 1991.

- à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques;
- enfin, si aucune autre personne n'a reçu transmission de ses droits et obligations, les pratiques sont imputées à l'entreprise qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle (07-D-15; 07-D-11; 07-D-47 et 07-D-48).

Ces principes ont été rappelés dans la décision 07-D-15 : « Il ressort d'une jurisprudence constante, notamment de celle issue de l'arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes, *Enichem Anic Spa*, du 17 décembre 1991, que les griefs doivent être imputés à la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise sauf si, entre le moment où l'infraction a été commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement; ce n'est que dans ce dernier cas qu'il convient de localiser, dans un premier temps l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier dans un second temps la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble; la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit la personne morale et, tant que la personne morale qui a mis en œuvre les pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne ».

Ces principes ont été mis en application à plusieurs reprises, dans plusieurs décisions.

Cession de l'activité à l'origine des pratiques

Voir décision 07-D-03.

Transformation de l'entreprise

Voir décision 07-D-01.

Dans la décision 07-D-11, le Conseil a considéré que devaient être mises hors de cause deux sociétés qui étaient à l'origine des pratiques incriminées, mais qui avaient postérieurement été absorbées.

En cas de fusion-absorption de la personne morale qui a mis en œuvre les pratiques, celles-ci doivent être imputées à la société qui succède, sur le plan juridique, à la société auteur des pratiques, c'est-à-dire la société absorbante, ce principe s'appliquant même si la société absorbante a cédé à une troisième société la branche d'activité concernée par les pratiques (07-D-11 et 07-D-47).

Dans la décision 07-D-15, le Conseil a fait application de ces principes à l'égard de neuf sociétés pour lesquelles la personne morale avait cessé d'exister à la suite de fusion-absorption, de transmission universelle de leur patrimoine ou de confusions de patrimoines.

Le fait qu'une entreprise ait fait l'apport de l'ensemble des activités à l'origine des pratiques à une tierce entreprise et soit devenue une « coquille

vide» sous une autre dénomination est sans effet sur l'imputabilité des pratiques dans la mesure où elle n'a pas cessé d'exister : elle est susceptible de se voir imputer les pratiques alléguées. Le fait qu'une entreprise ait changé de dénomination entre la rédaction du rapport et la séance est sans effet sur l'imputabilité des pratiques : il doit seulement en être tenu compte dans le dispositif de la décision (07-D-15).

Voir 07-D-47 pour imputation des griefs à l'entreprise qui assure la continuité juridique de la société auteur des pratiques.

Voir 07-D-48 pour imputation des griefs à l'entreprise qui, ayant absorbé les deux entreprises auteurs des pratiques, a été cédée, pour la totalité de ses actions, à une société tierce.

Modification de la dénomination sociale

Le changement de dénomination ne modifie pas l'imputation des pratiques (voir 07-D-11 ; 07-D-15 et 07-D-47).

Imputabilité des pratiques à un GIE

Dans la décision 07-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, le Conseil a imputé des pratiques d'entente au GIE groupement Logistique Ciments Haute-Corse. Celui-ci soutenait que, créé sous l'égide des pouvoirs publics, son objet se limitait à l'exploitation d'un outillage public et ne tendait nullement à la réalisation d'une marge commerciale de sorte qu'il ne constituait qu'un « écran » logistique, dénué de toute fonction commerciale, incapable de ce fait d'être impliqué dans une pratique anticoncurrentielle sur le marché concerné. Il faisait valoir par ailleurs, qu'il ne réalisait pas d'actes d'achat de ciment pour revente et réclamait, à son profit, l'application de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 décembre 2001 (Gamm Vert) dans lequel, selon le GIE, tout grief à l'encontre d'un franchiséur avait été écarté, au motif que ce dernier n'avait pas lui-même effectivement acheté et revendu du produit et qu'il ne distribuait pas le produit sur le marché en cause.

Mais, au terme de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les dispositions du droit de la concurrence « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services ». Or, en vertu du contrat constitutif du GIE, ce dernier constituait un regroupement d'entreprises exerçant « une activité de négoce de distribution de matériaux de construction » et avait pour objet « l'exploitation logistique des installations de réception et de distribution du ciment pour le port de Bastia », en contrepartie d'une rémunération versée par ses membres, de sorte que le GIE exerçait bien une activité de distribution et de services auprès de ses membres. La circonstance que le GIE ait été créé « sous l'égide des pouvoirs publics », ne pouvait faire obstacle à la notification de griefs d'ententes anticoncurrentielles, le Conseil de la concurrence considérant, au contraire, que 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. Par ailleurs, le GIE bénéficiait d'un mandat spécifique pour l'exploitation exclusive des

installations de ciment du port de Bastia. Assumant les risques afférents à l'activité sous mandat, le GIE mandataire constituait une entité distincte de ses mandants. Il n'était donc pas un simple « *écran* » (TPICE, 15 septembre 2005, Daimler Chrysler, T-325/01, § 85 et ss). Enfin, la circonstance que le GIE ne vende pas de ciment directement, et procède aux ordres d'achat des négociants auprès des producteurs Lafarge et Vicat, était indifférente et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 décembre 2001 non pertinent, car les circonstances de l'espèce étaient totalement différentes : en effet, le GIE était poursuivi pour s'être entendu avec Lafarge et Vicat afin de lier ses membres par une clause d'approvisionnement exclusif, la preuve de son accord de volonté résultant de la signature de la convention comportant cette clause. Dans l'arrêt cité, la cour avait jugé que la participation de Gamm Vert à une entente sur des prix n'était pas démontrée en l'absence de preuves contractuelles, car cette centrale d'achat, qui ne pratiquait pas d'achat pour revente, n'avait pas fait respecter les prix par ses adhérents et n'y avait aucun intérêt personnel.

Imputabilité de pratiques à des groupements professionnels

Dans la décision **07-D-16**, le Conseil a maintenu l'imputation d'un grief à une commission interprofessionnelle dénuée de personnalité juridique. Les griefs avaient été adressés aux organisations professionnelles participant à la commission : ces organisations avaient ainsi été mises à même de répondre et l'avaient d'ailleurs fait. En outre, le grief visait la commission interprofessionnelle car elle apparaissait constituer le lieu de la concertation entre les organisations professionnelles.

En revanche, le Conseil a admis qu'un grief avait été notifié à tort à deux GIE alors que ces groupements n'étaient pas responsables des pratiques en cause, dont ils n'étaient que le support juridique. En effet, les pratiques en cause concernaient avant tout d'éventuelles restrictions de concurrence entre les membres des GIE eux-mêmes qui, eu égard aux caractéristiques des marchés en cause, n'avaient pas d'impact sur les acheteurs qui s'adressaient à ces GIE.

Enfin, le Conseil a imputé un grief à une coopérative agricole, qui n'en avait pas été destinataire, mais qui venait aux droits d'une première coopérative à laquelle le grief avait été notifié. En outre, le grief était parvenu, en fait, à la coopérative en cause qui avait indiqué elle-même qu'elle venait aux droits de l'autre établissement. Elle avait fait valoir ses droits en répondant au grief sans soutenir que la notification du grief à l'autre établissement avait gêné sa défense. Le rapport lui avait été notifié et elle y avait répondu.

Imputabilité de pratiques à une centrale de référencement

Dans la décision **07-D-50** relative au secteur de la distribution des jouets, le Conseil a imputé les pratiques de prix imposés en cause à une centrale de référencement, société anonyme coopérative détenue à 100 % par des associés coopérateurs, commerçants détaillants, personnes physiques ou morales, dont les points de vente à l'enseigne JouéClub mis en cause. Cette société intervenait en qualité de centrale de référencement pour

les magasins indépendants à l'enseigne JouéClub. À ce titre, elle était en charge du référencement des fournisseurs, de la sélection des produits, de la négociation des conditions commerciales avec les fournisseurs, de la centralisation et garantie des paiements, de la politique publicitaire (dont la conception et l'impression des catalogues), de la gestion de la marque, et de la présentation des points de vente. L'intéressée faisait valoir qu'elle n'intervenait pas dans les relations d'achat-vente des produits, intervenant en qualité de simple courtier non partie au contrat se formant entre les fournisseurs et les clients, quand bien même lesdits clients seraient ses adhérents et actionnaires.

Mais le Conseil a considéré que la centrale, qui avait connaissance des prix évoqués par les fournisseurs, avait pris une part active à la police des prix mise en place par ces derniers. En outre, en tant que responsable des catalogues, c'est elle qui fixait les prix dont une application significative avait été vérifiée. C'était donc sur elle que reposait la responsabilité des faits. À l'inverse, les éléments présents au dossier ne permettaient pas de déterminer quelle était la responsabilité des magasins membres du réseau JouéClub, coopérateurs propriétaires de la centrale dans les agissements de cette dernière. En conséquence, ces magasins ont été mis hors de cause.

1 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, c'est-à-dire sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés et d'autre part, les effets des pratiques mises en œuvre (07-D-09). Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions.

Le Conseil a donné, dans ses rapports précédents, la définition suivante du marché pertinent : « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* » (07-D-06, 07-D-09).

La délimitation du marché pertinent doit donc 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.

Cette définition peut 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. Dès lors, le Conseil apprécie le marché dans sa situation contemporaine des pratiques.

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*.

Enfin, le Conseil a rappelé que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante, il suffit que le marché soit apprécié avec suffisamment de précision pour permettre d'apprécier les effets des pratiques incriminées (07-D-41).

Le marché pertinent de produit ou de service

Le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite s'observant rarement, le Conseil considère que sont substituables et par conséquent se situent sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande (07-D-44).

La substituabilité du point de vue des demandeurs

Si la substituabilité de différents biens ou services entre eux se mesure, en principe, au moyen des élasticités-prix croisées de ces différents biens ou services, la mesure précise de ces élasticités n'est pas disponible pour la plupart des biens ou services. Le Conseil les apprécie donc de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution), l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause. L'analyse des marchés pertinents est donc souvent complexe et suppose de croiser plusieurs critères d'analyse (faisceau d'indices). Ainsi par exemple, dans sa décision 07-D-13, le Conseil a observé que la détermination des marchés pertinents dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent suppose de croiser plusieurs critères relatifs à la demande (fret

et passagers), à la saisonnalité (haute et basse saison), à la substituabilité géographique et aux conditions de concurrence (existence ou non d'une délégation de service public). De même, dans sa décision **07-D-39**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport de personnes sur la route Paris-Londres, le Conseil a rappelé que la question de la substituabilité entre les modes de transport (aérien, ferroviaire) est appréciée au cas par cas et dépend du type de passagers, de la distance ou de la durée des voyages, des fréquences disponibles et des prix des voyages.

L'identité et les caractéristiques des demandeurs

Les caractéristiques des demandeurs

Les marchés sont analysés en tenant compte de l'identité et du comportement des clients. Ces comportements peuvent différer d'un groupe de demandeurs à l'autre, modifiant ainsi les structures du marché.

Dans une décision relative à une demande de mesures conservatoires de la société KalibraXE, le Conseil a distingué l'existence d'un marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles et ayant effectivement exercé leur éligibilité (**07-MC-01**).

Ayant constaté, dans une décision **07-D-48** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, que la clientèle des entreprises mises en cause était essentiellement composée de salariés de sociétés multinationales implantées en France, le Conseil en a déduit que le marché concerné par les pratiques était celui des services de déménagement national et international de domiciles au départ et à destination de la France (**07-D-48**).

Le Conseil a également considéré que le marché de la fourniture d'orthoprotèses devait être segmenté en tenant compte des caractéristiques du patient. Il a en effet observé que la demande d'orthoprotèses différait selon que le patient était hospitalisé ou non : dans le premier cas, c'est l'hôpital qui prévoit directement la mise en place d'une orthoprotèse, alors que dans l'autre cas, c'est le praticien de ville qui, en accord avec le patient, va décider de l'appareil à installer (**07-D-05**).

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des examens anatomo-cyto-pathologiques, le Conseil a considéré qu'il convenait de segmenter cette activité en fonction de la destination des examens en médecine de ville ou à l'hôpital. En effet, dans le cas des demandes de ville, le patient, sur prescription d'un médecin généraliste ou spécialiste, se met directement en relation avec le médecin choisi alors que les médecins travaillant pour les hôpitaux sont des prestataires de l'hôpital et fournissent un service externalisé aux patients hospitalisés, dans le cadre du fonctionnement global du centre hospitalier (**07-D-41**).

Enfin, le Conseil a estimé que l'accès à internet haut débit pour la clientèle résidentielle se distinguait de l'accès à l'internet à haut débit pour la clientèle professionnelle, ces deux catégories de clientèles ayant des besoins spécifiques (**07-D-33**).

» Distinction entre marché amont et marché aval

L'existence de groupes distincts de demandeurs est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Dans son examen de pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, le Conseil a ainsi distingué deux marchés pertinents : celui de la vente des chèques-cinéma où sont en présence les émetteurs de chèques et les organismes intermédiaires qui les achètent ; et le marché de l'agrément des établissements de cinéma où interviennent les émetteurs de chèques-cinéma et les exploitants de salle **(07-D-12)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes, le Conseil a distingué le marché amont, mettant en présence les distributeurs de films et les exploitants de salles de cinéma, du marché aval de l'exploitation des salles de cinéma **(07-D-44)**.

De même, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne sur la station de ski Pra-Loup, le Conseil a considéré qu'il convenait de distinguer le marché de la vente, en amont, par les concessionnaires de remontées mécaniques, des tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques aux différentes catégories de professionnels du tourisme, et un marché aval, de la revente de ces titres de transport, par les professionnels du tourisme à des particuliers, des groupes ou des tour-opérateurs, dans le cadre de forfaits touristiques **(07-D-14)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques, le Conseil a distingué le marché de l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs par les laboratoires, du marché de l'approvisionnement des officines par les grossistes-répartiteurs **(07-D-22)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique, le Conseil a distingué le marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision, sur lequel sont en relation les diffuseurs techniques, du marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision qui met en relation les diffuseurs techniques et les éditeurs de chaînes ou les opérateurs de multiplexes **(07-D-30)**.

Le Conseil a également distingué le marché amont de la collecte des céréales auprès des agriculteurs, du marché aval de la commercialisation des céréales par les organismes collecteurs au niveau national et international **(07-D-16)**.

» Appels d'offres et marché pertinent

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 **(07-D-01 ; 07-D-02 ; 07-D-29 ; 07-MC-05 ; 07-D-36 ; 07-D-38)**. Mais le Conseil a apporté deux nuances à ce principe général.

En premier lieu, le Conseil a rappelé que, si plusieurs appels d'offres constituent des marchés pertinents différents, une entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés peut être sanctionnée si

elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts. Dans un arrêt du 14 janvier 2003, la cour d'appel de Paris avait ainsi estimé : « *Considérant que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître de l'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel; considérant que si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts.* » Des ententes peuvent donc être appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés. Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France, le Conseil a ainsi retenu que les marchés de travaux examinés présentaient la particularité d'être tous des commandes de la région, de porter sur des lycées et d'intéresser les entreprises du BTP de la région Île-de-France, et que cet ensemble de marchés constituait un marché pertinent au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce **(07-D-15)**.

En second lieu, le Conseil a rappelé que, s'agissant de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appels d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné **(07-D-38)**.

La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles

Les demandeurs peuvent considérer que différents biens ou services sont ou ne sont pas substituables entre eux, eu égard à la nature ou aux caractéristiques des biens et services concernés. Ces éléments sont en effet 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.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à internet haut débit, le Conseil a estimé qu'il convenait de retenir l'existence d'un marché de l'accès à internet haut débit toutes technologies, incluant le câble et l'ADSL, ces deux modalités d'accès à internet offrant en effet des fonctionnalités identiques **(07-D-33)**.

Dans une décision **07-D-06**, le Conseil a distingué le marché des consoles statiques de celui des consoles portables. Il a notamment relevé que ces deux types de consoles ont des capacités techniques différentes et que les consoles statiques connaissent un rythme d'innovation plus soutenu que celui des consoles portables.

S'agissant des spécialités pharmaceutiques, le Conseil a rappelé que la jurisprudence tant nationale que communautaire, considère que les possibilités de substitution entre les médicaments sont limitées par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives, qui dépendent elles-mêmes des propriétés pharmacologiques des produits, mais aussi par l'avis des médecins prescripteurs, ainsi que par d'éventuels écarts de prix. La Cour de cassation a ainsi approuvé, dans son arrêt « *Lilly France* » du 15 juin 1999, la cour d'appel de Paris qui avait considéré que « *l'interchangeabilité des médicaments ne dépend pas fondamentalement de leur identité physique ou chimique, mais de leur interchangeabilité fonctionnelle du point de vue du dispensateur, et donc, dans le cas des médicaments soumis à prescription, également du point de vue des médecins établis* ». Dans le même arrêt, la Cour de cassation a considéré que « *si, pour délimiter le marché de référence d'un médicament le troisième niveau [de la classification ATC] est utile, cette classification peut être trop étroite ou trop vaste pour certains médicaments* » (**07-MC-06**). D'autres critères tels que le prix, la qualité, les préférences des consommateurs ou d'autres caractéristiques clés peuvent également permettre de considérer que des produits ayant des visées thérapeutiques similaires appartiennent à des marchés distincts. Ainsi que le souligne la Commission européenne dans la décision Astra Zeneca du 15 juin 2005 : « *Bien que des produits distincts puissent se concurrencer dans une certaine mesure, un marché en cause dans les affaires de concurrence ne devrait inclure que les produits à même d'exercer une pression concurrentielle considérable sur le comportement d'une entreprise et d'empêcher celle-ci de se comporter indépendamment de toute pression concurrentielle effective* » (**07-D-09**).

Les modalités de distribution

Dans une décision **07-D-07** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, le Conseil a considéré qu'il existait bien un marché spécifique des produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique. Le Conseil souligne que le principal critère de différenciation des produits cosmétiques est leur mode de distribution. Il observe notamment que les niveaux moyens de prix observés dans les différents circuits de distribution (pharmacie, diffusion sélective, grande diffusion, vente directe) sont très différents et que le consommateur attribue à chaque circuit de distribution des qualités spécifiques. Le Conseil en a déduit qu'il existait bien un marché spécifique des produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique (**07-D-07**).

Pour mettre en évidence la singularité des chèques-cinéma comme mode de paiement, le Conseil a souligné la spécificité de leurs modes de distribution, uniquement à destination d'organismes intermédiaires (comités d'entreprises, entreprises ou associations) (**07-D-12**).

Enfin, le Conseil a rappelé qu'il existe un marché spécifique de la distribution de la presse au numéro par les messageries de presse (07-D-23).

Les différences de prix

Un écart de prix substantiel et durable entre différents produits peut être un indice de non-substituabilité entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché (07-D-09).

Ainsi, pour distinguer le marché des consoles statiques de celui des consoles portables, le Conseil, à l'instar de la Commission européenne, a observé qu'il existait une différence de prix importante entre ces deux produits (07-D-06).

Au-delà du simple examen de la différence de prix à un moment donné, l'analyse de l'évolution des prix de plusieurs produits sur une période donnée peut également fournir des indices de la substituabilité de ces produits entre eux. Ainsi le Conseil a-t-il relevé que la stabilité du prix de la console Gameboy dans un contexte de baisse des prix des consoles statiques de première génération indiquait qu'il existait une indépendance entre les prix des consoles portables et ceux des consoles fixes. En effet, si ces deux types de console avaient été substituables, la baisse des prix des consoles statiques aurait entraîné soit une baisse du nombre de consoles portables vendues, soit une baisse du prix de la console portable Gameboy. Et tel ne fut pas le cas en l'espèce. Cette indépendance des prix a conforté la conclusion de non-substituabilité entre ces deux types de console (07-D-06).

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. L'examen de l'environnement juridique est donc essentiel à la détermination des marchés pertinents.

Dans une affaire relative à la fourniture d'orthoprothèses, le Conseil a ainsi considéré que le marché devait être segmenté en tenant compte des modalités de financement organisées par les autorités publiques. Cette analyse a conduit le Conseil à distinguer entre les produits pour lesquels les prix étaient fixés par les autorités publiques et les autres, dont les prix étaient fixés soit directement sur devis par les orthoprothésistes soit en fonction des résultats des appels d'offres (07-D-05). Dans une décision relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté, le Conseil a estimé qu'en l'espèce les caractères et les conditions de production du Comté AOC tels qu'ils sont prévus par décret permettent de délimiter un marché du fromage de Comté d'appellation d'origine contrôlée. Le Conseil a néanmoins précisé qu'il ne pouvait être considéré que tout produit agricole ou denrée alimentaire bénéficiant d'une AOC pouvait constituer par principe un marché pertinent (07-D-10).

Dans son examen du marché pertinent, le Conseil peut tenir compte des analyses sectorielles réalisées par d'autres autorités administratives. Ainsi, dans son examen des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique, l'autorité a pris en compte les analyses de marché réalisées par l'ARCEP, le

CSA et le ministre de l'Économie dans le cadre du contrôle des concentrations (07-D-30). Néanmoins, de telles analyses n'ont pas pour effet de figer définitivement les contours du marché pertinent. Le Conseil a d'ailleurs rappelé que les analyses de marché en matière de concentrations revêtent nécessairement un caractère prospectif, alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, elles s'attachent à décrire un marché contemporain des pratiques. Il en résulte que l'analyse que mène le Conseil en matière d'abus de position dominante peut conduire à retenir des marchés plus étroits que ceux examinés par les autorités en charge du contrôle des concentrations à l'occasion des fusions qui leur sont notifiées (07-D-09).

La substituabilité de l'offre

Le Conseil s'appuie parfois sur des indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, lorsqu'ils confortent l'analyse faite dans un premier temps de la substituabilité de la demande.

Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produits 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 (07-D-14). 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.

En d'autres termes, le 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. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable (07-D-28; 07-D-33).

Dimension régionale ou locale

La zone de chalandise

La détermination des zones de chalandise est effectuée en tenant compte de plusieurs critères, tels que le 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 un élément central dans la détermination des zones de chalandise. Il est néanmoins constant qu'une relative porosité des bassins de chalandise n'empêche pas le droit de la concurrence de circonscrire des marchés de dimension locale. En effet, d'une manière générale, des marchés locaux limitrophes ne sont jamais complètement étanches, sauf dans

les cas où ils correspondent à un périmètre réglementaire qui interdit la migration de la demande.

L'urgence de la délivrance des produits concernés peut conduire les offreurs à s'établir à proximité de leurs acheteurs. La distance que doit parcourir un fournisseur pour approvisionner son client est parfois prise en compte par le Conseil qui délimite alors une zone de chalandise autour de l'acheteur. Dans une décision relative à la fourniture d'orthoprothèses, le Conseil a ainsi suggéré, sans toutefois se prononcer précisément sur cette question, que la zone géographique des différents marchés pouvait être limitée par la nécessité, pour les orthoprothésistes, de se trouver à une distance raisonnable des patients (07-D-05).

Dans une décision 07-D-16, le Conseil a constaté que la collecte de céréales nécessitait une certaine proximité entre le lieu de production et le silo du collecteur. Le Conseil en a déduit que la concurrence entre organismes collecteurs pour la collecte de céréales ne pouvait s'exercer qu'au niveau local (07-D-16).

Les particularités de la zone géographique

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à délimiter à un niveau local, le marché géographique pertinent.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, le Conseil a pris en compte les contraintes géographiques corses et la nécessité technique de se situer à proximité d'un port accueillant le déchargement de ciment pour segmenter géographiquement le marché autour de zones délimitées par le bassin des ports de Haute-Corse, d'Ajaccio, de Propriano et de Porto-Vecchio (07-D-08).

De même, le Conseil a rappelé que la délimitation géographique d'un marché de services portuaires est liée aux *hinterlands* des ports, qui peuvent être définis comme les zones d'influence économique, structurées et innervées par des axes de desserte terrestre des ports. En principe, deux ports dont les *hinterlands* pour un produit débarqué à leurs quais ne se recoupent pas ou se recoupent marginalement ne font pas partie du même marché géographique (07-D-28).

Dans le secteur des transports de personnes, les autorités de concurrence communautaires se sont prononcées à plusieurs reprises sur la délimitation des marchés. Elles ont retenu une approche point à point ou « *origine-destination* » selon laquelle toute combinaison de deux villes est considérée comme un marché pertinent, les consommateurs souhaitant se rendre d'un point d'origine à un point de destination et n'envisageant pas qu'une autre destination soit substituable (décision de la Commission européenne du 11 février 2004, affaire COMP/M. 3280 *Air France/KLM*, confirmée par l'arrêt du TPICE du 4 juillet 2006, affaire T-177/04; décision de la Commission européenne du 7 avril 2004, affaire COMP/38 284/D2 *Air France/Alitalia*; décision de la Commission européenne du 4 juillet 2005, affaire COMP/M. 3770 *Lufthansa/Swiss*). C'est l'approche retenue par le Conseil dans sa décision 07-D-39.

Dimension nationale

La dimension nationale du marché est retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national.

Dans son analyse du secteur de l'accès à l'internet haut débit, le Conseil a retenu l'existence d'un marché de détail de l'accès à l'internet haut débit, de dimension nationale. Pour délimiter géographiquement le marché pertinent, le Conseil a notamment observé que les fournisseurs d'accès à internet (FAI) opéraient sur une base nationale, que leur service s'adressait à la population résidant sur le territoire national avec des prix homogènes, et qu'ils étaient assujettis à une réglementation nationale (07-D-33).

Dans une décision 07-D-50, le Conseil a retenu que le marché de la distribution de jouets était de dimension nationale. Il a notamment observé qu'il existait une spécificité nationale dans la fixation des prix, dans la distribution et le marketing de ces produits (07-D-50).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des laits infantiles, le Conseil a observé que le marché global du lait infantile, s'il était national, ne l'était que par addition de marchés locaux (07-D-42).

Dans une décision relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie, le Conseil a estimé que la persistance de problèmes significatifs de congestion des interconnexions aux frontières, le caractère marginal des importations d'électricité et les spécificités tenant à l'exercice de l'éligibilité en France permettaient de considérer que les marchés de vente d'électricité étaient de dimension nationale (07-MC-04).

Le Conseil considère de manière constante que les marchés relatifs à la vente en officine de spécialités pharmaceutiques sont des marchés de dimension nationale (07-MC-06).

De même, le Conseil estime que le marché de la vente de médicaments, s'agissant de la vente au secteur hospitalier, est de dimension nationale (07-D-09).

Dimension européenne ou mondiale

Le marché pertinent peut également dépasser les frontières nationales.

Dans une décision relative à des pratiques observées sur le marché de la collecte et la commercialisation des céréales, le Conseil a considéré que le marché relatif à la commercialisation des céréales par les collecteurs était de dimension internationale. Il a en effet observé que les acheteurs étaient localisés dans le monde entier, et que les prix de vente des céréales françaises faisaient l'objet de cotations influencées par les cours de l'ensemble des places de vente de céréales (07-D-16).

1 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

188

Les ententes horizontales, qui sont nouées entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, 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'appels à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

En 2007, 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 les 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 de 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 à de multiples reprises 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 ou dissimulent 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 leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère.

Dans une décision **07-D-13** du 6 avril 2007, le Conseil a estimé que le groupement momentané des sociétés Compagnie méridionale de navigation (CMN) et Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) pour répondre à l'appel d'offres lancé pour le renouvellement de la délégation du service public de la desserte maritime de la Corse à partir de Marseille, ne constituait pas une entente anticoncurrentielle. Le Conseil relève en effet que compte tenu de la façon dont avait été organisé l'appel d'offres, qui exigeait des candidats le dépôt d'offres pour des lignes complètes, la CMN ne pouvait, avec ses seuls moyens, répondre que sur deux lignes secondaires de l'appel d'offres et non sur la totalité de l'appel d'offres. La SNCM avait, de son côté, besoin des navires de la CMN pour répondre à cet appel d'offres.

Le Conseil estime donc que l'association des deux entreprises correspondait à une complémentarité technique objectivement justifiée, qui augmentait leurs chances de succès dans l'appel d'offres organisé par la collectivité et améliorait le service rendu (plus grande souplesse, optimisation des mouvements de navires, meilleures garanties de continuité de service en cas de problèmes sociaux). Le Conseil ajoute que l'assèchement de la concurrence résultant de ce groupement résulte en réalité de la décision de la collectivité de choisir le 1^{er} mai 2007 comme date de mise en service de la nouvelle délégation, la société concurrente du groupement, Corsica Ferries, s'étant trouvée, à cette date, dans l'impossibilité de proposer une offre effective.

De même, dans une décision **07-D-34** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la restructuration de l'hôpital Saint-Léon à Bayonne, le Conseil a estimé justifié le groupement de deux entreprises lors d'un second appel d'offres, alors que ces entreprises avaient soumissionné séparément pour le même marché lors du premier appel d'offres déclaré infructueux. Le Conseil a relevé que les justifications économiques et techniques du groupement avancées par les sociétés en cause étaient plausibles et qu'en l'absence d'autres preuves, permettant de conclure à l'existence d'échanges d'informations avant le premier appel d'offres entre ces deux entreprises, l'objet anticoncurrentiel du groupement n'était pas démontré.

Le Conseil a également rejeté le grief de constitution anticoncurrentielle de groupements dans une décision **07-D-01** du 17 janvier 2007, pour les mêmes motifs.

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 des 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.

Aucune application de cette jurisprudence n'a été mise en évidence, cette année.

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.

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 problèmes 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 2007, le Conseil n'a pas sanctionné en tant que tel l'effet cumulatif de contrats identiques.

Il a, par la voie d'engagements, réglé des problèmes de restrictions verticales, dont la juxtaposition pouvait freiner la concurrence.

Les preuves des ententes prohibées

La distinction entre un simple parallélisme de comportement et une entente

Un simple parallélisme de comportement ne suffit pas à démontrer une entente.

Dans une décision **07-D-16** du 9 mai 2007, le Conseil a estimé que la communication unilatérale de ses prix de collecte de céréales par la coopérative Cérégrain à ses concurrents collecteurs de grains et l'alignement général des tarifs de ses concurrents sur ceux pratiqués par Cérégrain ne permettaient pas, en l'absence d'indices supplémentaires, d'établir avec certitude l'existence d'un accord de volontés anticoncurrentiel entre ces opérateurs. Selon le Conseil, *« aucun élément du dossier n'établit une concertation pour suivre les prix fixés par Cérégrain, ou ne fait même état de pressions exercées par Cérégrain pour contraindre ses concurrents à s'aligner sur ses prix »*.

Par contre, un parallélisme de comportement peut révéler un indice d'entente, qui sera alors démontrée par des preuves supplémentaires (voir décision **07-D-49** *infra*).

La démonstration de l'accord de volontés constitutif d'une entente

La démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volontés entre deux ou plusieurs entreprises.

Autonomie des entreprises

Dans une décision **07-D-12** du 28 mars 2007, le Conseil a estimé qu'en l'absence d'autonomie des filiales d'Europalaces par rapport à leur maison mère, aucune entente entre elles et Europalaces ne pouvait être sanctionnée.

Ententes verticales

Dans une décision **07-D-35** du 7 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sirona Dental Systems GmbH et ses distributeurs nationaux de matériels et équipements dentaires, le Conseil a rappelé qu'« en l'absence de contrat établissant un accord de volontés sur les clauses régissant le statut du distributeur dans un système de distribution sélective, la démonstration d'une entente doit obéir aux critères fixés par l'arrêt du 6 janvier 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure ».

e. a/Bayer AG (C-2/01P et C-3/01P, Rec. p. I-23), dans lequel la Cour de justice des communautés européennes a jugé que : " Pour qu'un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes " (paragraphe 102) ».

Faisant application de cette jurisprudence, il a estimé que la volonté de Sirona d'imposer des prix à ses distributeurs n'était pas rapportée, la simple communication de prix « *conseillés* » ne suffisant pas à rapporter cette preuve.

Ententes horizontales

Dans une décision **07-D-15** du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France, le Conseil, rappelant que la participation à une ou plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel démontre l'adhésion des entreprises à une entente horizontale, a estimé que la participation de grandes entreprises du BTP à des réunions au cours desquelles elles se répartissaient à l'avance les marchés du programme de construction des lycées lancé par la région Île-de-France, réunions à objet anticoncurrentiel manifeste, démontrait leur accord de volontés à l'entente générale de répartition. Cette volonté de s'entendre a ensuite été réitérée lors de la préparation de chaque vague de marchés, puis lors de la réponse aux appels d'offres particuliers.

Dans une décision **07-D-48** du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, le Conseil a précisé son standard de preuve, déjà décrit dans deux décisions 04-D-07 du 11 mars 2004 et 06-D-03 du 9 mars 2006. Selon le Conseil, il faut distinguer deux situations :

- « – celle dans laquelle la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle ;
- celle dans laquelle l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, de nature le plus souvent occultes ou secrètes, auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes ».

Dans le premier cas, la participation d'une entreprise à une seule réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle, ne suffit pas en général à caractériser l'adhésion de l'entreprise à l'entente, l'entreprise n'étant pas, dans une telle hypothèse, en mesure de connaître à l'avance l'objet anticoncurrentiel de cette réunion ; il faut donc que l'adhésion soit démontrée par un indice supplémentaire, tel que, par exemple, la diffusion des consignes arrêtées ou l'application des mesures décidées lors de cette réunion ou encore la participation de l'entreprise à une autre réunion ayant le même objet anticoncurrentiel.

Dans le second cas, la participation, même passive, d'une entreprise à une seule réunion, suffit à démontrer son adhésion à l'entente. Ce genre de

réunion occulte entre concurrents, dont le véritable ordre du jour est dissimulé, est prohibé. Dès lors, les entreprises doivent soit refuser de s'y rendre, soit s'en distancier publiquement et sans délai.

Les entreprises de déménagement mises en cause dans la décision **07-D-48** avaient participé à des réunions du second type, à objet clairement anticoncurrentiel, ayant été invitées à se joindre au « *Club* » (des entreprises composant le cartel) dans un bar de l'hôtel Méridien, puis dans un restaurant du voisinage.

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 2007, le Conseil a ainsi été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre par des organismes ou syndicats professionnels tels que des organismes représentatifs des producteurs de maïs et des collecteurs de céréales (décision **07-D-16** du 9 mai 2007), le Groupement des entreprises industrielles de services textiles (décision **07-D-21** du 26 juin 2007), la Fédération nationale des cinémas français (décision **07-D-12**), l'Union française des orthoprothésistes (UFOP) (décision **07-D-05**), le Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes, et le Conseil départemental du Nord de l'Ordre national des médecins (**07-D-41**).

Le rôle des organisations et associations professionnelles

Une association professionnelle ou un syndicat sort de sa mission de défense de ses adhérents lorsqu'il se livre à des pratiques anticoncurrentielles.

Dans une décision **07-D-16** du 9 mai 2007, le Conseil a rappelé 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; en particulier, les indications données ne doivent pas avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs coûts qui leur permette de fixer individuellement leurs prix (voir récemment la décision **07-D-05** du 21 février 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP) sur le marché de la fourniture d'orthoprotèses, points 53 et suivants et point 63)* » (§ 77).

Le Conseil a souligné, dans une décision **07-D-21** du 26 juin 2007 qu'il « *est de jurisprudence constante, notamment les décisions 97-D-41 et 98-D-61, que les pratiques d'organisations professionnelles qui diffusent à leurs membres, parfois sous couvert d'une aide à la gestion, des consignes, directives ou recommandations en matière de prix ou de hausses de prix sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce. En effet, la diffusion de tels*

documents, même lorsqu'ils ne revêtent pas un caractère impératif, dans la mesure où ils fournissent à chaque entreprise une indication sur les prix ou les taux de hausse considérés comme "normaux" dans la profession, peuvent avoir pour effet d'inciter les concurrents à aligner les comportements sur celui des autres, entravant ainsi la liberté de chaque entreprise de fixer ses prix en fonction de ses propres données» (§ 83).

En droit communautaire, un organisme professionnel n'est pas qualifié d'association d'entreprises lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de compétences déléguées par l'État et étroitement contrôlées par lui, à savoir des « *mesures de caractère étatique* ». Elles échappent dans ce cas au droit de la concurrence applicable aux entreprises. Par contre, les décisions prises de façon indépendante par cet organisme sont, quant à elles, soumises au droit de la concurrence.

Relèvent du premier cas de figure, et ne constituent pas des ententes anti-concurrentielles, les décisions des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique ou chargés de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, les pouvoirs publics conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet.

Faisant application de cette jurisprudence, le Conseil a estimé, dans une décision **07-D-05** du 21 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP), que l'élaboration d'un barème par l'UFOP visant, à partir des coûts de main-d'œuvre et des coûts de matière première, d'une part, à déterminer les tarifs de responsabilité et les prix maximums des appareillages inscrits sur le TIPS ou « *Tarif interministériel des prestations sanitaires* » (devenu LPPR ou « *Liste des produits et prestations remboursables* ») et, d'autre part, à fixer la marge des orthoprothésistes, utilisé par les pouvoirs publics pour revaloriser les tarifs et prix des appareillages inscrits à la LPPR, mais par rapport auquel ceux-ci gardent leur entière liberté, n'est pas constitutif d'une entente anticoncurrentielle. En effet, ce tarif TIPS, fixé par les pouvoirs publics, constitue le tarif qui sert de base au remboursement par l'assurance-maladie des prothèses ainsi qu'au calcul du prix de vente maximum des prothèses.

La circonstance que l'UFOP édite, à l'usage des pouvoirs publics, un guide pour élaborer ces tarifs ne constitue pas une entente, car l'autorité publique n'a pas abandonné ses prérogatives de régulation économique et peut s'écarter des propositions de l'UFOP (cf. affaire du BNIC). La décision finale appartient aux pouvoirs publics.

Par contre, en envoyant ce barème à ses adhérents pour fixer le prix des orthoprothèses non remboursées par l'assurance-maladie, l'UFOP a incité chaque orthoprothésiste à ne pas se déterminer en fonction de sa situation et de ses données propres et à ne pas faire jouer la concurrence. Le Conseil relève que de telles incitations émanant d'un syndicat professionnel sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce, puisque le syndicat sort alors de ses missions en exerçant une influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession. Il

exonère toutefois cette pratique sur le fondement du progrès économique (voir chapitre sur le I de l'article L. 420-4 du Code de commerce).

Par ailleurs, les consignes syndicales adressées par l'UFOP à ses adhérents et visant à les inciter à ne pas consentir de remises par rapport au tarif TIPS sur les orthoprothèses vendues aux hôpitaux sur appels d'offres ont eu pour objet d'orienter leur stratégie de prix et ont eu pour effet d'empêcher certains hôpitaux d'obtenir des remises. Elles sont donc contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Le caractère anticoncurrentiel des consignes données était renforcé par le fait qu'elles étaient accompagnées d'un système de surveillance consistant à faire communiquer à l'UFOP les offres remises. Des sanctions sous la forme d'exclusions de la chambre syndicale ont même été envisagées. Cette pratique n'a pas été exonérée sur le fondement du I de l'article L. 420-4.

De même, toujours dans le secteur de la santé, le Conseil a estimé, dans une décision **07-D-41** du 28 novembre 2007, qu'en établissant et en diffusant à ses adhérents un document intitulé *Relations entre anatomo et cyto-pathologistes libéraux et hôpitaux*, dans lequel il rappelait que les médecins spécialistes en anatomie et cytologie pathologiques ne peuvent offrir aux établissements hospitaliers des prix inférieurs de plus de 5 % aux tarifs issus de la NGAP (nomenclature des actes et des tarifs de remboursement), lors des réponses aux appels d'offres des hôpitaux, puis en procédant à d'autres recommandations sur le même thème, assorties de poursuites disciplinaires ou administratives contre les médecins récalcitrants, le Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes s'était rendu coupable d'une entente anticoncurrentielle. Le Conseil départemental du Nord de l'Ordre et le centre de pathologie Liberté ont adhéré à l'entente en relayant les consignes sur le terrain.

En revanche, dans une décision **07-D-12** du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du cinéma, le Conseil a estimé que la Fédération nationale des cinémas français ne s'était pas rendue coupable de pratiques anticoncurrentielles en se bornant à critiquer les services de Loischèques, vendeur de chèques-cinéma, au cours de réunions du conseil fédéral, aucun accord ne s'étant manifesté au cours de ces réunions en vue d'évincer cet opérateur du marché, et les réunions n'ayant finalement donné lieu qu'à des échanges d'idées, licites (avis de la Commission de la concurrence du 10 décembre 1981).

Les ententes anticoncurrentielles

Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Le Conseil a rappelé, dans plusieurs considérants de principe, sa jurisprudence en la matière.

« À de multiples reprises le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est

rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être (voir notamment les décisions 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées».

« La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (voir notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire) ».

« Par ailleurs, un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (cour d'appel de Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport ; Cour de cassation, 12 janvier 1993, société Sogea). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (cour d'appel de Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA) ».

Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres

Dans une décision **07-D-02** du 23 janvier 2007 et une décision **07-D-40** du 23 novembre 2007, le Conseil a condamné plusieurs ententes dans le secteur des déchets (en Seine-Maritime et dans le département des Vosges). Il a sanctionné trois sociétés, Sita Normandie-Picardie, Onyx Normandie et Ipodec Normandie, pour avoir échangé des informations avant le dépôt des offres sur onze marchés dans le secteur de l'élimination des déchets

en Seine-Maritime. Ces échanges, répétés et systématiques, ont porté sur l'intérêt (ou l'absence d'intérêt) pour un marché, les caractéristiques techniques et économiques, les autres concurrents et les prix (07-D-02). De même, les entreprises Sita Lorraine et Onyx Est ont été sanctionnées pour avoir échangé des informations concernant leurs offres respectives avant leur dépôt (07-D-40).

Dans une décision 07-D-26 du 26 juillet 2007, le Conseil a sanctionné quatre entreprises fournisseurs de câbles HTA, pour s'être rencontrées à plusieurs reprises et avoir échangé des informations préalablement au dépôt de leurs offres dans le cadre d'une enchère électronique organisée par EDF le 27 septembre 2001, puis dans le cadre d'une seconde consultation organisée par EDF, ces concertations et échanges ayant permis aux sociétés de s'entendre sur les montants de leurs offres respectives et sur le comportement attendu de chaque offreur au cours de l'enchère électronique, faussant ainsi la compétition organisée par l'opérateur électrique. Les entreprises étaient allées jusqu'à procéder à des simulations d'enchères électroniques pour mieux fausser la consultation.

Dans une décision 07-D-29 du 26 septembre 2007, le Conseil a sanctionné comme entente anticoncurrentielle l'échange d'informations antérieur au dépôt des offres concernant le lot « *installations électriques* » du marché d'aménagement de l'académie du spectacle équestre de la grande écurie du château de Versailles (dit « Bartabas »). Les offres des sociétés SVEE et SNEF étaient identiques sur 28 postes. Le Conseil a écarté les moyens soulevés en défense par les parties, tenant au caractère isolé de l'action d'un salarié, à l'absurdité et à l'absence d'effets des pratiques, soulignant que « *le fait que l'échange d'informations et la coordination des offres aient procédé d'initiatives individuelles de salariés, agissant dans le cadre de leurs fonctions, est sans influence sur la qualification de la pratique* » (décision 02-D-37 du 14 juin 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz) (§ 40).

Dans une décision 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne, deux entreprises, dont l'une avait consulté l'autre avant le dépôt des offres, puis qui avaient toutes deux répondu séparément à l'appel d'offres par des soumissions identiques, ont été sanctionnées par le Conseil. L'entreprise consultée prétendait avoir répondu par erreur à l'autre entreprise, ce que démentaient les circonstances de l'affaire. Les entreprises s'étaient en outre concertées pour coordonner leurs explications au maître d'ouvrage sur la similitude de leurs offres.

Dans la même décision, après avoir écarté, faute de preuves suffisantes d'un accord de volontés, une présomption d'entente entre deux entreprises qui avaient déposé des offres strictement proportionnelles sur un nombre significatif de rubriques, sur la base d'un bordereau de prix identique communiqué à elles par une société tierce non soumissionnaire, le Conseil a condamné une de ces deux entreprises pour avoir déposé une seconde offre, le premier appel d'offres ayant été déclaré infructueux, en concurrence avec l'entreprise tierce.

D'autres pratiques ont été sanctionnées dans cette décision. L'argument selon lequel les échanges d'informations ont eu lieu dans le cadre d'un projet de sous-traitance est écarté, car « *lorsque des entreprises échangent des informations sur leurs prix pour une éventuelle sous-traitance en vue de l'exécution d'un marché sur appel d'offres, elles ne peuvent ensuite présenter simultanément des offres séparées pour ce marché* ». En effet, dans ce cas, leurs offres ne sont pas indépendantes, même partiellement, et la concurrence est faussée.

Dans une décision **07-D-49** du 19 décembre 2007, le Conseil a sanctionné cinq entreprises commercialisant des défibrillateurs cardiaques implantables pour s'être entendues afin de ne pas répondre à un appel d'offres national lancé le 24 mai 2001. Dix-sept CHU avaient décidé de grouper leurs achats de défibrillateurs sur deux ans, ce qui représentait plus de la moitié des achats réalisés par les hôpitaux, afin de bénéficier de meilleures conditions de prix et de service. Les entreprises se sont réunies à plusieurs reprises, dès l'annonce du projet d'appel d'offres groupé et jusqu'à deux semaines avant la date limite de dépôt des offres.

Les comptes rendus de réunions saisis au siège des entreprises ont permis d'établir qu'au cours de ces réunions, les cinq fournisseurs de défibrillateurs avaient défini une stratégie commune consistant à ne pas répondre à l'appel d'offres, à écrire au maître d'ouvrage pour soulever des points techniques et expliquer individuellement leur absence de réponse, à saisir pour diversion le Conseil de la concurrence et enfin à « *habiller* » cette stratégie pour ne pas laisser transparaître l'entente. Une note contenait par exemple les mentions suivantes : « *Comment répondre si on répond ? Qui fait quoi ? ? Actions. Si le AO sort, réponse pas possible par manque de temps. On essaie de ne pas rentrer dans le système* » ; un autre document comportait les indications : « *AO national des défibrillateurs [...] définition d'une politique fin de semaine prochaine* ». Outre les indices matériels relevés dans les comptes rendus, constituant à eux seuls un faisceau d'indices précis et concordants de l'entente, le Conseil a relevé que le constat même de l'identité de comportement des entreprises prouvait la concertation. En effet, aucune stratégie rationnelle individuelle de chacune d'entre elles n'aurait pu conduire spontanément, en l'absence de concertation, à un tel résultat d'abstention générale. Le risque était en effet grand que l'une des entreprises ou plusieurs soumissionnent et emportent l'ensemble des marchés, au détriment des autres qui se seraient abstenues. Autrement dit, chacune d'entre elles devait, pour adopter individuellement un comportement d'abstention, être sûre que les autres feraient de même. Or, cette assurance ne pouvait précisément être gagnée que par une concertation, car compte tenu de l'asymétrie des fournisseurs sur le marché, certains avaient intérêt à répondre et avaient de forts atouts pour être retenus, alors que d'autres craignaient d'être exclus. Les entreprises ont donc échoué à démontrer que « *leur comportement parallèle de refus de soumissionner résulterait de l'analyse rationnelle des données disponibles sur le marché, sans concertation [...]* ».

L'entente a mis en échec la nouvelle procédure d'achats groupés et l'a découragée pour l'avenir, concernant les dispositifs médicaux.

» Offre de couverture

Dans la décision **07-D-15** du 9 mai 2007 analysée plus loin, le système des offres de couverture a été utilisé dans le cadre d'une répartition de marchés à grande échelle. De même, dans le secteur des déchets ménagers, certaines des pratiques sanctionnées dans les décisions **07-D-02** du 23 janvier 2007 et **07-D-40** du 23 novembre 2007, constituaient des offres de couverture déposées par les entreprises en cause.

Enfin, dans la décision susmentionnée **07-D-47** du 18 décembre 2007, le Conseil a sanctionné deux entreprises Thomson-CSF Inxel et l'Entreprise Industrielle, pour avoir déposé des offres de couverture au profit d'une troisième, Coris, également condamnée pour entente.

» Les accords de partage de marchés

Les ententes sur les marchés publics peuvent s'inscrire dans des pratiques générales de répartition des marchés sur un échelon plus ou moins vaste (départemental, régional, national...); chaque marché est pris en compte, dans cette stratégie plus vaste de partage, et comptabilisé; des systèmes de compensation permettent de respecter la clé de répartition préétablie entre les entreprises.

Dans une décision **07-D-01** du 17 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan, le Conseil a sanctionné une entente générale de répartition entre trois sociétés portant sur les marchés de la ville de Vannes. Un tableau, saisi chez DeheTP, retraçait, pour 50 marchés passés par la ville de Vannes, l'offre de DeheTP, un montant de marché dit « *ajusté* », les attributaires et les soumissions afférents à chacun. Ce tableau mesurait l'écart, pour chacune de ces entreprises, du montant des marchés effectivement attribués à chacune d'elles par rapport à un montant théorique calculé sur la base d'un quota prédéterminé (15 %, 42,5 % et 42,5 %). La construction même de ce tableau révélait un objet anticoncurrentiel et une répartition préétablie des marchés. Ce tableau n'étant pas daté, et les entreprises prétendant qu'il ne s'agissait que d'un tableau de veille concurrentielle, le Conseil s'est attaché à relever les autres indices contenus dans le tableau qui révélait que pour certains des marchés mentionnés dans la répartition, les informations du tableau ne pouvaient avoir été portées qu'avant le dépôt des offres (offre de DeheTP mentionnée sur le tableau différente de l'offre effective, noms des attributaires différents, montant de dévolution du marché ne correspond ni à l'offre la mieux-disante, ni au décompte final, mentions de marchés annulés...). Ce tableau était corroboré par des preuves d'échanges d'informations sur deux marchés ponctuels de la ville de Vannes, afférents à une période ultérieure. Cette décision a été annulée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 janvier 2008 (DLE).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France (**07-D-15** du 9 mai 2007), le Conseil a rappelé un arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 janvier 2003 aux termes duquel : « [...] *Considérant que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître de l'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui*

répondent à l'appel ; considérant que si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts [...] » (§ 272).

Le programme de rénovation des lycées d'Île-de-France, portant sur 88 marchés d'entreprises de travaux publics (METP) passés de 1989 à 1997 en sept vagues successives pour un montant total de 10 milliards de francs, a fait l'objet d'une entente générale de répartition des marchés entre les grands du BTP et leurs filiales. Cette entente générale a été conclue dès le lancement du programme de construction par la région en 1989, lors d'une réunion inaugurale présidée par Patrimoine Ingénierie, assistant au maître d'ouvrage, avec les grandes entreprises du BTP, comme SPIE, SCGPM, SAEP, SAE, Dumez, Bouygues, Fougerolle, Sicra, CBC, GTM et Nord-France, à l'hôtel Maxime près du rond-point des Champs-Élysées au cours de laquelle *« ont été simplement évoquées toutes les stratégies possibles d'ententes »*. Cette réunion a été suivie d'autres réunions qui ont donné naissance à l'entente de répartition des METP.

Lors du lancement de chaque nouvelle vague de METP, d'autres réunions avaient lieu entre les entreprises pour mettre en œuvre l'entente générale de répartition au cas par cas. Un certain nombre d'entreprises était pressenti pour simuler la concurrence pour chaque appel d'offres et une entreprise attributaire était prédésignée par les membres de l'entente. Les entreprises pressenties étaient présélectionnées par une commission officielle. Le titulaire désigné était signalé à Patrimoine Ingénierie, qui, fort de son rôle d'assistant du maître d'ouvrage de la région, favorisait sa désignation par la commission d'appel d'offres, sur la base du critère du mieux-disant. Par ailleurs, les autres entreprises présélectionnées couvraient l'entreprise désignée par des offres de couverture ; celle-ci communiquait ses prix à ses concurrents.

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans plusieurs décisions, le Conseil n'a pas été en mesure d'établir l'existence d'une concertation ou d'un échange d'informations.

Dans une décision **07-D-47** du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne, le Conseil a estimé qu'un tableau retrouvé au siège d'une entreprise comportant des mentions suspectes, révélant un tour de rôle dans l'attribution de marchés (*« celui qui chiffre en second est celui qui a eu l'affaire précédente »* ; *« fourchettes des couvertures [...] 20 % à 30 % »*) et l'attribution de quotas (*« Outre mer hors cota »*) constituait un indice insuffisant à lui seul pour rapporter la preuve d'une entente générale de répartition entre cette société et d'autres entreprises mentionnées comme répondant le plus souvent aux appels d'offres. Le Conseil a souligné que la preuve du concours de volontés entre ces entreprises n'était pas rapportée.

Ententes et échanges d'information sur les prix et marges

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans une décision **07-D-05** du 21 février 2007, le Conseil a sanctionné l'UFOP (Union française des orthoprothésistes) pour avoir diffusé des consignes à ses adhérents, afin que ceux-ci ne pratiquent pas de remises sur les prix des orthoprothèses vendues sur appels d'offres aux hôpitaux.

Dans une décision **07-D-16** du 9 mai 2007, le Conseil a sanctionné trois organisations professionnelles pour avoir diffusé un barème de séchage du maïs détournant les collecteurs de maïs de la prise en compte de leurs propres coûts, de l'amortissement ou de leur productivité propre.

Dans une décision **07-D-21** du 26 juin 2007, le Conseil a sanctionné le Groupement des entreprises industrielles de services textiles pour avoir diffusé une formule de révision des prix dans des circulaires à destination des entreprises de location-entretien de linge ou de textile, dont l'effet anticoncurrentiel était renforcé par l'incitation à dépasser les chiffres résultant de cette formule, par une autre circulaire.

Dans une décision **07-D-48** du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, le Conseil a sanctionné douze entreprises de déménagement, représentant plus de 50 % du marché du déménagement international en France, pour s'être entendues sur les prix de certains services en vue de fausser la concurrence sur le marché. Les représentants des principales sociétés du secteur du déménagement international en France (AGS Paris, Allied Arthur Pierre SA (devenue Sirva SAS), Crown Worldwide, Interdean SAS, Raoult Gropsiron International, Sterling International Movers SA et Transeuro Desbordes Worldwide Relocation) avaient participé à des réunions informelles (« *le Club* ») dans le but d'échanger des informations sur leurs prix et leurs coûts et de déterminer en commun des tarifs minimums s'agissant des taux d'assurance et des prix des loyers garde-meubles. L'entente a conduit à un alignement sur les tarifs plus élevés pratiqués par les membres du Club au détriment du consommateur.

Répartition du marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans une décision **07-D-16** du 9 mai 2007, le Conseil a condamné quatre coopératives membres du GIE Unisilo pour avoir prévu une clause de non-concurrence dans le règlement intérieur du GIE prévoyant que « *chaque coopérative membre du GIE s'engage à ne pas prospecter et influencer les adhérents d'une autre coopérative à des fins de récupération* ».

Le Conseil souligne que cette clause interdit à une coopérative membre du GIE de démarcher les coopérateurs d'une autre coopérative membre du GIE, alors que leur zone d'influence se recoupe partiellement et qu'un coopérateur situé dans la zone d'influence de plusieurs coopératives du GIE pourrait vouloir changer de coopérative. Cette clause, de nature à cloisonner les parts de marché de chaque membre et à cristalliser artificiellement

leurs positions respectives, peut aussi être interprétée comme interdisant à une coopérative d'inciter un coopérateur d'une autre coopérative à lui vendre la partie de sa production non réservée en exclusivité à sa coopérative aux termes de l'engagement qu'il a souscrit vis-à-vis de celle-ci.

Dans une décision **07-D-21** du 26 juin 2007, le Conseil a sanctionné deux grosses entreprises de location-entretien du linge, Elis et Initial BTB, pour s'être répartis les clients et avoir harmonisé leurs prix.

Dans une décision **07-D-48** du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, le Conseil a sanctionné douze entreprises de déménagement pour avoir réalisé des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché. Le déménagement des personnels militaires est régi par des dispositions réglementaires particulières qui imposent à ces derniers de présenter à leur administration deux ou trois devis concurrents, afin d'être remboursés de leurs frais de déménagement. Les entreprises se répartissaient le marché, certaines concevant pour les autres des devis de complaisance. La société Maison Huet, notamment, avait conçu un logiciel spécifique lui permettant d'éditer des devis de complaisance dans le but de tromper l'organisme payeur. Des écarts de prix compris entre 30 et 125 % ont été constatés entre cette société et ses concurrents lorsque ceux-ci ont établi leurs devis de manière autonome.

Restrictions verticales

La méthode d'analyse des restrictions verticales

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées constitue, dans le cadre de l'application du droit interne, un « *guide d'analyse* », depuis 2000. Le Conseil considère en effet que les restrictions verticales doivent être analysées en tenant compte des principes contenus dans ce règlement, même lorsque l'analyse n'en est effectuée qu'au regard du droit national. C'est dans la décision 00-D-82 du 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d'impulsion (confirmée en appel le 7 mai 2002), que le Conseil s'est, pour la première fois, explicitement référé aux principes du règlement communautaire, s'agissant d'une clause de non-concurrence de trois années imposée par Findus à ses concessionnaires exclusifs. La décision qualifie le règlement de guide d'analyse utile.

Ce règlement prévoit une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 aux accords de distribution, dits « *accords verticaux* », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %, et ce, sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeraient chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement).

L'article 5 de ce règlement ajoute que ne sont pas exemptables certaines obligations et, notamment toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1^{er}, a) définit une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

L'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 renforcée par l'adoption de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 qui instaure un seuil *de minimis* (article L. 464-6-1 du Code de commerce) 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 : « *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* ».

L'application de cet article 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.

En conséquence, une entente, qui se trouverait en deçà de ces seuils, dits *de minimis* et qui ne mettrait pas en œuvre une de ces restrictions caractérisées ne saurait revêtir d'effet sensible, la pratique sortant ainsi du champ de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

La mise en œuvre de cette méthode d'analyse

Les principes / L'organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs

Dans une décision **07-D-03** du 24 janvier 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, le Conseil a rappelé les règles de la distribution sélective et la validation de principe des accords de distribution sélective dans le secteur particulier des parfums et cosmétiques de luxe par les jurisprudences communautaire et nationale des autorités de concurrence, sous réserve de toute intervention directe ou indirecte du fournisseur sur les prix des distributeurs. Cette analyse, entièrement reprise de la décision 06-D-04, a été validée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 juin 2007 (Guerlain SA).

S'agissant des règles de la distribution sélective, le Conseil souligne que la distribution sélective constitue *per se* une restriction de concurrence, mais que la jurisprudence, tant communautaire que nationale, a depuis longtemps reconnu la licéité des accords de distribution sélective au regard du droit de la concurrence, sous certaines conditions. Un système de distribution

sélective peut être considéré comme licite au regard des prévisions du 1° de l'article 81 du traité CE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, si trois conditions sont cumulativement réunies :

- *« premièrement, la nature du produit en question doit requérir un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage ;*
- *deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ;*
- *troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire».*

Sous ces réserves, la validité de principe des accords de distribution sélective a été consacrée, de façon générale et pour l'ensemble des accords verticaux, par le règlement de la Commission n° 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 »*, dont l'article 2.1 pose la règle suivante : *« L'article 81-1 du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises, dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. »*

S'agissant de la validité de principe des accords de distribution sélective dans le secteur des parfums et cosmétiques de luxe, le Conseil explique que la défense de l'image de marque des produits en cause justifie l'usage par les fabricants de la distribution sélective :

« Pour que le consommateur achète des produits "de luxe" en dépit du niveau de leur prix, le producteur doit construire une image de son produit qui soit valorisante dans l'esprit du consommateur. C'est pourquoi le TPICE a considéré que la distribution sélective constituait un moyen légitime à la disposition des fabricants souhaitant construire ou maintenir l'image de luxe et de prestige de leur marque, sauvegarder les fruits de leurs efforts de promotion et maintenir, dans la perception des consommateurs, "l'aura d'exclusivité et de prestige" des produits en cause, notamment en assurant une présentation au public apte à les mettre en valeur dans un cadre en harmonie avec leur caractère luxueux. »

Par contre, le Conseil rappelle que la défense du prestige des marques ne justifie pas les interventions des fournisseurs sur les prix des distributeurs et il souligne que le caractère dévalorisant d'un point de vente ou de son enseigne ne peut être associé à la politique habituelle de prix du distributeur.

« [...] les clauses des contrats de distribution sélective liant fabricants et distributeurs, ou les interventions des fabricants dans la distribution lorsqu'elles visent à limiter la liberté commerciale des distributeurs, par des pratiques de prix imposés ou toute pratique aboutissant au même résultat, sont contraires aux articles 81 du traité et L. 420-1 du Code de commerce. »

┆ L'interdiction de prix imposés

Dans une décision **07-D-50** du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jouets, le Conseil a rappelé son standard de preuves en matière d'entente verticale sur les prix, soulignant qu'une telle preuve peut être rapportée de deux façons :

- la signature d'un contrat contenant un accord direct ou indirect sur les prix (contrats de distribution impliquant le respect de la politique commerciale ou de communication du fabricant par les revendeurs ; acceptation par le distributeur de remises conditionnées au respect des prix des fournisseurs ; contrat prévoyant le contrôle du fournisseur sur la publicité réalisée par le distributeur sur les prix) ;
- la réunion d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant l'accord de volontés entre les parties et pouvant s'orienter autour des trois points suivants : évocation de prix de détail entre fournisseurs et distributeurs ; police des prix effectuée par le fournisseur sur les distributeurs ; application significative des prix voulus par les fabricants par les distributeurs.

Le Conseil souligne aussi que l'entente entre producteurs et distributeurs peut s'appuyer sur la négociation entre eux d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles ou de fausse coopération commerciale, comme dans les décisions 03-D-45 et 05-D-70, validées par la cour d'appel de Paris. En effet, ces mécanismes artificiels permettent d'élever le seuil de revente à perte, car ristournes conditionnelles et coopération commerciale ne sont pas intégrées dans la facture d'achat du distributeur.

┆ Signature d'un contrat

Dans la décision **07-D-04** du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges, le Conseil a estimé que l'obligation imposée aux franchisés de vendre au prix CE (« *comité d'entreprise* ») contenu dans le code de bonne conduite comités et collectivités annexé au contrat de franchise et ayant valeur contractuelle, conduit ces derniers à appliquer dans leurs ventes aux comités d'entreprise un prix imposé par le franchiseur. L'interdiction figurant dans ce code de « *surenchère-remise* » participe de la même volonté de limiter la liberté commerciale des franchisés. De tels agissements, qui trouvent leur source dans le contrat lui-même, sont constitutifs d'une entente sur les prix entre franchiseur et franchisés, pratique qui, par sa nature même, a pour objet de porter atteinte à la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une police de prix du franchiseur.

Par contre, s'agissant non plus des ventes aux comités d'entreprise mais des ventes au détail, alors que les franchisés Jeff de Bruges appliquaient, dans leur grande majorité, les tarifs proposés par le franchiseur dans des documents non contractuels (« *books* » du franchiseur ou dépliants, publicités et étiquettes édités par le franchiseur, dont l'achat n'est pas obligatoire), sans que ces documents mentionnent leur caractère maximum conseillé, le Conseil a relevé qu'aucune police des prix n'a été mise en place par le franchiseur, certains franchisés déclarant disposer de la liberté de fixer leurs prix ou ne pas appliquer totalement les prix proposés par le franchiseur. Par conséquent, la pratique de prix imposés n'était pas démontrée.

Dans une décision **07-D-06** du 28 février 2007, le Conseil a sanctionné une entente entre Sony Computer Entertainment France (SCEF) et les enseignes Cora, Hyper U, Ultima Diffusion, Virgin, Komogo, Bardou SEE, SDO, Samaritaine, Sodifa, Carrefour et Galeries Lafayette. Ces entreprises avaient signé une charte contenant une clause explicite, selon laquelle elles s'interdisaient de communiquer sur un autre prix de la console PS2, ses jeux et accessoires, que le prix indiqué par SCEF et précisé sur la charte. Cette décision n'a fait l'objet d'aucun recours.

┆ Faisceau d'indices

Dans la décision **07-D-03** du 24 janvier 2007, le Conseil a considéré que l'entente verticale sur les prix était établie entre Clarins et ses distributeurs, sur la base des trois critères évoqués plus haut (décisions **07-D-04** et **07-D-50**).

La preuve du troisième critère, à savoir l'application significative des prix par les distributeurs, peut être effectuée par tout moyen, et notamment par des relevés de prix (cour d'appel de Paris, 26 juin 2007, Guerlain SA).

Un moyen nouveau était soulevé, relatif à la taille de l'échantillon des relevés de prix pratiqués par les distributeurs, requise pour assurer une fiabilité minimale aux résultats de ces relevés de prix.

« La société Clarins SA s'est attachée, à partir de la loi de Bernouilli, à calculer quelle aurait dû être la taille de l'échantillon pour accorder une fiabilité minimale aux résultats des relevés de prix. Elle affirme que pour « s'autoriser à affirmer que 75 % des distributeurs de "l'eau dynamisante" respecteraient le prix prétendument imposé, et ce avec une marge d'erreur de 5 %, la rapporteure aurait dû demander aux enquêteurs d'effectuer des relevés de prix dans 332 points de vente ». Elle en conclut que « de toute évidence, les calculs effectués par la rapporteure sur un échantillon insignifiant n'ont strictement aucune valeur probante ni même valeur d'indice et ne permettent pas de démontrer un parallélisme de comportement ».

Le Conseil rappelle qu'un test statistique est fondé sur l'idée que l'on teste, à partir d'un échantillon, si une hypothèse est vérifiée sur une population totale ou non, telle que, par exemple, les hypothèses suivantes : *« plus de 80 % des distributeurs appliquent les prix qui leur sont dictés par les fournisseurs »* ou encore *« moins de 50 % les appliquent »*. Seul un échantillon couvrant toute la population garantirait une marge d'erreur nulle.

Le Conseil souligne qu'en l'occurrence, l'échantillon des prix relevés démontre, en appliquant les règles statistiques, qu'avec un seuil de confiance de 95 %, c'est-à-dire, avec moins de 5 % de chances de se tromper, plus d'un magasin sur deux respecte le prix imposé par le fabricant (le taux de respect du prix peut être 55 %, 75 %, 85 %...). *« Ces résultats suggèrent donc qu'un nombre significatif de points de vente respecte la politique de prix de Clarins. »*

Dans l'affaire des jouets ayant donné lieu à la décision précitée du 20 décembre 2007, le Conseil disposait des trois éléments du faisceau démontrant l'accord de volontés des fournisseurs et des distributeurs et aussi de contrats de fausse coopération commerciale et de fausses ristournes conditionnelles signés entre les parties et établissant leur commune volonté de s'accorder sur des prix égaux à un seuil de revente à perte artificiellement

élevé (§ 533). Le Conseil a rappelé en effet qu'ainsi qu'il l'avait jugé dans sa décision 05-D-70, « *lorsque l'entente s'appuie sur un système de ristournes faussement conditionnelles, l'accord de volontés des distributeurs est démontré par l'acceptation des conditions commerciales du fournisseur et leur volonté de considérer les prix de vente "conseillés" comme le seuil de revente à perte alors qu'il est artificiel* ».

Le Conseil ne s'est toutefois basé que sur le faisceau des trois indices pour démontrer l'accord de volontés des parties, ne se penchant sur la fausse coopération commerciale et les fausses ristournes conditionnelles que pour écarter l'explication alternative donnée par les parties à leur alignement de prix, à savoir leur obligation légale de ne pas revendre à perte.

Le Conseil a souligné (§ 519) que l'alignement des distributeurs sur ce seuil minimum ne pouvait servir d'explication alternative à l'entente, si les branches du faisceau décrit plus haut étaient réunies, et si le seuil de revente à perte avait été artificiellement rehaussé. Il revient sur cet argument soulevé par les parties à la fin de sa décision (§ 675 et ss) : « *Loin d'avoir été une contrainte dont elles (les parties en cause) ne pouvaient s'affranchir, le seuil de revente à perte, artificiellement gonflé, a été le mécanisme utilisé pour s'assurer de la maîtrise uniforme des prix de revente aux consommateurs* » (§ 699). Aucune explication alternative à l'entente n'a donc été fournie par les parties, selon le Conseil.

La première branche du faisceau est démontrée par la négociation, entre fournisseur et distributeur, d'un prix d'achat correspondant au seuil de revente à perte (conditions négociées avec les grandes surfaces alimentaires (GSA), ou par la diffusion de prix conseillés (remises sur facture non déduites du seuil de revente à perte par les grandes surfaces spécialisées (GSS); communication de prix de vente par Lego).

La deuxième branche consiste dans des « *actions de surveillance mises en œuvre par certains fabricants* », de leur propre initiative ou sur dénonciation d'autres distributeurs, ces derniers prenant parfois une part active à cette police des prix.

Carrefour, notamment, a joué un rôle déterminant dans la mise en place de cette veille des distributeurs, en lançant l'opération « *Carrefour rembourse 10 fois la différence* », lors de la période de Noël en 2001, 2002, 2003 et 2004. Cette opération associait les consommateurs à la veille des prix et Carrefour demandait aux fabricants d'intervenir auprès de ses concurrents signalés comme vendant les mêmes articles à moindre prix et de leur demander de relever leurs prix.

Enfin, pour démontrer l'application significative des prix par les distributeurs (troisième branche), le Conseil, suivant la jurisprudence de la cour d'appel de Paris l'habilitant à rapporter cette preuve par tout moyen (arrêt du 26 juin 2007, Guerlain SA) s'est basé sur des indices qualitatifs, tels que plusieurs déclarations ou documents attestant que les prix évoqués par les fournisseurs étaient significativement respectés par l'ensemble des distributeurs et sur des indices quantitatifs provenant de l'observation directe des prix et notamment des prix des jouets proposés à la vente relevés sur les catalogues de Noël (§ 613). A été analysée la part des prix catalogue supérieurs ou égaux à 99 % du prix évoqué ou prix de référence (la marge

de 1 % étant introduite pour ne pas assimiler à l'exercice de la concurrence des différences de prix de quelques centimes). Conformément à la jurisprudence « *parfums* », le Conseil a considéré qu'un taux de respect supérieur ou égal à 80 % suffisait à démontrer que les prix évoqués étaient significativement appliqués. Lorsque le taux était inférieur à 80 % (comme pour le fournisseur Lego, certaines années), le Conseil s'est livré à une analyse plus fine.

La possibilité de se référer aux prix issus des catalogues a été contestée par les parties, mais le Conseil a réfuté ces arguments : les ventes de fin d'année sur des produits présents dans le catalogue représentaient plus de 60 % du chiffre d'affaires de la plupart des fournisseurs ; le respect des prix catalogue lors de l'exposition en rayons est obligatoire, à peine de poursuite pour publicité mensongère ; enfin, les réductions de caisse ne sont pas prises en compte, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a admis dans l'arrêt précité du 26 juin 2007.

En revanche, dans une décision **07-D-35** du 7 novembre 2007, le Conseil a estimé non démontrée l'existence de prix imposés par la société Sirona sur ses distributeurs de matériels et équipements dentaires.

La volonté du fournisseur d'imposer ses prix ne ressortait pas des indices figurant au dossier. En effet, les prix n'étaient que des prix « *conseillés* » et Sirona n'avait à aucun moment, tenté d'en faire des prix imposés, en soumettant les fournisseurs à une pression ou un contrôle.

Les clauses d'exclusivité

Exclusivité d'approvisionnement

Le Conseil a sanctionné, dans une décision **07-D-08** du 12 mars 2007, les fabricants de ciment Lafarge et Vicat, et le Syndicat des négociants corses pour avoir signé, le 6 mai 1999, un protocole d'accord imposant aux négociants corses d'importer 130 000 tonnes de ciment *via* le bateau vraquier de la SOMECA, transportant en exclusivité du ciment Lafarge et Vicat. Le Conseil a estimé que ce protocole les obligeait en réalité à s'approvisionner en exclusivité auprès de Lafarge et Vicat, 130 000 tonnes constituant la quasi-totalité des besoins de l'île en ciment. Dans la même décision, le Conseil a sanctionné les deux cimentiers français et un GIE composé des principaux négociants de ciments en Haute-Corse, pour avoir signé une convention aux termes de laquelle les membres du GIE s'engageaient à s'approvisionner en ciments Lafarge ou Vicat.

Le Conseil a rappelé que ces pratiques étaient prohibées par l'article 5 du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999.

Exclusivité de clientèle

Dans une décision **07-D-24** du 24 juillet 2007, le Conseil a sanctionné la société Léonidas pour avoir, dans ses conditions générales de vente, réservé à chacun de ses revendeurs-grossistes autorisés une clientèle de détaillants exclusive. Cette restriction caractérisée, selon les dispositions de l'article 4 du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, n'était en l'espèce pas justifiée ni en termes d'incitations à l'efficience données aux

participants au réseau Léonidas, ni en termes d'économies de coûts dans l'organisation du réseau.

Distribution exclusive

Dans une décision **07-D-37** du 7 novembre 2007, le Conseil a estimé que l'accord de partenariat signé entre le groupe France Télécom et sa filiale Orange avec les réseaux Photo Europe aux termes duquel les magasins Photo Service et Photo Station distribuait en exclusivité les services de téléphonie mobile offerts par Orange, ne constituait pas une pratique anti-concurrentielle, les autres fournisseurs de service de téléphonie mobile disposant d'autres réseaux de distribution monomarkets et multimarkets. Cet accord ne pouvait donc, selon le Conseil, créer un cloisonnement du marché au bénéfice exclusif de l'opérateur historique.

Clause de non-concurrence à effet postcontractuel

Dans une décision **07-D-25** du 25 juillet 2007, le Conseil a sanctionné Suzuki France pour avoir inséré dans ses contrats de distribution, de 2001 à 2003, une clause interdisant à ses concessionnaires pendant une durée de six mois après la fin du contrat de se livrer à une activité concurrente dans le même point de vente.

Le Conseil a noté qu'aux termes de l'article 5, sous b), du règlement n° 2790/99 :

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords verticaux :

[...]

b) Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, sauf si cette obligation :

- concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens et services contractuels et*
- est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et*
- est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, à la condition que la durée d'une telle obligation de non-concurrence soit limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord. [...]* »

Le Conseil a souligné qu'en l'espèce, le critère édicté par l'article 5, sous b), précité, relatif au caractère indispensable d'une obligation de non-concurrence à effet postcontractuel à la protection d'un savoir-faire, n'était pas rempli, puisque le concessionnaire vendait déjà des produits concurrents de ceux de Suzuki en cours de contrat. De plus, pour démontrer le caractère indispensable de la protection du savoir-faire qu'elle transmettait à ses concessionnaires, Suzuki avait avancé des éléments pour montrer que le savoir-faire en question était spécifique aux produits Suzuki et qu'il ne pouvait précisément pas être valablement utilisé par d'autres marques. La clause en question était donc une clause « *sanction* » visant en réalité à dissuader les distributeurs de quitter de leur propre chef le réseau de Suzuki. Cette clause ne pouvait donc pas bénéficier de l'exemption de groupe prévue par

le règlement n° 2790/99, ni non plus relever d'une exemption individuelle dès lors qu'elle pouvait conduire un distributeur de motos à cesser toute activité pendant six mois au motif qu'il a souhaité interrompre ses relations contractuelles avec l'un des fournisseurs du marché (§ 190).

§ Les autres restrictions verticales

L'interdiction de vente par internet

Dans une décision **07-D-07** du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, dans laquelle le Conseil acceptait les engagements proposés par les parties, il a estimé qu'une clause visant à interdire par principe la vente sur internet était susceptible de constituer une restriction caractérisée non exemptable sur la base du paragraphe 3 de l'article 81 du traité, sauf circonstances exceptionnelles. Pour le Conseil, seules les restrictions limitées à cette forme de vente et proportionnelles à l'objectif visé peuvent être exonérées, notamment les restrictions qui sont comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé. Les clauses qui reviendraient à imposer aux distributeurs l'obligation de demander l'accord préalable du fournisseur pour procéder à une vente intraréseau ou à permettre au fabricant d'exercer un contrôle systématique sur ces ventes sont susceptibles de constituer, pour le Conseil comme pour la Commission européenne, une restriction de concurrence non justifiable, en raison de son caractère disproportionné.

Les clauses visant à exclure un opérateur du marché

Dans une décision **07-D-28** du 13 septembre 2007, le Conseil a sanctionné une entente entre la CIPHA, concessionnaire d'outillage public sur le port autonome du Havre et la SHGT, manutentionnaire des vrac solides au port du Havre, visant à exclure la SOGEMA du marché de la manutention sur un terminal du port. L'entente était révélée par les projets d'accords commerciaux que devaient conclure la CIPHA et CAPCOL, filiale d'EDF pour permettre le déchargement du charbon destiné à EDF sur un terminal du port, le terminal MTV. Ce contrat était subordonné à des conditions entérinées au cours d'une réunion entre SHGT et CIPHA et relatives à des engagements de la SOGEMA : l'article 8 de la première version de ce projet comportait une clause, selon laquelle la SOGEMA devait s'engager à ne pas traiter les trafics CIPHA et SHGT, et qui avait clairement pour objet de limiter l'accès de la SOGEMA au marché de la manutention sur le terminal MTV ; l'autre clause demandait à la SOGEMA de suspendre sa demande de terminal sur le MTV et avait pour objet de l'empêcher de développer à la fois une activité de manutention et de stockage.

La circonstance que ces projets d'accords commerciaux n'avaient pas été appliqués n'a pas suffi à écarter l'objet anticoncurrentiel de l'entente entre la CIPHA et SHGT, conçue pour contrer en commun la concurrence de la SOGEMA.

1 Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

Aux termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. 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 la 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 souvent rappelé 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 et que 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.

Les abus de position dominante

L'application de l'article L. 420-2, premier 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 opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans l'hypothèse 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.

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.

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. La dominance peut être individuelle ou collective.

L'appréciation de la position dominante individuelle

» Situation constitutive d'une position dominante

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 (07-D-20 ; 07-D-33).

Relevant que la société Masimo était le seul fabricant de capteurs d'oxygènes de sa marque et de cartes permettant d'incorporer sa technologie dans les moniteurs multiparamétriques d'autres marques, le Conseil en a déduit que cette société détenait, en raison de ce monopole, une position dominante sur le marché dérivé des capteurs Masimo (07-D-20).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, le Conseil a observé que le laboratoire avait été en monopole sur le marché de l'aciclovir injectable jusqu'à l'expiration

de la protection induite par son brevet. L'arrivée sur le marché de médicaments génériques n'a pas remis en cause la position dominante du laboratoire qui détenait toujours 80 % de parts de marché. En effet, le Conseil a considéré que l'importance de telles parts de marché et la faiblesse de la concurrence réelle ou potentielle permettaient de retenir l'existence d'une position dominante du laboratoire à l'époque des faits (07-D-09).

Ayant observé que TDF détenait la quasi-totalité des sites de diffusion et qu'il existait, de surcroît, d'importantes barrières à l'entrée s'opposant à la construction de nouveaux sites, le Conseil a retenu que cette société détenait une position dominante sur les marchés de gros amont et aval de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision (07-D-30).

L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP, le Conseil a considéré que l'importance de ses parts de marché d'une part, et d'autre part son contrôle direct et indirect de l'ensemble des niveaux du réseau de distribution de la vente au numéro constituaient deux éléments permettant de retenir que les NMPP étaient en position dominante sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro (07-D-23).

De même, dans son évaluation du marché de la route Paris-Londres, le Conseil a estimé que, dès lors qu'Eurostar détenait plus de 65 % de parts de marché, tandis que ses deux premiers concurrents directs (British Airways et Air France) plafonnaient à 10 % de parts de marché chacun, il était établi qu'Eurostar détenait une position dominante sur ce marché. Cette dominance était, par ailleurs, renforcée par l'existence de fortes barrières à l'entrée (07-D-39).

D'autres éléments que les parts de marché fournissent également au Conseil une information utile lors de l'examen du pouvoir de marché d'une entreprise.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, le Conseil a considéré que l'activité de stockage était une activité pour laquelle il était justifié de tenir largement compte des capacités afin de déterminer la position sur le marché d'un opérateur, l'attractivité des opérateurs sur ce marché étant largement liée à leur capacité d'offre. À cet égard, dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE 1997, C 372, p. 5), la Commission européenne avait d'ailleurs indiqué que : « Si les ventes sont généralement la référence pour calculer des parts de marché, il y a néanmoins d'autres références, selon les produits ou l'industrie spécifique en question, qui peuvent offrir l'information utile, tels que, la capacité, le nombre d'opérateurs dans l'offre des marchés, les unités de flottes dans le cas de l'aérospatiale ou des réserves tenues dans le cas des secteurs tels que l'exploitation minière. » C'est également ainsi que le Conseil de la concurrence avait analysé l'impact sur le marché des parcs de stationnement de l'acquisition du groupe GTM par la société Vinci

(avis 01-A-08 du 5 juin 2001). En l'espèce, l'examen des capacités de stockage de la CIPHA a conduit le Conseil à considérer que cette dernière disposait d'une position dominante sur le marché du stockage du charbon de la basse vallée de la Seine **(07-D-28)**.

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo, le Conseil a observé que les parts de marché pouvaient varier fortement dans le temps et qu'une position dominante acquise sur une génération de consoles pouvait être remise en cause à la suivante. De ce fait, l'examen des parts de marché ne constituait pas, à lui seul, un critère suffisant pour évaluer le pouvoir de marché de l'entreprise en cause. En effet, la contestabilité d'un marché devenait plus forte lors de l'apparition d'une nouvelle génération de consoles intégrant une technologie plus performante. Ainsi, au moment de la sortie d'une console de plus forte puissance, la clientèle acquise par les différents fabricants sur la base des consoles de la technologie précédente était moins sensible aux coûts de sortie (*switching costs*) liés à l'obligation de renouveler la bibliothèque de jeux, qu'aux effets de réseau que pouvait générer la richesse du catalogue de jeux édité pour la console précédente : utilisateurs et éditeurs devaient en effet accepter de supporter le coût de ces changements s'ils tenaient à exploiter les possibilités offertes par la technologie de la nouvelle console. De tels comportements avaient déjà été observés par le Conseil dans son avis 05-A-24 relatif au marché des progiciels destinés aux experts-comptables : *« il apparaît que s'il existe des obstacles à l'entrée sur le marché de concurrents potentiels, liés essentiellement à l'importance des coûts de sortie et du critère de notoriété dans les choix des clients appartenant à la profession comptable, ces obstacles peuvent être surmontés de manière relativement aisée [...] à l'occasion des ruptures technologiques que connaît régulièrement le marché »*. Dans son examen de la dominance de Sony, le Conseil a donc tenu compte d'autres éléments que la simple part de marché. Pour retenir que l'entreprise détenait bien une position dominante sur son marché à l'époque des faits, le Conseil a notamment observé qu'il était le seul offreur sur le marché, qu'il bénéficiait d'une très bonne image de marque dont il a su tirer profit, et que pendant la période où il a été seul sur le marché, Sony était en mesure de se comporter de façon indépendante à l'égard des autres acteurs du marché et des consommateurs, notamment en pratiquant un prix nettement plus élevé que le prix concurrentiel **(07-D-06)**.

Dominance et connexité entre plusieurs marchés

– Lien de connexité entre deux marchés

Une pratique abusive commise sur un marché non dominé peut être qualifiée d'abus de position dominante, dès lors qu'il existe un marché dominé et un lien de connexité entre le marché non dominé et le marché dominé **(07-D-09)**.

Pour caractériser l'existence d'un tel lien de connexité, le Conseil a observé qu'il existait entre le marché dominé et le marché non dominé, une identité de demandeurs, une identité d'offreurs et une identité de fonctionnement des marchés. Le Conseil a estimé que la constatation de l'ensemble de ces éléments permettait de déduire l'existence d'un lien de connexité suffisant

au regard des critères posés par l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes « *Tetra Pak* » du 14 novembre 1996 (07-D-09).

– *Interdépendance de plusieurs marchés*

Dans une décision 07-D-20, le Conseil a rappelé que la situation de la concurrence sur un marché dérivé ne peut être analysée en faisant abstraction de la situation sur le marché primaire. En l'espèce, la concurrence qui existait sur le marché primaire des oxymètres de pouls venait contraindre la politique de prix sur le marché dérivé des capteurs (07-D-20).

De même, le pouvoir de marché détenu par une entreprise sur un marché aval peut fournir une information utile quant au pouvoir de marché qu'elle détient sur un marché amont. Ainsi, dans le secteur cinématographique, le Conseil a relevé la forte interdépendance entre les marchés de l'exploitation de salles et les marchés amont d'acquisition de droits cinématographiques. En effet, les distributeurs et les exploitants se trouvent liés par un dispositif dans lequel le nombre d'entrées réalisées par les exploitants de salles détermine non seulement leurs bénéfices mais aussi, par le jeu de la remontée des recettes, ceux des distributeurs. En conséquence, le comportement des intervenants sur le marché de l'acquisition de droits cinématographiques est fortement dépendant de la demande des consommateurs finaux, à l'instar du secteur du commerce de détail. Le marché de l'exploitation et le marché amont de l'acquisition de droits auprès des distributeurs ayant la même délimitation géographique, le pouvoir de négociation du GIE Ciné Alpes avec les distributeurs sur les marchés amont correspondait donc, par un effet miroir, aux positions détenues par le GIE sur les marchés de l'exploitation, en aval (07-D-44).

 Situation non constitutive d'une position dominante

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, le Conseil a rappelé qu'il est de jurisprudence constante qu'une part de marché de 23 % ne saurait suffire, à elle seule, à caractériser l'existence d'une position dominante (07-D-12).

Le Conseil de la concurrence a rappelé, à plusieurs reprises, que des parts de marché de grande ampleur, prises isolément, ne constituent pas nécessairement un facteur déterminant de la position dominante. En effet, l'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à la sienne ne permet pas à l'entreprise concernée d'adopter le comportement indépendant caractérisant une position dominante (07-D-37).

L'appréciation de la position dominante collective

Le Conseil s'est prononcé plusieurs fois cette année sur la question de la dominance collective (07-D-08; 07-D-12; 07-D-13).

Pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il convient d'établir que les entreprises « *ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir pour adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* » (Cour de justice des communautés européennes,

31 mars 1998, Kali & Saltz; Tribunal de première instance des communautés européennes, 25 mars 1999, Gencor).

L'existence d'une position dominante collective peut résulter de l'existence de liens structurels, tels que des liens en capital ou des accords formalisés entre les entreprises. Il convient alors de démontrer que ces dernières ont adopté une ligne commune d'action sur le marché (Cour de justice des communautés européennes, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge; Tribunal de première instance des communautés européennes, 7 octobre 1999, Irish Sugar; Cour de cassation, 5 mars 1996, Total Réunion Comores; cour d'appel de Paris, 30 octobre 2001, OMVESA; cour d'appel de Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé).

En l'absence de tels liens, la seule structure du marché peut également permettre de mettre en évidence une position dominante collective dès lors que les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de première instance des communautés européennes dans l'arrêt Airtours du 6 juin 2002 sont réunis, à savoir la structure oligopolistique, la transparence du marché concerné, la possibilité de représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et la non-contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle (07-D-08).

┆ L'existence de liens structurels et d'une stratégie commune

Il résulte d'une jurisprudence constante que la notion de « *liens structurels* » ne vise pas seulement l'existence de liens capitalistiques ou de participations croisées dans les organes dirigeants, mais couvre également d'autres situations, telles que l'existence de liens contractuels (décision 00-D-83 du 13 février 2001), le recours au même prestataire (décisions 97-D-21 du 25 mars 1997, 06-D-02 du 20 février 2006 et 06-D-18 du 28 juin 2006), et la mise en commun de moyens techniques (cour d'appel de Paris, 6 juillet 1994, Total Réunion Comores, décision 06-D-02). Dans une décision 07-D-08, le Conseil a reconnu l'existence, entre les entreprises mises en cause, de liens structurels et d'une stratégie commune (07-D-08).

Le Conseil a précisé, dans une décision relative au transport maritime entre la Corse et le continent, que l'examen des liens ou facteurs de corrélation structurels doit se faire, pour la recherche de la domination collective d'un marché, non pas de manière subjective, en tenant compte de l'intérêt respectif des entreprises à les poursuivre ou à y mettre fin, mais de manière objective en tenant compte de critères comme leur intensité, leur ancienneté, leur constance, leur aptitude à réunir les entreprises ainsi liées autour d'une ligne d'action commune (07-D-13).

┆ L'application des critères de la jurisprudence Airtours

La jurisprudence Airtours, rendue en matière du contrôle des concentrations, est applicable à l'appréciation de l'existence d'une position dominante collective au titre des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité. Les critères Airtours sont parfaitement admis par le Tribunal de première instance des communautés européennes, qui y avait fait explicitement référence dans l'arrêt Piau du 26 janvier 2005, rendu sur recours contre une décision de la Commission en matière d'abus de position dominante. Comme pour les marchés pertinents, des critères identiques peuvent

être appliqués dans des approches différentes, soit pour l'avenir, dans le cadre du contrôle des concentrations, soit pour le passé ou le présent, dans le cadre de l'examen des pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, l'utilisation des critères Airtours ne remet pas en cause l'appréciation du parallélisme de comportement par le droit des ententes, dès lors que la position dominante collective d'entreprises autonomes qui pourrait en être déduite n'est pas en elle-même répréhensible au titre des règles de concurrence, seul l'abus de cette position l'étant.

Première condition : structure oligopolistique et transparence du marché

Cette condition impose au Conseil de vérifier que les produits des entreprises en cause sont suffisamment homogènes pour être aisément substituables et que le marché est suffisamment transparent pour que les entreprises soient immédiatement informées de la déviation de l'une d'entre elles de la règle tacite commune. À cette fin, le Conseil a rappelé que le critère de transparence ne suppose pas une connaissance parfaite de l'ensemble des agissements des concurrents, mais une connaissance suffisante des données stratégiques de marché et la possibilité d'une surveillance de la ligne d'action suivie par les concurrents (07-D-08).

Deuxième condition : non-contestabilité du marché et absence de compétition potentielle

Ici, le Conseil examine si les petites entreprises offreuses qui peuvent subsister sur le marché (« mavericks ») ou les demandeurs ne possèdent pas un pouvoir de marché suffisant pour remettre en cause à leur profit la règle tacite de comportement commun des entreprises collectivement dominantes (07-D-08).

Troisième condition : possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune

S'agissant de l'incitation à dévier et des mesures de représailles, le Conseil a rappelé qu'aux termes de la jurisprudence Airtours, « pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assumer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative ». Le Conseil a également précisé que « dans un marché très fortement transparent et dans lequel une déviation peut être facilement repérée, l'incitation à ne pas dévier est caractérisée par les possibilités importantes pour l'autre duopoleur de réagir, de répliquer rapidement à une politique agressive et d'engager une guerre des prix » (07-D-08).

▮ **Situations non constitutives d'une position dominante collective**

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, le Conseil n'a pas retenu que les sociétés Europalaces, Kinépolis, Ciné Alpes, CGR et UGC détenaient ensemble une position dominante collective sur le marché de l'agrément. Il a, en effet, constaté que

le marché de l'exploitation des salles de cinéma était caractérisé par une atomicité de l'offre, ne présentait pas une structure oligopolistique et que les groupes qui y opéraient n'avaient pas entre eux de liens structurels. S'agissant de la jurisprudence Airtours d'autre part, le Conseil a observé que, s'il n'était pas exclu qu'il puisse exister une certaine transparence sur le marché, les possibilités de représailles restaient difficilement identifiables. Quant au critère de la « *non-contestabilité du marché* », celui-ci n'était pas rempli, dans la mesure où le parc cinématographique français était composé à plus de 50 % de cinémas de la petite et moyenne exploitation ayant, pour la plupart, conclu des protocoles d'adhésion avec la société Loischèques. Les critères permettant de définir, de manière alternative, la position dominante collective n'étaient donc pas réunis en l'espèce (07-D-12).

Ayant constaté que les quatre principaux producteurs de laits maternels présents en maternité se trouvaient dans une situation asymétrique, le Conseil a exclu, dans une décision 07-D-42, que ces sociétés puissent se trouver en situation de position dominante collective. Le Conseil a, en effet, observé que deux d'entre eux étaient présents sur le marché des laits infantiles, mais également sur celui des aliments pour bébé et, plus largement, étaient des opérateurs majeurs sur les marchés agroalimentaires. À l'inverse, les deux autres offreurs, Milupa-Nutricia et Sodilac, n'étaient présents que sur le marché des laits infantiles. Cette différence avait pour conséquence que les deux acteurs multiproduits pouvaient consentir des investissements commerciaux pour acquérir des clients au stade de l'alimentation des nourrissons, puis les amortir sur une durée et des volumes plus importants que les deux acteurs monomarché, les « *pure players* », qui devaient le faire sur la seule période pendant laquelle l'enfant consomme du lait infantile. Cette asymétrie était donc difficilement compatible avec l'existence éventuelle d'une dominance collective.

Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur un marché n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 82 du traité. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient de rechercher si l'entreprise exploite cette dominance d'une manière abusive. La constitution de l'infraction d'abus de position dominante suppose que soit établi un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'entrave apportée au libre jeu du marché.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusives au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 82 du traité, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. Ainsi, une pratique revêt un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle s'inscrit dans une stratégie anticoncurrentielle. Les entreprises en position dominante peuvent néanmoins, pour écarter la qualification d'abus, démontrer que les pratiques sont objectivement justifiées ou qu'elles sont source d'efficacité et qu'elles ne relèvent pas en conséquence d'une stratégie anticoncurrentielle. Dans l'hypothèse où il ne serait pas établi que les pratiques mises en cause sont objectivement

justifiées, leur objet anticoncurrentiel est caractérisé, soit lorsqu'elles sont imposées par des menaces ou par une incitation financière ou technique, soit lorsqu'un ensemble d'éléments convergents permet d'établir qu'elles s'inscrivent dans une stratégie anticoncurrentielle ou conduisent nécessairement à une restriction de concurrence.

Enfin, en l'absence d'objet anticoncurrentiel, l'examen des effets des pratiques mises en cause est nécessaire pour établir si elles constituent une forme d'exploitation abusive d'une position dominante.

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 également d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante.

Les remises de fidélité

En général, les systèmes de remises bénéficient à l'acheteur final et peuvent avoir une efficacité proconcurrentielle : les remises constituent une baisse de prix qui permet à l'acheteur d'augmenter son surplus. L'attribution de remises n'est donc pas, *per se*, illicite, même quand elle est mise en œuvre par une entreprise en position dominante (ou plusieurs entreprises en position dominante collective) : bien que dominante, une entreprise peut légitimement souhaiter augmenter encore sa part de marché en développant ses ventes grâce à des baisses de prix. Toutefois, lorsque ces remises sont ciblées sur certaines catégories d'acheteurs, leur neutralité concurrentielle nécessite un examen circonstancié. Restent *prima facie* licites les remises qui permettent de transmettre à la catégorie d'acheteurs en question les gains d'efficacité procurés au vendeur par les caractéristiques propres des achats en cause : régularité, prévisibilité, volume notamment. En revanche, risquent de revêtir un caractère discriminatoire les remises non justifiées par des gains d'efficacité et soumises à des conditions susceptibles de provoquer l'éviction des concurrents, en raison notamment de la taille de la part de marché détenue par le dominant au regard de ses concurrents.

Il en est ainsi des remises conditionnelles dont la condition est explicitement l'élimination du concurrent, comme c'est le cas lorsque les remises sont accordées par une entreprise dominante (ou plusieurs en dominance collective) sous la seule condition que le client lui ait adressé la totalité de sa demande. Ainsi que la cour d'appel de Paris l'a rappelé dans un arrêt du 9 novembre 2004 (société des caves et producteurs réunis de Roquefort) : « *De telles remises, à la différence des remises liées au volume des ventes, tendent à empêcher ou à restreindre, par la voie d'un avantage financier qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, l'approvisionnement de clients auprès de producteurs concurrents, partant à empêcher ou limiter l'accès de ces derniers au marché.* »

Le Tribunal de première instance des communautés européennes énonce, dans un arrêt du 7 octobre 1999 (Irish Sugar, T-228/97, point 66 ; confirmé par

la Cour de justice des communautés européennes, Ord, 10 juillet 2001, aff. C-497/99) : « *les remises de fidélité octroyées par une entreprise en position dominante constituent un abus au sens de l'article 86 [devenu 82] du traité, dès lors qu'elles ont pour objectif d'empêcher, par l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents (arrêts Michelin/Commission, précité, point 71 et jurisprudence citée, et BPB Industries et British Gypsum/Commission, précité, point 120) [...]. Il convient donc d'apprécier l'ensemble des circonstances, et notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et d'examiner s'il tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée* » (voir aussi l'arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice des communautés européennes, Hoffmann-La Roche et l'arrêt du 30 septembre 2003 du Tribunal de première instance, Michelin (T-203/01 – § 58-60 ; 62).

Dans une décision relative à la distribution de ciment en Corse, le Conseil a relevé que Lafarge et Vicat avaient consenti des remises fidélisantes attribuées rétrospectivement aux négociants corses, sous la condition qu'ils n'aient pas effectué d'achat de ciment d'importation. Les pratiques litigieuses avaient produit les effets escomptés, les volumes d'importations ayant considérablement diminué. Après avoir vérifié qu'il existait un lien causal direct entre la position dominante et l'abus, le Conseil a retenu que l'abus de position dominante était établi (07-D-08).

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP), le Conseil a rappelé que, dans le cadre d'une relation verticale entre un fournisseur et un distributeur, l'octroi de remises en fonction de critères incitatifs constitue en soi une discrimination par les prix, mais peut permettre d'assurer la fourniture d'efforts d'un niveau plus élevé, par exemple un effort de vente ou d'augmentation de la qualité de services. En revanche, lorsque les critères retenus sont de nature à exclure de façon injustifiée une catégorie de distributeurs, les remises faussent le jeu de la concurrence. Il en est de même si ces remises ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'inciter les revendeurs à exclure les concurrents du vendeur, surtout si ce vendeur est en position dominante (CJCE, Hoffmann-La Roche/ Commission, 13 février 1979). En l'espèce, le Conseil a relevé que l'économie générale du système de rémunération des diffuseurs de presse mis en place par les NMPP et la SAEM-TP, qui cumulait plusieurs critères à caractère fidélisant, était susceptible d'avoir pour objet ou pour effet d'évincer l'unique messagerie concurrente du marché en pénalisant la diffusion de ses titres (07-D-32).

» Les pratiques de prédation

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline, le Conseil a sanctionné, pour la première fois, des

pratiques de prédation mises en œuvre par une entreprise en position dominante. Dans cette décision, le Conseil a défini la méthodologie qu'il convient de suivre afin de qualifier de telles pratiques sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce (07-D-09).

Le Conseil a défini la prédation comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché, afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes (07-D-09; 07-D-39).

Ainsi que cela résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, la preuve de la prédation peut être apportée dans différents cas de figure, selon la position des prix de vente par rapport à différents niveaux envisageables de coûts (coût variable moyen, coût total moyen et, dans des cas plus complexes, coût incrémental). Dans un premier cas, l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé, si les prix de vente sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée, sont inférieurs au coût moyen variable de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire, compatible avec les faits de l'espèce et étayée par une explication convaincante de son comportement. Dans un second cas, si les prix de vente en cause sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise, mais supérieurs à ses coûts variables, une telle constatation constitue un simple indice que cette politique de prix a un objet anticoncurrentiel. La pratique de prédation n'est établie que si l'autorité de concurrence apporte la preuve que le comportement de l'entreprise adopté en matière de prix s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies. En effet, dans la mesure où une pratique de prédation engendre des pertes pour l'entreprise qui la met en œuvre, sa rationalité doit être recherchée avec soin par l'autorité de concurrence.

En s'appuyant sur l'arrêt Akzo précité, le Conseil a détaillé les différentes étapes du raisonnement général à suivre pour pouvoir qualifier de prédation une pratique de prix bas.

Il convient en premier lieu d'effectuer une comparaison entre les prix pratiqués pendant la période alléguée de prédation et les coûts exposés par l'entreprise pour fournir le produit ou le service vendu (« *test de coût* »). Ce test exige que l'entreprise communique ses données de coûts au Conseil de la concurrence, de manière sincère et vérifiable, au risque – si elle ne le fait pas – que ce dernier utilise toute autre donnée qui lui paraîtrait appropriée.

Si le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué par l'entreprise dominante est inférieur au coût moyen variable (ou « *évitable* », c'est-à-dire pouvant être évité en ne fournissant pas l'unité supplémentaire du produit ou du service en cause), il révèle que l'entreprise a accepté de faire des pertes qui auraient pu être évitées si elle avait eu un comportement économique différent. Le test apporte donc, dans la ligne de l'arrêt Akzo, la présomption que l'entreprise dominante a fait ce sacrifice en vue d'évincer

le ou les concurrents qu'elle cherchait à éliminer. C'est le premier cas envisagé par l'arrêt Akzo.

Cette présomption peut, toutefois, être combattue par l'entreprise mise en cause par tout argument qu'elle juge pertinent, notamment en donnant une explication alternative à son comportement, qui doit être appuyée par des données vérifiables et non contredites par les observations factuelles de l'espèce ; mais il lui incombe alors de supporter la charge de la preuve de cette explication alternative.

L'entreprise mise en cause peut ainsi soutenir qu'il lui est, en tout état de cause, impossible de récupérer les pertes engendrées par la pratique de prix, pour des raisons qu'elle doit expliquer. Elle peut aussi invoquer une situation concrète de marché, dans laquelle il peut exister une rationalité économique à pratiquer – pour un temps limité – des prix inférieurs aux coûts, y compris variables, comme la nécessité de supporter des coûts d'apprentissage indispensables à la pénétration d'un nouveau marché ou au lancement d'un nouveau produit ou encore l'obligation de s'adapter à un changement brutal des conditions du marché (crise de la demande, nécessité d'écouler des stocks périssables, etc.).

Dans certains cas, l'entreprise peut se prévaloir d'une « *obligation d'alignement* » sur les prix du ou des concurrents, en expliquant que la baisse des prix pratiquée est la seule réponse possible pour minimiser des pertes qui pourraient être plus importantes en l'absence d'un tel alignement. Il faut néanmoins noter qu'un tel comportement doit être proportionné à l'objectif poursuivi pour être crédible et que la jurisprudence considère que l'argument de l'alignement n'est, en principe, pas recevable pour une entreprise en position dominante.

Lorsque le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué est compris entre le coût variable et le coût moyen complet – situation envisagée en second lieu par l'arrêt Akzo – il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que la politique de prix de l'entreprise s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire un plan destiné à éliminer, discipliner ou décourager un concurrent.

Une telle preuve peut ressortir de documents, de notes ou encore d'éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice, qui peut être corroborée par les caractéristiques de la pratique, comme la restriction de la mise en œuvre des prix prédateurs aux seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent, ou encore par l'existence de pratiques annexes qui sont de nature à accentuer l'effet d'éviction, comme des ventes liées ou des remises de couplage ou de fidélité.

La spécificité de certaines industries peut conduire le Conseil à utiliser un test de coût différent, plus adapté à la nature des activités économiques en cause ou des structures de marché : le coût incrémental. C'est le cas des entreprises menant à la fois des activités protégées par un monopole légal – ou qui l'étaient dans un passé récent – et des activités en concurrence pour lesquelles les risques de subventions croisées sont plus importants. C'est aussi le cas des entreprises où les coûts fixes sont très importants et les coûts variables presque nuls. Il peut alors être justifié de comparer les prix non pas aux coûts variables mais aux coûts incrémentaux de long

terme. Ainsi, dans la décision 04-D-79 (Vedettes vendéennes), le Conseil a considéré que le coût pertinent pour comparer les prix de vente était le coût incrémental lié à l'activité de la compagnie de vedettes pendant la saison touristique, les coûts fixes liés aux investissements (achat d'une vedette rapide) étant le résultat d'une obligation de service public s'imposant à la compagnie été comme hiver.

Enfin, lorsque le test de coût démontre que les prix sont supérieurs aux coûts totaux moyens, il suffit, à lui seul, à écarter la qualification de prédation, sauf circonstances exceptionnelles.

Afin de statuer sur un grief de prédation, il convient de suivre les différentes étapes de ce raisonnement. Ainsi pour procéder au test de coût, il y a lieu, en première analyse, de se prononcer sur les coûts à retenir, sur les prix à prendre en compte et sur la conclusion du test. Tenant compte du résultat du test de coût, il y a lieu ensuite d'examiner le comportement de l'entreprise, tel qu'il ressort des faits réunis au dossier et en particulier : la nature de la stratégie à l'œuvre, la connexité des marchés concernés et les mécanismes permettant la protection de la dominance par la pratique sur le marché connexe (07-D-09).

Le test de coût

Les coûts d'achat pertinents

Dans l'avis 97-A-18 relatif à l'application de l'article 10-1 au secteur du disque, le Conseil a rappelé que « *le coût variable est un coût dont le montant varie en proportion directe de l'activité* » tandis que « *les coûts fixes représentent des consommations de ressources qui contribuent à créer la structure dans laquelle s'exercent les activités de l'entreprise* ». Il a souligné que « *le coût variable est donc établi à partir de tous les coûts qui ont une relation directe avec les quantités vendues et qui évoluent en fonction des quantités* ». Enfin, il a ajouté que « *le premier de ces coûts [variables] est le coût d'achat du produit* ».

Dans sa décision 07-D-09, le Conseil a rappelé qu'il résulte de la jurisprudence que les coûts d'achat, payés à des fournisseurs, quels qu'ils soient, sont bien des coûts pertinents pour mener le test de coût. Enfin, ayant constaté l'autonomie commerciale du laboratoire mis en cause, le Conseil a estimé que seuls les coûts de GlaxoSmithKline France devaient être examinés en l'espèce (et non pas ceux du groupe auquel cette société appartient). Le Conseil a donc, en l'espèce, refusé d'exclure du test de coût les coûts d'achat intragroupe (07-D-09).

Les prix de vente pertinents

S'agissant des prix de vente, le Conseil a exclu de prendre en compte la moyenne des prix de vente issus des différents appels d'offres. Pour le Conseil, les prix doivent être examinés marché par marché. En effet, l'éviction d'un concurrent ne peut pas résulter du niveau du prix moyen, qui n'est qu'une grandeur construite *ex post* à partir d'agrégats décrivant les résultats commerciaux globaux enregistrés dans l'année (nombre d'unités vendues et chiffre d'affaires total), mais seulement du prix observé par le demandeur lorsqu'il doit effectuer son choix entre plusieurs fournisseurs,

c'est-à-dire le prix offert lors de chaque appel d'offres. Cette méthode est d'autant plus légitime que les pratiques de prix prédateurs sont souvent ciblées sur certains marchés où se trouvent les concurrents, le prédateur n'ayant aucun intérêt à pratiquer des prix bas entraînant des pertes en l'absence d'offre concurrente. Dans ces conditions, substituer un prix moyen au prix réellement pratiqué dans le test de coût n'a pas de sens.

De même, le fait de détenir une position dominante sur un marché national ou régional n'empêche nullement le Conseil de la concurrence de constater un abus de cette dominance sur des marchés publics instantanés, dont l'observation peut servir de cadre à l'analyse des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans sa décision 05-D-58 du 3 novembre 2005, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Île-de-France, le Conseil a constaté que la société Lyonnaise des Eaux, en monopole sur le marché de la production d'eau dans le sud de l'Essonne, avait abusé de cette position en proposant à ses concurrents un prix discriminatoire de l'eau sur certains marchés publics et a conclu au non-lieu pour d'autres marchés. De même, dans sa décision 04-D-32, du 8 juillet 2004, More Group/JC Decaux, le Conseil a condamné la société JC Decaux, dominante sur le marché national du mobilier urbain, pour avoir commis des pratiques anticoncurrentielles à l'occasion de l'attribution du marché de la ville de Rennes.

Il s'ensuit que chaque appel d'offres peut utilement être observé pour vérifier d'éventuelles pratiques d'abus de position dominante, bien que cette dernière soit constatée sur un marché national (07-D-09).

La sélectivité des offres

Dans cette décision, le Conseil a également retenu que la sélectivité des offres, c'est-à-dire la faculté pour l'entreprise de discriminer en offrant des prix prédateurs aux seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent, facilite la prédation en la rendant moins coûteuse mais ne constitue en aucun cas, à elle seule, un élément de qualification de la pratique. Néanmoins, la vraisemblance d'une politique de prédation est renforcée lorsqu'il est démontré que le prédateur ne pratique des prix anormalement bas qu'en faveur des clients convoités également par les concurrents qu'il cherche à éliminer. En effet, la discrimination rend la pratique de prédation moins coûteuse puisqu'elle permet de limiter l'ampleur des pertes tout en ayant l'effet d'éviction recherché. La Commission européenne avait également indiqué dans la décision « *Irish Sugar* » que, pour une société en position dominante, le fait « *d'offrir de manière sélective des prix peu élevés aux clients d'un petit concurrent, tout en maintenant des prix sensiblement plus élevés pour ses clients existants constitue un abus de position dominante* ». De même, la Commission de la concurrence a précisé dans l'avis du 29 mai 1986 que, si une entreprise peut vendre ses productions à un prix inférieur à ses coûts de revient, et que ce comportement n'est pas toujours anticoncurrentiel, il l'est en revanche « *lorsqu'une telle politique émane d'une entreprise en position dominante et qu'elle est conduite de façon sélective afin d'éliminer des concurrents déterminés* ». Le Conseil de la concurrence a rappelé ces principes dans sa décision 98-MC-16 où il précise que « *la pratique consistant, pour des entreprises présentes sur un même marché, à mettre en œuvre une politique sélective de prix de prédation les*

conduisant à accumuler artificiellement les pertes de façon à contraindre leurs concurrents à cesser leur activité sur le marché, constitue manifestement une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur concerné en réduisant le nombre d'opérateurs et en décourageant toute volonté ultérieure d'entrer sur le marché».

La stratégie de prédation

L'analyse économique distingue trois types de stratégies possibles en matière de prédation :

- la première, dénommée prédation financière, correspond à la situation dans laquelle la proie (c'est-à-dire l'entreprise victime de la prédation) dépend pour son maintien sur le marché d'un financement extérieur. Les investisseurs observent les performances de la proie et conditionnent la poursuite de leur financement aux bons résultats obtenus par celle-ci. Le prédateur cherche à influencer la perception que les investisseurs ont de l'entreprise financée en poussant celle-ci, par des prix bas, à faire des pertes, ce qui doit amener l'investisseur à arrêter son financement. La proie sort alors du marché ;
- la deuxième, dénommée prédation par signal, est celle dans laquelle le prédateur cherche à influencer la perception qu'a la proie des conditions de rentabilité du marché. Le fait d'accumuler des pertes est une façon de dissuader l'entrée des concurrents, en les convaincant que l'activité n'est pas rentable. Si le message est perçu (c'est-à-dire si les entrants potentiels attribuent les pertes du prédateur à un défaut de rentabilité de l'activité plutôt qu'à une stratégie anticoncurrentielle), les concurrents resteront en dehors du marché ;
- la troisième stratégie, dite de prédation par construction d'une réputation, est celle dans laquelle le prédateur cherche à se bâtir une réputation d'agressivité. Typiquement, il s'agit d'une situation dans laquelle le prédateur est soumis à la menace d'entrée de plusieurs concurrents sur des marchés différents (soit des marchés successifs, soit des marchés de produits distincts). Il choisit l'un d'entre eux et se comporte sur celui-ci de manière très agressive en tarifant en dessous de ses coûts. Observant cette agressivité, et pourvu, là encore, que la crédibilité du message soit assurée, les concurrents potentiels s'abstiendront d'entrer sur les autres marchés, redoutant un comportement identiquement agressif du prédateur.

Dans son *Rapport sur la prédation*, le comité de la concurrence de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) décrit ainsi cette troisième stratégie : « *Le fait, pour une entreprise, qui cherche à évincer ses concurrents, d'avoir la réputation d'être prête à supporter des pertes pendant un certain temps pour éliminer ses rivaux et décourager des candidats potentiels à l'entrée sur le marché peut sensiblement améliorer ses chances de récupérer les pertes consenties. Une telle réputation peut avoir des effets durables sur le marché sur lequel elle met en œuvre sa stratégie d'éviction, mais elle peut aussi se révéler productive lorsque l'entreprise exerce son activité sur plusieurs marchés à la fois. Dans ce cas, les retombées de la réputation acquise sur un marché sont parfois ressenties sur les autres marchés sur lesquels l'entreprise est présente, lui permettant*

ainsi de recueillir les fruits de sa politique d'éviction par les prix sur plusieurs marchés en même temps qu'elle ne supporte les pertes que sur un seul marché» (rapport DAF/COMP du 15 mars 2005, p. 13).

Les trois schémas comportementaux précédemment décrits reposent tous sur une manipulation de l'information par le prédateur. Par exemple, la prédation par réputation, consistant à signaler aux rivaux actuels ou potentiels le type de réponse que l'entreprise dominante est prête à apporter aux tentatives d'entrée sur le marché dominé, n'a pas nécessairement pour objectif d'éliminer un concurrent. Elle peut préférer discipliner un concurrent sans l'éliminer, c'est-à-dire l'amener à cesser une compétition trop vigoureuse, dès lors que le but général est de freiner le développement de la concurrence sur le marché. Cet aspect préventif est relevé aussi bien par la théorie économique que par la jurisprudence. Ainsi, le point 146 de l'arrêt Akzo constate : « *En maintenant des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux durant une période prolongée sans justification objective, Akzo a pu nuire à ECS en la dissuadant de s'attaquer à sa clientèle* » (CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, point 146).

Ces stratégies de prédation, qui s'appuient sur des mécanismes différents, ne constituent pas des catégories étanches. Elles peuvent se renforcer lorsqu'elles sont mises en œuvre simultanément. Ainsi, peuvent coexister une prédation par réputation et une prédation financière. Ce type de prédation est possible et vraisemblable lorsqu'il existe une asymétrie des moyens financiers entre le prédateur et le nouvel entrant.

C'est en puisant dans sa « *poche profonde* » qu'une entreprise prédatrice peut supporter les pertes que lui fait subir son comportement, comme le relève le point 131 de l'arrêt Akzo lorsqu'il rappelle que la Commission avait considéré que la politique de prix artificiellement bas pratiquée par la société Akzo avait créé une situation de marché « *qu'elle pouvait supporter en raison de ses moyens financiers supérieurs à ceux d'ECS* » (CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, point 131).

En l'espèce, la stratégie du laboratoire consistait à se bâtir une réputation d'agressivité en pratiquant des prix très bas sur le marché du céfuroxime injectable pour retarder l'arrivée des génériques sur le marché de l'aciclovir injectable et sur d'autres marchés menacés par l'expiration de son brevet. Cette politique de prix bas pouvait en effet être interprétée comme un signal destiné à décourager les fabricants de médicaments génériques d'entrer sur des marchés ouverts à la concurrence après l'expiration des brevets. Cette stratégie avait d'ailleurs en l'espèce bien produit les effets attendus, le Conseil ayant constaté l'éviction des fabricants de médicaments génériques sur les marchés concernés (07-D-09).

Dans un arrêt du 8 avril 2008, la cour d'appel de Paris a approuvé les différentes étapes de raisonnement du Conseil détaillées plus haut, à l'exception de la dernière, ce qui l'a conduite à annuler la décision du Conseil pour ce seul motif. La cour a en effet estimé que le Conseil n'avait pas rapporté la preuve du lien de connexité entre le marché dominé par Glaxo, à savoir le marché de l'aciclovir injectable, et le marché où les prix inférieurs aux coûts variables étaient pratiqués, à savoir celui du céfuroxime injectable.

Pour la cour, la « *stratégie de prédation par construction d'une réputation d'agressivité* » de Glaxo n'est pas démontrée, la preuve n'étant pas suffisamment rapportée que les prix prédateurs sur le marché du céfuroxime aient pu décourager les entrants sur le marché de l'aciclovir.

┆ Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché

La pratique décisionnelle du Conseil et la jurisprudence de l'autorité judiciaire (cour d'appel de Paris, 22 février 2005, Sociétés des abattoirs de Laval) considèrent que le fait pour les propriétaires ou gestionnaires d'un équipement qui leur donne une position particulière en tant qu'offreur sur le marché, de refuser l'accès ou de donner un accès discriminatoire à cet équipement, constitue un abus de position dominante sans qu'il soit utile d'invoquer la théorie des facilités essentielles.

┆ Pratiques discriminatoires

L'article L. 420-2 du Code de commerce mentionne au titre des pratiques d'abus de position dominante les conditions de vente discriminatoires. Le fait pour un opérateur en position dominante d'imposer des prix ou conditions différents à des acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence constitue un abus. Le Conseil a ainsi sanctionné le port autonome du Havre pour de telles pratiques discriminatoires. Il a notamment observé que les différenciations tarifaires observées n'étaient justifiées par aucune incitation économique, et qu'elles constituaient dès lors un comportement discriminatoire (07-D-28).

Dans une décision relative à l'accès à l'internet haut débit, le Conseil a sanctionné la société France Télécom pour avoir favorisé la commercialisation des services d'accès à internet de sa filiale Wanadoo en mettant à la disposition des FAI alternatifs des informations relatives à l'éligibilité des lignes à l'ADSL moins actualisées et moins précises que celles dont disposaient les agents commerciaux de France Télécom pour la commercialisation des packs Wanadoo, ainsi qu'en ne mettant pas en place un système de commande d'une ligne ADSL aussi direct et rapide que celui dont disposaient les agents commerciaux de France Télécom (07-D-33).

┆ Le dénigrement

Parmi les actes qui peuvent être regardés comme abusifs, le dénigrement occupe une place majeure. Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié ; il se distingue de la critique, dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur son concurrent ou sur les produits de ce dernier (07-D-33).

Néanmoins, tout dénigrement mis en œuvre par une entreprise en position dominante, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il convient que soit établi un lien entre la domination de l'entreprise et la pratique de dénigrement (07-D-33).

Dans une décision relative à l'accès à l'internet haut débit, le Conseil a ainsi considéré que France Télécom avait abusé de sa position dominante sur le marché de la boucle locale lui conférant une place singulière d'interlocuteur référent, en ayant invité ses agents commerciaux à dénigrer les FAI concurrents de sa filiale Wanadoo (07-D-33).

Les pratiques de couplage

Dans une décision sanctionnant des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, le Conseil a rappelé la jurisprudence relative aux pratiques de couplage mises en œuvre par un opérateur en position dominante (07-D-28).

Selon une jurisprudence constante en effet, lorsqu'un opérateur économique, en position dominante sur le marché d'un produit dit « *liant* », lie, de façon obligatoire, la vente de ce produit, considéré comme indispensable, à la vente d'un autre produit, dit produit « *lié* », cette pratique de couplage est, sauf circonstances particulières, constitutive d'un abus de cette position dominante.

Ainsi, dans l'arrêt du 13 février 1979, Hoffmann – La Roche & Co Ag/Commission (85/76, Rec. p. 461), la Cour de justice des communautés européennes a jugé :

« [...], 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 au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ;

[...] Il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec des 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 ;

[...] 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 – sauf circonstances exceptionnelles rendant éventuellement admissible un accord entre entreprises dans le cadre de l'article 85, et en particulier du paragraphe 3 de cette disposition – 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 ;

[...]

Enfin, ces pratiques, dans le chef d'une entreprise en position dominante et particulièrement dans un marché en expansion, tendent à renforcer cette

position par une concurrence non fondée sur des prestations et, dès lors, faussée» (points 89 et 90).

S'agissant plus particulièrement de la situation dans laquelle le produit liant et le produit lié sont sur deux marchés voisins, la Cour a aussi dit pour droit : *« Constitue un abus [...] le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise »* (arrêt du 3 octobre 1985, CBEM/CLT et IPB, 311/84, Rec. p. 3261, point 27).

Dans un cas où l'entreprise en position dominante arguait que le lien fait entre la vente de deux produits différents résultait de motifs d'intérêt général, le Tribunal de première instance des communautés européennes a jugé, dans l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T 83/91, Rec. p. II-755, point 83) :

« Par ailleurs, l'argumentation de la requérante relative aux exigences de la protection de la santé publique et de ses intérêts ainsi que de ceux de ses clients ne saurait être accueillie. En effet, il n'appartient pas aux producteurs d'équipements complets de décider que, pour satisfaire à des impératifs d'intérêt général, des produits consommables, tels que les cartons, constituent, avec les machines avec lesquelles ils sont destinés à être utilisés, un système intégré indissociable. Selon une jurisprudence bien établie, en l'absence de normes et de règles générales contraignantes, tout producteur indépendant est parfaitement libre, au regard du droit communautaire de la concurrence, de fabriquer des produits consommables destinés à être utilisés dans des appareils fabriqués par d'autres à moins que, ce faisant, il ne porte atteinte à un droit de propriété intellectuelle détenu par un concurrent (voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, Rec. p. II-1439, point 68, ainsi que l'arrêt de la Cour du 2 mars 1994, Hilti/Commission, C-53/92 P, Rec. p. I-667, points 11 à 16) ».

Dans l'arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission (C-333/94 P, Rec. p. I-5951, point 37), rendu sur pourvoi contre l'arrêt du Tribunal, la Cour de justice a précisé : *« [...] la liste des pratiques abusives établie à [l'article 82 CE] deuxième alinéa, du traité n'est pas limitative. En conséquence, même lorsque la vente liée de deux produits est conforme aux usages commerciaux ou lorsqu'il existe un lien naturel entre les deux produits en question, elle peut néanmoins constituer un abus au sens de [l'article 82 CE], à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée. »*

Les autorités de concurrence ont, à de nombreuses reprises, condamné de telles pratiques de couplage. Peuvent notamment être mentionnées, outre les décisions ayant donné lieu aux arrêts précités, la décision de la Commission européenne 88/138/CEE du 22 décembre 1987 Eurofix-Banco/Hilti (JOCE L 65, p. 19, points 30 à 34, 74, 75 et 98) ainsi que les décisions du Conseil de la concurrence 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 et 05-D-44 du 21 juillet 2005 relative à des pratiques

mises en œuvre par le groupe *La Provence* dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à Marseille.

En l'espèce, le Conseil a observé que la CIPHA liait la location des installations de stockage, sur lesquelles elle est en situation de position dominante, à la vente d'une prestation de manutention en concurrence sur un marché connexe. Constatant que ces pratiques de couplage ne trouvaient aucune justification économique, et qu'elles n'étaient justifiées, ni par la défense d'intérêts légitimes ni par une contribution au progrès économique, le Conseil a considéré que la CIPHA avait abusé de sa position dominante afin d'exclure ses concurrents (07-D-28).

┆ **Exclusivité**

Dans une décision 07-D-44, le Conseil a sanctionné le GIE Ciné Alpes, pour avoir conditionné à plusieurs reprises le passage de films dans les zones de chalandise monopolistiques où les distributeurs voulaient être présents, à l'obtention d'exclusivités ou de priorités dans des zones concurrentielles. Par ces pratiques, le GIE Ciné Alpes avait transféré son pouvoir de négociation d'un marché sur l'autre afin d'y obtenir un avantage sans rapport direct avec ses mérites, grâce à un effet de levier.

Le Conseil a estimé que ces faits étaient constitutifs de pratiques d'exclusion. Le Conseil a relevé que ces pratiques avaient eu non seulement pour effet d'évincer les concurrents du GIE, mais également de priver les spectateurs de la diffusion de certains films dans d'autres salles que celles du GIE et, en conséquence, leur avaient fait perdre la possibilité de choisir une autre salle moins chère, ou plus proche de leur domicile. Si une entreprise en position dominante est en droit de se défendre et de développer sa part de marché, elle doit le faire dans les limites d'un comportement loyal et légitime (07-D-44).

┆ **Les abus d'exploitation**

Le Conseil a rappelé dans une décision 07-D-13, qu'en application de la jurisprudence communautaire et nationale, les prix pratiqués par une ou plusieurs entreprises en position dominante peuvent, par leur caractère excessif, être considérés, dans certaines circonstances, comme constitutifs d'un abus d'exploitation du pouvoir de marché (voir aussi à ce sujet décision 06-D-39).

Les jurisprudences communautaire (CJCE, 13 novembre 1975, General Motors ; CJCE, 11 novembre 1986, British Leyland) et française (décisions 00-D-27 du 13 juin 2000 et 03-D-18 du 10 avril 2003) retiennent deux méthodes d'analyse pour établir le caractère manifestement excessif des prix d'un opérateur en position dominante. La première méthode consiste à comparer le prix de vente du produit en cause à son prix de revient et apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé. La deuxième méthode repose sur une comparaison avec les situations similaires sur des marchés équivalents. En outre, les prix ne pourraient être considérés comme abusivement élevés dès lors que les disproportions constatées comportent une justification.

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

Les entreprises en position dominante peuvent se défendre d'une pratique susceptible d'être considérée comme abusive en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficience et qu'elle ne relève dès lors pas d'une stratégie d'exclusion des concurrents. Il incombe à l'entreprise qui invoque une telle défense d'en prouver la réalité. L'entreprise doit notamment apporter la preuve que le résultat invoqué dépend précisément de la pratique concernée et qu'il n'existe pas de moyen aussi efficace mais moins restrictif de concurrence pour y parvenir.

Pratiques de prédation

Le Conseil a rappelé dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres, la méthodologie qu'il convient de suivre dans l'examen de pratiques de prédation.

Le Conseil a observé que le résultat d'Eurostar sur la route Paris-Londres ne lui permettait pas de couvrir ses coûts fixes mais couvrait ses coûts variables, que par ailleurs aucun élément présent au dossier n'établissait que les pertes étaient consenties seulement dans le dessein d'évincer les compagnies aériennes et qu'au contraire plusieurs éléments plaidaient en faveur de la rationalité économique de la politique commerciale d'Eurostar. L'entrée sur le marché de compagnies *low cost* rendait enfin difficile une éventuelle récupération des pertes consécutives à une éventuelle prédation. Les pratiques tarifaires examinées n'ont donc pas été qualifiées d'anticoncurrentielles **(07-D-39)**.

Pratiques discriminatoires

Le fait, pour un opérateur en position dominante, d'imposer des prix ou conditions différents à des acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, constitue un abus. En revanche, il reste loisible à un opérateur en position dominante de traiter différemment des acheteurs se trouvant dans des situations différentes.

Les remises sur les prix de vente sont une pratique courante dans tous les secteurs d'activité. Leur généralisation tient au fait que, en raison même de la différenciation qu'elles introduisent dans les prix, elles présentent des avantages particuliers, en permettant de servir une demande qui ne serait pas satisfaite, ou en incitant la demande à prendre des formes qui permettent de réaliser des gains d'efficacité pour les offreurs. Les remises peuvent ainsi 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 ce sens, la différenciation tarifaire peut avoir un effet proconcurrentiel.

Le caractère discriminatoire des remises peut aussi faciliter la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. C'est la raison pour laquelle il appartient à l'autorité de concurrence de rechercher, comme chaque fois qu'elle apprécie un comportement unilatéral d'une entreprise en position dominante, si

la pratique en cause peut avoir pour effet – constaté ou potentiel – d'évincer les concurrents du marché concerné, de les discipliner ou de retarder leur entrée. Dans la recherche de cet effet d'éviction, l'absence de contrepartie réelle d'une remise tarifaire, qui indique *a priori* le manque de rationalité économique du comportement de l'entreprise, peut être un indice utile. Mais, à l'inverse, l'entreprise doit avoir la possibilité de démontrer, même dans ce cas, que sa stratégie tarifaire génère des gains d'efficacité dont une partie est restituée aux consommateurs. À cet égard, l'existence d'une forte élasticité de la demande en fonction du prix selon les différents segments de clientèle – qui peut justifier une stratégie rationnelle de différenciation tarifaire – doit être prise en compte.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne (remontées mécaniques sur la station de ski de Pra-Loup), le Conseil a ainsi rappelé que les conditions de vente discriminatoires peuvent être classées parmi les abus prohibés de la part d'une entreprise en position dominante. Dans cette affaire, il était reproché à la société Transmontagne d'avoir appliqué des tarifs discriminatoires et d'avoir subordonné des remises tarifaires à des conditions étrangères à l'utilisation des remontées mécaniques. Mais, en l'espèce, l'examen des différentes grilles tarifaires a révélé qu'elles n'avaient créé aucun effet d'éviction, réel ou potentiel, sur le marché de la vente de forfaits touristiques. Ces pratiques tarifaires ne permettaient donc pas de caractériser l'existence d'un abus de position dominante (07-D-14).

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP, le Conseil a considéré que les tarifs proposés par les NMPP ne pouvaient pas être considérés comme discriminatoires, dès lors que les différenciations tarifaires observées reflétaient les coûts de cette diffusion. Le Conseil a, par ailleurs, établi le caractère transparent et objectif des barèmes mis en œuvre. Les pratiques des NMPP ne constituaient donc pas un abus de position dominante (07-D-23).

■ Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale

Dans sa décision 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des jeux, le Conseil avait posé le cadre d'analyse des subventions croisées :

« Considérant qu'il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites; qu'ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole légal, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce;

Considérant, en revanche, qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que

lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle.»

Dans sa décision **07-D-39**, le Conseil n'a pas constaté de perturbations durables du marché résultant de la participation de la SNCF à la gestion d'Eurostar. Le Conseil a notamment observé que si l'arrivée d'un nouveau mode de transport faisait logiquement reculer les parts de marché des compagnies aériennes, rien ne démontrait que l'arrivée d'Eurostar menaçait l'existence des liaisons aériennes sur la route Paris-Londres. Le Conseil n'a donc pas retenu l'existence de subventions croisées abusives entre les deux sociétés (**07-D-39**).

» Rupture de relations commerciales/refus de vente

Le Conseil de la concurrence a rappelé à de nombreuses reprises que la liberté de choix des demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie de marché. Dans l'affaire du « *sport et du tennis en particulier* », le Tribunal de grande instance de Paris avait sollicité l'avis du Conseil sur le point de savoir si la demande formée par la Fédération française de tennis, tendant à faire interdiction à la société Hospitality Group de proposer, sous quelque forme que ce soit, des places pour assister aux championnats de Roland-Garros et de fournir toutes les prestations de services ou produits faisant référence à cette manifestation se heurtait aux interdictions édictées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Dans son avis 03-A-01 du 10 janvier 2003, le Conseil a retenu : « [...] Comme l'a précisé la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt *Oscar Bronner GmbH (affaire C-7/97 du 26 novembre 1998)* : "[...] le droit de choisir ses partenaires contractants et de disposer librement de sa propriété sont des principes universellement consacrés dans les systèmes juridiques des États membres, en revêtant parfois un caractère constitutionnel. Les atteintes à ces droits exigent d'être soigneusement justifiées [...]. Ainsi, la détention et l'exercice d'un droit exclusif d'exploitation ne sauraient constituer, en eux-mêmes, une atteinte au droit de la concurrence ; ils ne seraient susceptibles de le devenir que dans la mesure où il en serait fait un usage constitutif d'une entente ou d'un abus de position dominante ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. »

Pour qu'un refus de fournir à un concurrent des marchandises ou des services nécessaires à l'exercice de ses activités soit reconnu comme abusif, il faut notamment que ce refus soit de nature à éliminer toute concurrence et qu'il ne puisse être objectivement justifié (décision 05-D-72 du 20 décembre 2005, Pharmalab ; arrêts de la Cour de justice des communautés européennes, du 6 mars 1974, *Commercial Solvents* et du 3 octobre 1985, *Télémarketing* ; arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner*). S'agissant des raisons objectives qui pouvaient justifier un refus de vente, la Cour de justice a estimé, dans son arrêt du 14 février 1978, *United Brands* (22/76, Rec. p. 173), qu'une entreprise, même dominante, a le droit de prendre les mesures raisonnables qu'elle estime appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux, à condition que son comportement soit proportionné à la menace et ne vise pas à

renforcer sa position dominante ou à en abuser. Dans l'arrêt du 29 juin 1978 [Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV et autres (BP) (77/77, Rec. p. 1513)], elle a ainsi jugé qu'une entreprise en position dominante devait répartir équitablement les quantités disponibles de son produit entre tous ses clients, sous réserve des particularités ou différences dans leur situation commerciale, et qu'en cas de crise généralisée d'approvisionnement, une telle entreprise pouvait servir prioritairement ses clients habituels. De même, dans sa décision 01-D-70 du 24 octobre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du rhum à La Réunion, le Conseil a considéré « [...] *qu'il est loisible à un groupe, dont une filiale produit un bien intermédiaire qui, pour la plus grande partie alimente une autre filiale fabriquant un produit fini, de réserver à cette seconde filiale la partie de sa production amont qui lui est nécessaire; que, de même, lorsque des contrats d'approvisionnement de long terme ont été passés avec des clients, il est licite pour un producteur même en position dominante de refuser de répondre à une nouvelle demande qui excède ses capacités de production restant disponibles* ».

Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence constante des autorités de concurrence française et communautaire, qu'un fournisseur reste libre de déterminer les conditions de commercialisation de son produit sans que ses cocontractants disposent d'un droit acquis au maintien de leur situation (décisions 90-D-10 du 7 février 1990; 99-D-32 du 25 mai 1999; 02-D-65 du 13 juin 2002; 03-D-20 du 13 avril 2003; 04-D-60 du 25 novembre 2004). Enfin, le droit de la concurrence a toujours reconnu à une entreprise, fût-elle en position dominante, le droit de défendre ses intérêts commerciaux (CJCE, 14 février 1978, United Brand).

Analysée à la lumière de cette jurisprudence, le Conseil a estimé que la dénonciation, par la société EuroPalaces des protocoles d'accord signés avec la société Loisichèques, n'apparaissait pas anticoncurrentielle en soi, car cette décision relevait de sa liberté commerciale. En effet, l'application des principes de liberté contractuelle et d'entreprendre conduit à considérer qu'il n'est pas abusif pour un exploitant de salle(s), qui souhaite garder la maîtrise de sa politique commerciale, de refuser dans ses salles, un moyen de paiement édité et commercialisé par une société tierce (07-D-12).

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques, le Conseil a rappelé les conditions dans lesquelles certaines restrictions dans l'approvisionnement du marché pourraient être justifiées. Dans cette affaire, le Conseil a estimé qu'un laboratoire pharmaceutique détenant une position dominante n'exploitera pas nécessairement celle-ci de façon abusive en refusant d'honorer intégralement les commandes que lui ont adressées des grossistes en produits pharmaceutiques, même si elle entend ainsi limiter le commerce parallèle. Une obligation de livrer ne peut être imposée qu'après un examen approfondi du contexte factuel, économique et réglementaire. En effet, les facteurs qui permettent de déterminer si le comportement d'une entreprise qui refuse de livrer a un caractère abusif dépendent fortement de ce contexte. En l'espèce, le Conseil a considéré que l'existence de systèmes de contingentement de certains médicaments permettait aux laboratoires de prévoir un juste niveau de production et de rationaliser la gestion des circuits

de distribution et qu'un tel système pouvait induire une régulation de l'approvisionnement des grossistes, à la condition que les restrictions induites par cette régulation soient limitées à ce qui est strictement nécessaire à un approvisionnement fiable et optimal du marché national (07-D-22).

Refus d'accès à une technologie

Dans une décision relative à une demande de mesures conservatoires de la société Intégral Process à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur les marchés français de l'oxymétrie, le Conseil a refusé de considérer que le refus d'accès à la technologie Masimo constituait un abus de position dominante (07-D-20). Le Conseil a rappelé que la Cour de justice des communautés européennes avait jugé dans deux arrêts du 5 octobre 1988 (Volvo, n° 238/87 et CICRA/Renault, n° 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 [de licence] 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 ».

Il n'en est autrement que si cette licence constitue une infrastructure ou une ressource essentielle. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé en substance dans son avis 02-A-08 du 21 mai 2002, demandé par l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, une ressource est considérée comme essentielle et il doit y être donné accès dans la situation suivante :

- en premier lieu, la ressource est possédée par une entreprise qui détient sur elle un monopole ou du moins une position dominante ;
- en second lieu, l'accès à cette ressource est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de la ressource détient le monopole (ou la position dominante), cette condition ayant été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2005 (NMPP) ;
- en troisième lieu, la ressource ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette ressource est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en dernier lieu, l'accès à la ressource est possible.

Le Conseil a également rappelé que, dans les arrêts Magill du 6 avril 1995 et IMS du 29 avril 2004 (C-418/01), la Cour de justice des communautés européennes avait précisé en quoi des informations servant à confectionner des grilles de programmes de télévision ou des structures modulaires de reporting de données dans le secteur pharmaceutique couvertes par des droits de propriété intellectuelle constituaient des ressources essentielles : « 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).

En l'espèce, il n'était pas démontré que l'octroi d'une licence sur le brevet Masimo était indispensable à l'activité de la société saisissante. Il n'était pas non plus démontré que le produit nouveau que constituerait le capteur universel que cette société affirmait avoir l'intention de développer faisait l'objet d'une demande effective. En outre, cette société n'exposait pas comment elle se proposait de résoudre les problèmes de compatibilité entre des dispositifs technologiquement différents. Par ailleurs, la volonté de Masimo, de conserver au moins à l'ensemble moniteur, câble et capteur sa caractéristique de « *dispositif captif* », ne paraissait pas dénuée de toute justification. Enfin, le refus de licence n'était pas de nature à exclure toute concurrence sur le marché des capteurs. Les pratiques examinées n'étaient donc pas en l'espèce anticoncurrentielles (07-D-20).

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 réaffirmé qu'aux termes d'une jurisprudence constante (01-D-49; 02-D-77; 04-D-26), « *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 de 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; ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification* » (07-D-14).

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).

Le Conseil a rappelé cette précision apportée par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2004 : « [...] *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» (07-D-18).

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du cidre et des pommes à cidre, le Conseil n'a pas retenu que la SCEA était en situation de dépendance économique vis-à-vis de la coopérative agricole Agrial. Il a, en effet, observé que quoique les concentrations successives sur le marché de la fabrication et la commercialisation de cidre aient limité le nombre des acteurs offrant des débouchés pour les producteurs de pommes à cidre, d'autres débouchés étaient possibles (07-D-18).

De même, ayant constaté que l'offre de motocycles était répartie entre des fournisseurs de notoriété équivalente, le Conseil a estimé que les distributeurs de motocycles ne se trouvaient pas en situation de dépendance économique vis-à-vis de leurs fournisseurs, dans la mesure où ils pouvaient passer d'un réseau à un autre pour commercialiser les produits d'une autre marque (07-D-25).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, le Conseil a relevé que la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par les agences avec la société Transmontagne ne permettait pas de considérer qu'elles étaient en situation de dépendance économique à l'égard de cette société (07-D-14).

A contrario, ayant constaté qu'aucun diffuseur technique n'était en mesure d'offrir une solution alternative à celle de TDF, le Conseil a estimé qu'il était possible de conclure que les éditeurs de chaînes hertziennes terrestres analogiques étaient en situation de dépendance économique vis-à-vis de TDF (07-D-30).

La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été retenue par le Conseil durant l'année 2007.

1 Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce

Les pratiques résultant d'un texte

Le 1° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise que les pratiques qui « résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2. Selon une jurisprudence constante, ces

dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

L'application de ce paragraphe a été écartée dans la décision **07-D-41** du 28 novembre 2007. Le Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes avait diffusé des consignes prohibant les remises des médecins à l'égard des hôpitaux et prétendait que ce faisant, il ne faisait que se conformer au Code de déontologie médicale. Le Conseil a écarté ce moyen, relevant que le Code de déontologie ne saurait être considéré comme un texte réglementaire pris en application d'un texte législatif, au sens de l'article L. 420-4 du Code de commerce et qu'au surplus, l'interprétation donnée de ce code était contraire au principe législatif de la liberté des prix et serait dès lors contraire à la loi.

Dans une décision **07-D-50** du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jouets, le Conseil a écarté l'argument soulevé par les parties selon lequel l'alignement des prix des jouets résultait de la loi Galland : « *Si [les dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi Galland] interdisaient effectivement la revente à perte, c'est-à-dire à un prix dont ne pouvaient être déduites que les remises acquises au moment de la vente, elles permettraient aux fournisseurs d'intégrer des remises déductibles, même identiques pour tous les distributeurs, dans leurs conditions générales de ventes* » (§ 679). Mais la maîtrise des prix de vente obtenue par une manipulation des marges arrières « *provient bien, même s(i) (elle) a été permis(e) par la loi, du comportement autonome des entreprises, dont les pratiques ne peuvent donc être exonérées du respect des règles de concurrence* » (§ 680).

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 2° du I de l'article L. 420-4 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 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 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.

En 2007, le Conseil de la concurrence a pu se prononcer à plusieurs reprises sur le fondement du 2° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Le bénéfice de cette disposition a été invoqué par des entreprises afin d'exempter des pratiques relevant des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code

de commerce. Le Conseil a écarté les demandes d'exemption dans ses décisions **07-D-05**, **07-D-08**, **07-D-16**, **07-D-28** et **07-D-49**.

Dans une décision **07-D-05** relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP), le Conseil a estimé que la diffusion par l'UFOP auprès de ses adhérents d'un barème tarifaire, afin que ces adhérents l'appliquent aux orthoprothèses non remboursées par l'assurance-maladie (non inscrites à la LPPR, « *Liste des produits et prestations remboursables* », et destinées aux patients non hospitalisés) pour lesquelles les prix sont libres (contrairement aux prothèses remboursées par l'assurance-maladie) constituait une entente anticoncurrentielle. Par l'envoi de la méthode tarifaire, en effet, l'UFOP incitait chaque orthoprothésiste à ne pas se déterminer en fonction de sa situation et de ses données propres et à ne pas faire jouer la concurrence. Le Conseil relève toutefois que cette pratique bénéficiait des dispositions de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

En effet, « *la pratique concerne des appareillages dont l'utilisation est rare, que les patients doivent parfois recevoir à bref délai et dont les organismes de sécurité sociale ont souvent du mal à apprécier la valeur lorsqu'ils examinent les devis accompagnant les demandes de prise en charge. Ces organismes hésitent, dans un certain nombre de cas, à refuser les devis pour ne pas porter préjudice aux patients. Dans ce contexte, la préconisation d'une méthode de tarification, utilisée par ailleurs par les pouvoirs publics pour l'essentiel des produits de GAO [grand appareillage], peut contribuer tout à la fois à la modération des rémunérations demandées par les orthoprothésistes et à éviter d'éventuels refus de prise en charge, ce qui bénéficie tant aux patients qu'au système de protection sociale* » (§ 65). Le Conseil relève en outre que la pratique porte sur une demande marginale, qu'elle n'est pas obligatoire, les entreprises pouvant utiliser une autre méthode de calcul et qu'enfin, elle intervient dans un contexte où la concurrence peut difficilement jouer.

En revanche, dans la même décision, cette justification est écartée, s'agissant des pratiques visant à inciter les orthoprothésistes à ne pas accorder de remises par rapport aux tarifs de remboursement de la sécurité sociale dans le cadre de leurs réponses aux appels d'offres des hôpitaux, en relevant qu'une telle pratique « *ne vise pas à limiter une hausse de prix qui s'exercerait au détriment de la collectivité et, le cas échéant, des patients pris individuellement, mais au contraire à empêcher des baisses de prix recherchées pour le bénéfice de la collectivité et des patients par le recours au mécanisme des appels d'offres* ». L'excuse est, de la même façon, rejetée dans la décision **07-D-41**, les pratiques du Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes visant à empêcher des baisses de prix sur ces prestations et ne produisant aucun progrès économique.

Le Conseil a sanctionné, dans une décision **07-D-08** du 12 mars 2007, les fabricants de ciment Lafarge et Vicat, et le Syndicat des négociants corses pour avoir signé, le 6 mai 1999, un protocole d'accord imposant aux négociants d'importer *via* le bateau vraquier de la SOMECA, transportant en exclusivité du ciment Lafarge et Vicat, 130 000 tonnes de ciment. Le Conseil a estimé que ce protocole les obligeait à s'approvisionner en exclusivité auprès de Lafarge et Vicat, 130 000 tonnes constituant la quasi-totalité des besoins

de l'île. Dans la même décision, le Conseil a sanctionné les deux cimenteries français et un GIE composé des principaux négociants de ciments en Haute-Corse, pour avoir signé une convention aux termes de laquelle les membres du GIE, gérant les infrastructures du port de Bastia (quatre silos) s'engageaient à s'approvisionner en ciments Lafarge ou Vicat.

Les parties alléguent que ces clauses d'exclusivité permettaient de garantir la pérennité de la desserte de l'île en ciment et d'améliorer les infrastructures sur le port de Bastia.

En effet, selon elles, le transport vrac du ciment par la SOMECA permettait de mutualiser les coûts de transport du ciment sur la Corse et les infrastructures du port contribuaient au progrès économique. Mais le Conseil a souligné que le progrès économique allégué ne découlait nullement des pratiques en cause, mais du contexte de ces pratiques. Il a donc rejeté ce moyen.

Dans une décision **07-D-16** du 9 mai 2007, le Conseil a estimé que la diffusion, par des organisations professionnelles, de barèmes de séchage du maïs, ne pouvait être justifiée par le progrès économique, les « *parties ne démontr[a]nt pas en quoi le libre jeu de la concurrence sur le marché du séchage n'aurait pas conduit à une évolution globale et moyenne de ces prix plus faible que celle recommandée par leur barème, du fait des incitations fournies par la concurrence à moderniser les fours, à adopter des solutions techniques plus économes en énergie et à faire des gains de productivité* » et la diffusion d'un barème décourageant la recherche de gains de productivité ou encore les innovations technologiques, dans la mesure où la construction de ce barème ne prend pas en compte les possibles gains de productivité de l'activité de séchage.

Dans une décision **07-D-28** du 13 septembre 2007, le Conseil a écarté cette justification à l'égard de pratiques d'abus de position dominante et d'entente sur le port autonome du Havre, notamment de la pratique abusive ayant consisté, pour la CIPHA, concessionnaire d'outillage du terminal MTV du port autonome du Havre, à lier la location des installations de stockage, sur lesquelles elle est en situation de monopole à la vente d'une prestation de manutention sur le marché connexe de la manutention. Ces pratiques d'offre couplée ne trouvaient pas, selon le Conseil, de justification dans la circonstance, invoquée par la CIPHA, que pèseraient sur elle les responsabilités découlant de sa qualité d'exploitant d'une installation classée.

Dans une décision **07-D-49** du 19 décembre 2007 relative à l'approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables, le Conseil a sanctionné cinq entreprises commercialisant des défibrillateurs implantables pour s'être entendues afin de ne pas répondre à un appel d'offres national lancé le 24 mai 2001. Le Conseil a ici aussi rejeté le moyen tiré du 2° du I de l'article L. 420-4, les entreprises ne justifiant pas avoir contribué au progrès économique par leur concertation. Si le progrès allégué est d'avoir mis en échec une procédure prétendument illégale, le Conseil souligne que le même objectif aurait pu être atteint par des moyens légaux devant le juge administratif.

Dans son examen des demandes d'exemption, le Conseil a également écarté les faits justificatifs avancés par les parties en défense, relatifs à la contrainte irrésistible et à l'urgence (07-D-15).

1 Les pratiques de prix abusivement bas

Application de l'article L. 420-5

Saisi en mesure conservatoire de pratiques de prix abusivement bas dans les soumissions aux appels d'offres d'une boulangerie, le Conseil a rappelé, dans une décision 07-D-38 du 15 novembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires dans le secteur de la boulangerie industrielle, que « *la notion de prix abusivement bas concerne les pratiques de prix sur les marchés de détail : elle ne peut donc s'appliquer aux soumissions d'une entreprise de boulangerie industrielle à un appel d'offres d'une collectivité publique* ». En effet, selon la jurisprudence, la notion de consommateur au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce doit être interprétée comme étant « *la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis* » (cour d'appel de Paris, 3 juillet 1998, Société moderne d'assainissement et de nettoyage). Les acheteurs publics agissent pour la satisfaction, non pas de leurs besoins personnels, mais de ceux des personnes, patients ou élèves, hébergées dans les établissements concernés et auxquels ces derniers rendent un service de restauration. De plus, le Code des marchés publics fait peser sur ces acheteurs des exigences de contrôle des offres tarifaires et de respect des cahiers des charges qui nécessitent des compétences techniques incompatibles avec la notion de consommateur « *sans expérience particulière* » au sens de la jurisprudence évoquée ci-dessus.

1 La politique du Conseil en matière de sanctions

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 l'a doté d'un réel pouvoir lui permettant de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, non seulement de façon punitive, par la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires, 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 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise. Cette loi a, en outre, 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).

Cette loi a de plus introduit une procédure de non-contestation des griefs dite de « transaction » ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, qui permettent de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. En 2007, les dispositions relatives à la procédure de transaction ont été mises en œuvre dans six décisions **07-D-02**, **07-D-21**, **07-D-26**, **07-D-33**, **07-D-40**, **07-D-48**. Par ailleurs, au cours de cette année, une nouvelle décision **07-D-48** du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international a été rendue à la suite de la mise en œuvre d'une procédure de clémence.

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a donné au Conseil de la concurrence le pouvoir d'assortir d'astreintes les sanctions et injonctions qu'il prononce à l'encontre des entreprises ou organismes 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 du Code de commerce).

L'ensemble des outils dont dispose le Conseil répond 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.

L'aspect correctif : les injonctions

Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

Le Conseil de la concurrence n'a pas prononcé en 2007 d'injonction de ne pas faire.

Injonctions de prendre certaines mesures

Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires

Six décisions prononcées dans des procédures de mesures conservatoires formulent des injonctions à l'encontre d'entreprises.

Dans une première affaire relative au marché de la fourniture d'électricité (**07-MC-01**), le Conseil a enjoint à EDF, en vertu de l'article L. 464-1 du Code de commerce qui lui permet de prendre « *les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires* » indépendamment de celles demandées par les parties, de définir, dans ses conditions générales de vente, les règles de résiliation anticipée de ses contrats de fourniture d'électricité aux clients ayant exercé leur éligibilité. Ces règles doivent notamment fixer de façon transparente les modalités de résiliation, parmi lesquelles figurent

le délai de préavis, les cas d'application et les principes de calcul de l'indemnité de résiliation.

Le Conseil a rejeté la demande du plaignant tendant à la suppression des clauses d'exclusivité des contrats au profit d'EDF, estimant que seule une instruction au fond de la plainte de KalibraXE permettrait d'apprécier les effets anticoncurrentiels de telles clauses.

EDF a également été enjointe d'informer sa clientèle ayant exercé son éligibilité et titulaire d'un contrat de fourniture, qu'aucune pénalité n'était due à l'échéance du contrat.

La société mise en cause devait justifier auprès du Conseil l'exécution des deux injonctions en communiquant pour la première un exemplaire des conditions générales de vente modifiées dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

Le recours formé par la saisissante devant la cour d'appel de Paris afin d'obtenir des mesures conservatoires supplémentaires a été rejeté dans un arrêt du 26 juin 2007 (société KalibraXE).

Dans une deuxième affaire relative au secteur de la diffusion hertzienne de télévision (**07-MC-02**), le Conseil a examiné les clauses d'exclusivité et de sorties partielles des sites de diffusion, contenues dans les contrats de diffusion de programmes télévisuels signés entre TDF et les chaînes de télévision TF1, M6, France 2, France 3 et France 5/ Arte.

Il a ainsi observé que la combinaison d'une durée excessive des contrats conclus entre TDF et ces chaînes et de leur nature quasi exclusive était de nature à dissuader l'entrée ou le développement de concurrents sur le réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique, étant précisé que TDF n'ignorait pas, à la date de leur signature, que le monopole qui lui avait été conféré par l'article 51 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 allait prendre fin.

Le Conseil a estimé que la pratique dénoncée portait une atteinte grave et immédiate au secteur de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en faisant obstacle à la présence de concurrents sur le marché de la diffusion hertzienne de programmes de télévision en mode analogique, à partir duquel il serait possible pour tout opérateur technique qui le désirerait, de pénétrer le marché numérique. Il a été enjoint à la société TDF, dans l'attente de la décision au fond, de ne s'opposer à aucune demande de transfert de site du réseau secondaire du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts qui lui serait faite par les chaînes de télévision hertzienne terrestres diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/ Arte et M6 au profit de tout autre diffuseur technique à compter de la notification de la décision.

TDF s'est également vue enjoindre de ne pas intégrer dans les prochains contrats qui seraient conclus avec les chaînes de télévision hertziennes terrestres diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6, de clauses limitant le nombre de sites du réseau secondaire du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts pouvant

être transférés au profit de tout autre diffuseur technique. TDF avait enfin l'obligation d'informer les chaînes de la décision du Conseil.

Aucun recours n'ayant été formé contre la décision du Conseil, cette dernière est devenue définitive.

À la suite des mesures conservatoires prises par le Conseil, TDF a souhaité, dans le cadre de l'instruction de l'affaire au fond, proposer des engagements reprenant les injonctions prononcées par le Conseil dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires (voir à ce sujet **07-D-30**).

Dans une troisième affaire relative au marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé par des promoteurs ou des lotisseurs (**07-MC-03**), le Conseil, saisi par une entreprise d'installations de télécommunications, la société Solutel, a constaté que la tarification de la fourniture de la localisation du « point d'adduction » (le point de raccordement entre un lotissement et le réseau public) apparaissait d'une part, comme étant appliquée par FranceTélécom (FT) de façon discriminatoire et d'autre part, comme étant susceptible d'évincer les entreprises entrant sur le marché des services de conseil d'ingénierie et de contrôle technique des installations de télécommunications. Cette pratique ainsi qu'un certain nombre d'autres pratiques, notamment des pratiques de dénigrement, de nature à entraver l'entrée de concurrents sur le marché visé, étaient susceptibles de constituer un abus de la position de monopole occupée par FT sur le marché du raccordement à la boucle locale, en tant qu'opérateur chargé du service universel, ayant pour objet ou pour effet d'exclure un concurrent sur le marché connexe des services d'ingénierie, de conseil et de contrôle des installations de télécommunications.

Dans cette affaire, la société mise en cause a demandé le bénéfice de la procédure d'engagements. Cette demande a été rejetée par le Conseil qui a considéré que les problèmes de concurrence qu'elle soulevait ne pouvaient pas être résolus par la prise d'engagements. En effet, aucun engagement n'avait été proposé s'agissant des pratiques de dénigrement, de pression et de rétorsions à l'égard de Solutel. De plus, s'agissant du niveau du tarif de la prestation de fourniture du point d'adduction, le montant proposé dans l'offre d'engagements ne permettait pas davantage de résoudre les problèmes de concurrence, car le coût supporté par l'opérateur pour la fourniture de cette prestation n'était pas connu à ce stade de l'instruction et les éléments du dossier faisaient apparaître que FT ne tarifait pas cette prestation à ses clients.

Ainsi, le Conseil de la concurrence a pris en compte l'existence d'un risque sérieux de disparition de la société Solutel, alors seule concurrente de FT sur le marché en cause et l'obstacle constitué par les pratiques au développement de toute concurrence sur ce marché au profit de l'opérateur historique. Il a principalement enjoint cette dernière de :

- faire cesser toute pratique de dénigrement à l'encontre de la société Solutel ;
- de suspendre, à titre conservatoire, l'application du tarif de la prestation de fourniture de localisation du point d'adduction jusqu'à la décision au fond du Conseil ;

- de répondre aux demandes de communication du point d'adduction permettant le raccordement que lui adressera Solutel et de procéder au raccordement des abonnés dans des délais brefs ;
- de faire cesser toute pratique consistant à réclamer aux clients de Solutel ou aux résidents des sites sur lesquels Solutel est intervenue, le paiement de prestations déjà réalisées par cette dernière.

Les parties ont conclu, la veille de la date à laquelle le Conseil a rendu sa décision, un accord transactionnel qui a conduit la société Solutel à se désister de son appel. Par ailleurs, le Conseil n'ayant formulé dans sa décision que des injonctions visant spécifiquement les pratiques mises en œuvre à l'encontre de Solutel et qui ne revêtaient donc aucune portée générale, la cour d'appel de Paris a considéré que le recours formé par FranceTélécom contre la décision du Conseil était sans objet.

Dans une quatrième affaire relative au marché de la fourniture d'électricité (**07-MC-04**), le Conseil de la concurrence avait été saisi par la société Direct Énergie en février 2007 d'une plainte concernant des pratiques mises en œuvre par EDF sur le marché de la fourniture d'électricité. La saisissante, qui demandait par ailleurs le prononcé de mesures conservatoires, avait signé avec EDF, en décembre 2005, un contrat de fourniture d'électricité à des conditions tarifaires telles qu'elle ne pouvait proposer des offres commerciales compétitives aux petits professionnels par rapport aux tarifs de la gamme EDF Pro.

Au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires, le Conseil a tout d'abord relevé que les durées maximales des produits disponibles sur le marché de la vente d'électricité en gros étaient de trois ans et que la faible visibilité sur l'évolution des prix de ce marché et sur la disponibilité des quantités d'énergie ne permettait pas d'assurer aux fournisseurs alternatifs un approvisionnement suffisant pour construire une offre commerciale crédible et concurrencer EDF, compte tenu, notamment, de l'existence et du niveau des tarifs réglementés.

Le Conseil a en outre constaté que les pratiques de prix inscrits dans le contrat passé entre EDF et Direct Énergie étaient susceptibles de créer un effet de ciseau tarifaire imputable à EDF et d'être qualifiées d'abus de position dominante sur les marchés de la production et de la vente d'électricité en gros, ayant pour objet ou pour effet d'exclure un concurrent sur le marché aval de la vente d'électricité aux petits professionnels. Cet effet de ciseau découlait de la comparaison entre le prix d'approvisionnement en gros consenti par EDF à Direct Énergie et les prix de détail pratiqués par EDF sur le marché libre.

L'autorité de concurrence a considéré, à la veille de l'ouverture complète du marché de la fourniture d'électricité, que le prononcé de mesures conservatoires était nécessaire pour améliorer les conditions d'approvisionnement des fournisseurs en électricité et permettre ainsi une concurrence effective sur les marchés de détail.

Le Conseil a en conséquence, dans l'attente de l'instruction de l'affaire au fond, ordonné à EDF de lui communiquer, dans un délai de deux mois, une offre d'électricité en base à destination de l'ensemble des fournisseurs alternatifs, afin que ceux-ci puissent concurrencer les offres de détail de l'opérateur

historique de manière effective sur le marché libre, étant précisé que le comportement d'EDF sur la partie réglementée du marché ne faisait pas l'objet de la procédure. Le Conseil a souligné qu'une telle offre devait présenter des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

La société en cause a également été enjointe de négocier de bonne foi avec Direct Énergie un contrat transitoire d'approvisionnement en gros, à un prix reflétant ses coûts complets de production, valable jusqu'à la mise en place des engagements proposés par EDF.

EDF a demandé en séance d'examen des mesures conservatoires la possibilité de satisfaire à cette injonction en présentant des engagements dans un bref délai. Ces engagements ont été acceptés dans une décision **07-D-43** (voir *infra* « la procédure d'engagements »).

Dans une cinquième affaire relative au marché de la diffusion hertzienne des radios FM et de la télévision analogique et numérique (**07-MC-05**), la société TowerCast, filiale à 99,99 % du groupe NRJ et spécialisée dans la diffusion hertzienne, a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la société TDF.

Le Conseil a estimé que TDF était susceptible d'avoir mis en œuvre une pratique de ciseau tarifaire, constitutive d'un abus de sa position dominante sur le marché amont de l'accès à l'infrastructure de diffusion de la tour Eiffel, ayant pour objet ou pour effet d'exclure TowerCast, son unique concurrent sur le marché de la diffusion radio, du marché aval de la diffusion hertzienne de radio FM d'Île-de-France.

Il convient, à ce sujet, de préciser que le site de diffusion audiovisuelle de la tour Eiffel présente une importance particulière par sa couverture étendue de diffusion (il permet de couvrir environ 11 millions d'habitants d'Île-de-France, soit 18 % de la population métropolitaine) et par le regroupement de la diffusion du plus grand nombre de médias possible encouragé par le CSA.

Le Conseil a estimé que la mise en œuvre du ciseau tarifaire portait, à la veille de la délivrance par le CSA de nouvelles autorisations d'usage de fréquences à destination des radios privées, une atteinte grave et immédiate à l'ouverture du secteur à la concurrence.

TDF s'est, en conséquence, vue enjoindre, à titre conservatoire, de transmettre au Conseil, dans un délai maximum d'un mois, une offre de gros d'hébergement de diffusion radio FM depuis le site de la tour Eiffel permettant aux diffuseurs alternatifs de concurrencer les offres de détail de TDF aux radios de manière effective. Le Conseil a également enjoint à TDF de limiter dans le temps l'atteinte grave et immédiate au secteur en limitant à un an la durée des contrats qu'elle s'apprêtait à signer avec les radios privées FM pour la diffusion de leurs programmes depuis le site de la tour Eiffel.

Dans un arrêt du 24 août 2007, la cour d'appel de Paris a rejeté le recours formé par la société TDF à l'encontre de la décision du Conseil et a condamné la requérante à payer à la société TowerCast une somme de 2 000 € en application de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

Dans la sixième et dernière affaire, relative au marché français de la vente en officine de la buprénorphine à haut dosage (**07-MC-06**), la société Arrow

Génériques avait saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la société Schering Plough, fournisseur du Subutex.

Le Conseil a constaté que les pratiques de dénigrement mises en œuvre par la société Schering Plough à l'encontre du générique de la société Arrow étaient de nature à entraver l'entrée de ce médicament sur le marché visé, et étaient susceptibles de constituer un abus de la position dominante occupée par Schering Plough sur ce marché.

Il a également été observé que Schering Plough avait opéré une modification du circuit de distribution du Subutex trois mois avant l'arrivée attendue du générique Arrow. Le Subutex est devenu à ce moment disponible en vente directe, alors que le laboratoire avait jusqu'alors refusé cette forme de vente et un certain nombre d'avantages commerciaux étaient consentis aux pharmaciens afin qu'ils stockent ce médicament, notamment des délais de paiements et des remises supplémentaires.

Le Conseil a constaté un taux de pénétration anormalement faible du générique Arrow sur le marché officinal et a relevé que les pratiques examinées avaient pu avoir un effet de signal dissuasif vis-à-vis d'autres entrants potentiels sur le marché, freinant ainsi le processus de substitution du princeps par les génériques.

Les pratiques commerciales et conditions de distribution spécifiques mises en place par Schering ayant cessé, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prononcer de mesures conservatoires. Il a en revanche estimé que les pratiques de dénigrement dénoncées étaient susceptibles de produire des effets prolongés et que des mesures devaient être prises afin de rétablir un certain degré de confiance vis-à-vis du ou des génériques concurrents du Subutex. Le laboratoire Schering s'est en conséquence vu enjoindre de faire publier à ses frais, dans *Le quotidien du médecin* et *Le moniteur du pharmacien*, une communication résumant les pratiques dénoncées et les propriétés du générique Arrow qui en font un médicament pleinement substituable au Subutex.

Par ailleurs, le Conseil a pris acte de la déclaration de Schering France selon laquelle elle ne cesserait pas la commercialisation du Subutex, jusqu'au prononcé de la décision au fond, afin de ne pas faire obstacle aux ventes des génériques du Subutex quand bien même le Suboxone, son nouveau médicament princeps de substitution aux opiacés, serait mis sur le marché.

Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel

Le Conseil a enjoint à la société Jeff de Bruges SAS, dans les trois mois suivant la notification de la décision **07-D-04**, d'une part, d'envoyer à ses franchisés une lettre indiquant la caducité du code de bonne conduite annexé au contrat de franchise et contenant des clauses d'entente sur les prix entre franchiseur et franchisés, et, d'autre part, de rappeler dans le contrat de franchise et ses annexes le caractère maximum des prix conseillés ainsi que la liberté du franchisé de fixer ses prix de vente au détail et ses prix de vente aux CE et collectivités, sous réserve du respect de ces prix de vente maximum conseillés (**07-D-04**).

La SA Confiserie Léonidas s'est vue enjoindre, d'une part, de modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre à ses détaillants

de s'approvisionner en chocolats Léonidas auprès de la source de leur choix, et d'autre part, d'informer ses détaillants de la teneur de la décision (07-D-24).

Examen du respect des injonctions

En 2007, le Conseil de la concurrence n'a pas eu à connaître du non-respect par les entreprises d'injonctions prononcées dans des décisions antérieures.

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 1^{er} décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 prévoient que ces dispositions 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 aurait pu 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 s'applique qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, de sorte que, au cours de l'année 2007, le Conseil a encore, dix fois, appliqué les anciennes dispositions (07-D-01 ; 07-D-02 ; 07-D-03 ; 07-D-06 ; 07-D-08 ; 07-D-09 ; 07-D-15 ; 07-D-28 ; 07-D-40 ; 07-D-47).

La montée en puissance de la loi NRE se fait cependant sentir en 2007, le Conseil de la concurrence ayant davantage appliqué les plafonds issus de la loi NRE, que les anciennes dispositions à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans sept décisions (07-D-04 ; 07-D-24 ; 07-D-26 ; 07-D-29 ; 07-D-33 ; 07-D-48 ; 07-D-50) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après dans huit décisions (07-D-01 ; 07-D-05 ; 07-D-16 ; 07-D-21 ; 07-D-25 ; 07-D-41 ; 07-D-44 ; 07-D-49).

Le nouveau plafond de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce et fixé à 750 000 euros, a été appliqué deux fois en 2007 (07-D-04 ; 07-D-25).

Motivation des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa version antérieure à la loi NRE, 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 loi NRE a ajouté la prise en compte de l'éventuelle réitération des pratiques prohibées.

La gravité des faits

La nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

Ainsi que le rappelle le Conseil dans sa pratique décisionnelle, les ententes commises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. Le Conseil souligne que seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public (07-D-01 ; 07-D-02 ; 07-D-05 ; 07-D-15 ; 07-D-21 ; 07-D-26 ; 07-D-29 ; 07-D-40 ; 07-D-41 ; 07-D-47 ; 07-D-49).

Les ententes ou actions concertées visant les prix pratiqués par des concurrents sont graves. Elles sont d'autant plus graves qu'elles durent plusieurs années, qu'elles visent à mettre en échec un dispositif choisi pour faire jouer pleinement la concurrence, comme un mécanisme d'appel d'offres et qu'elles s'accompagnent d'un dispositif de surveillance visant à garantir le respect de la ligne commune (07-D-05).

Si l'accord de volontés anticoncurrentiel, matérialisé par les réunions et les échanges d'informations entre compétiteurs a pris corps relativement rapidement pour pouvoir être scellé avant le dépôt des offres, ce n'est pas ce critère de durée qu'il convient de prendre en compte pour apprécier la gravité des pratiques, mais celui du temps pendant lequel les prix et les parts de marché ont échappé, du fait de cet accord de volontés, au jeu normal qui aurait résulté d'une compétition non faussée au départ (07-D-26).

Les ententes verticales ou horizontales sur les prix ou marges

Le Conseil a souligné que « *même sans revêtir le même caractère de gravité exceptionnelle que celui des ententes horizontales entre concurrents, [les ententes verticales] sont graves par nature car elles ont pour conséquence de confisquer au profit des auteurs de l'infraction le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel du marché de détail* » (07-D-03).

Ainsi, la diffusion aux franchisés par la société Jeff de Bruges SAS de prix maximums indicatifs conseillés qui sont en réalité imposés, est, par nature, une restriction flagrante de concurrence (07-D-04).

Dans une décision 07-D-06, le Conseil rappelle les principes développés dans sa pratique décisionnelle, à savoir, s'agissant de la gravité des faits, que les ententes et actions concertées ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et en favorisant artificiellement leur hausse, font partie des pratiques que le Conseil estime particulièrement graves en ce qu'elles sont préjudiciables au bon fonctionnement du marché et donc, aux avantages que peuvent en retirer les consommateurs. Dans cette affaire, le Conseil a pris en compte la durée des pratiques, la taille du marché affecté et la nature du produit.

De même, la diffusion d'un barème de prix du séchage du maïs qui incite à l'alignement des tarifs doit être appréciée en fonction de son effet clairement anticoncurrentiel sur le marché de la collecte du maïs, car elle rigidifie les tarifs de séchage et décourage les collecteurs dans leur recherche de gains de productivité sur cette prestation. Le Conseil tient néanmoins compte, dans sa décision, du fait que le barème diffusé n'était pas obligatoire (07-D-16).

Les autres restrictions

Dans la décision 07-D-08, le Conseil a estimé que les ententes dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse entre le GIE regroupant les négociants-distributeurs de Haute-Corse et les sociétés Lafarge et Vicat, d'une part, et entre deux producteurs et le syndicat des négociants corses d'autre part, revêtaient un caractère exceptionnellement pernicieux, car elles visaient à empêcher toute pénétration de ciments étrangers en Corse et prenaient un aspect à la fois horizontal et vertical.

L'insertion d'une clause de non-démarchage dans le règlement intérieur d'un GIE, interdisant à ses membres de démarcher les membres d'une autre coopérative du GIE est illicite, car elle est de nature à cloisonner les parts de marché de chaque membre et à cristalliser artificiellement leurs positions respectives, alors même qu'elle n'est pas assortie de sanctions. La gravité d'une telle pratique doit être appréciée en tenant compte du fait qu'elle tend à limiter les débouchés des différentes coopératives et à répartir les sources d'approvisionnement de celles-ci (07-D-16).

La réservation d'une clientèle de détaillants dans les conditions générales de vente des revendeurs de Léonidas a pour effet d'empêcher ces derniers de faire jouer la concurrence entre eux et de faire obstacle à la capacité des détaillants de bénéficier de tarifs moins élevés, du fait de l'absence de concurrence entre les revendeurs qui les approvisionnent. Il s'agit d'une pratique grave (07-D-24).

La prédation

Les pratiques consistant à évincer un concurrent d'un marché sont graves par nature, car elles affaiblissent la concurrence en réduisant le nombre de

compétiteurs, en particulier, lorsque le nombre de concurrents sur le marché est déterminant pour faire baisser les prix **(07-D-09)**.

Les répartitions de marchés

S'agissant des ententes dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, les cimentiers Lafarge et Vicat s'étant unis pour se réserver le marché corse, le Conseil a rappelé qu'il est de jurisprudence constante que les ententes horizontales de répartition de marchés comptent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves **(07-D-08)**.

Les ententes ayant pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en répartissant les marchés et en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché sont considérées comme injustifiables par nature. Ce caractère d'extrême gravité vaut aussi bien pour les ententes horizontales instantanées, qui peuvent se former pour répondre de manière concertée à un appel d'offres, que pour les cartels qui, de la même manière, permettent de piloter les comportements des offreurs sur la durée **(07-D-26)**.

Les remises fidélisantes

Dans une décision **07-D-08**, le Conseil a souligné la gravité d'un abus de position dominante de deux cimentiers qui, par des remises fidélisantes, donnaient plein effet à leurs ententes pour l'approvisionnement exclusif de ciment en Corse.

Les offres couplées

La pratique d'offres couplées de la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, liant la location des installations de stockage – sur lesquelles elle est en situation de position dominante en vertu d'une concession d'outillage public – à la vente d'une prestation de manutention sur un marché connexe est grave, car elle révèle de sa part, une stratégie d'éviction de ses concurrents pour la manutention au terminal multivrac (MTV) **(07-D-28)**.

Le dénigrement

Le discours dénigrant véhiculé sur l'intranet de FranceTélécom concernant les FAI concurrents de sa filiale Wanadoo est particulièrement grave eu égard à la responsabilité particulière de l'opérateur historique et au caractère institutionnalisé du contre-argumentaire visé qui ne relève pas de seuls comportements isolés d'agents **(07-D-33)**.

Les discriminations

Les pratiques de discrimination tarifaire du port autonome du Havre, significatives par leur étendue et par leur effet, sont graves car elles émanent d'un opérateur public chargé d'une mission de service public, qui gère les outillages publics de déchargement des navires au terminal multivrac, dont les installations sont indispensables aux opérateurs économiques. En outre, le fait que le tarif privilégié ait été attribué à un seul concessionnaire, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre (CIPHA), pour ses activités accessoires, alors même que celui-ci est incontournable puisqu'il dispose, avec son parc de stockage, des seules capacités de stockage disponibles

de charbon sur le port du Havre, a eu pour effet d'aggraver l'effet d'éviction des manutentionnaires autres que ceux choisis par la CIPHA (07-D-28).

La discrimination opérée dans l'accès à l'information sur l'éligibilité des lignes et le processus de commande est d'une particulière gravité dans la mesure où France Télécom ne pouvait ignorer son caractère stratégique pour le marché et notamment, pour le développement de la commercialisation de masse des offres des concurrents de Wanadoo (07-D-33).

Les autres catégories d'abus de position dominante

L'utilisation, par des agents France Télécom, des données de la facture téléphonique de clients pour faciliter la commercialisation des services de Wanadoo, constitue également une pratique d'une particulière gravité, qui introduit une rupture majeure d'égalité dans la concurrence entre les différents FAI. Cette pratique a permis à France Télécom d'abuser de son pouvoir de quasi-monopole sur la boucle locale, résultant d'une situation historique, pour renforcer la position dominante de sa filiale sur un marché nouveau et prometteur (07-D-33).

Les pratiques du GIE Ciné Alpes, qui a usé de son pouvoir de marché, alors qu'il est en monopole ou en position dominante, pour obtenir des avantages sur d'autres marchés connexes où il est en concurrence avec d'autres opérateurs, sont graves par nature en ce qu'elles ont eu pour objet et pour effet d'évincer des concurrents et de verrouiller tout ou partie de plusieurs marchés, portant ainsi une atteinte durable au fonctionnement de la concurrence sur les marchés de l'exploitation des films concernés (07-D-44).

Le pouvoir d'influence des auteurs

Dans la décision 07-D-09, le Conseil a considéré que la gravité des pratiques devait être appréciée en tenant compte du fait qu'elles avaient été mises en œuvre sur le marché hospitalier par une entreprise en position dominante qui était, à l'époque des pratiques, le premier fournisseur des hôpitaux en spécialités pharmaceutiques.

Il a également été relevé, dans une décision 07-D-15, dès lors que les entreprises du BTP parmi les plus importantes du secteur, ayant une envergure nationale, voire internationale, ont pris part à la répartition générale de marchés et que certaines d'entre elles ont simultanément procédé à la répartition des grands chantiers de marchés publics d'Île-de-France, que de telles circonstances donnent à croire aux sociétés de taille plus modeste, que ces pratiques sont d'un usage courant dans le secteur.

Une pratique de restriction de clientèle, qui est prohibée par le droit communautaire et national, a d'autant plus d'effets sur le marché concerné que Léonidas est une des principales enseignes présentes en France en nombre de points de vente sur le segment de marché de la distribution spécialisée de confiserie de chocolats (07-D-24).

Les pratiques de discrimination tarifaire du port autonome du Havre, significatives par leur étendue comme par leur effet, sont graves car elles émanent d'un opérateur public chargé d'une mission de service public qui gère les outillages publics de déchargement des navires et dont les chargeurs ne peuvent se passer dans certaines circonstances (07-D-28).

S'agissant de la SNEF, la gravité de son comportement est d'autant plus marquée qu'elle est la société mère d'un groupe d'envergure internationale, et dispose à ce titre, dans le secteur de l'installation électrique, d'une influence significative à l'égard des autres entreprises de taille moyenne ou petite, comme la SVEE (07-D-29).

Dans la décision 07-D-50, le Conseil a observé que, pour le réseau JouéClub qui est, par la taille, le premier réseau de distribution spécialisé dans le jouet en France, l'absence de concurrence par les prix relève d'un véritable système. Il avait été préalablement constaté que la tête du réseau avait attribué à la suppression du jeu concurrentiel la valeur d'un « *Code de déontologie* ». Ce comportement a été qualifié de particulièrement grave. Il a également été souligné, dans cette décision, que pour de grands groupes, tels que Hasbro et MegaBrands, Lego et Chicco, qui détiennent des marques à forte renommée, les pratiques d'entente verticale sur les prix sont d'autant plus graves qu'elles sont alors susceptibles de constituer, pour les autres opérateurs, la norme du secteur.

Le dommage à l'économie

La nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, le Conseil rappelle (07-D-02; 07-D-26; 07-D-40; 07-D-49) les principes développés par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, soulignant 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). Ainsi, le dommage à l'économie est distinct du préjudice financier éventuellement subi par la victime directe de l'entente et s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause.

Un autre arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000 (Sogea Sud-Est) précise 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 [...]* » (07-D-01; 07-D-02; 07-D-29; 07-D-40).

Pour apprécier le dommage à l'économie, le Conseil tient compte du montant du marché attribué, qui a été supérieur à celui qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence, mais aussi de la malheureuse valeur d'exemple que ce type de comportement peut susciter pour d'autres marchés publics (07-D-01; 07-D-02; 07-D-05; 07-D-15; 07-D-26; 07-D-29; 07-D-40; 07-D-41; 07-D-47; 07-D-49).

Dans la décision 07-D-05, le Conseil a souligné que les hôpitaux visés n'avaient pu faire jouer la concurrence sur les prix en raison de l'envoi d'une circulaire par l'Union française des orthoprothésistes à ses adhérents, incitant

ces derniers à ne pas octroyer de remises lors des réponses aux appels d'offres des hôpitaux pour la fourniture d'orthoprothèses. Cette mesure a eu des effets significatifs sur les budgets des hôpitaux.

Dans le domaine des marchés publics, dans lequel il est impératif que les règles de concurrence soient appliquées afin que les marchés soient attribués au meilleur prix pour réduire le coût des travaux dont les collectivités publiques ont la charge, une entente entre des entreprises pour obtenir l'attribution des marchés et s'arroger des profits indus se fait au détriment du contribuable qui reste le payeur final des travaux (07-D-15).

S'agissant du niveau des prix obtenus à la suite d'une enchère inversée organisée par EDF, le fait qu'il soit proche de l'objectif d'EDF ne signifie pas que le prix atteint soit un prix concurrentiel. L'estimation du service achat d'EDF est en effet nécessairement marquée par une asymétrie d'information sur les coûts et la marge des fournisseurs. En outre, le choix de ce type d'enchère a pour objectif spécifique de susciter une compétition plus vive sur les prix. De ce point de vue, le fait que le prix objectif, défini à partir de l'expérience antérieure d'EDF sur les marchés traditionnels, n'ait même pas été atteint est un élément de nature à attester l'existence du dommage à l'économie résultant de l'infraction. Il convient également de prendre en considération les mérites spécifiques de l'enchère électronique inversée, qui conduit à choisir avec certitude l'offreur dont le coût est le plus bas, réduisant les rentes liées à l'information asymétrique de l'acheteur vis-à-vis des offreurs et de ne pas comparer les prix obtenus avec ceux d'un appel d'offres classique (07-D-26).

L'offre émanant d'un opérateur non partie à l'entente formulée à l'occasion d'un appel d'offres pour lequel une entente a été constatée, donne une indication valable de l'ordre de grandeur du « surprix » résultant de l'entente, lui-même indicateur de l'importance du dommage à l'économie, même si l'on ne peut soutenir, eu égard aux spécificités des offres sur mesure, que ce surprix constaté sur quelques marchés serait l'exacte mesure des effets de l'entente sur la totalité du marché (07-D-21).

Les ententes verticales ou horizontales sur les prix ou marges

Pour apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par les pratiques d'entente verticale sur les prix, il convient d'examiner la durée des pratiques et la taille du marché affecté, afin d'évaluer l'atteinte au surplus du consommateur (07-D-03; 07-D-08; 07-D-50).

Dans la décision 07-D-03, les pratiques illicites ont permis aux entreprises en cause d'obtenir les profits correspondant à l'existence d'un réseau intégré de distribution sans en supporter les coûts qui sont très importants : « Il s'agissait d'extraire du consommateur un supplément de profit au moyen d'une entente illicite qui visait, d'une part à sécuriser ce supplément en combattant tous les comportements des distributeurs déviants qui risquaient de le compromettre, et, d'autre part, à le répartir entre les participants à l'entente. »

Pour apprécier l'importance du dommage à l'économie d'une pratique d'entente verticale entre Sony Computer Entertainment France et chacun de ses distributeurs sur les prix de vente au détail de la console PS2, de certains

de ses accessoires et de certains autres jeux, il convient d'évaluer l'effet réel de la pratique sur les prix payés par les consommateurs (07-D-06).

Le dommage à l'économie découlant de la diffusion d'un barème de séchage du maïs auprès des collecteurs doit être apprécié à la lumière de la durée des pratiques correspondant au moins à une trentaine d'années, ainsi qu'en considération de la taille des marchés affectés (07-D-16).

Les autres restrictions verticales

L'effet d'une pratique de restriction de clientèle des revendeurs Léonidas est amplifié par la circonstance que les points de vente Léonidas ne peuvent acheter des produits d'autres marques, qu'à la condition que ces produits ne soient pas concurrents des produits Léonidas. Il en résulte un affaiblissement de la concurrence, proportionnel au poids de la société sur le marché. La clause de réservation de clientèle, assortie d'une exclusivité de vente des produits Léonidas, a nécessairement freiné la concurrence intramarque et intermarque et uniformisé les prix d'achat des chocolats Léonidas par les détaillants, ceux-ci ne pouvant arbitrer entre revendeurs pratiquant des prix différents (07-D-24).

Le dommage à l'économie résultant de la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence postcontractuelle dans le cadre de relations verticales, est lié à la rigidité que la clause en question a pu introduire sur le marché de la distribution de motocycles en dissuadant certains distributeurs de changer de fournisseur, ainsi qu'à la taille du marché concerné et à la part qu'y représentait la société en cause (07-D-25).

Le comportement des distributeurs de jouets installés en France qui ne s'adressent qu'aux filiales françaises de fabricants de jouets, contribue à figer la structure tarifaire française et à pérenniser le système, aucune concurrence par les prix entre les pays européens sur le marché de l'approvisionnement ne venant perturber les équilibres de prix existants sur le marché français. Dans cette affaire, il était également impossible de calculer avec précision la valeur du dommage à l'économie faute de pouvoir mesurer la hausse abusive des prix résultant de l'entente. Comme l'énonce l'arrêt de la cour d'appel du 30 novembre 2007 (caulettes scolaires), c'est en fonction de l'appréciation de l'importance globale du dommage causé que doivent alors être calculées les sanctions pécuniaires appliquées à chacune des entreprises coupables d'entente (07-D-50).

La prédation

Dans la décision 07-D-09, le Conseil se réfère, pour le calcul des sanctions, à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 mars 2004 (Novartis Pharma), renvoyant à la prise en compte de l'étendue du marché affecté par les pratiques, leur durée et leurs effets conjoncturels et structurels. Dans cette affaire, il a estimé que si le marché affecté par les pratiques, celui du céfuroxime injectable, était de taille modeste, les pratiques étaient de nature à dissuader les fabricants de génériques d'entrer sur d'autres marchés et avaient eu des effets plus larges. Les bénéfices que les hôpitaux, le système de santé et les consommateurs pouvaient attendre de l'apparition des génériques sur le marché, avaient ainsi été réduits ou retardés. Les pratiques incriminées ont porté atteinte à l'économie du secteur, dans la mesure où

l'apparition de plusieurs génériques moins chers que les spécialités *princeps* devait favoriser une baisse du prix moyen du médicament et entraîner des économies substantielles pour les hôpitaux.

Les diverses catégories d'abus de position dominante

Afin d'apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par des pratiques d'abus de position dominante, il convient, dans un premier temps, de déterminer la taille du marché affecté. Le chiffre proposé est une estimation globale de la taille du marché affecté par les pratiques et ne saurait représenter une approximation des dommages directement causés par celles-ci. La discrimination dans l'accès aux informations relatives à l'éligibilité des lignes à l'ADSL et au processus de commande, est, des trois pratiques dénoncées, celle qui a eu le plus d'effet, même s'il convient de prendre en compte quelques nuances. La pratique de dénigrement des concurrents de Wanadoo est elle aussi de nature à avoir dissuadé certains prospects de choisir un fournisseur d'accès à internet parmi les concurrents de Wanadoo. L'utilisation des données des abonnés aux services de téléphonie pour faciliter la commercialisation des services de Wanadoo, troisième pratique relevée, a permis aux agents de France Télécom d'utiliser gratuitement une information particulièrement précieuse. Indépendamment des dommages causés par chacune des pratiques, la mise en œuvre concomitante, pendant la même période, de ces trois types de comportements a constitué une entrave à la concurrence sur le marché de l'accès à internet à haut débit et une barrière à l'entrée, dissuadant les acteurs qui auraient pu animer la concurrence et proposer des innovations techniques et commerciales. En fin de compte, le développement de masse de l'accès à internet à haut débit a été retardé du fait des pratiques appréhendées par la décision. Cependant, si les pratiques examinées ont joué un rôle dans la préemption, par France Télécom, du marché de l'accès à internet à haut débit jusqu'à la fin de l'année 2002 et dans le retard pris par le développement de ce marché en France, ces effets sont également imputables à d'autres pratiques mises en œuvre à la même époque par l'opérateur historique, pratiques qui avaient par ailleurs déjà été sanctionnées (07-D-33).

S'agissant des pratiques du GIE Ciné Alpes, qui ont eu pour objet et pour effet de nuire au maintien de concurrents sur des marchés locaux de l'exploitation des salles, de verrouiller tout ou partie de plusieurs de ces marchés, le Conseil cite la cour d'appel de Paris, qui dans son arrêt Novartis Pharma du 30 mars 2004, avait retenu, pour évaluer le dommage à l'économie, l'étendue du marché affecté par les pratiques, leur durée et leurs effets à la fois conjoncturels et structurels (07-D-44).

La durée des pratiques

Dans une décision 07-D-09, le Conseil a considéré que la durée de deux ans des pratiques de prédation de la société Le Laboratoire GlaxoSmithKline qui, à l'époque des pratiques, était le premier fournisseur des hôpitaux en spécialités pharmaceutiques, constituait une période relativement longue et participait au renforcement de leur gravité.

Le dommage à l'économie découlant de la diffusion d'un barème de séchage du maïs auprès des collecteurs doit être apprécié à la lumière de la durée

des pratiques qui a pu être évaluée au moins à une trentaine d'années jusqu'en 2005 (07-D-16).

Les caractéristiques du marché

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Dans la décision 07-D-16, le dommage à l'économie résultait également de ce que la pratique de diffusion d'un barème de séchage du maïs auprès des collecteurs portait sur un marché de la collecte de céréales, au sein duquel il était déjà difficile de se différencier par les prix offerts aux producteurs.

Les abus dénoncés dans la décision 07-D-33 sont d'autant plus graves qu'ils ont été commis sur un marché émergent. En effet, des abus de domination mis en œuvre sur un marché naissant sont d'une gravité particulière en raison du caractère potentiellement structurant qu'ils ont pour le marché, voire le secteur en cause.

Des pratiques d'échanges d'informations sur les données techniques, les coûts, la stratégie commerciale et les prix proposés par les entreprises, ayant eu pour objet et pour effet de désigner à l'avance les attributaires de marchés dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne, sont d'une gravité particulière dans la mesure où elles ont empêché le maître d'ouvrage de faire pleinement jouer la concurrence dans un secteur où les entreprises capables de mettre en œuvre des matériels et des prestations de haute technologie étaient peu nombreuses (07-D-47).

Les caractéristiques du marché ayant contribué ou non à limiter l'étendue du dommage

Dans la décision 07-D-04, le Conseil a estimé que l'importance du dommage à l'économie avait été limitée par la concurrence des autres marques de chocolat, la concurrence intermarque s'étant avérée relativement vive comme en témoignait le chiffre d'affaires du principal concurrent de la société Jeff de Bruges SAS.

Pour justifier les pratiques d'entente verticale, les parties ont, dans un premier temps, fait valoir l'effet positif de la suppression de la double marginalisation, dans la décision 07-D-50. Le Conseil a cependant observé que plusieurs travaux économiques récents aboutissaient à la conclusion inverse. Ils montraient, au contraire, que l'élimination de la double marge n'est jamais suffisante pour compenser la perte de surplus du consommateur due à la réduction de la concurrence. Les parties ont, dans un deuxième temps, argué que la législation sur le seuil de revente à perte atténuait la gravité des pratiques, mais le Conseil, rappelant les conclusions du rapport Canivet et les récentes analyses d'économistes, a souligné que les principales victimes du détournement de la loi Galland sont les consommateurs. Il a, en conclusion, été rappelé, en accord avec les jurisprudences nationale et communautaire et conformément au droit positif en vigueur, que l'imposition de prix de vente minimum conduit à une diminution de la concurrence et à une augmentation de prix qui porte atteinte au bien-être du consommateur, l'hypothèse que le surprofit serait redistribué à celui-ci sous forme de meilleurs services rendus par le distributeur n'étant pas démontrée dans le secteur du jouet.

La situation individuelle des entreprises

Pour déterminer la sanction applicable, le Conseil se fonde sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de l'entreprise en cause (07-D-01; 07-D-02; 07-D-03; 07-D-04; 07-D-05; 07-D-06; 07-D-08; 07-D-09; 07-D-15; 07-D-16; 07-D-21; 07-D-24; 07-D-25; 07-D-26; 07-D-28; 07-D-29; 07-D-33; 07-D-40; 07-D-41; 07-D-44; 07-D-47; 07-D-48; 07-D-49; 07-D-50).

Dans cinq décisions (07-D-24; 07-D-26; 07-D-29; 07-D-33; 07-D-48), le Conseil a retenu le chiffre d'affaires consolidé de l'entreprise.

Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer

La circonstance que pour l'une des entreprises en cause, seule une agence ait été impliquée dans l'affaire, lorsqu'un grief d'entente horizontale est retenu, n'a pas d'impact sur la gravité de la pratique (07-D-02).

L'existence d'une crise dans le BTP alléguée par certaines entreprises en cause ne saurait justifier que soient organisées des ententes ascendantes et descendantes, c'est-à-dire initiées par les entreprises et acceptées par la région, entre les représentants du maître d'ouvrage et les entreprises (07-D-15).

258

La constatation d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients victimes des pratiques, la taille « limitée » du marché affecté par la pratique, le maintien d'une certaine concurrence sur le marché, ne sauraient, non plus, justifier la pratique d'entente, en atténuer la gravité ou minimiser le dommage à l'économie qu'elle génère (07-D-21; 07-D-26; 07-D-29).

L'entreprise mise en cause peut remettre en cause l'existence du dommage à l'économie. En effet, la présomption d'un tel dommage est admise lorsque l'entente est établie. De même, l'argument selon lequel la présentation d'offres identiques était dépourvue d'effet dans la procédure ne peut prospérer. Le dommage est constitué même si, en définitive, les sociétés mises en cause n'ont pas été adjudicataires (07-D-29).

Le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pertinent pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marché public, puisqu'un appel d'offres est, par nature, un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable (07-D-47).

Le fait que l'alignement ait lieu sur des prix d'appel, supposés être « à la planche », n'ôte rien à la gravité de la pratique, dès lors que ces prix présentés comme « coûtants » ont été artificiellement remontés par l'intégration de prestations de coopération commerciale gonflées et de ristournes faussement conditionnelles. Les parties ont par ailleurs souligné en séance qu'à la supposer établie, l'entente était démontrée sur un nombre très limité de produits et que, par conséquent, le dommage à l'économie était très restreint. Le Conseil a observé que c'était de leur part, confondre appréciation du dommage à l'économie et administration de la preuve (07-D-50).

La réitération des pratiques

La réitération des pratiques est depuis longtemps considérée par le Conseil comme une circonstance aggravante justifiant une élévation de la sanction notamment au regard de l'objectif de dissuasion que poursuit la politique de sanctions.

La notion de réitération en droit de la concurrence connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal. À l'occasion de l'adoption de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le législateur a modifié l'article L. 464-2 du Code de commerce pour améliorer la visibilité de ce critère de détermination de la sanction des pratiques anticoncurrentielles et renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. La réitération des pratiques est désormais expressément visée comme l'un des éléments que le Conseil doit prendre en compte pour infliger une sanction pécuniaire.

Toutefois, rien n'empêche celui-ci, sur le fondement de la pratique décisionnelle antérieure, de tenir compte de cet élément dans des situations où, compte tenu de la période des faits en cause, c'est l'article L. 462-4 du Code de commerce, dans sa version précédant la loi du 15 mai 2001, qui s'applique.

En 2007, le Conseil a visé la réitération des pratiques dans quatre décisions (**07-D-08**; **07-D-33**; **07-D-47**; **07-D-50**), rappelant, comme cela avait été relevé par la cour d'appel dans l'arrêt Bouygues du 6 mai 1997, que le principe de la contradiction exige que l'ensemble des éléments pouvant être retenus pour déterminer le montant de la sanction soit porté à la connaissance des parties, au plus tard, lors de la notification du rapport, afin de leur permettre d'y répondre utilement.

Sur le fond, les conditions dans lesquelles une situation de réitération est retenue ont été rappelées de manière détaillée dans la décision **07-D-33**, dans laquelle la réitération a justifié une majoration de 50 % de la sanction infligée à France Télécom.

Ainsi n'est-il possible de retenir la réitération d'éventuelles pratiques prohibées par le titre II du livre IV du Code de commerce, que si ces pratiques ont déjà fait l'objet d'un constat d'infraction, quelle que soit la suite à laquelle ce constat donne lieu (injonction, amende, publication...). Un tel constat ne peut être effectué dans une décision relative à une demande de mesures conservatoires ou dans le cadre de l'acceptation d'engagements, car ces procédures n'aboutissent pas au constat d'une infraction.

Le constat d'infraction doit être fait au titre de comportements identiques ou similaires par leur objet ou par leur effet et être devenu définitif à la date à laquelle est prise en compte la réitération par le Conseil. Il peut procéder d'une décision du Conseil ou d'un arrêt de la cour d'appel de Paris réformant une telle décision dans le cadre de son contrôle de plein contentieux sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ou des articles 81 et 82 du traité CE. Il peut aussi résulter d'une décision de la Commission européenne, voire de toute autre autorité nationale de concurrence compétente.

Le législateur n'a pas fixé de limite temporelle à la prise en compte de décisions antérieures pour établir la réitération. En conséquence, le Conseil dispose d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les périodes au cours desquelles il tiendra compte des infractions précédemment constatées. Une approche extensive de la récidive, comme celle adoptée par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt Danone du 8 février 2007, qui a confirmé la position du Tribunal de première instance validant la prise en compte par la Commission d'une décision de 1974 pour établir la récidive, doit être associée à un examen proportionné et circonstancié de la période de temps écoulée entre les différentes décisions.

┆ Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction

Les ententes ou actions concertées visant les prix pratiqués par des concurrents sont d'autant plus graves qu'elles durent plusieurs années, qu'elles visent à mettre en échec un dispositif choisi pour faire jouer pleinement la concurrence, comme un mécanisme d'appel d'offres, et qu'elles s'accompagnent d'un dispositif de surveillance visant à les faire au mieux respecter (07-D-05).

Dans la décision 07-D-26, il a été précisé que la gravité des pratiques reprochées était renforcée par la sophistication du mécanisme de l'entente mis en œuvre par les sociétés mises en cause pour contrer la procédure innovante d'enchères électroniques, mise en place par EDF dans le but d'intensifier la concurrence entre ses fournisseurs.

La connaissance par l'entreprise du caractère illicite des pratiques qu'elle a commises constitue un facteur aggravant reconnu par la jurisprudence (07-D-29).

Dans la décision 07-D-50, le Conseil a constaté la gravité particulièrement accentuée de pratiques d'entente verticale pour la société Carrefour qui avait joué un rôle de meneur dans la mise en place et la surveillance des pratiques en cause. De plus, l'utilisation des consommateurs, qui avaient été amenés à contribuer, à leur insu, à l'alignement des prix des jouets sur le prix le plus élevé de Carrefour, alors que l'opération publicitaire « *Carrefour rembourse 10 fois la différence* » lancée de 2001 à 2004, avait pour objectif de présenter l'enseigne comme ayant une politique de prix agressive, a ajouté à la gravité des dites pratiques.

┆ Les caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle

Des engagements de collaboration à l'enquête et à l'instruction des autorités de concurrence pris rapidement après les visites et saisies et mis en œuvre avec diligence dans une affaire où un grief d'entente horizontale a fait l'objet d'une non-contestation, cette démarche étant intervenue alors que le dispositif dit « de clémence » ne figurait pas encore dans le corpus législatif des règles de concurrence nationales, ont conduit le Conseil à alléger les sanctions envisagées. Le Conseil a toutefois également relevé que cette coopération n'était intervenue que postérieurement aux opérations de visite et saisies, alors même que celles-ci avaient immédiatement permis de réunir des preuves concernant au moins un marché (07-D-02). Des considérations similaires ont permis aux entreprises en cause de bénéficier de sanctions allégées dans la décision 07-D-40.

Le Conseil, prenant notamment en compte le caractère substantiel des engagements d'alerte professionnelle ou *whistleblowing* d'entreprises ayant participé à une entente horizontale, a accordé une réduction de sanction de 25 et 30 % à ces entreprises lors de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs (07-D-21).

Une clause de non-concurrence postcontractuelle s'inscrivant dans le cadre de relations verticales au sein de réseaux de distribution sur le marché de la distribution des motocycles de plus de 50 m³ où les fournisseurs sont relativement nombreux, ne relève pas des « *clauses noires* » visées à l'article 4 du règlement n° 2790/99, susceptibles de rendre un contrat de distribution illicite dans son ensemble. Il doit être tenu compte de la circonstance que Suzuki a indiqué n'avoir jamais revendiqué l'application de cette clause qui a été supprimée dans les contrats en vigueur à compter de 2004. Par conséquent, l'infraction ne présente pas un caractère de gravité prononcé (07-D-25).

Dans la décision 07-D-50, certaines parties ont allégué, en vain, à leur décharge que les pratiques, à les supposer établies, n'avaient provoqué qu'un gel de la concurrence intramarque, conséquence d'une entente verticale, moins sévèrement condamnée par la jurisprudence française ou européenne, qu'une entente horizontale. Le Conseil a, au contraire, rappelé que les pratiques d'entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la concurrence et à la fixation des prix par le libre jeu du marché, font partie des pratiques que le Conseil juge particulièrement préjudiciables au bon fonctionnement du marché.

Dans cette dernière affaire, le Conseil a tenu compte du fait que la société MaxiToys ne disposait pas d'un pouvoir de marché élevé et avait manifesté, avant d'y participer, des velléités de s'opposer à l'entente (07-D-50).

Le plafond des sanctions

La détermination du chiffre d'affaires à prendre en compte comme plafond

Dans le cas où les pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre par une association, une organisation syndicale ou un ordre professionnel, le Conseil prend en compte les ressources de ces derniers (07-D-05 ; 07-D-08 ; 07-D-41).

Le Conseil a en effet souligné qu'il ressort d'une pratique décisionnelle constante que lorsque l'infraction au droit de la concurrence d'un organisme professionnel porte sur les activités de ses membres, il y a lieu de prendre en compte les capacités économiques de ceux-ci. À défaut de l'application d'un tel principe, des comportements anticoncurrentiels ayant un impact significatif sur le marché pourraient ne pas être sanctionnés à un niveau suffisamment dissuasif (07-D-05 ; 07-D-41).

Dans la décision 07-D-41, le Conseil a rappelé la jurisprudence bien établie selon laquelle les faibles moyens financiers des associations d'entreprises ne doivent pas constituer le seul critère d'appréciation des sanctions et les moyens financiers de leurs membres doivent être pris en compte. Il a souligné que, dans le cas contraire, les entreprises envisageant des

comportements anticoncurrentiels auraient intérêt à constituer une association d'entreprises pour conclure des accords de nature à enfreindre le droit de la concurrence (arrêt dit des viandes bovines françaises, TPI, 21 janvier 2004, FNCBV, FNICGV, FNSEA e. a. /Commission des communautés européennes, T-245/03R). Le Conseil a, en conséquence, observé qu'il convient dans une telle situation, de prononcer à l'égard de tous les syndicats ou associations professionnelles concernés dont la participation active à l'entente a été démontrée, des sanctions qui ne soient pas symboliques tout en restant proportionnelles à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entité en cause, avec la possibilité pour cette dernière de répercuter ou non, le montant de la sanction sur ses adhérents par une cotisation exceptionnelle, dans le respect des capacités financières de ces derniers.

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 et les collectivités publiques sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques et les invite à exercer leur vigilance. 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.

Le Conseil ayant été amené à constater certaines irrégularités dans l'exécution de ses injonctions de publication a introduit, dans sa pratique décisionnelle récente, des directives sur le format à respecter dans le cadre de ces publications (taille et couleur des caractères, etc.). Il est également précisé, de manière systématique, que les résumés des décisions du Conseil qui doivent être publiés peuvent, le cas échéant, être suivis de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. Les entreprises faisant l'objet de l'injonction doivent enfin transmettre au bureau de la procédure du Conseil, une copie de ces publications, dès leur parution, afin de permettre le contrôle de l'exécution des injonctions.

Les injonctions de publication

En 2007, le Conseil a prononcé des injonctions de publication à sept reprises dans le cadre de ses décisions.

L'Union française des orthoprothésistes qui, de manière continue de 1998 à 2004, s'est concertée avec ses adhérents qu'elle a incités à ne pas octroyer de remises sur les tarifs de la liste des produits et prestations remboursables lors de leurs réponses aux appels d'offres des hôpitaux pour la fourniture d'orthoprothèses alors que sur ce marché les prix sont libres, s'est vue enjoindre de publier dans le *Quotidien du médecin* ainsi que dans le *Journal de l'orthopédie*, à ses frais, un extrait du dispositif de la décision confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008 (07-D-05).

Il a été enjoint à la société Le Laboratoire GlaxoSmithKline France de publier à ses frais un résumé de la décision figurant dans son dispositif dans le quotidien *Les Échos*, dans le journal *Gestions hospitalières* et dans le journal *Décisions Santé – Le pharmacien hôpital* (07-D-09).

Dans une décision 07-D-28, le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport se sont vues enjoindre de publier, dans les trois mois de la notification de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans le journal *Paris Normandie* et dans le journal spécialisé *L'Antenne*, un résumé de la décision figurant dans son dispositif.

Le Conseil a ordonné au Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes français de diffuser par circulaire le résumé de la décision 07-D-41 et au conseil départemental du Nord de l'Ordre national des médecins de faire de même dans son bulletin et a enjoint conjointement au Syndicat national, le conseil départemental de l'Ordre et au Centre de pathologie Liberté de faire publier le même résumé dans le *Quotidien du médecin* et le *Moniteur hospitalier*, à leurs frais communs et au prorata du montant de leur sanction.

Dans une décision 07-D-44, le GIE Ciné Alpes s'est vu enjoindre de publier à ses frais dans *Le Film français*, un résumé de la décision du Conseil.

Les sociétés Biotronik France, Ela Medical France, Guidant France, Medtronic France et Saint Jude Medical France, qui commercialisent des défibrillateurs implantables et se sont entendues pour ne pas répondre à un appel d'offres national, se sont vues enjoindre de faire publier le résumé de la décision 07-D-47, à leurs frais communs et au prorata du montant de leur sanction, dans le *Quotidien du médecin* et le *Moniteur hospitalier*.

Dans la décision 07-D-48, le Conseil a enjoint aux sociétés AGS Paris, Crown Worldwide Relocation, Raoult Grospiron International, Interdean SAS, Allied Arthur Pierre SA, Maison Huet SA, Transeuro Desbordes Worldwide Relocation, A. Ledeme Déménagements, Déménagements J. Gervais, Percot, Rubrecht Christian (DSM), Sterling International Movers SA et Le Déménageur européen de publier un résumé de sa décision en respectant la mise en forme prescrite dans son dispositif, à frais communs et au prorata des sanctions pécuniaires infligées, dans *Le Figaro*.

La motivation de la publication

Informers les professionnels du secteur

Dans les décisions relatives à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges, par l'Union française des orthoprothésistes sur le marché de la fourniture de prothèses et par Le Laboratoire GlaxoSmithKline sur le marché du médicament à l'hôpital, dans une décision relative à des pratiques s'opposant à la liberté des prix des services proposés aux établissements de santé à l'occasion d'appels d'offres en matière d'examens anatomo-cyto-pathologiques, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes et enfin, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer

l'ensemble des professionnels concernés et d'attirer leur attention sur la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles visées (07-D-04; 07-D-05; 07-D-09; 07-D-41; 07-D-44; 07-D-47; 07-D-48).

Informers les consommateurs

Le Conseil rappelle que la publication vise également à appeler l'attention des consommateurs sur la gravité des pratiques.

Astreintes

En 2007, le Conseil n'a pas fait application des dispositions lui permettant de prononcer des astreintes.

Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2007.

Transmission du dossier au procureur de la République

Aucune application en 2007.

Introduction d'une action devant les tribunaux de commerce compétents

Dans la décision 07-D-50, le Conseil a décidé d'introduire une action devant les tribunaux de commerce compétents sur le fondement du III de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales

Aucune application en 2007.

1 Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions

La procédure de non-contestation des griefs

La procédure de non-contestation des griefs, dite « *de transaction* » a été introduite par la loi n° 2001-42 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Elle est décrite au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce (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'entente 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, ce dernier tenant compte, dans un tel cadre, à la fois de la non-contestation des griefs et des engagements pris pour l'avenir. En effet, la simple renonciation à contester les griefs, qui a principalement pour effet d'alléger et d'accélérer le travail de l'instruction en dispensant de la rédaction du rapport, ne peut conduire à accorder aux entreprises en cause qu'une réduction forfaitaire et relativement limitée de la sanction encourue. C'est la qualité des engagements qui peut permettre d'accorder des contreparties plus substantielles dans le cadre de cette procédure.

La renonciation à contester les griefs doit être claire et complète. L'entreprise conserve en revanche la possibilité d'argumenter sur les éléments qui seront pris en considération pour déterminer le montant de la sanction, c'est-à-dire la gravité de la pratique, le dommage causé à l'économie, sa situation individuelle et, le cas échéant, les éléments prouvant la réitération des pratiques (voir *supra* « La réitération des pratiques »). Les engagements proposés doivent être pertinents, crédibles et vérifiables, à l'instar de ceux proposés dans le cadre de la procédure d'engagements.

Comme l'a indiqué le Conseil dans sa décision 04-D-65 du 30 novembre 2004, « *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* ».

S'agissant des engagements proposés en matière d'entente horizontale instantanée (concertation préalable à un appel d'offres) ou durable (cartel), ceux-ci consistent généralement en la formation du personnel et la sensibilisation des cadres et salariés au respect des règles de concurrence, puisqu'il apparaît difficile de rédiger des engagements susceptibles de restaurer *ex post* le fonctionnement de la concurrence sur le marché. À cet égard, le Conseil a indiqué que même si de tels engagements ne sont pas dépourvus d'intérêt, ils ne sont pas de nature à apporter des améliorations substantielles et vérifiables au fonctionnement concurrentiel des marchés affectés par les pratiques. Lorsque le Conseil examine ce type de pratiques, c'est donc la contrepartie procédurale de la non-contestation des griefs, à savoir l'allègement et l'accélération du travail de l'instruction en dispensant de la rédaction du rapport, notamment lorsqu'elle est choisie par l'ensemble des entreprises mises en cause, qui est essentiellement prise en compte pour déterminer la réduction forfaitaire de la sanction encourue (07-D-26).

Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit notamment que, lorsqu'il est mis en œuvre, « *le montant maximum de la sanction encourue*

est réduit de moitié». Cette disposition 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, 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.

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 pas être confondus avec ceux proposés lorsqu'est enclenchée la procédure dite d'engagements du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui clôt la saisine devant le Conseil sans imposition de sanction, mais également, sans qualification du caractère anticoncurrentiel des pratiques (voir *infra* « *La procédure des engagements* »).

Il convient en outre de relever, s'agissant des ententes horizontales, que le niveau des réductions de sanctions pécuniaires accordées dans le cadre du programme de clémence doit rester plus incitatif que celui pratiqué dans le cadre de la non-contestation de griefs, afin que les deux dispositifs soient cohérents et que l'incitation à opter pour la clémence soit préservée.

En 2007, le Conseil de la concurrence a fait application de la procédure de non-contestation des griefs dans six décisions (07-D-02; 07-D-21; 07-D-26; 07-D-33; 07-D-40; 07-D-48).

La non-contestation des griefs dans le secteur de la collecte et du traitement des déchets en Seine-Maritime (07-D-02) et dans le secteur de la collecte de déchets ménagers dans le département des Vosges (07-D-40)

Dans la décision 07-D-02, il a été reproché aux sociétés Ecosita (filiale de Sita France), Ipodec Normandie, Collecte propreté normande et Union des services publics Normandie (CPN et USP Normandie, filiales de la Compagnie générale d'entreprises automobiles CGEA, entreprise faisant partie du groupe Vivendi, devenue Veolia Propreté), d'avoir participé à plusieurs pratiques d'entente prohibées par les articles L. 420-1 du Code de commerce, lors de l'attribution de marchés publics et privés de 1996 à 1999, dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime.

Une enquête avait été déclenchée en novembre 1999 à la suite d'une déclaration faite à la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Seine-Maritime. Les données recueillies dans ce cadre ont permis de réunir des éléments de preuve concernant les pratiques des sociétés Ecosita et CPN s'agissant du marché de la communauté de communes du canton de Bolbec (appel d'offres organisé en 1998 pour l'exploitation d'une déchetterie).

Les sociétés Ecosita, Ipodec Normandie, CPN et USP Normandie ont décidé, sur ordre de leurs maisons mères respectives, de collaborer à l'enquête et ont admis avoir entretenu des contacts anticoncurrentiels et présenté des offres de couverture de 1996 à 1999, sur dix autres marchés publics ou privés de collecte ou de traitement de déchets ménagers ou industriels.

Les maisons mères des sociétés en cause ont ensuite, elles aussi, offert leur concours aux services d'enquête de la DGCCRF et aux services d'instruction du Conseil. Cette collaboration a apporté de nouveaux éléments matériels de nature à démontrer les infractions en question en confortant les indices dont disposaient les autorités de concurrence. Le Conseil a accepté de considérer cette coopération comme une circonstance atténuante dans la détermination des sanctions.

Les quatre entreprises en cause ont sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce et ont renoncé à contester les griefs qui leur étaient reprochés. Sans attendre l'issue du recours, Sita France et Veolia Propreté, les deux *majors* de la propreté en France, ont en outre exprimé le souhait de rompre avec les pratiques anticoncurrentielles passées et de prendre des engagements substantiels pour le futur, afin de veiller à ce que les règles de concurrence soient désormais respectées à tous les niveaux des groupes dont elles ont la responsabilité.

Le groupe Sita France a mis en place, depuis 2000, un certain nombre de mesures correctives qu'il s'engage aujourd'hui à pérenniser et à développer, à savoir l'instauration d'un dispositif de formation au respect des principes de concurrence consistant notamment en l'organisation de séminaires, de sessions de formation spécifiquement dédiées au droit de la concurrence, ainsi que la création de mécanismes de contrôle, tels que des procédures d'audit. Veolia propreté a, pour sa part, décidé d'instaurer un dispositif de mise en conformité applicable au sein du groupe dont elle est responsable.

En contrepartie de la non-contestation des griefs par les entreprises en cause ainsi que des engagements crédibles et vérifiables pris au niveau des groupes, le Conseil a estimé, suivant en cela les recommandations du rapporteur général, qu'il était justifié de réduire de 35 % les sanctions normalement encourues. Il a, en outre, tenu compte, pour fixer le montant de la sanction, de la circonstance atténuante que constituait la coopération des entreprises et de leurs maisons mères à l'enquête et à l'instruction.

Le Conseil a néanmoins souligné que ce cas particulier ne devait pas être interprété comme constituant un précédent en matière d'application de la procédure de non-contestation de griefs à un cas d'entente horizontale. Des circonstances exceptionnelles ont été prises en compte en l'espèce, à savoir la collaboration des entreprises en cause avec les autorités de concurrence, le fait que cette démarche soit intervenue avant que le dispositif dit « *de clémence* » ne fasse partie du corpus législatif national et enfin, l'ampleur des engagements souscrits.

Des circonstances similaires ont amené le Conseil à réduire de 35 % les amendes des sociétés Sita Lorraine et Onyx Est dans la décision **07-D-40**.

La non-contestation dans le secteur de la location-entretien du linge (07-D-21)

Le ministre de l'Économie a saisi le Conseil en juillet 2004 concernant la situation de la concurrence sur le marché de la location-entretien du linge,

dominé par deux leaders : le groupement d'intérêt économique Elis (avec 58 % de parts de marché) et la société Initial Blanchisserie Teinturerie de Boulogne (avec 18 % de parts de marché).

Les services de location-entretien du linge sont devenus de plus en plus populaires auprès des grandes entreprises appartenant aux secteurs de la santé, des hôtels-restaurants et de l'industrie, qui y avaient recours pour le nettoyage du linge utilisé dans le cadre de leur activité, principalement du linge plat (drap, serviettes et nappes) et des uniformes de travail dits « *vêtements images* » de leurs employés au détriment de la blanchisserie en gros traditionnelle. Dans le cadre de cette prestation de services, les loueurs sont propriétaires du linge de travail et fournissent régulièrement au client du linge et des vêtements de travail nettoyés, en général, une ou deux fois par semaine. La sélection des prestataires pour les vêtements images se fait sur appel d'offres.

Il était reproché au groupement Elis et à la société Initial BTB, sur la base de documents saisis lors de perquisitions, d'avoir mis en œuvre un pacte de non-agression, basé sur des échanges d'information avant les appels d'offres et l'organisation d'offres de couverture afin de limiter les risques de changement de fournisseurs, pour les clients servis en exclusivité. Le pacte de non-agression était également basé sur la coordination tarifaire pour les clients partagés par Elis et Initial BTB, c'est-à-dire les grands clients ayant retenu les deux fournisseurs et répartissant entre eux leurs différents établissements.

Dans cette affaire, les entreprises en cause ont proposé des engagements après avoir demandé le bénéfice de la procédure de non-contestation de griefs. Ces engagements allaient au-delà du périmètre habituel des programmes de mise en conformité et comprenaient la mise en place d'un système d'alerte professionnelle (*whistleblowing*) portant sur les infractions au droit de la concurrence.

Elis et Initial BTB ont, en outre, proposé des engagements comportementaux portant tout d'abord sur la transparence des rencontres professionnelles entre concurrents à la demande et pour le service des clients, afin de réduire les risques de collusion dans le cadre de la gestion des services aux clients partagés. Les autres propositions d'engagements comportementaux visaient à faciliter la transmission des vêtements professionnels au nouveau prestataire lorsque le client décide de changer de fournisseur afin de fluidifier le marché en supprimant l'obstacle au changement de fournisseur.

Le Conseil de la concurrence a tenu compte, dans le calcul des sanctions, du caractère plus substantiel des engagements pris par Initial BTB, en lui accordant une diminution de sanction de 30 %. Une diminution de sanction de 25 % a été accordée aux sociétés du groupement Elis.

La non-contestation des griefs dans le secteur de la fourniture de câbles à haute tension (07-D-26)

Saisi par EDF à l'encontre de pratiques mises en œuvre par certains fournisseurs de câbles à haute tension, le Conseil de la concurrence a estimé

que les entreprises mises en cause s'étaient entendues sur le montant respectif de leurs offres à l'occasion de deux appels à concurrence organisés par la saisissante.

Les appels d'offres concernés étaient destinés à couvrir les besoins d'EDF en câbles HTA pour les réseaux aériens et souterrains entre le 1^{er} février 2002 et le 31 mai 2004. S'agissant du premier marché, qui portait sur environ 35 millions d'euros et devait couvrir ses besoins durant une courte période du 1^{er} février 2002 au 31 mai 2002, EDF avait organisé une consultation sous forme d'enchères électroniques ou « inversées » auprès des quatre entreprises agréées, à savoir Draka, Nexans, Pirelli et Sagem. Les documents saisis lors des perquisitions attestaient que les représentants de ces sociétés s'étaient rencontrés à plusieurs reprises et avaient échangé des informations préalablement au dépôt des offres. Les mêmes sociétés, auxquelles s'est ajoutée la société Grupo General Cable Sistemas SA, se sont à nouveau entendues lors de la consultation organisée par EDF afin de couvrir ses besoins sur de plus importants volumes du 1^{er} juin 2002 au 31 mai 2004, représentant un montant de 200 millions d'euros.

Ces concertations et échanges ont permis aux entreprises en cause de s'entendre sur le montant de leurs offres respectives et le comportement attendu de chaque offreur au cours des deux appels d'offres.

Les ententes ayant pour but d'empêcher le jeu de la concurrence en répartissant les marchés lors d'appels d'offres et faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché sont considérées comme injustifiables par nature.

En ce qui concerne le marché ayant donné lieu à une enchère électronique, le Conseil a considéré que la sophistication du mécanisme de l'entente était un facteur aggravant, les sociétés en cause ayant procédé, la veille de l'enchère, à une simulation complète de leur comportement afin de fixer les niveaux de prix et la séquence suivant laquelle elles devaient enchérir sur chacun des lots. Elles ont ainsi privé EDF de la possibilité, par le recours à ce procédé innovant, d'obtenir des informations plus précises sur les niveaux de prix auxquels l'ensemble des entreprises participant à l'enchère était prêt à fournir des câbles.

La poursuite de l'entente pour le marché suivant, pourtant organisé sous une forme classique, a démontré une volonté d'inscrire l'entente initiale dans la durée et pour des volumes de ventes plus importants.

Le Conseil de la concurrence a considéré que la renonciation à contester les griefs, qui a eu pour effet d'alléger et d'accélérer le travail de l'instruction, couplée à des engagements de mise en œuvre d'un programme de mise en conformité, l'autorisait à leur accorder une réduction de 10 % de la sanction encourue. Ce faisant, l'autorité de concurrence a suivi la recommandation de réduction de sanction du rapporteur général.

La non-contestation des griefs dans le secteur de l'accès à internet à haut débit (07-D-33)

Les sociétés T-Online et Liberty Surf ont respectivement saisi le Conseil de la concurrence, en novembre 2001 et février 2002, de pratiques

anticoncurrentielles mises en œuvre par France Télécom. Elles se sont ultérieurement (en 2005 et 2006) désistées de leur plainte.

Le Conseil, qui s'est par la suite autosaisi en juillet 2005, a considéré que France Télécom avait abusé de sa position dominante sur la boucle locale téléphonique pour mettre en œuvre des pratiques discriminatoires en 2001 et 2002 à l'encontre des concurrents de sa filiale Wanadoo, en mettant à la disposition des fournisseurs d'accès à internet alternatifs (et de leurs distributeurs) des informations relatives à l'éligibilité des lignes à l'ADSL, moins actualisées et moins précises que celles dont disposaient les agents commerciaux de France Télécom pour la commercialisation des packs Wanadoo, ainsi qu'en leur refusant un système de commande d'une ligne ADSL aussi direct et rapide que celui dont disposaient les agents commerciaux de France Télécom pour la commercialisation des packs Wanadoo.

Certains éléments du dossier montraient par ailleurs que France Télécom avait encore abusé de sa position dominante sur le marché de la boucle locale lui conférant une place singulière d'interlocuteur référent, en invitant ses agents à dénigrer les FAI concurrents de sa filiale Wanadoo et en diffusant des contre-argumentaires à ses représentants commerciaux par l'intermédiaire, notamment, d'une application spécifique sur son réseau intranet.

Il est enfin apparu que France Télécom avait abusé de sa position dominante en utilisant des données qu'elle seule détenait en tant que propriétaire et exploitant de la boucle locale, dans le but de faciliter la commercialisation de services d'accès à internet de sa filiale Wanadoo, en favorisant ses agents qui avaient pu mieux cibler leurs actions commerciales et de prospection.

Dans cette affaire, la prise en compte de la réitération des pratiques a amené le Conseil, eu égard également à l'objectif de dissuasion que poursuit sa politique de sanction, à majorer de 50 % le montant de la sanction pécuniaire encourue. En effet, la loi du 15 mai 2001 a expressément fait de la réitération un élément déterminant des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil et un certain nombre de décisions sanctionnant France Télécom avant les pratiques visées par cette affaire, montrait que l'entreprise en cause avait mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles similaires dans le passé.

France Télécom a souhaité bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs et n'a pas contesté les faits qui lui étaient reprochés, ni la qualification d'abus de position dominante. Elle a, en outre, pris des engagements pour l'avenir et obtenu en contrepartie, une réduction de 25 % de son amende.

Les engagements pris par France Télécom consistent à mettre en place un dispositif de surveillance permettant d'identifier, dans le système de gestion, des réclamations des consommateurs et des plaintes spécifiquement liées à l'existence d'actes ou de pratiques litigieuses relevant du droit de la concurrence. La société mise en cause s'est également engagée à mettre en œuvre des actions correctives, tant au niveau individuel (entretien, formation, sanction) que collectif (diffusion de consignes, rappel des règles). Ce dispositif devra être complété et renforcé par des actions de formation

et d'information en droit de la concurrence, adressées aux réseaux de vente et par l'intégration, dans le programme des écoles internes de formation des vendeurs, d'un module sensibilisant aux principes et règles de concurrence.

La non-contestation des griefs dans le secteur du déménagement national et international (07-D-48)

Dans cette affaire, qui est aussi la deuxième décision au fond de mise en œuvre de la procédure de clémence par le Conseil (voir *infra* « La procédure de clémence »), des engagements ont été proposés par les entreprises Gropiron, Sterling, Interdean, Déménagements J. Gervais et Rubrecht Christian (DSM). Ces engagements se limitent à la formation du personnel, à la sensibilisation des cadres et salariés au respect des règles de concurrence, à l'insertion, dans les contrats de travail, de clauses prévoyant que la participation à une entente anticoncurrentielle constitue une faute lourde. Le Conseil a donc rappelé que, s'il est vrai que ce type d'engagements est celui qui est généralement proposé en matière d'ententes horizontales, pratiques pour lesquelles il est difficile d'imaginer des engagements pouvant, de manière significative, restaurer *ex post* le fonctionnement de la concurrence sur le marché, il n'en reste pas moins que de tels engagements, même s'ils ne sont pas dépourvus d'intérêt, ne sont pas de nature à apporter des améliorations substantielles et vérifiables au fonctionnement concurrentiel des marchés affectés par les pratiques.

C'est donc la contrepartie procédurale de la non-contestation qui a dû être essentiellement prise en compte (voir, en ce sens la décision **07-D-26** du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension). La renonciation à contester les griefs a conduit le Conseil à accorder aux entreprises en cause une réduction forfaitaire et limitée à 10 % de la sanction encourue.

La procédure de clémence

Le dispositif français de clémence est prévu au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, introduit par la loi sur les nouvelles réglementations économiques du 15 mai 2001 :

« 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 disposait pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence 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 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 des sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction».

Cette disposition a été complétée par l'article 44 du décret du 30 avril 2002, désormais codifiée à l'article R. 464-5 du Code de commerce qui énonce :

« L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV 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.

272

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 IV 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.»

En 2007, le Conseil a rendu sa deuxième décision au fond de mise en œuvre de la procédure de clémence (décision **07-D-48** du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international).

Dans cette décision, le Conseil a sanctionné douze entreprises de déménagement, en application du droit de la concurrence national et communautaire, pour s'être entendues sur les prix de certains services et pour avoir réalisé des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché.

La société Sirva Inc., dont le siège est situé aux Etats-Unis, et ses filiales françaises Allied Arthur Pierre SA et Maison Huet SA (devenue Sirva SAS) ont sollicité, en octobre 2003, l'application d'une mesure de clémence, en apportant au Conseil des pièces tendant à établir l'existence, en France, de pratiques d'entente dans le secteur du déménagement national et international de domicile, couvrant la période de 1989 à 2003.

Ces entreprises ont communiqué au Conseil des éléments de preuve suffisants pour lui permettre de se saisir d'office des pratiques dénoncées et de lancer une enquête lourde dans le secteur incriminé.

Parmi les éléments de preuve fournis à l'appui de la demande de clémence, se trouvaient des déclarations des représentants des sociétés demanderes, des extraits de l'agenda du représentant de la société Sirva mettant en évidence la tenue, par les représentants des principales entreprises du secteur du déménagement international en France, de 18 réunions informelles sous la dénomination « Club », ainsi qu'une liste récapitulant les noms des concurrents qui étaient membres du Club à l'une de ces réunions et la copie de tickets de stationnement ou des notes de restaurants correspondant à certaines des réunions mentionnées dans l'agenda saisi.

Lors de ces réunions du Club, les entreprises membres s'échangeaient des informations sur leurs prix et leurs coûts et déterminaient en commun des tarifs minimum s'agissant des taux d'assurance et du loyer garde-meubles. Plusieurs sociétés membres du Club ont procédé à des augmentations de leur loyer garde-meuble et de leurs taux d'assurance, s'alignant ainsi sur les tarifs plus élevés pratiqués par les autres membres du Club au détriment du consommateur.

Le Conseil a rappelé que ces pratiques de détermination des prix en commun sont des infractions très graves, d'autant plus qu'elles ont été mises en œuvre par des entreprises représentant plus de 50 % du marché du déménagement international en France.

Les éléments collectés ont aussi permis d'établir que certaines des entreprises en cause, avec d'autres plus petites, établissaient des devis de complaisance pour le déménagement des personnels militaires.

Le déménagement des personnels militaires est régi par des dispositions réglementaires particulières qui imposent à ces derniers de présenter à leur administration deux ou trois devis concurrents lorsqu'ils souhaitent déménager. Le militaire ne fait ensuite qu'avancer le paiement du prix de la prestation choisie, car son administration supporte le coût de son déménagement.

L'enquête a établi que les entreprises en cause se répartissaient le marché, l'une d'entre elles (la société Maison Huet), ayant même conçu un logiciel spécifique qui lui permettait d'éditer des devis de complaisance aux montants légèrement plus élevés que ceux qu'elle produisait elle-même.

Le Conseil a estimé que ces pratiques étaient particulièrement graves, car elles faussaient le jeu de la concurrence en trompant les organismes payeurs. Ces pratiques ont, par ailleurs, eu pour objet et pour effet d'entraîner une répartition artificielle du marché entre les entreprises et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. Ainsi, dans le cadre des déménagements de militaires, des écarts de prix compris entre 30 % et 125 % ont été constatés entre la société Maison Huet et ses concurrents, lorsque ceux-ci ont établi leur devis de manière autonome.

Les sociétés Allied Arthur Pierre et Sirva SAS, qui avaient dénoncé l'existence de l'entente, ont été entièrement exonérées de sanction pécuniaire. S'agissant des autres entreprises en cause, le Conseil a prononcé des

sanctions proportionnées, en tenant compte de la diversité des griefs retenus, de la gravité des comportements en cause, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation individuelle des entreprises et de la circonstance que cinq sociétés n'ont pas contesté les faits.

La procédure d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français une procédure dite d'engagements, 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 sanctions pécuniaires (article L. 464-2-I, § 1 du Code de commerce). Le Code de commerce prévoit désormais que :

« 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 les 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 ».

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce, qui prévoit que :

274

« Lorsque le Conseil de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par le Conseil de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance».

En application de ces dispositions qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit communautaire par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements.

En 2007, le Conseil a rendu neuf nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (07-D-07; 07-D-17; 07-D-22; 07-D-30; 07-D-31; 07-D-32; 07-D-43; 07-D-45; 07-D-46) confirmant sa pratique décisionnelle.

Ainsi que l'a déclaré Bruno Lasserre, président du Conseil de la concurrence, lors de son intervention à la 34^e édition de la conférence de Fordham sur le droit et la politique internationale antitrust des 27 et 28 septembre 2007, « l'alternative à une décision de sanction que représente la mise en œuvre de la procédure d'engagements est un franc succès, en particulier en ce qui concerne les comportements unilatéraux. Les décisions du Conseil acceptant des engagements proposés par l'entreprise, de son plein gré, afin de remédier à des préoccupations de concurrence exprimées dans une évaluation préliminaire se multiplient ».

À cette occasion, le président du Conseil avait souligné l'attrait de cette procédure qui permet de « concilier l'agenda de la régulation avec celui de la vie de l'entreprise [de] se pencher directement sur le comportement des acteurs sur les marchés afin d'y rétablir rapidement l'ordre concurrentiel ».

Les engagements dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (07-D-07)

La décision 07-D-07 concernait le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Le Conseil s'était saisi d'office de pratiques dans ce secteur en juin 2006. Les pratiques observées durant l'instruction de la saisine consistaient, de la part des sociétés les plus importantes de ce secteur en France, à refuser ou à restreindre la vente en ligne de leurs produits.

Au stade de l'évaluation préliminaire, la rapporteure a identifié des préoccupations de concurrence concernant les conditions trop restrictives ou l'interdiction totale de vente sur internet de produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique, prévues par les sociétés de produits parapharmaceutiques visées.

Compte tenu de ces préoccupations, les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage ont souhaité s'engager à modifier ou à compléter leurs contrats de distribution sélective afin de permettre la vente en ligne de leurs produits.

Dans sa décision, le Conseil rappelle que, conformément aux lignes directrices de la Commission du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales

(point 51), « *le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet à des fins de vente de ses produits [...]* », à condition que les restrictions à cette forme de vente soient proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé et qu'elles n'aboutissent pas, en réalité, par leur exigence excessive, à vider la vente par internet de son contenu. Les dix sociétés de produits parapharmaceutiques ont par conséquent proposé au Conseil des engagements permettant d'adapter les restrictions posées à l'esprit des lignes directrices de la Commission.

Les engagements des sociétés concernées ont précisé les conditions relatives à la qualité du site internet de leurs distributeurs agréés, celles de la création et de la disponibilité des lignes d'assistance téléphonique ou de messagerie électronique en ligne (*hotlines*) afin d'offrir un service de conseil personnalisé, celles du maintien de certaines réserves ou restrictions indirectes à la vente sur internet, telles que des limitations du nombre d'articles achetés lors d'une commande, qui auraient pu, en l'absence de ces clarifications, constituer des préoccupations de concurrence, les conditions relatives à la territorialité des ventes en ligne, celles du référencement des marques dans les moteurs de recherche et enfin, les conditions d'envoi des produits commandés, telles que les délais d'envoi.

Dans sa décision, le Conseil constate que les engagements proposés par les dix sociétés de produits parapharmaceutiques, qui modifient substantiellement les contrats de distribution sélective s'agissant de la vente sur internet par leurs distributeurs agréés, clarifient les conditions et concilient ainsi le respect de l'image de marque des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution. Le Conseil a estimé que ces engagements apportaient globalement une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire.

Il a, en effet, été observé que la possibilité pour les distributeurs agréés d'offrir les produits sur leur site internet offrait une vitrine commerciale intéressante et un point d'entrée de clients potentiels vers les magasins physiques. Il apparaît, de plus, que la mise en ligne des prix accentue la concurrence tant intramarque qu'intermarque au bénéfice du consommateur. Enfin, la possibilité offerte aux distributeurs agréés de vendre leurs produits sur internet leur permet de concurrencer, dans des conditions saines et favorables aux consommateurs, les vendeurs qui n'ont pas été agréés ou qui offrent des contrefaçons et vendent donc de manière illicite.

Au terme de la discussion, le Conseil a rendu obligatoires les engagements des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage, consistant en des modifications de leurs contrats de distribution sélective ou en la rédaction d'un contrat ou d'un avenant spécifique pour la vente par internet réservé aux membres de leur réseau pour y intégrer des stipulations contractuelles applicables à la vente en ligne. L'entrée en vigueur des engagements, fixée au 1^{er} septembre 2007, a dû faire l'objet d'une information aux membres des réseaux de distribution de chaque fabricant ou fournisseur dès la publication de la décision. L'acceptation des engagements a mis fin à la procédure devant le Conseil.

Les engagements dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma (07-D-17)

Le Conseil s'est saisi d'office, en janvier 2001, dans le cadre de l'instruction d'un dossier relatif aux cartes de cinéma dites « *illimitées* », de la situation de la concurrence dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma.

Dans une décision 04-D-10, le Conseil avait ordonné qu'il soit sursis à statuer s'agissant d'un accord de janvier 1999 conclu entre la Fédération nationale des distributeurs de films (FNDF), la Fédération nationale des cinémas français (FNCF), la Chambre syndicale des producteurs et exportateurs de films français (CSPF) et le Syndicat des producteurs indépendants (SPI), intitulé « *Code de bonne conduite sur les politiques promotionnelles des salles de cinéma* ».

Au stade de l'évaluation préliminaire, il a été constaté que l'interdépendance créée par le système de répartition des recettes entre les distributeurs et les exploitants de salles ainsi que le mode d'élaboration des politiques tarifaires des exploitants, avaient un effet sur l'assiette du calcul des droits et, par conséquent, sur les recettes dont bénéficiaient les distributeurs et les producteurs.

En effet, les intervenants du secteur sont liés par un dispositif faisant en sorte que le nombre d'entrées réalisées détermine non seulement les bénéfices des exploitants mais aussi les revenus obtenus par les producteurs et les distributeurs. Cette situation a conduit les entreprises concernées à s'entendre pour élaborer un code de bonne conduite qu'elles ont largement diffusé et qui prévoyait initialement d'une part, que les exploitants étaient tenus d'informer préalablement les distributeurs des opérations promotionnelles planifiées et d'autre part, que la durée de telles opérations devait être limitée.

Ce transfert d'informations a donné lieu à des pressions pour que les opérations promotionnelles soient écourtées. En outre, le refus par certains exploitants de mettre fin aux dites opérations a été sanctionné par le refus de fournir la copie de films de la part de leurs distributeurs habituels. Certains signataires du code de bonne conduite sont même directement intervenus dans le cadre de conflits opposant distributeurs et exploitants pour obtenir la soumission de ces derniers à ce code. Ainsi, la diffusion du code de bonne conduite et son utilisation par les organisations professionnelles constituaient-elles une action concertée pouvant avoir un objet et des effets anticoncurrentiels.

Au regard de l'évaluation préliminaire, la FNDF, la FNCF, la CSPF et la SPI, signataires du code, ont proposé des engagements consistant d'une part, en la modification des dispositions à l'origine des préoccupations de concurrence, d'autre part, en la diffusion du nouveau code de conduite auprès de l'ensemble des membres des organisations professionnelles signataires du code et enfin, en un engagement général de « *ne pas intervenir dans les relations contractuelles nouées entre les distributeurs de films et les exploitants de salles de cinéma* ».

Le Conseil s'est estimé satisfait de la mention, dans les engagements des entreprises concernées, de l'absence de tout caractère coercitif ou incitatif

des mentions relatives aux politiques promotionnelles du code de bonne conduite. Après avoir rendu ces engagements obligatoires, il a clôturé la procédure ouverte devant lui.

Les engagements dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques (07-D-22; 07-D-45 et 07-D-46)

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques, le Conseil a été saisi en avril 2002 par la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (ci-après, CSRP) et en octobre 2003 par la société Phoenix Pharma, de plaintes relatives aux systèmes de contingentement de médicaments mis en place par certains laboratoires pharmaceutiques (07-D-22). La plainte de la société Phoenix Pharma était assortie d'une demande de mesures conservatoires.

Dans sa décision 04-D-05, le Conseil a rejeté la demande de mesures conservatoires mais a, en revanche, estimé qu'il ne pouvait être exclu que les systèmes de contingentement des laboratoires Lilly France, Sanofi, Boehringer, Merck-Sharp & Dohme-Chibret, Pfizer et GlaxoSmithKline tendent à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gros de médicaments, notamment en créant une barrière à l'entrée, et que leur mise en place contrevienne à l'article L. 420-2 du Code de commerce.

278

Au stade de l'évaluation préliminaire, le rapporteur a exposé, après avoir souligné le contexte très spécifique de la distribution du médicament en France, à savoir les caractéristiques réglementaires et structurelles du secteur de la distribution du médicament auprès des officines *via* les grossistes-répartiteurs, que la mise en place d'un système de régulation de l'approvisionnement des grossistes est admissible, à la condition que les restrictions imposées par ladite régulation se limitent à ce qui est strictement nécessaire à l'objectif de garantir un approvisionnement fiable et optimal du marché national français, tout en maintenant de réelles possibilités de concurrence entre les grossistes-répartiteurs.

Le rapporteur a considéré qu'un système de contingentement ignorant les évolutions de la répartition de la demande entre les différents grossistes serait trop rigide et susceptible d'affecter la concurrence entre eux. Il a, en effet, constaté qu'en France, le défaut d'approvisionnement du grossiste-répartiteur ou son approvisionnement en quantité trop restreinte à la seule initiative du laboratoire, pouvait entraver sa capacité à gagner des parts de marché et affecter ses relations avec sa clientèle existante. Il a, par ailleurs, observé qu'un nouvel entrant sur ce marché devait pouvoir bénéficier d'une certaine fluidité de son approvisionnement, afin de convaincre sa clientèle potentielle de son efficacité et de sa capacité à garantir un service de qualité.

Il apparaissait ainsi, au regard de l'évaluation préliminaire, que les systèmes de contingentement instaurés par les sociétés Lilly France, Boehringer Ingelheim France, Merck-Sharp & Dohme Chibret et Sanofi-Aventis, Pfizer et GlaxoSmithKline qui ne prévoyaient qu'une information parcellaire sur les modalités de fonctionnement de leur dispositif, se caractérisaient

par un certain degré d'opacité, ayant pu avoir un effet stérilisant sur la concurrence.

Les sociétés Pfizer et GlaxoSmithKline ont indiqué qu'elles ne partageaient pas l'analyse du rapporteur quant aux risques que présentaient leurs systèmes de contingentement pour la concurrence et n'ont pas souhaité présenter d'engagements à ce stade de l'instruction. Le rapporteur général a donc disjoint l'instruction des procédures relatives aux seules pratiques mises en œuvre par ces deux sociétés, de l'instruction des saisines initiales.

Les quatre laboratoires restants ont exprimé leur intention de s'engager à modifier ou à compléter leurs systèmes d'allocation de médicaments et le Conseil a considéré que la procédure d'engagements était adaptée pour apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire.

Les engagements proposés par les laboratoires concernaient les modalités de fonctionnement de leurs systèmes de contingentement : les éléments d'information constituant la base de calcul des allocations aux grossistes ; les références de parts de marché prises en compte pour calculer ces allocations et leur périodicité ; les suppléments d'allocation pour répondre à l'exigence de souplesse et de réactivité des systèmes de contingentement des laboratoires ; les conditions permettant de garantir au grossiste, nouvel entrant sur le marché, une quantité minimale de produits et enfin, les modalités complètes de fonctionnement des systèmes de contingentement pour en assurer l'entière transparence.

À l'issue des débats, le Conseil a estimé que les engagements proposés par les laboratoires apportaient globalement une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire. Il a, en effet, considéré que ces engagements représentaient une amélioration substantielle des systèmes de contingentement des sociétés en offrant une plus grande souplesse, une réactivité accrue et la transparence requise au sens du droit de la concurrence.

Le Conseil a, par conséquent, rendu les engagements des sociétés Lilly France, Boehringer Ingelheim France, Merck-Sharp & Dohme Chibret et Sanofi-Aventis obligatoires dans sa décision **07-D-22** et la procédure a été clôturée.

Les sociétés Pfizer et GlaxoSmithKline ont, à leur tour, finalement décidé de répondre positivement aux préoccupations de concurrence exposées par le rapporteur concernant la rigidité excessive et l'opacité des systèmes de contingentement instaurés vis-à-vis des grossistes-répartiteurs. Répondant aux préoccupations de concurrence déjà exprimées dans la décision **07-D-22**, elles ont présenté des engagements de même nature que ceux déjà acceptés par le Conseil.

Ainsi ces sociétés se sont-elles engagées à moduler les quotas imposés aux grossistes-répartiteurs en fonction de leur activité ainsi qu'à assurer leur information sur les modalités de fonctionnement du système de contingentement et à attribuer aux nouveaux entrants sur le marché des quotas de distribution leur permettant de démarrer leur activité dans des conditions satisfaisantes.

Les engagements de Pfizer et GlaxoSmithKline ont été rendus obligatoires dans les décisions **07-D-45** et **07-D-46**. Le Conseil a indiqué que les engagements des deux laboratoires devaient faire l'objet d'une information auprès des grossistes-répartiteurs opérant sur le marché national, ainsi que de tout nouvel entrant sur le marché de la répartition pharmaceutique. La CSRP a formé un recours en appel contre les décisions **07-D-22**, **07-D-45** et **07-D-46**.

Les engagements dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique (07-D-30)

Le Conseil a été saisi en 2006, d'une plainte de la société Emettel, qui reprochait à TDF d'avoir conclu avec les chaînes de télévision publique France 2, France 3 et France 5-Arte, des contrats exclusifs de longue durée (sept ans) et ce, à quelques semaines de l'ouverture effective à la concurrence du marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique. Emettel contestait par ailleurs la présence, dans les contrats conclus avec les chaînes publiques et avec TF1 et M6, de clauses de sortie partielle très restrictives limitant le nombre et la puissance des sites de diffusion du réseau secondaire pouvant annuellement sortir du périmètre du contrat.

Il convient de préciser que TDF s'était vue attribuer par l'État, lors de sa création, une mission consistant à concevoir, installer, exploiter et entretenir les réseaux de distribution de la communication audiovisuelle, ce qui a créé une asymétrie d'information entre cette société, qui a une connaissance parfaite du réseau de diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique, et ses concurrents.

Le Conseil a, dans l'attente d'un examen au fond, ordonné des mesures conservatoires en mai 2007, dans une décision **07-MC-02**. Dans cette décision, le Conseil a mis en évidence la position dominante de TDF sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre analogique, caractérisé par d'importantes barrières à l'entrée de nature réglementaire et technique. Il a considéré que la conclusion par TDF avec les chaînes France 2, France 3, France 5-Arte, TF1 et M6, de contrats pouvant, par la conjugaison de leur durée et de leur nature quasi exclusive, restreindre le libre jeu de la concurrence sur le marché de la diffusion hertzienne de programmes télévisuels, était susceptible de constituer un abus de position dominante en permettant à TDF de verrouiller ses positions et en empêchant de nouveaux acteurs d'apparaître sur le marché de la diffusion en dépit de son ouverture à la concurrence.

Le Conseil a estimé que la pratique dénoncée portait une atteinte grave et immédiate au secteur de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en faisant obstacle à la présence de concurrents sur le marché analogique à partir duquel il serait possible, pour tout opérateur technique qui le désirerait, de pénétrer le marché numérique. Aucun recours n'ayant été formé contre la décision du Conseil, cette dernière est devenue définitive.

À la suite des mesures conservatoires prises par le Conseil, TDF a souhaité, dans le cadre de l'instruction de l'affaire au fond, proposer des engagements

repreuant essentiellement les injonctions prononcées par le Conseil au stade de la procédure de mesures conservatoires.

Les engagements proposés par TDF permettent en premier lieu d'assurer une meilleure fluidité des opérations de transfert d'exploitation d'un diffuseur technique à un autre. Il est donc notamment prévu que TDF propose aux chaînes TF1, France 2, France 3, France 5-Arte, Canal+ et M6, un avenant à leurs contrats précisant qu'aucune demande de transfert à des diffuseurs concurrents ne peut être refusée pour les stations de diffusion d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts. Par ailleurs, des facultés de résiliation anticipée ont été introduites dans les contrats bipartites et tripartites impliquant les collectivités locales. Enfin, dans le but de renforcer le caractère substantiel et crédible des engagements proposés, il a été également prévu la création, au sein de TDF, d'un comité d'évaluation et de suivi, afin de vérifier leur application effective, ainsi que la mise en place de dispositifs visant à sensibiliser davantage ses salariés au droit de la concurrence.

Le Conseil a conclu que les engagements pris par TDF répondaient aux préoccupations de concurrence exprimées, qu'ils étaient pertinents et présentaient un caractère crédible et vérifiable. Il a accepté l'ensemble des engagements proposés et clôturé la procédure.

Les engagements dans le secteur de l'entretien et de la réparation automobile (07-D-31)

Les sociétés Autodistribution et AD Net ont saisi le Conseil, en avril 2006, de pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën et ont demandé le prononcé de mesures conservatoires.

Les saisissantes reprochaient tout d'abord à Citroën de restreindre l'accès à certaines fonctionnalités de l'outil de diagnostic des pannes électroniques destiné aux réparateurs indépendants, ces derniers se trouvant dans l'impossibilité de réparer de nombreuses pannes électroniques. En outre, une base de données facilitant la détection des pannes les plus fréquentes ne leur était pas accessible. Autodistribution et AD Net prétendaient, par ailleurs, que les délais d'accès à l'information technique étaient excessifs. AD Net, qui est une société d'édition d'information technique, se plaignait enfin de ne pas avoir accès, sous une forme exploitable et à un coût raisonnable, à un certain nombre de données nécessaires à la réparation des véhicules Citroën.

Dans une décision 06-D-27 relative à la demande de mesures conservatoires, le Conseil avait considéré en premier lieu, en présence de restrictions grave-ment anticoncurrentielles susceptibles de se traduire automatiquement par la perte du bénéfice de l'exemption par catégorie du règlement d'exemption automobile n° 1400/2002, que les accords de distribution passés entre Citroën et ses réparateurs agréés pouvaient potentiellement être considérés comme contraires aux articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 CE. Il a estimé, en second lieu, que les pratiques dénoncées étaient susceptibles d'être prohibées par les articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 CE.

Le Conseil a considéré que, pris dans leur ensemble, les éléments au dossier ne permettaient pas de considérer qu'il existait une atteinte grave et

immédiate aux intérêts mentionnés à l'article L. 464-1 du Code de commerce. Il a, par conséquent, considéré que la demande de mesures conservatoires devait être rejetée mais a déclaré la saisine au fond recevable. Il a également précisé que l'importance croissante prise par la question de l'accès aux informations techniques pourrait conduire à un réexamen de ce point de vue, notamment si la proportion des véhicules multiplexés augmentait sensiblement.

Lors de l'instruction du dossier au fond, Citroën a proposé des engagements se conformant aux objectifs principaux du règlement communautaire précité, c'est-à-dire ceux visant à créer les conditions d'une concurrence effective sur les marchés des services de réparation et d'entretien des véhicules automobiles d'une part, et à permettre à tous les opérateurs présents sur ces marchés de proposer des services de qualité. Ces principes sont ceux retenus à l'article 4, paragraphe 2, troisième alinéa du règlement d'exemption n° 1400/2002 selon lequel l'accès aux informations techniques « *doit être accordé aux opérateurs indépendants sans discrimination, rapidement et de façon proportionnée, et les informations doivent être fournies sous une forme utilisable* ».

Sous réserve d'une exception limitée, Citroën s'est engagé à fournir aux réparateurs indépendants un accès non discriminatoire aux informations techniques et aux outils de diagnostic dont disposent les opérateurs agréés, et ce, à des tarifs transparents. La société concernée s'est également engagée à donner aux éditeurs techniques un accès aux informations techniques proportionné à leurs besoins, selon une tarification fondée sur des critères transparents.

Il sera relevé que cette procédure a fait l'objet d'une concertation étroite avec la Commission européenne dans le cadre du fonctionnement du Réseau européen de concurrence (REC), la Commission ayant conduit des procédures voisines concernant DaimlerChrysler, Toyota, Fiat et General Motors et qui ont abouti, par la voie d'engagements, à des solutions similaires.

Les engagements dans le secteur de la distribution de la presse au numéro (07-D-32)

Saisi en septembre 2005 par les sociétés Messageries lyonnaises de presse (MLP) et Agora Diffusion Presse (Agora), de pratiques mises en œuvre par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et par la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP), le Conseil de la concurrence a prononcé en février 2006 et dans l'attente d'une décision au fond, des mesures conservatoires suspendant l'application de nouveaux accords interprofessionnels conclus avec les diffuseurs de presse (06-MC-01).

Dans cette affaire, les requérantes faisaient valoir que les stipulations desdits accords conclus en juin 2005 par les NMPP d'une part, et la SAEM-TP d'autre part, avec l'Union Nationale des Diffuseurs de Presse (UNDP) et le Syndicat des Dépositaires de Presse (SNDP) et portant sur les conditions d'octroi d'une rémunération complémentaire aux diffuseurs de presse, étaient susceptibles de faire l'objet d'une application discriminatoire

favorisant les diffuseurs liés aux NMPP. Elles soutenaient en outre que ces conditions étaient de nature à inciter les diffuseurs à faire porter tous leurs efforts sur la distribution des seuls titres NMPP et SAEM-TP et à négliger les titres MLP.

Au stade des mesures conservatoires, le Conseil a considéré que la position conjointe des sociétés NMPP et SAEM-TP sur le marché de la distribution de la presse au numéro les mettait en situation de se comporter comme si elles ne formaient qu'une seule entreprise assurant plus de 85 % des ventes, ce qui les plaçait en situation de position dominante sur ledit marché. Il a également estimé que les pratiques dénoncées qui concernaient le système de rémunération complémentaire mis en place par les deux messageries, étaient susceptibles d'être qualifiées par leur objet discriminatoire ou par leur effet fidélisant, d'abus de position dominante et portaient une atteinte grave et immédiate au marché de la diffusion de la presse. La décision du Conseil prononçant des mesures conservatoires a été confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 9 mai 2006.

En juillet 2006, les NMPP et la SAEM-TP ont indiqué au Conseil qu'elles avaient, devant l'urgence de la situation liée aux difficultés des diffuseurs de presse et à la nécessité de revaloriser leur rémunération, mis en place un plan provisoire de rémunération complémentaire, susceptible d'être mis en œuvre rapidement et ne tombant pas sous le coup de ses injonctions. Les nouveaux accords ont remplacé ceux conclus en juin 2005, dont la suspension avait été enjoindre par le Conseil. Les entreprises mises en cause ont par la suite émis le souhait de bénéficier de la procédure d'engagements.

L'évaluation préliminaire de la rapporteure a permis d'observer que les accords conclus en juin 2005 soulevaient deux préoccupations de concurrence exprimées dès le stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires, auxquelles les engagements proposés ont remédié. Le Conseil a clôturé la procédure ouverte devant lui après les avoir rendus obligatoires.

Les engagements sur le marché de la fourniture d'électricité (07-D-43)

Le Conseil de la concurrence a été saisi par la société Direct Énergie en février 2007 d'une plainte concernant des pratiques mises en œuvre par EDF sur le marché de la fourniture d'électricité. La saisissante, qui demandait par ailleurs le prononcé de mesures conservatoires, avait signé, en décembre 2005, un contrat de fourniture d'électricité avec EDF à des conditions tarifaires telles qu'elle ne pouvait proposer aux petits professionnels des offres commerciales compétitives avec les tarifs de la gamme EDF Pro.

Au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires, le Conseil a constaté que cette situation était susceptible de créer un effet de ciseau tarifaire imputable à EDF pouvant être qualifié d'abus de position dominante sur les marchés de la production et de la vente d'électricité en gros, ayant pour objet ou pour effet d'exclure un concurrent sur le marché aval de la vente d'électricité aux petits professionnels. Cet effet de ciseau découlait de la comparaison entre le prix d'approvisionnement en gros consenti par EDF à Direct Énergie et les prix de détail pratiqués par EDF sur le marché libre.

L'autorité de concurrence a considéré, à la veille de l'ouverture complète du marché de la fourniture d'électricité, que le prononcé de mesures conservatoires était nécessaire pour améliorer les conditions d'approvisionnement des fournisseurs en électricité et permettre ainsi une concurrence effective sur les marchés de détail. Le Conseil a en conséquence, dans l'attente de l'instruction de l'affaire au fond, ordonné à EDF de proposer une offre d'électricité en base à l'ensemble des fournisseurs alternatifs, afin que ceux-ci puissent concurrencer les offres de détail de l'opérateur historique de manière effective sur le marché libre.

EDF s'est toutefois vue octroyer la possibilité de satisfaire à cette injonction en présentant des engagements dans un bref délai. Des propositions ont été soumises au Conseil en juillet 2007 et ont recueilli les observations de 21 entreprises ou organisations intéressées. La Commission de régulation de l'énergie (CRE) – le régulateur sectoriel compétent en la matière – a également été consultée et la prise en compte de son avis ainsi que du résultat du test de marché a permis d'obtenir une amélioration sensible des engagements initialement proposés par EDF, consistant en la modification de la structure contractuelle proposée afin d'assurer la disparition du risque de ciseau tarifaire.

La version finale de la proposition d'EDF porte sur quinze années, séparées en deux séquences à régime distinct. EDF a proposé de vendre aux fournisseurs alternatifs un volume annuel d'énergie électrique d'environ 10,5 TWh, correspondant à une puissance totale de 1 500 MWh pour une durée de cinq ans avec une option de prolongation pour dix ans supplémentaires. Il est prévu que cette puissance soit mise à disposition par la voie de trois appels d'offres espacés dans le temps en 2008 et 2009, afin de permettre à de nouveaux entrants d'avoir accès à ce mode d'approvisionnement.

Une telle quantité d'énergie excède la consommation actuelle du marché libre et permet potentiellement aux opérateurs alternatifs de multiplier par quatre leurs ventes d'électricité sur le marché de détail. L'accès à cette offre se fera par enchère portant sur le prix de l'option pour les dix ans supplémentaires. La durée totale de quinze ans garantira aux opérateurs alternatifs un accroissement de la visibilité sur les termes de leur approvisionnement en électricité de base pour les produits disponibles sur le marché de gros.

EDF s'est, en outre, engagée à assurer, sur toute la durée du contrat, un tarif n'induisant pas de ciseau tarifaire avec ses propres offres sur le marché du détail. Le prix de la fourniture d'électricité fixé à 36,80 €/MWh pour la première année pourra évoluer en fonction de la situation sur le marché.

Cette offre de gros va permettre aux opérateurs alternatifs de bâtir des offres de détail susceptibles de concurrencer celles d'EDF à destination des petits professionnels et des résidentiels qui ont exercé leur éligibilité sur le marché libre et de les commercialiser sans encourir de pertes.

Le Conseil, qui s'était attaché, dans cette affaire, à vérifier la capacité de la proposition d'EDF à mettre fin au risque de ciseau tarifaire détecté, a estimé, de manière générale, que les modifications et précisions apportées par EDF à sa proposition initiale assouplissaient à la fois les conditions d'attribution de l'énergie mise à disposition et les possibilités de sortir du contrat. Le

Conseil a néanmoins précisé, dans sa décision, que l'impossibilité d'opérer des calculs précis dans un environnement très aléatoire l'avait conduit à demander à EDF de fournir des éléments chiffrés de nature à permettre de vérifier l'absence d'effet de ciseau tarifaire pour le début de la période en cause. Pour ce motif, le Conseil a entendu conserver la possibilité de se saisir à nouveau de l'affaire à tout moment de la période en cause, afin d'effectuer les calculs nécessaires.

La décision rendant les engagements obligatoires a mis fin à la procédure devant le Conseil.

Ces neuf nouvelles décisions rendant les engagements obligatoires ont permis au Conseil de préciser les contours de la procédure d'engagements et son déroulement.

Le 1^{er} février 2008, le Conseil a lancé une consultation publique sur un projet de communiqué de procédure sur les engagements, reproduisant ainsi l'exercice conduit le 29 janvier 2007, pour le projet de communiqué de procédure relatif à la révision du programme de clémence, à l'occasion duquel les personnes intéressées avaient été invitées, pour la première fois, à lui présenter leurs observations en la matière.

Le but de ce communiqué de procédure est d'apporter aux entreprises toutes les informations nécessaires afin de mieux les guider dans leurs démarches et de rendre la procédure d'engagements la plus transparente possible. Le document publié sur le site internet du Conseil décrit notamment les objectifs, le champ d'application et la mise en œuvre de la procédure, ainsi que les effets des décisions acceptant les engagements et les mesures permettant d'assurer le contrôle de leur exécution.

Force est en effet de constater qu'un nombre croissant de décisions d'engagements est rendu chaque année. Un total de 21 décisions d'acceptation d'engagements ont été rendues depuis novembre 2004, 9 d'entre elles ayant permis de clôturer la procédure devant le Conseil en 2007.

À l'issue de la consultation publique, le Conseil, après avoir pris en compte sur plusieurs points importants, les observations recueillies, a publié le 3 avril 2008 la version finale du communiqué sur son site internet.

1 Les avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a rendu trois avis en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code de commerce :

- avis **07-A-06** du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison ;

- avis **07-A-09** du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société de L'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel ;
- avis **07-A-10** du 26 septembre 2007 relatif au rapprochement des activités de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et de la société Unibail Holding SA dans le secteur de la gestion de sites de congrès-expositions et de l'organisation de foires et salons.

La contrôlabilité de l'opération

La contrôlabilité d'une opération de concentration relève de la combinaison des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code du commerce qui posent une condition qualitative relative à la nature de l'opération de concentration et fixent des seuils relatifs au chiffre d'affaires.

Aux termes de l'article L. 430-1 du Code du commerce : « *I. – Une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. 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.* »

286

Aux termes de l'article L. 430-2 du Code du commerce : « *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 concernées est supérieur à 50 millions d'euros ; – l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CEE) n° 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 [...].* »

La contrôlabilité des trois opérations notifiées au ministre de l'Économie au regard de l'article L. 430-1 a été confirmée par le Conseil. Aucune question

particulière ne se posait s'agissant de l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de vente d'équipements de la maison.

Notion de contrôle conjoint

Les opérations concernées par les avis **07-A-09** et **07-A-10** mettaient en cause la notion de contrôle conjoint.

Prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel (07-A-09)

Une première décision du ministre de l'Économie et des Finances en date du 17 mai 2006 avait autorisé la prise de contrôle de L'Est Républicain par la société EBRA. Cette décision a toutefois été annulée par le Conseil d'État statuant au contentieux par une décision du 31 janvier 2007. Le Conseil d'État a, en effet, considéré que la société EBRA faisait l'objet d'un contrôle conjoint de L'Est Républicain et de la BFCM. Les éléments relevés en ce sens étaient, d'une part, les dispositions des statuts d'EBRA relatives à la nomination et à la révocation des membres du comité de direction, organe chargé de la gestion opérationnelle de la société, et, d'autre part, les modalités du financement de l'acquisition de la société Delaroche par la société EBRA. Conformément à l'article 10 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce, la BFCM et L'Est Républicain ont donc renotifié au ministre la prise de contrôle conjoint d'EBRA.

Le Conseil s'est prononcé dans cet avis sur les affirmations du groupe Hersant Media, selon lesquelles l'opération n'était qu'une première étape de l'intégration des activités médias du groupe L'Est Républicain et de la BFCM. Il a constaté que si les éléments au dossier faisaient état de futurs projets de rapprochement, ceux-ci n'étaient pas concrétisés et a conclu, comme le Conseil d'État, à l'existence d'un contrôle conjoint de L'Est Républicain et de la BFCM sur EBRA et donc sur la société Delaroche, société cible gérant un pôle presse en Bourgogne et Rhône-Alpes (*Le Progrès, Le Dauphiné libéré...*) et cédé par la Socpresse.

Rapprochement des activités de la CCIP et de la société Unibail Holding SA (07-A-10)

Le rapprochement des activités d'organisation de foires et salons sur la région parisienne de la CCIP et d'Unibail se faisait au travers de la création de quatre sociétés communes (Propco, Gesco, Gesco PDV et OPCO). Le Conseil a constaté que, dans chacune des sociétés, le gérant ou le directeur général serait assisté par un comité d'audit et un comité des nominations et des rémunérations, tous deux composés du même nombre de membres désignés par la CCIP (ou SIPAC) et Unibail (ou ses filiales) et qu'un protocole prévoyait une série de mécanismes spécifiques propres à résoudre certaines situations de conflits. Il a, en conséquence, considéré que l'opération de concentration aboutissait à un contrôle conjoint des sociétés Propco, Gesco, Gesco PDV et OPCO qui bénéficiaient toutefois de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes.

La définition des marchés pertinents

Acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar (07-A-06)

Le Conseil a rappelé qu'en matière de distribution, les autorités de concurrence ont délimité les marchés de produits pertinents dans les secteurs du bricolage, des jardineries, de l'habillement, des articles de sports, des articles de culture et loisirs, de l'automobile ou encore des stations-service en se référant à deux critères, le type de produit vendu et la taille des magasins. En ce qui concerne les surfaces de vente concernées par l'opération et les produits qui y étaient vendus, il a considéré que les meubles devaient être distingués des articles de décoration et que les grandes surfaces alimentaires ou les grandes surfaces spécialisées en produits de bricolage n'offraient pas les mêmes services que les surfaces spécialisées dans l'ameublement. Il a, en conséquence, conclu que le premier marché de produits pertinents pour l'analyse des conséquences concurrentielles de l'opération était celui de la distribution de meubles *via* des points de vente proposant au consommateur final un large assortiment de produits, hors objets de décoration, tout au long de l'année.

Étaient également concernés par l'opération les marchés de la distribution de produits d'électrodomestique blancs, bruns et gris *via* des points de vente proposant au consommateur final un assortiment de produits tout au long de l'année. Ces points de vente incluaient les magasins spécialisés dans l'électrodomestique, ainsi que les grandes surfaces spécialisées et les hypermarchés disposant d'un rayon permanent.

Le Conseil a considéré que, pour ces marchés, la concurrence s'exerçait sur des zones de chalandise limitées à une partie du département pour la Guadeloupe et la Guyane, mais s'étendant à l'ensemble du département dans le cas de la Martinique.

Prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel (07-A-09)

Les médias concernés par l'opération avaient déjà fait l'objet d'analyses récentes en termes de marchés pertinents (avis 05-A-18 du 11 octobre relatif à l'acquisition du pôle Ouest de la Socpresse; avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à la fusion TPS-Canal Satellite) dont les conclusions ont été reprises.

Rapprochement des activités de la CCIP et de la société Unibail Holding SA (07-A-10)

L'organisation de congrès ou foires et salons nécessite la mise en œuvre de deux principaux types de prestations : en amont, la gestion des sites, et en aval, l'organisation des manifestations proprement dites. Le Conseil s'est prononcé dans cet avis sur la distinction éventuelle à opérer, du point de vue du fonctionnement concurrentiel, entre gestion de sites de congrès, d'une part, et gestion de sites de foires et salons, d'autre part. De même,

la question des diverses contraintes imposées par la nature de la population visée (grand public ou professionnels) a été examinée. Au total, il a considéré que les marchés suivants étaient pertinents pour l'analyse des effets concurrentiels de l'opération :

- le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des congrès, de dimension au moins nationale ;
- le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des foires et salons grand public, de dimension essentiellement locale ;
- le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des salons professionnels, de dimension essentiellement nationale ;
- le marché de l'organisation de congrès de dimension au moins nationale ;
- le marché de l'organisation de foires et salons professionnels et grand public, de dimension essentiellement nationale ;
- le(s) marché(s) des prestations annexes concurrentielles distinctes des prestations annexes directement liées aux infrastructures des sites.

Les effets des opérations

Acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar (07-A-06)

Compte tenu des parts de marché des parties à l'opération et de leurs concurrents, le Conseil a estimé que des problèmes sérieux quant au maintien d'une concurrence suffisante étaient posés :

- en Guadeloupe, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement ;
- en Guyane, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement, ainsi que sur chacun des trois marchés de la distribution de produits électrodomestiques ;
- en Martinique, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement.

Le calcul d'indices de concentration Herfindahl-Hirschman (HHI) conduisait également à des valeurs, en niveau *ex post* et en variation, largement supérieures aux seuils signalant la présence de risques concurrentiels.

De plus, les magasins But et Conforama étaient, parmi les acteurs dont la présence avait été constatée sur les marchés concernés, les plus proches substituts (taille, produits, services et gammes de prix similaires). Une telle situation est de nature à conférer un caractère restrictif de concurrence aux effets unilatéraux de l'opération, la nouvelle entité pouvant être incitée à augmenter les prix de l'une des enseignes après l'opération, puisque les effets de l'élasticité-prix seraient en partie neutres du fait du report de la demande vers l'autre enseigne.

Enfin, les barrières à l'entrée sur les marchés concernés, tenant pour l'essentiel à leur taille restreinte et à l'insularité, ont été jugées par le Conseil relativement fortes.

Les gains d'efficacité liés à l'opération mis en avant par les parties notifiantes n'ont pas été estimés par le Conseil suffisamment justifiés et certains pour contrebalancer ces atteintes à la concurrence, notamment parce que la transmission, au bénéfice du consommateur, des économies de coûts projetées était peu probable.

En conséquence, le Conseil a considéré que seuls des engagements structurels pourraient permettre de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées, engagements qui n'avaient pas été proposés par les parties notifiantes à ce stade de la procédure.

Prise de contrôle conjoint de la société Delaroché par la société L'Est Républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel (07-A-09)

En dépit de la prise en compte du contrôle conjoint du groupe Crédit Mutuel sur le véhicule d'acquisition EBRA et donc sur le pôle de presse locale Rhône-Alpes, l'opération ne suscitait aucune préoccupation de concurrence liée au cumul de parts de marchés (effets horizontaux), les parties acquérantes n'étant pas situées sur les mêmes marchés géographiques que la cible. Le Conseil n'a pas non plus estimé que ce pôle Rhône-Alpes constituait pour le groupe Crédit mutuel et L'Est Républicain un concurrent potentiel dont il aurait ainsi assuré la disparition. De même, en dépit de la présence des sociétés concernées sur divers marchés locaux de médias (presse quotidienne régionale, magazines, presse gratuite, radios...), aucun effet de gamme n'était à craindre sauf s'il était considéré que le groupe Crédit Mutuel exerçait un contrôle conjoint sur la société Espace Group, ajoutant ainsi des radios locales à son portefeuille, hypothèse que le Conseil a, pour sa part, écartée. Enfin, le Conseil n'a pas estimé crédibles les risques d'effets de gamme entre les marchés bancaires et les marchés des médias avancés par un tiers à l'opération.

Par ailleurs, l'acquisition du pôle Rhône-Alpes de la Socpresse par le moyen de la création d'une société commune par le groupe Crédit mutuel et L'Est Républicain posait la question, peu étudiée à ce jour par la jurisprudence nationale en matière de contrôle des concentrations, des risques de coordination entre les sociétés mères de cette société commune (EBRA).

Le Conseil a, à cette occasion, souligné que si les articles 2.4 et 2.5¹⁷ du règlement communautaire n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations (le « *règlement n° 139/2004* ») prévoient un test spécifique pour la création des entreprises communes, rappelé dans les lignes directrices de la DGCCRF, ce test était spécifique au droit communautaire tandis qu'en droit national, le

17. « 4. Pour autant que la création d'une entreprise commune constituant une concentration au sens de l'article 3 ait pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité en vue d'établir si la concentration est compatible ou non avec le marché commun.

5. Dans cette appréciation, la Commission tient notamment compte de : • la présence significative et simultanée de deux entreprises fondatrices ou plus sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché ou sur un marché voisin étroitement lié à ce marché, • la possibilité donnée aux entreprises concernées, par leur coordination résultant directement de la création de l'entreprise commune d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause. »

seul texte applicable était celui de l'article L. 430-6 du Code de commerce disposant que le contrôle des concentrations vise à identifier les opérations « *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* » et qui n'apportent pas « *au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».

Le Conseil remarque toutefois que les critères de causalité, de vraisemblance et d'effet sensible visés à l'article 2.5 du règlement n° 139-2004 sont compatibles avec le test prévu à l'article L. 430-6 du Code de commerce, les décisions envisagées au III de l'article L. 430-7 du Code de commerce ne pouvant être mises en œuvre que si les atteintes à la concurrence identifiées sont directement liées à l'opération examinée, si elles ont un caractère de vraisemblance suffisant et si elles ont des conséquences sensibles.

Pour le Conseil, la situation dans laquelle la création d'une entreprise commune inciterait les sociétés mères à coordonner leurs comportements sur les marchés où elles sont toutes deux actives, pourrait conduire à constater que l'atteinte à la concurrence en résultant serait incompatible avec les dispositions de l'article L. 430-6, quelle que soit la forme de cette coordination : expresse, au sens qui lui est donné dans le droit des ententes, ou tacite, dans l'acception retenue par la pratique décisionnelle relative à la position dominante collective. Il a également précisé que, si une telle atteinte pouvait être envisagée de façon plus évidente si les maisons mères et la filiale commune sont présentes sur les mêmes marchés, elle ne pouvait toutefois être exclue *a priori* lorsque les maisons mères sont présentes sur un marché distinct de celui de leur filiale commune, le contact multimarché entre des entreprises étant également susceptible de faciliter la coordination de leurs comportements.

À la lumière de ces précisions, il a estimé qu'en l'espèce, le risque de coordination entre les deux actionnaires d'EBRA pouvait être écarté, puisque la création d'EBRA ne modifiait pas, de manière directe et vraisemblable, les incitations des deux groupes concernés à coordonner leurs comportements, notamment en raison des faibles interactions concurrentielles entre les marchés sur lesquels les maisons mères sont présentes et ceux sur lesquels sera active l'entreprise commune. De plus, à supposer qu'un tel lien de causalité ait existé, il ressortait de l'analyse de la structure et du fonctionnement concurrentiels de l'ensemble des marchés concernés qu'une coordination de leurs comportements n'aurait *a priori*, pour les deux maisons mères, qu'un intérêt trop limité pour la rendre vraisemblable.

Le Conseil a conclu que l'opération ne portait pas atteinte à la concurrence.

Rapprochement des activités de la CCIP et de la société Unibail Holding SA (07-A-10)

» Analyse des effets horizontaux

Sur le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des congrès, de dimension au moins nationale, le Conseil a constaté que, si l'opération conférerait à la nouvelle entité une position de leader, l'offre des concurrents

restait suffisamment large et diversifiée, au niveau national pour les « *petits et moyens congrès* » et aussi du fait de l'offre de centres de congrès étrangers pour les « *grands congrès* ».

En revanche, sur les marchés de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des foires et salons grand public et de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des salons professionnels, l'opération conduisait à la création d'un quasi-monopole. Aucune entrée sérieusement envisageable n'était susceptible de le remettre en cause compte tenu des fortes barrières à l'entrée sur ce marché et aucun contre-pouvoir n'était de nature à remettre en cause le pouvoir de marché ainsi conféré à la nouvelle entité, dont il pouvait être craint qu'il s'exerce non seulement sur la prestation principale de location de site, mais aussi sur les prestations annexes conduisant à une extension de leur périmètre et à une hausse de leurs prix.

De plus, l'opération conférait une position de leader aux parties sur le marché de l'organisation de foires et salons professionnels et grand public. Toutefois, sur un marché structuré autour d'acteurs adossés à de grands groupes spécialisés, sur lequel la pression concurrentielle de nouveaux entrants est un vecteur de dynamisation, il n'apparaissait pas que l'opération puisse présenter de risques substantiels pour la concurrence.

» Analyse des effets verticaux

En conférant aux parties un monopole sur le marché de la gestion de sites en région parisienne (amont) et une situation de leader sur le marché de l'organisation de foires et salons (aval), l'opération était de nature à leur permettre de se servir de leur position en amont pour conforter leur position en aval. L'analyse du Conseil a montré que les risques de discrimination par le gestionnaire de sites entre les différents organisateurs de foires et salons, parmi lesquels ses filiales, étaient sérieux et crédibles de même que les risques de monopolisation du marché des prestations annexes à la gestion des sites (parking, nettoyage, restauration, etc.).

» Bilan économique et analyse des engagements proposés

Les parties mettaient en avant les extensions de surface que l'opération leur permettrait de financer et leurs répercussions sur l'activité et l'emploi. Elles faisaient également valoir que l'opération était indispensable pour faire face à la concurrence internationale. Le Conseil a en effet estimé que les progrès économiques liés à l'opération, à savoir l'extension du site de Paris Nord Villepinte (PNV), la gestion coordonnée des plannings des sites parisiens, les retombées économiques régionales et le renforcement de la capacité concurrentielle à l'international, étaient bien établis au plan qualitatif même s'ils restaient difficiles à chiffrer. Il a, de plus, constaté l'impossibilité pour la CCIP de réaliser seule les investissements d'extension de PNV si ces investissements visaient la grande extension de 136 000 m² et ne se limitaient pas à la seule étape initiale de 40 000 m².

Il a toutefois estimé que ces gains étaient insuffisants pour compenser à eux seuls les problèmes de concurrence soulevés par l'opération et a estimé que des engagements de nature structurelle étaient nécessaires et que, d'une façon générale, ils devaient permettre d'atteindre les objectifs suivants :

- laisser se créer un opérateur parisien susceptible de financer des augmentations de capacités, de réaliser les gains d'efficacité liés à l'intégration verticale et à la gestion coordonnée des sites, et capable de concurrencer plus efficacement les sites étrangers ;
- réguler efficacement les prix du monopole amont de la gestion des sites ;
- encadrer le développement de la nouvelle entité sur les marchés aval de l'organisation et des prestations annexes afin d'éviter que, sur ces marchés, la concurrence ne soit faussée par le pouvoir de marché détenu en amont.

Le Conseil a estimé que les engagements proposés par les parties s'inscrivaient dans ce schéma, notamment celui portant sur l'extension du site de Paris-Villepinte de 135 000 m². Les parties ont également proposé des engagements de nature comportementale visant à encadrer les hausses de prix et à éviter les pratiques discriminatoires.

Les suites données aux avis

Concernant l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi a constaté que l'opération de concentration n'était pas de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence (lettre en date du 7 août 2007). Il a estimé cependant que les cessions d'actifs proposées étaient viables et de nature à remédier aux risques identifiés d'atteinte à la concurrence. Il s'agit de :

- la cession de l'exploitation du magasin à enseigne Conforama Petit Pérou aux Abymes en Guadeloupe ;
- la cession du magasin à enseigne Yxorbut de Katoury ainsi que la cession de l'exploitation du magasin à enseigne Conforama de Collery en Guyane ;
- la cession de l'exploitation du magasin anciennement à enseigne Conforama de la rue des Arawaks en Martinique.

La prise de contrôle conjointe de la société Delaroche par la société L'Est républicain et la banque Delaroche a été autorisée par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi le 28 août 2007.

Le rapprochement des activités de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et de la société Unibail Holding SA a été autorisée par une lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi en date du 13 novembre 2007, sous réserve des engagements proposés par les parties, tels que discutés devant le Conseil.

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation

1 Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2007, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions du Conseil, a rendu 19 arrêts (dans une affaire, la cour d'appel était saisie après cassation), dont 16 dans lesquels la cour s'est prononcée sur le fond :

- dans onze affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil en rejetant les recours ;
- dans deux affaires, elle a confirmé l'analyse du Conseil sur le fond et n'a réformé la décision que sur les sanctions ;
- une décision de non-lieu a été annulée, la cour renvoyant l'affaire devant le Conseil pour poursuite de l'instruction ;
- deux décisions ont fait l'objet d'annulation et/ou de réformation partielle portant sur le fond (annulation de la décision en ce qu'elle portait sur un marché, mise hors de cause d'une des entreprises sanctionnées).

Sur la procédure

Sur l'étendue du champ de la saisine du Conseil

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a rappelé que le Conseil, « *qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et les qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine, qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet ; qu'il peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine* » (cf. décision 05-D-69¹⁸).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a estimé que le Conseil avait outrepassé le champ de sa saisine d'office. La cour a rappelé sa jurisprudence (voir arrêt Decaux, 22 février 2005) selon laquelle le Conseil, saisi *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, peut retenir, sans avoir à se saisir d'office, toutes les pratiques

18. En ce sens, CA de Paris, 22 février 2005, Decaux.

révélées par les investigations auxquelles il a été procédé à la suite de sa saisine d'office, même si elles ne sont pas visées expressément par celle-ci dès lors qu'elles ont le même effet ou le même objet, et même s'il s'agit de pratiques qui se sont poursuivies après cette saisine. En l'espèce, la cour a constaté que la saisine d'office visait exclusivement le secteur des parfums et estimé que parfums et cosmétiques n'étaient pas substituables entre eux et constituaient donc des marchés distincts. Le Conseil ne pouvait donc étendre sa décision aux cosmétiques sans se saisir d'office une nouvelle fois, et ce, quand bien même que les pratiques incriminées étaient les mêmes pour les deux secteurs. La décision a, en conséquence, été annulée en ce qu'elle concernait les cosmétiques (cf. décision 06-D-04).

Dans l'**arrêt TDF du 24 août 2007**, la cour a écarté le reproche fait au Conseil d'avoir examiné, sans s'être saisi d'office, des faits de ciseau tarifaire qui avaient été dénoncés par la plaignante dans des écritures complémentaires déposées la veille de la séance. Ces faits étaient, selon la requérante, totalement indépendants de ceux mentionnés dans la saisine, portant exclusivement sur des pratiques constatées lors du renouvellement de la convention d'occupation du site de la tour Eiffel. La cour a rappelé que le Conseil, saisi de pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir des pratiques qui ont le même effet que celles qui ont été dénoncées dans la saisine, y compris celles qui se sont poursuivies après, ce qui était bien le cas en l'espèce, puisque la saisine initiale dénonçait un abus de position dominante de TDF et ses effets, notamment sur le marché de la diffusion, ce qui englobait les pratiques tarifaires dénoncées ultérieurement par la plaignante (voir, en ce sens, arrêt CA de Paris du 22 février 2005, Decaux) (cf. décision **07-MC-05**).

Sur la procédure suivie devant le Conseil

Sur l'obtention de pièces issues d'une procédure pénale : la mise en œuvre de l'article L. 463-5 du Code de commerce

┆ **Délibération de la commission permanente du Conseil**

Dans l'**arrêt du 30 janvier 2007, Le Foll TP**, la cour a jugé que la délibération de la commission permanente du Conseil aux fins de demande de communication de pièces faite à une juridiction d'instruction, sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce¹⁹, ne constituait pas une violation des principes d'impartialité et de séparation des fonctions d'instruction et de décision, dès lors que le Conseil s'était borné à transmettre une demande émanant du rapporteur qui sollicitait, au regard du déroulement de son instruction, des pièces du dossier pénal en cours d'instruction (voir aussi *infra* « *Sur l'impartialité du Conseil* » et « *Sur la prescription* ») (cf. décision 05-D-69).

¹⁹. « 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 les faits dont le Conseil est saisi. »

┆ Demande du rapporteur général

Dans le même arrêt, la cour a estimé qu'une demande de communication de pièces effectuée ultérieurement par le rapporteur général auprès du juge d'instruction, sans nouvelle délibération de la commission permanente, n'était pas susceptible, en soi, de faire grief aux parties, dès lors qu'elle « *faisait seulement suite à la transmission de pièces du magistrat instructeur [...] qui avait été demandée par le Conseil [...]* ». De surcroît, a précisé la cour, « *aucune disposition n'interdit au rapporteur général de mettre en œuvre, au nom du Conseil, les dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce* » (cf. décision 05-D-69).

┆ Contenu et modalités de la communication

Dans le même arrêt, la cour a confirmé la régularité de la communication effectuée par la juridiction, constatant notamment que les documents extraits de la procédure pénale étaient, conformément aux exigences de l'article L. 463-5 du Code de commerce, soit des procès-verbaux, soit des rapports d'enquête, soit encore des « *pièces nécessaires à l'exploitation de ces procès-verbaux ou de ces rapports* ».

La cour a encore jugé que la communication des pièces s'était faite dans le respect du principe de l'égalité des armes et du secret de l'instruction. Elle a relevé que cette communication n'avait pas fait grief aux sociétés requérantes qui n'avaient acquis la qualité de parties qu'à compter de la notification des griefs, les griefs retenus par le rapporteur ayant été fondés sur des pièces dont il avait été dressé inventaire, qui avaient été citées, versées au dossier, soumises à la consultation et à la contradiction, les parties ayant alors pu produire tous éléments à décharge (cf. décision 05-D-69).

Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

┆ Accès au dossier

Voir *infra* « *Procédure d'engagements* » (arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007).

┆ Absence au dossier des ordonnances autorisant les opérations de visite et de saisie

Dans l'arrêt du 30 janvier 2007, Le Foll TP, la cour a rejeté le moyen par lequel une requérante soutenait que l'absence, dans le dossier du Conseil, des ordonnances juridictionnelles d'autorisation des opérations de visite et de saisie l'avait privée du recours qui lui était ouvert en vertu des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce. La cour a constaté que l'une des ordonnances litigieuses, qui n'avait été versée au dossier qu'après la notification de griefs, avait été régulièrement notifiée à l'intéressée lors de la visite qui s'était déroulée dans ses locaux et qu'une copie lui avait été remise qu'elle aurait dû conserver, nonobstant la durée de la prescription décennale en matière commerciale, puisqu'elle avait été ainsi pleinement informée de l'existence d'une procédure de concurrence la concernant portant sur une entente à laquelle elle participait depuis plusieurs années et qui s'était d'ailleurs poursuivie. En outre, la société qui avait pris connaissance des procès-verbaux de visite et de saisie dès la notification de griefs

avait eu la faculté de demander au greffier du tribunal, une copie de l'ordonnance et d'exercer aussitôt le recours prévu à l'article L. 450-4 dernier alinéa du Code de commerce. L'autre ordonnance, communiquée dans les mêmes conditions que la première, se bornait à désigner les enquêteurs et les officiers de police judiciaire compétents pour procéder aux opérations et n'était pas susceptible, en cas de recours, de donner lieu à un nouveau contrôle du bien-fondé de la demande initiale d'autorisation de visite et de saisie (cf. décision 05-D-69).

» Non-conservation de pièces à décharge

Dans l'**arrêt ETF du 2 octobre 2007**, la cour a repoussé l'argumentation par laquelle une requérante exposait qu'elle n'avait pas conservé des documents, pensant qu'il n'avait pas été donné suite à l'enquête de la DGCCRF. La cour a considéré que l'intéressée savait que son comportement lors de la procédure d'attribution du chantier avait attiré l'attention du maître de l'ouvrage délégué, cependant qu'aucun élément ne lui permettait de penser que l'affaire était classée et qu'il lui appartenait, par conséquent, de conserver tous les documents pertinents. Au demeurant, elle ne précisait pas quels étaient ceux qui lui faisaient défaut (cf. décision 06-D-15).

Voir aussi *infra* « Sur la durée de la procédure ».

» Absence de réponse à tous les arguments développés

« [...] le Conseil, s'il doit répondre à tous les moyens des parties, n'est pas tenu de reprendre chacun des arguments présentés par celles-ci, à condition que sa décision reste suffisamment motivée pour permettre le contrôle de la cour [...] » (**arrêt Guerlain, 26 juin 2007**) (cf. décision 06-D-04).

» Précision dans la rédaction des griefs

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a rejeté le moyen par lequel il était reproché au Conseil de n'avoir pas précisé clairement l'identité des distributeurs impliqués – ce qui aurait empêché les fournisseurs poursuivis de prendre la mesure exacte des faits qui leur étaient reprochés – et de n'avoir pas notifié de griefs aux petits distributeurs, empêchant ainsi que ces derniers soient entendus. La cour a observé que toutes les pièces versées aux débats, y compris celles provenant des petits distributeurs, avaient pu être discutées contradictoirement si bien que l'absence de notification de griefs adressée à ces derniers ne pouvait constituer une violation du contradictoire. En outre, la formulation utilisée dans la notification de griefs qui visait « la grande majorité » des distributeurs « *au premier rang desquelles les sociétés* [poursuivies] », était suffisamment précise, bien que générale, pour permettre aux fournisseurs de prendre la mesure des faits qui leur étaient reprochés et de présenter leur défense.

Dans le **même arrêt**, la cour a jugé que si la notification de griefs ne précisait pas la durée des pratiques, le fait qu'elle visait des pièces couvrant la période 1995-2000 avait permis aux parties d'être suffisamment renseignées pour préparer utilement leur défense (cf. décision 06-D-04).

» **Modification ou ajout de griefs par le Conseil**

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a repoussé le moyen par lequel il était reproché au Conseil d'avoir, dans sa décision, créé une confusion entre les griefs en agrégeant au grief n° 1, relatif à la pratique générale d'entente sur les prix, deux griefs connexes, relatifs l'un, aux ristournes consenties aux distributeurs afin de s'assurer du respect de la politique de prix et l'autre, aux restrictions mises, dans le même but, par les fournisseurs aux opérations promotionnelles de leurs distributeurs. Cet « *amalgame* » aurait porté atteinte aux droits d'une des sociétés à laquelle seul le grief n° 1 avait été notifié, en l'empêchant de contrôler effectivement l'individualisation de sa sanction. La cour a estimé que le Conseil avait pu valablement « *fusionner* » ces trois griefs, qui relevaient bien de la même pratique, dès lors qu'il infligeait des sanctions proportionnelles à la réalité des faits commis par chaque entreprise, notamment selon que ces derniers englobaient ou non les faits visés par les pratiques connexes (cf. décision 06-D-04).

» **Abandon de griefs au stade du rapport**

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a confirmé qu'aucune atteinte au contradictoire ne saurait résulter de ce que le Conseil avait retenu un grief abandonné par le rapporteur. La cour a rappelé qu'en vertu de l'article 36 du décret du 30 avril 2002 (devenu R. 463-2 du Code de commerce²⁰), le Conseil n'est pas lié par les appréciations du rapporteur et doit statuer sur l'ensemble des griefs notifiés, ce que les parties ne pouvaient ignorer. La cour a observé, qu'en l'espèce, la requérante qui soulevait le moyen avait été mise en mesure d'exercer pleinement ses droits de la défense (cf. décision 05-D-66) (en ce sens, voir aussi CA de Paris, 25 avril 2006, Sade).

» **Prise en compte par le Conseil d'éléments non retenus par le rapporteur**

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a rejeté le moyen par lequel il était fait grief au Conseil d'avoir retenu dans sa décision des motifs qui ne figuraient pas dans le rapport en rappelant, notamment, que le Conseil était libre de retenir une analyse différente de celle proposée par le rapporteur dès lors qu'il ne se fondait pas, pour ce faire, sur des éléments qui n'auraient pas été soumis au débat contradictoire (cf. décision 05-D-72).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a considéré qu'aucune violation du principe du contradictoire ne pouvait résulter de ce que le Conseil avait introduit au stade de la décision la notion de « *prix non significativement inférieur* » au prix public indicatif (PPI), qu'une requérante se plaignait de ne pas avoir pu discuter. Elle a constaté que la validité des relevés de prix effectués avait pu être discutée contradictoirement, la notion introduite par le Conseil ne servant qu'à apprécier ces relevés, dont le contenu était connu des sociétés mises en cause (cf. décision 06-D-04).

20. « Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés. »

» Loyauté de la preuve

Admission des enregistrements téléphoniques produits par la société saisissante

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a confirmé la validité des enregistrements de conversations téléphoniques auxquels avait procédé le plaignant et qu'il avait produits devant le Conseil au soutien de sa saisine : « *Considérant qu'en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant lui sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, c'est à bon droit et par des motifs pertinents que la Cour adopte que le Conseil de la concurrence, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait d'en apprécier la valeur probante.* »

La cour a donc expressément conditionné la validité des enregistrements aux deux circonstances qu'ils étaient produits par la partie saisissante et non par les services d'enquête ou d'instruction (l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves ne pesant pas de la même façon sur les particuliers et sur les autorités de concurrence) et que les éléments de preuve en question avaient bien été soumis au contradictoire.

La cour a également confirmé la valeur probante des enregistrements en cause : les personnes concernées avaient, en effet, reconnu devant les enquêteurs avoir tenu les propos enregistrés et les avaient même précisés. C'était donc à bon droit que « *ces enregistrements avaient été maintenus au dossier pour y être confrontés aux autres éléments de preuve recueillis, les parties étant mises en mesure d'en discuter le contenu devant le Conseil* » (cf. décision 05-D-66).

Absence des questions sur les procès-verbaux d'audition

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle aucun texte n'impose la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux prévus par les articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce. La cour a relevé, en outre, qu'il n'était pas soutenu que les personnes entendues n'avaient pas été informées de l'objet de l'enquête ou que les enquêteurs avaient usé de manœuvres déloyales qui les auraient conduites à se méprendre sur la portée de leurs déclarations (cf. décision 05-D-66).

» Motivation de la décision

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a rappelé qu'aucune nullité pour défaut de motivation ne saurait être prononcée dès lors que la décision du Conseil contient les motifs, de fait et de droit, qui la fondent,

la cour devant seulement, dans l'exercice de son pouvoir de réformation, apprécier la pertinence des motifs du Conseil au vu des moyens soulevés par la partie requérante²¹ (cf. décision 05-D-72).

La même analyse a été reprise dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour écartant le moyen tiré de la violation du contradictoire qui aurait résulté d'un défaut de motivation de la décision : la cour a rappelé que le Conseil, s'il doit répondre à tous les moyens des parties, n'est pas tenu de reprendre chacun des arguments présentés par celles-ci, à condition que « *sa décision reste suffisamment motivée pour permettre le contrôle de la cour* », ce qui était le cas en l'espèce (cf. décision 06-D-04).

Procédure de clémence

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a confirmé la décision par laquelle le Conseil, appliquant pour la première fois la procédure de clémence prévue au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, avait sanctionné neuf entreprises du secteur de la fabrication des portes en bois pour des pratiques d'entente sur les prix.

La cour, ainsi amenée pour la première fois à se prononcer sur la mise en œuvre de la clémence, a jugé régulière la procédure suivie devant le Conseil. Alors qu'était critiquée « l'opacité » de la séance préliminaire à l'issue de laquelle le Conseil avait rendu son avis conditionnel de clémence – et notamment la non-communication du rapport oral fait par le rapporteur lors de cette séance – la cour a confirmé que seuls l'entreprise demandant le bénéfice de la clémence et le ministre avaient qualité pour participer à la séance préliminaire et discuter la régularité et le bien-fondé de la procédure, les sociétés mises en cause étant écartées de cette phase préliminaire par application des textes régissant la procédure. La cour a précisé qu'en effet, lorsque le Conseil adopte l'avis précisant les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération, il ne statue pas, à l'égard des sociétés tierces visées par la dénonciation, sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH, et il ne prend aucune mesure de nature à affecter l'exercice ultérieur par ces sociétés de leurs droits de la défense (cf. décision 06-D-09).

Procédure d'engagements

Nature et spécificité de la procédure d'engagements

Dans l'**arrêt société Bijourama du 16 octobre 2007**, la cour, se prononçant pour la première fois sur une procédure d'engagements, a précisé, confirmant en cela l'analyse du Conseil, « *que la procédure d'engagements présentait des spécificités, et en particulier des mesures d'instruction allégées par rapport à la procédure habituelle, comportant une simple évaluation préliminaire des pratiques en cause en vue d'identifier des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification de comportements au sens des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, ni a fortiori à la constatation d'une infraction à ces dispositions, et*

21. Dans le même sens, notamment, CA de Paris, 4 avril 2006, Truffaut et CJCE, 15 mai 1997, Siemens C-278/95.

ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent» (cf. décision 06-D-24).

Mais c'est plus encore dans l'**arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007** que la cour s'est prononcée véritablement, pour la première fois, sur la régularité de la procédure suivie devant le Conseil.

Plusieurs moyens étaient articulés par la requérante, Canal 9. Celle-ci soutenait que la procédure d'engagements, assimilable à une accusation pénale et donc soumise aux garanties prévues par l'article 6 de la CEDH, était entachée d'irrégularités dès lors d'une part, que le collège, en participant à la négociation des engagements menée entre les services d'instruction et l'entreprise mise en cause, s'était immiscé dans la phase d'instruction et avait méconnu les principes d'impartialité et de séparation des fonctions d'instruction et de jugement, et d'autre part, qu'elle-même, en violation du principe de l'égalité des armes, avait été exclue du débat et traitée comme un « *tiers intéressé* », admis à déposer des observations écrites dans le délai d'un mois à compter de la communication des engagements.

Cette argumentation a été écartée, la cour estimant « *que si, au terme de l'analyse concurrentielle à laquelle il procède dans le cadre de l'évaluation préliminaire, le rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée, cette appréciation, qui a pour seul but de garantir le sérieux de la procédure de négociation ainsi mise en œuvre, n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à cette entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction ; qu'elle ne constitue donc pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention [...]* ». Par suite, la cour a jugé que la part active prise par le Conseil lors de la phase de négociation « *ne caractérise nulle immixtion de sa part dans l'instruction de l'affaire* » puisqu'elle « *tient au caractère consensuel de cette phase de la procédure et à ce que [le Conseil] apprécie, en définitive, la pertinence des engagements et leur donne force exécutoire* ». La cour a donc refusé de suivre la requérante qui soutenait que l'évaluation préliminaire contenait une qualification des pratiques et constituait un acte accusatoire s'apparentant à une notification de griefs (cf. décision 06-D-29).

Égalité des armes dans la procédure d'engagements

Dans l'**arrêt précité du 6 novembre 2007**, la cour a estimé que les parties avaient été placées sur un pied d'égalité, Canal 9 ayant reçu communication de l'évaluation en même temps et dans les mêmes conditions que le GIE et ayant été mise en mesure de faire valoir ses contestations par écrit (dès que les engagements avaient été présentés) et oralement en séance, puis de nouveau par écrit (avant que les engagements ne soient définitivement retenus) (cf. décision 06-D-29).

Principe du contradictoire – Accès au dossier dans la procédure d'engagements

Dans le **même arrêt du 6 novembre 2007**, la cour a rejeté l'argumentation par laquelle Canal 9 se plaignait d'une violation du principe de la contradiction, expliquant qu'elle n'avait pu avoir accès, ni devant le Conseil, ni devant la cour, à deux pièces de la procédure, l'enquête administrative et

un avis du CSA. La cour a observé que Canal 9 connaissait l'existence de ces documents qui étaient mentionnés dans l'évaluation préliminaire qu'elle n'avait pas contestée, qu'elle n'en avait toutefois demandé communication qu'à l'occasion de son recours devant la cour d'appel, puis qu'elle avait renoncé à cette communication. La cour a estimé, par ailleurs, que rien ne montrait que les pièces litigieuses avaient été soumises au Conseil. Elle a précisé par ailleurs qu'en admettant même que les pièces aient été communiquées au collège, « *de sorte que la société Canal 9 aurait été fondée à en demander la communication, celle-ci s'est abstenue d'exercer son droit en temps utile, alors même que cette faculté lui en avait été expressément offerte par la cour, préférant soutenir l'annulation de la procédure pour ce motif; qu'elle ne saurait, dès lors, se plaindre d'une atteinte qu'elle avait elle-même contribué à entretenir* » (cf. décision 06-D-29).

Ancienneté des pratiques et procédure d'engagements

Dans le même arrêt, la cour a estimé, alors qu'il était soutenu que l'ancienneté des pratiques (qui remontaient à 2000) aurait rendu inopportune la mise en œuvre de la procédure d'engagements, qu'aucune limitation ne résultait des textes applicables « *qui supposent seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence, n'exigent nullement que celle-ci soit récente, et, de surcroît, la durée de la procédure, au sens où l'invoque la requérante, s'apprécie, non à compter de la date de la commission des pratiques, mais de celle de la saisine de l'[autorité de concurrence]* » (cf. décision 06-D-29).

┆ **Erreur ou omission matérielle dans la décision**

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a écarté le moyen tiré de l'atteinte au contradictoire qui aurait résulté de ce que le Conseil, pour tenir compte d'éléments nouveaux de chiffres d'affaires transmis tardivement par l'une des sociétés mises en cause, avait modifié sa décision initiale (rendant ainsi une décision « *bis* ») sans convoquer les parties pour une nouvelle séance contradictoire. La cour a rappelé que la procédure suivie devant le Conseil est une procédure particulière à laquelle ne s'appliquent pas les règles du Code de procédure civile, relatives notamment à la rectification des erreurs matérielles, et a estimé qu'en l'espèce, la modification apportée n'avait fait grief à aucune des requérantes (cf. décision 06-D-04).

Voir aussi *infra* « *Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur* ».

Sur l'égalité entre les parties

┆ **Délai pour répondre à la notification de griefs**

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a repoussé le moyen tiré d'une violation du principe d'égalité entre les parties qui aurait résulté de ce que le rapporteur avait accordé un délai supplémentaire de deux mois aux sociétés du groupe LVMH, en plus de celui accordé initialement au groupe lui-même, quand il s'était aperçu de leur autonomie opérationnelle et qu'il leur avait notifié des griefs individuellement : ce délai accordé aux sociétés du groupe LVMH n'avait pas fait grief à une autre des sociétés mises en cause qui avait, elle, bénéficié du délai légal pour présenter ses observations, lesquelles n'avaient d'ailleurs pas été contredites mais

au contraire largement confortées par celles des sociétés du groupe LVMH (cf. décision 06-D-04).

» Temps de parole accordé en séance

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a repoussé la critique de l'un des parfumeurs poursuivis qui dénonçait la rupture de l'égalité entre les parties résultant de ce que le temps qui lui avait été accordé en séance aurait été très inférieur à celui accordé aux autres : en fait, l'intéressé et trois autres sociétés du groupe LVMH étaient représentés par le même avocat et se prévalaient, pour l'essentiel, de moyens similaires. Le président de séance avait donc pu leur accorder un temps de parole global de 40 minutes et le temps de parole laissé à la société Kenzo, « *bien que court* », lui avait permis de présenter ses moyens propres (cf. décision 06-D-04).

» Égalité des armes et procédure d'engagements

Voir *infra* **arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007**.

Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a rappelé qu'en vertu des articles L. 450-1 et L. 450-6 du Code de commerce, le rapporteur est maître de la conduite des investigations : il apprécie librement l'opportunité des mesures à mettre en œuvre, et notamment, en l'espèce, des enquêtes ordonnées sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce (cf. décision 05-D-72).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a rejeté plusieurs moyens tirés du manquement par le rapporteur à son devoir d'impartialité. Elle a jugé qu'aucune violation de ce principe ne pouvait résulter de ce que l'un des rapporteurs avait précédemment instruit une saisine ministérielle portant sur le secteur, ayant abouti à un classement sans suite, puis avait présenté un rapport oral sur l'opportunité de la saisine d'office : en effet, la première procédure n'avait donné lieu à aucune notification de griefs et la décision de classement ne constituait pas une décision au fond. La participation de ce rapporteur à la première procédure ne prouvait donc en rien sa partialité lors de la procédure ultérieure. La cour a rappelé que la présentation par un rapporteur d'un rapport sur l'opportunité d'une saisine d'office ne constituait pas un acte d'accusation, pas plus qu'une décision de saisine d'office ne constituait une décision au fond. Elle a également écarté comme non fondé le moyen tiré de la partialité d'un rapporteur, accusé d'avoir instruit uniquement à charge en écartant les éléments favorables aux parties (cf. décision 06-D-04).

Dans l'**arrêt ETF du 2 octobre 2007**, la cour, pour rejeter le moyen tiré de la partialité du rapporteur, accusé d'avoir privilégié une partie au cours de l'instruction, a estimé que la requérante ne faisait état d'aucun fait précis établissant que les garanties fondamentales de la procédure (possibilité, à compter de la notification des griefs marquant le début de la procédure contradictoire, de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à décharge au rapporteur et au Conseil, en application des articles 6-3 de la CEDH et L. 463-7 du Code de commerce, de présenter ses observations sur les griefs puis sur le rapport et de consulter le dossier dans les quinze

jours précédant la séance, de s'exprimer oralement devant le Conseil) lui avaient été refusées (cf. décision 06-D-15).

Voir aussi *supra* « Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense ».

Sur l'impartialité du Conseil et la séparation des fonctions d'instruction et de décision

Dans l'**arrêt du 30 janvier 2007 (Le Foll TP)**, la cour a jugé que la délibération de la commission permanente du Conseil aux fins de demande de communication de pièces faite à une juridiction d'instruction, sur le fondement de l'article L. 463-5, ne constituait pas une décision « *par laquelle [le Conseil] aurait été conduit, dans des conditions incompatibles avec les exigences inhérentes au droit à un procès équitable, à formuler une accusation ou encore à préjuger de l'affaire au fond* ». En effet, le Conseil s'était borné à transmettre une demande émanant du rapporteur qui sollicitait, au regard du déroulement de l'instruction, des pièces du dossier en cours d'instruction. De surcroît, le magistrat instructeur avait déjà obtenu la communication d'éléments détenus par le Conseil (voir aussi *supra*, même arrêt, sur l'obtention de pièces issues d'une procédure pénale et *infra*, sur la prescription) (cf. décision 05-D-69).

Voir aussi *infra* « Procédure d'engagements » (**arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007**).

304

Sur la durée de la procédure (le délai raisonnable)

Dans l'**arrêt du 30 janvier 2007 (Le Foll TP)**, la cour a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle, d'une part, le délai prescrit par la Convention européenne des droits de l'homme doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure, et d'autre part, la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve toutefois que la conduite de la procédure n'ait pas irrémédiablement privé les entreprises mises en cause des moyens de se défendre, de telles circonstances devant être appréciées concrètement. En l'espèce, elle a qualifié d'évidentes la complexité et l'ampleur de la procédure, qui concernait des pratiques continues mises en œuvre pendant près de dix ans par une douzaine d'entreprises à l'occasion de marchés publics qui avaient fait l'objet de multiples appels d'offres. En outre, la requérante, qui ne contestait ni la matérialité, ni l'imputabilité des faits, ne démontrait aucune atteinte à ses droits de la défense (cf. décision 05-D-69).

Dans l'**arrêt société SDO du 29 mai 2007**, la cour a jugé injustifiée la durée excessive de la procédure au regard des exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, suivant une jurisprudence constante, elle a estimé que cette durée excessive n'avait pas fait obstacle à l'exercice des droits de la défense des entreprises, dans la mesure, d'une part, où celles-ci avaient été entendues par les enquêteurs et savaient que la procédure était toujours en cours, ce qui aurait dû les conduire à conserver leurs documents justificatifs et où, d'autre part,

elles avaient disposé, à chaque étape de la procédure, des délais prévus par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour répondre à la notification de griefs et au rapport (cf. décision 05-D-70).

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a écarté le moyen par lequel il était soutenu que la durée excessive de la procédure aurait entraîné, non seulement l'impossibilité de répondre aux griefs, mais encore, une violation des principes de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et de la prévisibilité des peines, en ce sens que la sanction aurait été moins lourde si la décision était intervenue plus rapidement. Mais, le montant de la sanction doit seulement répondre au principe de proportionnalité posé par l'article L. 464-2 du Code de commerce sans excéder le seuil prévu par ce texte et ne peut caractériser une atteinte à l'exercice normal des droits de la défense : « *La durée excessive d'une procédure n'en justifie l'annulation que lorsqu'il est établi, concrètement, qu'elle a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense ; [...] ne caractérisent une telle atteinte ni le montant de la sanction prononcée, qui doit seulement répondre au principe de proportionnalité posé par l'article L. 464-2 du Code de commerce sans excéder le seuil prévu par ce texte, ni l'invocation, sans autre précision, de l'impossibilité de répondre à des griefs* » (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a précisé que la jurisprudence constante – selon laquelle la sanction qui s'attache à la violation de la durée raisonnable de la procédure n'est pas l'annulation de la décision ou sa réformation mais la réparation du préjudice subi résultant éventuellement du retard – s'applique même si ce retard est dû à l'inaction des rapporteurs. En l'espèce, la reconstitution des prix pratiqués rendait nécessaire la production de documents commerciaux et comptables, soumis à la prescription décennale des articles L. 110-4 et L. 123-22 du Code de commerce, que les parties auraient dû conserver, étant de surcroît conscientes de l'existence d'une procédure de concurrence en cours (cf. décision 06-D-04).

Voir aussi *supra* « *Sur la procédure d'engagements et ancienneté des pratiques* » (arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007).

§ Sur la communication de la saisine aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du livre IV du Code de commerce

Dans l'**arrêt TDF du 24 août 2007**, la cour a estimé que le Conseil, dès lors qu'il avait régulièrement communiqué la saisine pour avis au CSA et à l'ARCEP en application de l'article R. 463-9 du Code de commerce, n'avait pas à communiquer à ces instances les observations complémentaires de la saisissante relatives à des pratiques connexes (cf. décision 07-MC-05).

§ Sur la consultation de la Commission européenne

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a estimé que l'article 11 § 4 du règlement 1/2003 ne faisait pas obligation au Conseil d'informer la Commission européenne quand il envisageait de prendre une décision de non-lieu (cf. décision 05-D-72).

§ Sur le contenu du communiqué de presse (contrariété avec la décision)

Dans l'**arrêt TDF du 24 août 2007**, la cour a rejeté le moyen par lequel TDF soutenait que l'injonction contestée était imprécise quant à ses modalités

d'exécution, la décision prescrivant à TDF de proposer son offre directement à TowerCast alors qu'un communiqué de presse indiquait que l'offre devait être soumise au Conseil : la Cour a jugé que seule la décision était applicable, le communiqué étant sans incidence sur ce point (cf. décision **07-MC-05**).

Sur la prescription

Sur l'application du nouveau délai de prescription quinquennale prévu par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004

Dans l'**arrêt ETF du 2 octobre 2007**, la cour a rappelé que les lois relatives à la prescription sont applicables immédiatement aux pratiques commises avant leur entrée en vigueur lorsque la prescription prévue par le régime antérieur n'est pas déjà acquise (voir en ce sens, CA de Paris, 12 décembre 2006, Toffolutti) (cf. décision 06-D-15).

Sur l'interruption de la prescription

┆ L'effet interruptif de la demande d'enquête du ministre de l'Économie

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a confirmé le caractère interruptif de prescription de la demande d'enquête du ministre de l'Économie, cet acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits dont le Conseil avait été saisi (cf. décision 05-D-69).

┆ L'effet interruptif du dépôt du rapport administratif d'enquête

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a confirmé le caractère interruptif du dépôt du rapport administratif d'enquête, soulignant que ce document, « *rédigé par l'enquêteur de la DGCCRF à destination du rapporteur, qui le transmet à son tour au Conseil* », « *détaille les mesures d'enquête auxquelles il a été procédé par la DGCCRF sur demande du rapporteur, analyse les marchés sur lesquels les pratiques sont recherchées, présente la synthèse des éléments de preuve recueillis, décrit précisément les pratiques constatées et propose une qualification juridique de celles-ci* ». Elle a encore relevé que « *le dépôt du rapport a pour fonction de clore l'enquête de la DGCCRF, laissant ainsi au Conseil le soin de décider de l'opportunité de poursuivre les pratiques ainsi mises en lumière* ». De ce fait, « *il s'agit bien d'un document tendant à la recherche et à la constatation des faits* » dont la transmission est de nature à interrompre la prescription. La cour a néanmoins posé une réserve, estimant que cette transmission ne pouvait interrompre valablement la prescription qu'à condition qu'elle n'ait pas pour seule finalité cette interruption, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la transmission ayant eu lieu quelques mois seulement après les dernières auditions effectuées par l'administration (cf. décision 06-D-04).

┆ L'effet interruptif de la demande de renseignements du rapporteur

Dans le **même arrêt**, la cour a estimé que les demandes de renseignements du rapporteur tendaient à l'obtention d'informations nécessaires à la recherche et la constatation d'une pratique d'entente entre une société et ses distributeurs et qu'elles concernaient, au moins pour partie, la période

visée dans la « *décision* ²² », de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une simple mesure formelle destinée à interrompre la prescription (en ce sens, CA de Paris, 15 juin 1999, Solatrag, confirmé par Cour de cassation, 20 novembre 2001, société Bec Frères ; 21 septembre 2004, Dexxon Data Media ; 4 juillet 2006, société Unidoc, confirmé par Cour de cassation, 6 décembre 2007) (cf. décision 06-D-04).

」 **L'effet interruptif de la délibération de la commission permanente du Conseil demandant communication de pièces d'un dossier pénal à un juge d'instruction sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce**²³

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a jugé que la délibération de la commission permanente du Conseil aux fins de demande de communication de pièces faite à une juridiction d'instruction, sur le fondement de l'article L. 463-5, avait régulièrement interrompu la prescription de la procédure suivie devant le Conseil, dès lors que cette délibération, contrairement à ce qui était soutenu, ne constituait pas une décision prise en violation du principe d'impartialité en vertu duquel les autorités d'instruction et de décision doivent être séparées (voir *supra* « *Sur le principe d'impartialité et de séparation des formations d'instruction et de décision* ») (cf. décision 05-D-69).

」 **L'effet interruptif de la transmission par un juge d'instruction de pièces demandées par le Conseil sur le fondement de l'article L. 463-5 du Code de commerce**²⁴

Dans le **même arrêt**, la cour a confirmé le caractère interruptif de prescription de la transmission, par un juge d'instruction, des pièces qui lui avaient été demandées par le Conseil, réuni en commission permanente, « *cet acte tendant, comme la délibération du Conseil, à la recherche, à la constatation et à la sanction des faits dont le Conseil est saisi* » (cf. décision 05-D-69) (dans le même sens, CA de Paris, 12 décembre 2006, Toffolutti).

Sur la portée de l'effet interruptif

」 **Pratiques continues et effet interruptif de prescription**

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a confirmé le caractère continu des pratiques d'entente sanctionnées. Le Conseil avait été saisi successivement deux fois par le ministre : la première saisine, de janvier 1998, était accompagnée d'un rapport relatif aux « *pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux publics en Seine-Maritime* », la seconde, de janvier 1999, était jointe à un rapport concernant « *la situation de la concurrence dans le secteur des enrobés en Seine-Maritime* », les éléments recueillis au cours de la seconde enquête complétant et actualisant

22. La cour n'a-t-elle pas entendu écrire, en réalité, « *au moins pour partie, la période visée dans la saisine* » (cf. son arrêt du 21 septembre 2004, Dexxon Data Media) ?

23. « *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 les faits dont le Conseil est saisi.* »

24. « *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 les faits dont le Conseil est saisi.* »

le précédent dossier. Les deux dossiers avaient été joints par décision du rapporteur général. Les requérantes soutenaient que les faits d'entente ne revêtaient pas un caractère continu, mais constituaient des infractions instantanées réitérées concernant des marchés distincts et que, dès lors, les deux saisines ministérielles successives devaient être examinées séparément au regard de la prescription, ce qui ne permettait pas de retenir comme point de départ de la prescription la date à laquelle les pratiques avaient pris fin, à la fin de l'année 1998. Elles prétendaient en outre que le Conseil n'était pas saisi des faits pour la période postérieure à la première saisine, faute de saisine complémentaire y afférant, et qu'en conséquence, la seconde saisine n'avait pu interrompre la prescription des faits visés par la première saisine.

La cour a rappelé que la saisine *in rem* du Conseil l'autorise – sans qu'il soit lié par les demandes ou qualifications de la partie saisissante et sans qu'il ait à se saisir d'office – à connaître de l'ensemble des pratiques affectant le marché visé dans la saisine, même s'il s'agit de pratiques qui ne sont pas expressément visées dans la saisine ou de pratiques qui se sont poursuivies après celle-ci, dès lors qu'elles ont le même objet ou le même effet que celles qui ont été dénoncées²⁵. Le dernier marché faisant partie de l'accord général de répartition ayant été exécuté en 1998 et la rupture de l'entente étant intervenue en 1999, le Conseil avait pu retenir la date du 1^{er} janvier 1999 comme point de départ de la prescription et la seconde saisine du ministre qui portait sur les mêmes pratiques avait interrompu la prescription (cf. décision 05-D-69).

┆ Effet interruptif à l'égard de toutes les entreprises et de tous les faits

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la Cour a rappelé qu'un acte interruptif de prescription, même s'il ne vise que certaines des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis, produit des effets à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés, dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité (cf. décision 06-D-04).

┆ Sur la mention de faits prescrits pour éclairer des faits non prescrits

Dans l'**arrêt du 30 janvier 2007 (Le FolITP)**, la cour a rappelé que le Conseil pouvait faire référence à des faits prescrits afin « *d'apporter un éclairage aux pratiques non prescrites, sans les qualifier ni les inclure dans les poursuites* » (cf. décision 05-D-69).

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur la recevabilité du recours formé par le plaignant contre la décision d'acceptation d'engagements

Dans l'**arrêt société Bijourama du 16 octobre 2007**, la cour, se prononçant pour la première fois sur la procédure d'engagements, a déclaré recevable

25. Voir *supra*, même arrêt, « Sur l'étendue de la saisine du Conseil ».

le recours de la plaignante, la société Bijourama. La cour a estimé que Bijourama, qui était en cause devant le Conseil en qualité de partie saisissante, et qui justifiait d'un intérêt « *dans la mesure où la décision d'acceptation d'engagements, en mettant fin à la procédure, ne [faisait] pas droit à sa demande* », était recevable à exercer un recours contre la décision, en application des dispositions combinées des articles L. 464-2 al. 2 et L. 464-8 du Code de commerce. Les décisions par lesquelles le Conseil accepte des engagements en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce, sont en effet de celles qui sont mentionnées à l'article L. 464-8, qui énumère limitativement les décisions (autres que celles de mesures conservatoires, prises au titre de l'article L. 464-1) qui peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (cf. décision 06-D-24).

Cette position a été confirmée dans l'**arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007**. En l'espèce, alors que le défendeur faisait valoir que le recours n'était pas ouvert à la partie saisissante, dès lors que l'article L. 464-8 du Code de commerce vise seulement les parties en cause auxquelles sont notifiées les décisions du Conseil et que l'article R. 464-8 du même code prévoit que les décisions d'engagements sont notifiées seulement aux entreprises ou organismes ayant souscrit les engagements, la cour a précisé qu'il résultait des dispositions combinées des articles L. 464-2 et L. 464-8 du Code de commerce que, « *nonobstant la rédaction plus limitée de l'article R. 464-8* », la société Canal 9, « *qui était en cause devant le Conseil en qualité de partie saisissante, et qui [justifiait] d'un intérêt dès lors que les engagements contenus dans la décision [étaient] susceptibles de produire des effets juridiques sur sa situation personnelle* », était recevable à exercer un recours contre la décision d'acceptation des engagements (cf. décision 06-D-29).

Sur la recevabilité de la demande de mesures conservatoires formulée par la plaignante dans le cadre de son recours contre la décision d'acceptation d'engagements

Dans l'**arrêt Bijourama du 16 octobre 2007**, la cour a déclaré recevable la demande de mesures conservatoires que la plaignante reformulait dans le cadre de son recours contre la décision du Conseil d'accepter des engagements de la société mise en cause : la cour a estimé que cette demande de mesures conservatoires était la conséquence de sa demande tendant à l'annulation de la décision du Conseil qui, ayant accepté les engagements de la partie mise en cause, avait rejeté implicitement la demande de mesures provisoires. En l'espèce, la demande de mesures conservatoires de la requérante a été rejetée, la cour jugeant qu'elle n'était justifiée par aucune atteinte à l'économie, et confirmant, par ailleurs, les engagements qui avaient été acceptés par le Conseil (cf. décision 06-D-24).

Sur les conditions de recevabilité des pièces et moyens présentés par les requérants

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a déclaré irrecevables des pièces qui avaient été produites par les requérantes postérieurement à leur déclaration de recours, en violation des prescriptions de l'article 3 du

décret de 1987 – devenu l'article R. 464-13 du Code de commerce²⁶ – et qui n'étaient pas justifiées par la nécessité de répondre aux observations écrites du Conseil ou du ministre : ces pièces avaient été produites en même temps que leurs mémoires contenant l'exposé de leurs moyens ou leurs répliques aux observations du Conseil ou du ministre. Il résulte en effet de l'article précité que *« seules sont recevables les pièces remises au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration de recours, celles produites ultérieurement n'étant admises que dans la mesure où elles ont pour objet de répondre à des écritures postérieures »* (cf. décision 06-D-09).

La même solution a été adoptée dans l'**arrêt SNC Eiffage Construction Languedoc du 23 octobre 2007**, la cour décidant d'écarter des pièces produites par la requérante, qui n'avaient pas été jointes à sa déclaration de recours conformément aux prescriptions de l'article 3 du décret du 19 octobre 1987 modifié : la cour a pris soin de relever que la production de ces pièces n'était pas justifiée par les droits de la défense dans la mesure où les questions qu'elles soulevaient avaient déjà été discutées contradictoirement et que l'entreprise avait eu le temps, avant sa déclaration de recours, de se procurer les éléments qui lui étaient utiles²⁷ (cf. décision 06-D-08).

Dans l'**arrêt Entreprise Vendasi du 25 septembre 2007**, la cour a jugé irrecevable un moyen de procédure invoqué pour la première fois par la requérante dans son mémoire en réplique, soit après le délai de deux mois fixé par l'article 2 du décret du 19 octobre 1987 (devenu R. 464-12 du Code de commerce) : il résulte, en effet, de ces dispositions que l'objet et la cause du recours sont circonscrits aux prétentions et moyens présentés lors de la déclaration du recours ou dans le mémoire déposé dans les deux mois de la notification de la décision attaquée (cf. décision 06-D-13).

Sur la recevabilité d'interventions volontaires devant la cour d'appel

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a déclaré irrecevable l'intervention volontaire de la société plaignante qui avait déposé sa déclaration d'intervention au-delà du délai d'un mois prévu à l'article 7 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987, devenu l'article R. 464-17 du Code de commerce. Il résulte en effet des dispositions combinées des articles 4 et 7 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987, devenus, respectivement, les articles R. 464-14 et R. 464-17 du Code de commerce, que le demandeur au recours doit, dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration, en adresser une copie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux parties auxquelles la décision du Conseil a été notifiée. Ces parties peuvent alors, lorsque le recours risque d'affecter leurs droits ou leurs charges, se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée, dans les conditions prévues à l'article 2 du décret précité (devenu R. 464-12), dans le délai d'un mois qui suit la réception de cette lettre. La cour a précisé que la société ne pouvait se prévaloir du défaut de

²⁶. « 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 [...] ».

²⁷. Dans le même sens : 26 septembre 2006, hôtel Le Bristol et 24 avril 2007, société JH Industrie.

communication des pièces produites par les requérantes à l'appui de leur recours, communication non prévue à ce stade de la procédure.

Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce²⁸

« Attendu que s'il n'appartient pas au magistrat délégué [par le premier président de la cour d'appel de Paris] de contrôler la légalité de la décision, objet du recours, il lui revient en revanche de s'assurer, lorsqu'une irrégularité grave de procédure est invoquée, que la décision n'est pas sérieusement menacée d'annulation de ce chef de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives visées par l'article L. 464-8 [du Code de commerce]. » Dans une **ordonnance du 23 janvier 2007, Eiffage Construction**, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris a jugé qu'une entreprise sanctionnée n'avait pas été rendue destinataire du rapport et n'avait donc pas été en mesure de se défendre, de sorte que « la seule constatation de l'atteinte ainsi portée aux droits de la défense [justifiait] que l'exécution de la sanction soit suspendue jusqu'à ce que la cour, statuant sur le bien-fondé du recours, se prononce sur la légitimité de cette atteinte et, partant, sur la régularité de la procédure » (cf. décision 06-D-07).

Dans une **ordonnance rendue le 29 mai 2007 (Laboratoire GlaxoSmithKline)**, le magistrat délégué a repris la même analyse²⁹, précisant toutefois « qu'à ce stade précoce de la procédure, où le débat contradictoire est nécessairement enfermé dans des délais réduits, une telle appréciation suppose que la violation alléguée apparaisse manifeste, c'est-à-dire qu'elle résulte à l'évidence de la décision contestée et des pièces produites, toute autre contestation relevant de l'examen au fond qui ressortit à la cour d'appel ». En l'espèce, le magistrat a estimé que les violations alléguées par le laboratoire GlaxoSmithKline³⁰ n'étaient pas manifestes : elles nécessitaient, par conséquent, un examen au fond du dossier après un débat pleinement contradictoire. Par ailleurs, la requérante ne démontrait pas – ni même n'invoquait – de risque précis qui serait entraîné par l'exécution immédiate de la décision et les moyens articulés à cet égard revenaient « à décliner sous

28. « [...] 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 ».

29. « Il n'appartient pas au magistrat délégué [...] de contrôler la légalité de la décision objet du recours dont la cour aura à connaître [...], lorsqu'une violation des règles de la procédure est invoquée, il doit s'assurer qu'en l'état des éléments dont il dispose, la décision n'est pas sérieusement menacée d'annulation de ce chef de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives prévues par l'article L. 464-8 [...] ».

30. Glaxo présentait, comme le relève la cour, « une argumentation nourrie » dont il ressortait que la décision du Conseil était entachée de multiples vices de procédure qui l'exposaient à une annulation, de sorte que son exécution immédiate (paiement de l'amende de 10 millions d'euros et publication) serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives au sens de l'article L. 464-8 du Code de commerce : étaient notamment invoqués un détournement de procédure afin de contourner les règles de prescription, une violation du principe d'impartialité résultant d'un rapprochement entre les services d'instruction et le collège pour notifier un grief complémentaire après un renvoi à l'instruction et diverses violations des droits de la défense (désignation officieuse d'économistes, utilisation en séance de pièces nouvelles ou tronquées, application d'une définition inédite de l'abus de position dominante par prédation...).

une autre forme les contestations au fond de la motivation retenue ». La cour a estimé en conséquence que les intérêts de Glaxo seraient suffisamment préservés par l'insertion de la mention que la décision du Conseil faisait l'objet d'un recours, autorisant la requérante à faire figurer cette mention dans le texte à publier ³¹ (cf. décision 07-D-09).

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

┆ Mention de la composition de la commission permanente

Dans l'**arrêt du 30 janvier 2007 (Le Foll TP)**, la cour a rejeté le moyen par lequel il était prétendu que les droits de la défense avaient été irrémédiablement compromis en raison de l'absence, dans les observations écrites du Conseil, de la mention de la composition de la commission permanente qui les avait adoptées, empêchant ainsi de vérifier qu'aucun membre de cette commission n'avait auparavant participé à la formation qui avait rendu la décision attaquée, conformément au principe d'impartialité édicté par l'article 6 de la CEDH. La cour a considéré que la mention figurant sur ces observations écrites, précisant qu'elles étaient présentées par le Conseil réuni en commission permanente, impliquait, conformément à l'article L. 461-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce, que le Conseil était composé du président et des trois vice-présidents. La cour a précisé, par ailleurs, que le principe d'impartialité ne faisait pas obstacle à ce qu'un membre de la formation qui avait rendu la décision participe à l'élaboration des observations écrites du Conseil (cf. décision 05-D-69).

La même analyse a été adoptée dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour rejetant l'argumentation selon laquelle la composition de la commission permanente qui avait adopté les observations écrites présentées par le Conseil n'était pas précisée, que la participation à cette commission du vice-président qui avait présidé la séance constituait une violation de l'impartialité et que ces observations écrites introduisaient de nouveaux motifs en violation du principe du contradictoire et des droits de la défense. La Cour a relevé qu'il résultait de l'article L. 461-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce que la commission permanente est composée du président du Conseil et des trois vice-présidents.

Elle a indiqué, en outre, que *« la participation à cette commission d'un membre de la formation de jugement n'est pas contraire au principe d'impartialité, dès lors qu'à ce stade de la procédure, le Conseil se borne à présenter à la cour, saisie de recours contre sa décision, les éclaircissements qu'appellent les moyens et arguments articulés par les parties »*. Elle a rappelé encore que la faculté légalement prévue pour le Conseil de présenter des observations écrites, ne porte pas atteinte aux droits des entreprises à un procès équitable, dès lors que ces dernières disposent de la faculté d'y répliquer par écrit et oralement (cf. décision 06-D-04).

┆ Éléments nouveaux

Dans l'**arrêt du 30 janvier 2007 (Le Foll TP)**, la cour, après avoir rappelé que la faculté légalement prévue offerte au Conseil de présenter des observations

31. La décision du Conseil avait déjà prévu cette possibilité d'insertion.

écrites, ne portait pas atteinte aux droits des entreprises poursuivies à un procès équitable, dès lors que celles-ci disposaient de la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations, a précisé que la disposition précitée « a pour objet de permettre au Conseil d'apporter à la cour des éclaircissements qu'appellent les moyens et arguments articulés par les parties au soutien de leurs recours, en se référant au besoin à des éléments qui n'auraient pas été mentionnés dans la décision » (cf. décision 05-D-69).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a estimé que « l'approfondissement » par le Conseil, dans ses observations écrites, des motivations de la décision ne modifiait ni n'aggravait les données qui avaient été retenues dans la décision à l'encontre des requérantes (cf. décision 06-D-04).

Sur le renvoi de l'affaire devant le Conseil pour instruction complémentaire

Dans l'**arrêt Gaches Chimie du 13 mars 2007**, la cour a annulé la décision de non-lieu rendue par le Conseil, sur une saisine de la société Gaches Chimie dénonçant l'abus de position dominante d'une société concurrente dans le secteur de la distribution en gros des commodités chimiques. La cour a estimé que le Conseil ne pouvait, pour écarter la domination de la société mise en cause sur le marché défini comme celui de la distribution en gros des seules commodités chimiques, se fonder sur les chiffres d'affaires globaux des opérateurs du secteur et a décidé de renvoyer le dossier devant le Conseil pour instruction complémentaire. La cour a justifié l'incapacité dans laquelle elle était de poursuivre elle-même l'instruction, par les brefs délais régissant la procédure suivie devant elle et par son obligation d'écarter toutes les pièces produites tardivement, y compris celles qui seraient utiles à la manifestation de la vérité. La requérante avait, de fait, produit, dans le cadre de son recours, de nombreux documents paraissant irrecevables au regard des dispositions de l'article 3 du décret du 19 octobre 1987 qui font obligation aux parties requérantes de déposer les documents sur lesquelles elles se fondent, au greffe de la cour, en même temps que leur déclaration de recours (cf. décision 06-D-12).

Sur le fond

Sur la définition du marché pertinent

Dans l'**arrêt société TLB du 15 mai 2007**, la cour a confirmé la décision de non-lieu qui avait été rendue sur une saisine d'une société qui, assurant le transport et la livraison de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, s'était plainte de l'attitude de trois clients, fabricants de béton, auxquels elle avait facturé des temps d'attente sur le site de fabrication du béton ou sur les chantiers, et qui avaient alors décidé de mettre fin à leurs relations commerciales avec elle. Cette décision était présentée par la plaignante, à la fois comme un abus de position dominante collective et comme une entente.

La cour a avalisé la définition d'un marché local du transport du béton prêt à l'emploi, limité au département de l'Oise, voire aux trois principales zones de commercialisation du béton prêt à l'emploi dans ce département (Beauvais, Compiègne et Creil-Nogent-Senlis). Cette délimitation résultait

principalement des contraintes liées au produit lui-même, qui ne peut être stocké et se dégrade facilement, et d'une demande émanant d'entreprises de production implantées dans l'Oise, qui était essentiellement satisfaite par des transporteurs établis dans ce département (cf. décision 06-D-17).

Voir aussi, *supra*, **arrêt Bijourama du 16 octobre 2007** sur le principe de la contradiction et les droits de la défense – nature et spécificité de la procédure d'engagements : la procédure d'engagements ne nécessite pas la détermination exacte du marché pertinent.

Sur les ententes horizontales

Regroupement professionnel (conditions d'accès à une structure commune regroupant des acteurs économiques et permettant l'accès à un marché)

Dans l'**arrêt Canal 9 du 6 novembre 2007**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision dans laquelle le Conseil, sur une saisine de la société Canal 9, avait accepté les engagements pris par le GIE Les Indépendants : la plaignante, exploitante d'une radio locale, avait dénoncé le refus du GIE de l'admettre dans son réseau, regroupant plusieurs radios locales et régionales et commercialisant, par l'intermédiaire d'une régie publicitaire commune, des espaces publicitaires de radios à zone de diffusion locale ou régionale, auprès d'annonceurs nationaux ou internationaux³². Les préoccupations de concurrence identifiées tenaient notamment à ce que, alors que l'appartenance au GIE était une condition d'accès au marché de la publicité nationale ou constituait un avantage concurrentiel sur le marché de la publicité locale, les conditions d'adhésion au groupement n'étaient pas définies de manière objective et transparente et pouvaient donc se prêter à une application discriminatoire. Le Conseil avait rappelé que, si une structure commune regroupant des acteurs économiques devient un élément essentiel de l'accès à un marché donné, les conditions d'accès à cette structure doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires, sous peine d'être qualifiées d'entente entre les membres du groupement. En outre, des pénalités imposées en cas de démission des radios pouvaient avoir pour effet de verrouiller encore davantage le marché, et de constituer un abus de position dominante. Canal 9 critiquait les engagements s'agissant de deux conditions d'appartenance au GIE, le critère de conservation des équilibres régionaux et le critère de l'indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux. Ces deux critères permettaient au GIE de refuser la candidature d'une radio locale, d'une part, lorsque l'équilibre régional du produit national Les Indépendants était remis en cause par la candidature dans la mesure où l'intégration de la station de radio était de nature à entraîner un trop fort déséquilibre de l'audience entre les différentes zones géographiques (notamment entre l'Île-de-France et les autres régions) et d'autre part, lorsque le candidat était structurellement lié à un réseau national directement concurrent du GIE. Canal 9, qui au vu de ces critères allait continuer à voir sa candidature refusée par le GIE, soutenait qu'ils ne répondaient

³². Compte tenu du caractère limité de leur couverture géographique, les radios de dimension locale ne présentent d'intérêt pour les annonceurs nationaux que de façon groupée.

ni à la condition de légitimité³³, ni à celle de proportionnalité³⁴, le premier critère étant en outre discriminatoire et le second, imprécis.

La cour a néanmoins approuvé le Conseil d'avoir considéré que le critère de la conservation des équilibres régionaux se justifiait en ce qu'il était le seul moyen pour le GIE de contrôler les risques de déséquilibre de son audience et d'offrir un produit répondant aux exigences des annonceurs. Elle a retenu, en outre, que l'effet de verrouillage allégué n'était pas établi, dès lors que la composition du produit Les Indépendants était, par sa nature même, très mouvante, de sorte que les répartitions d'audience, en particulier sur la région Île-de-France, restaient soumises à des variations difficilement prévisibles. La discrimination devait s'apprécier au regard des effets futurs du critère qui avait vocation à s'appliquer à toute entreprise se trouvant dans une situation identique à celle de Canal 9, peu important que l'application du critère conduise à écarter la candidature de cette dernière. La cour a estimé que le critère de l'indépendance vis-à-vis des réseaux nationaux était objectivement défini et suffisamment précis³⁵ et que c'était un critère légitime, aucune circonstance³⁶ ne justifiant en l'espèce que soit imposé à un opérateur économique d'établir des relations structurelles ou de solidarité économique avec un concurrent direct. La cour a observé, enfin, que les solutions alternatives préconisées par Canal 9 (une clause de confidentialité ou « *des mesures d'organisation internes appropriées de type muraille de Chine* ») n'auraient pas été de nature à contrebalancer efficacement une telle contrainte.

Pratiques de contingentement ou de refus de vente mises en œuvre par les laboratoires pharmaceutiques à l'égard de grossistes-exportateurs

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait estimé que les pratiques de contingentement, voire de refus de vente, imposées par les principaux laboratoires aux grossistes-exportateurs, en vue de freiner ou d'empêcher leur activité à partir du territoire français, ne pouvaient être qualifiées d'entente au sens des dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce ou 81 du traité CE. Le Conseil avait constaté l'existence d'un certain parallélisme de comportement des laboratoires consistant à restreindre progressivement leurs livraisons aux exportateurs puis à cesser ces livraisons, alors que les grossistes-répartiteurs nationaux continuaient à être approvisionnés y compris lorsqu'ils livraient à l'exportation par l'intermédiaire de leurs filiales spécialisées. Mais il avait également relevé que ces pratiques et leur évolution n'avaient été identiques, ni dans leurs modalités, ni dans leur calendrier de mise en œuvre, et qu'en tout état de cause, un tel parallélisme ne saurait suffire à lui seul à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, laquelle doit être étayée d'indices graves, précis et concordants démontrant l'existence d'une réelle concertation, indices inexistant en l'espèce

33. Les engagements doivent répondre à une justification objective.

34. Il ne doit pas exister de moyen moins attentatoire à la concurrence permettant d'obtenir le même résultat.

35. « [...] étant observé que la dépendance peut résulter d'une multitude de situations juridiques ou de fait qui ne se prêtent pas à une définition préalable plus détaillée ».

36. L'hypothèse d'infrastructures essentielles n'était pas invoquée dans cette affaire.

(voir aussi *infra*, même arrêt, sur l'absence d'entente verticale entre laboratoires et grossistes-répartiteurs et absence d'abus de position dominante) (cf. décision 05-D-72).

Rupture de relations commerciales

Dans l'**arrêt TLB du 15 mai 2007**, la cour a confirmé la décision de non-lieu rendue sur une saisine d'une société assurant le transport et la livraison de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, qui s'était plainte de la décision de trois de ses clients, fabricants de béton, de mettre fin à leurs relations commerciales avec elle, après qu'elle leur eût facturé des temps d'attente sur le site de fabrication du béton ou sur les chantiers. Cette décision était présentée par la plaignante comme résultant, notamment, d'une entente. Comme le Conseil, la cour n'a constaté aucune entente entre les entreprises mises en cause, relevant l'absence de parallélisme de comportement entre les trois bétonniers vis-à-vis de leurs sous-traitants transporteurs et le fait que la résiliation des contrats était intervenue à la suite de la facturation unilatérale de prestations par la plaignante (voir aussi *infra*, même arrêt, sur l'absence d'abus de position dominante collective ou de dépendance économique) (cf. décision 06-D-17).

Ententes sur les prix dans le cadre de cartels

Dans son **arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a entièrement confirmé la décision par laquelle le Conseil, appliquant pour la première fois la procédure de clémence prévue au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, avait sanctionné neuf entreprises du secteur de la fabrication des portes en bois pour des pratiques d'entente sur les prix. Les éléments apportés par la société dénonciatrice et ceux révélés par l'enquête, avaient permis d'établir l'existence de deux cartels nationaux : l'un concernant le marché des portes planes et isoplanes, appelé « C 5 » ou « *Club des cinq* » ; l'autre celui des portes laquées. L'une des requérantes contestait la valeur probante des éléments réunis à son encontre : la cour a adopté la démonstration du Conseil, confirmant que la participation de l'intéressée était bien établie par sa présence à plusieurs réunions du cartel au cours desquelles des grilles de prix avaient été élaborées, cette présence étant attestée par les déclarations concordantes des dirigeants des entreprises participantes ainsi que par un certain nombre de documents (notes, grilles de prix) qui avaient été saisis dans ses propres locaux. La cour a précisé à cet égard qu'il importait peu que la société en cause ne soit pas l'auteur des grilles litigieuses dès lors qu'il était avéré que ces documents reproduisaient les prix arrêtés par les membres du cartel au terme de leurs discussions. Elle a rappelé par ailleurs que « *la participation à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel suffit à caractériser une entente prohibée, sans qu'il soit nécessaire de démontrer les effets concrets de cette entente, lesquels sont pris en considération pour la détermination des sanctions* » (cf. décision 06-D-09).

Échanges d'informations ou concertations à l'occasion d'appels d'offres

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné plusieurs entreprises de BTP qui s'étaient

livrées à une entente complexe et continue, de 1991 à 1998, laquelle s'était traduite par une répartition du marché de la fourniture d'enrobés bitumineux, lors de la passation de divers marchés de travaux publics routiers en Seine-Maritime (cf. décision 05-D-69).

Dans l'**arrêt Entreprise Vendasi du 25 septembre 2007**, la cour a confirmé pour l'essentiel la décision de sanction concernant la reconstruction du stade de Furiani : trois entreprises avaient été mises en cause pour avoir, à l'occasion du marché public lancé par le district de Bastia, échangé des informations sur leurs prix préalablement au dépôt de leurs offres et s'être concertées afin que l'une d'elles – la société Vendasi – soit déclarée attributaire du marché au prix convenu, les deux autres déposant des offres de couverture. Deux entreprises sur les trois mises en cause avaient été sanctionnées, la troisième échappant à la sanction en raison de sa situation de liquidation judiciaire³⁷. Seule l'entreprise Vendasi avait formé un recours.

La cour a rejeté toutes les objections mettant en cause la valeur probante des indices retenus par le Conseil, estimant que le faisceau d'indices relevés démontrait la réalité des pratiques imputées à l'entreprise Vendasi. Le Conseil avait notamment retenu : la découverte de la proposition de prix d'une entreprise soumissionnaire dans le dossier de candidature de sa concurrente, en l'occurrence l'entreprise Vendasi ; la similitude des offres des entreprises dans leur présentation (cadre, intitulé, désignation des travaux, quantités...), y compris la mention « *fait à Bastia* » malencontreusement empruntée par l'une des sociétés basée à Querciolo à la société Vendasi basée, elle, à Bastia ; le caractère artificiel de la concurrence qui avait été opposé à Vendasi, les deux autres n'étant pas en capacité d'effectuer les travaux demandés ; le niveau élevé des offres par rapport à l'estimation du maître d'œuvre ; le caractère incomplet des offres déposées, en violation du règlement de l'appel d'offres, ce qui avait conduit le maître d'ouvrage à déclarer ce dernier infructueux et à lancer une nouvelle procédure d'appel à la concurrence, celle-là de marché négocié, deux mois plus tard, cette seconde procédure ayant présenté d'ailleurs les mêmes anomalies que la première (cf. décision 06-D-13).

Dans l'**arrêt ETF du 2 octobre 2007**, la cour a confirmé l'analyse suivie au fond par le Conseil dans la décision par laquelle avaient été sanctionnées plusieurs entreprises pour des échanges d'informations préalablement au dépôt de leurs offres à l'occasion de marchés de pose et d'entretien de voies de chemin de fer, une répartition de marchés et des offres de couverture. La cour a rejeté l'argumentation des requérantes qui soutenaient que la similitude entre leurs offres, apparemment concurrentes, s'expliquait par la constitution d'un groupement dont l'existence n'avait toutefois pas été portée spontanément à la connaissance du maître de l'ouvrage. La cour a estimé, au vu de multiples incohérences, notamment de dates, que la thèse du groupement paraissait avoir été inventée *a posteriori* pour répondre aux interrogations du maître de l'ouvrage. Elle a, par ailleurs, rejeté l'argumentation consistant à soutenir que le maître d'ouvrage ayant changé de stratégie et décidé de passer de la procédure du marché sur ordre à celle

³⁷. Le Conseil avait décidé en outre de transmettre le dossier au parquet et ordonné aux sociétés sanctionnées de faire publier un résumé de la décision dans *Le Figaro* et *Corse Matin*.

d'appel d'offres – alors qu'elles avaient déjà une connaissance approfondie des caractéristiques techniques et commerciales du marché soumis à l'appel d'offres pour avoir échangé des informations de façon tout à fait licite dans le cadre du marché sur ordre – les pratiques en cause ne pouvaient leur être reprochées. La cour a considéré que ces circonstances ne pouvaient justifier que les entreprises aient poursuivi leurs échanges alors qu'elles savaient que le marché serait soumis à appel d'offres, pour en décider l'attribution par avance entre elles, puis recourent pour y parvenir au procédé des offres de couverture : *« Il leur appartenait de proposer, dans le strict respect de la procédure de mise en concurrence à laquelle elles avaient accepté de se soumettre, l'offre la plus rationnelle économiquement, ce qu'elles ne prétendent pas avoir fait ou du moins ne proposent pas de démontrer concrètement alors que le prix finalement retenu était supérieur de 11,5 % »* à l'estimation du maître d'ouvrage (cf. décision 06-D-15).

Dans l'**arrêt SNC Eiffage Construction Languedoc du 23 octobre 2007**, la cour a rejeté le recours formé contre une décision de sanction prise à l'égard de trois entreprises qui s'étaient entendues à l'occasion d'un marché passé pour la construction d'un collège dans l'Hérault en s'échangeant des informations lors de la phase de consultation. La cour a confirmé l'existence du faisceau d'indices retenus par le Conseil, dont il avait déduit l'existence d'échanges d'informations intervenus entre les concurrents avant l'attribution du marché, et d'une entente à laquelle la requérante avait participé en déposant une offre de couverture. Ces indices résultaient, d'abord, de documents saisis qui montraient, par plusieurs aspects, l'antériorité des échanges par rapport à l'attribution du marché (en raison de leur aspect désordonné et raturé et des mentions manuscrites y figurant). Ces documents présentaient le caractère de documents de travail préparatoires à l'offre (et non – comme il était soutenu – de récapitulatifs de données recueillies postérieurement à l'attribution du marché). Ils mentionnaient une entreprise qui était désignée sous une abréviation correspondant à sa dénomination ancienne, antérieure au dépôt de son offre et faisaient apparaître des montants proches de ceux des offres réelles des entreprises mais pas totalement identiques (ce qui invalidait la thèse selon laquelle ces montants avaient été portés postérieurement à l'attribution du marché). Un autre indice résultait du niveau élevé des offres déposées par les soumissionnaires *« non gagnants »* par rapport à l'évaluation administrative (cf. décision 06-D-08).

Sur les ententes verticales

Dans les relations fournisseurs/distributeurs

┆ Restrictions de livraisons

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour, pour écarter, comme le Conseil, toute entente entre les laboratoires et les grossistes-exportateurs dans les pratiques de restrictions de livraisons dont se plaignaient certains grossistes-exportateurs, ayant consisté pour les exportateurs à accepter de continuer à passer des commandes pour des quantités réduites et ainsi marquer leur accord à la restriction qui leur était imposée, a rappelé que le seul fait pour un distributeur de restreindre ses commandes dans la limite

de quotas imposés par son fournisseur ne caractérise pas une entente entre ces entreprises lorsque, comme en l'espèce, cette situation résulte d'une décision, unilatérale, imposée par le fournisseur. La commande passée par le distributeur dans de telles conditions ne vaut pas acquiescement aux restrictions en cause. Au demeurant, en l'espèce, les multiples plaintes déposées par les exportateurs démontraient que ceux-ci n'avaient pas consenti aux pratiques des laboratoires. Le Conseil avait écarté également l'existence d'une entente entre les laboratoires et les grossistes-répartiteurs ayant abouti à une discrimination entre les exportateurs et les grossistes-répartiteurs, ces derniers ayant continué à être approvisionnés alors que des restrictions étaient imposées aux premiers : les deux catégories d'opérateurs interviennent, en effet, sur les marchés de gros de médicaments sous des régimes juridiques différents, ce qui pouvait justifier une différence de traitement, les grossistes-répartiteurs ayant de fortes contraintes liées à leurs obligations de service public, ce qui n'est pas le cas des exportateurs (voir aussi *infra*, même arrêt, sur l'absence d'abus de position dominante) (cf. décision 05-D-72).

J Entente sur les prix de revente aux consommateurs par la fixation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé (remises présentées faussement comme conditionnelles)

Dans l'**arrêt société SDO du 29 mai 2007**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné la société BVHE (Buena Vista Home Entertainment), distributeur exclusif des vidéocassettes Disney pour la France, le grossiste SDO (Selection Disc Organisation), ainsi que les distributeurs Casino et Carrefour, pour s'être entendus sur les prix de vente aux consommateurs. BVHE avait été l'instigatrice d'une entente verticale avec le grossiste SDO et les distributeurs Casino et Carrefour visant – par un ensemble de remises et de ristournes présentées faussement comme conditionnelles (c'est-à-dire, supposées non acquises au moment de la facturation), et qui n'étaient donc pas répercutées par les revendeurs lors de la fixation de leurs prix de détail – à fixer à un niveau artificiellement élevé le seuil de revente à perte, ce qui avait conduit à un alignement à la hausse des prix de détail des cassettes. Seuls Casino et SDO, qui – contrairement à BVHE et Carrefour – n'avaient pas transigé, avaient contesté la décision devant la cour d'appel.

La cour a estimé que le Conseil avait fait la démonstration de l'existence d'une entente verticale sur les prix de vente au détail entre BVHE et les requérantes, démonstration effectuée à partir d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants. La cour a constaté notamment que BVHE détaillait dans ses lettres de présentation des nouveautés à ses clients, à la fois le prix net HT et le prix net facturé TTC, le premier étant égal au prix tarif diminué de la remise de 5 % faite à tous les clients et de la « *sur-remise* » faite pour toutes les commandes passées dans un certain délai avant la sortie du film, le second constituant le seuil de revente à perte, lequel avait d'ailleurs été constaté par les enquêteurs dans les magasins et sur les catalogues. Par ailleurs, plusieurs documents saisis comportaient la mention d'un prix « *PVC* » (prix de vente consommateur) correspondant précisément au prix net majoré de la TVA. Des témoignages de responsables de magasins avaient, en outre, confirmé que le prix de revente au public

était indiqué et était appliqué car c'était « *la règle du jeu* » et qu'il s'agissait d'éviter « *une guerre des prix* ». Les relevés de prix mettaient d'ailleurs « *en lumière une homogénéité exemplaire des prix au détail* ». Enfin, un mécanisme de surveillance des prix avait été instauré auquel les requérantes avaient participé.

Sur la base de ces constatations, la cour a estimé que les requérantes ne pouvaient soutenir que les concordances relevées ou leur surveillance relevaient d'une simple veille concurrentielle, dès lors que les échanges consistaient en une vérification organisée suivie de pressions sur les récalcitrants. Elles ne pouvaient pas davantage soutenir que les similitudes constatées résultaient de leur seuil de revente à perte puisque celui-ci ne pouvait être strictement identique pour tous les points de vente, les rabais, ristournes ou remises étant, par principe, négociés individuellement entre distributeurs et éditeur. Par ailleurs, l'enquête avait démontré que ces seuils étaient artificiels du fait du caractère faussement conditionnel de certaines remises. Les distributeurs étaient assurés de les obtenir quels que soient le volume des ventes, l'objectif fixé ou le chiffre d'affaires réalisé, ces remises étant « *accordées de manière quasi systématique et sans réel contrôle du respect des objectifs commerciaux fixés* ». De même, le Conseil a écarté la thèse selon laquelle les remises étaient accordées dans le cadre d'une « *coopération commerciale* » prenant la forme de vidéos installées en tête de gondole (cf. décision 05-D-70).

┆ **Entente sur les prix de revente aux consommateurs par l'imposition de prix minimaux de revente aux consommateurs**

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a, pour l'essentiel, confirmé la décision par laquelle, sur la plainte d'un distributeur grenoblois, la société Advantage, le Conseil avait sanctionné les fabricants de produits électroniques grand public, Philips, Sony et Panasonic, pour avoir mis en place auprès de leurs distributeurs un système de prix de détail minimum imposés.

La cour s'est attachée à vérifier si étaient réunies les trois branches du faisceau d'indices sur lequel le Conseil avait fondé sa démonstration de l'accord de volontés entre chaque fabricant et ses distributeurs en vue d'appliquer des prix uniformes :

- « – invitation du fabricant à mettre en œuvre des tarifs conseillés, matérialisés par l'évocation de prix de détail entre ce fabricant et ses distributeurs ;
- acquiescement des distributeurs aux tarifs communiqués, matérialisé par leur application effective ou par la signature de contrats de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de communication du fabricant par le distributeur ;
- existence de mécanismes de contrôle conférant un caractère de stabilité à l'entente ».

À l'égard de Philips et de Sony, la cour a estimé que ces éléments étaient réunis. Philips avait diffusé oralement des prix conseillés lors de la mise sur le marché de ses produits, ce qui ressortait des déclarations de deux grossistes et d'un distributeur et aussi du fait que les relevés de prix montraient une « *concentration remarquable des prix* » sur des produits non encore commercialisés, ce qui ne pouvait s'expliquer que par la communication

directe par le fabricant des prix de revente aux distributeurs. En outre, Philips avait mis en place un mécanisme de contrôle des prix très efficace en faisant signer à ses distributeurs un contrat de coopération commerciale qui, « *sous couleur de s'assurer du respect de sa politique de communication* », lui permettait d'avoir accès aux documents publicitaires mentionnant les prix de revente, d'imposer aux distributeurs de respecter les prix conseillés et de dénoncer les déviants, le système ayant abouti d'ailleurs à ce que des pressions soient exercées, venant de représentants régionaux du fabricant ou même de la direction centrale. Enfin, les relevés effectués par le saisissant et les enquêteurs montraient « *une concentration remarquable des prix autour de ceux conseillés par le fabricant* », qui établissait une application généralisée des prix par les distributeurs, laquelle ne pouvait s'expliquer par un parallélisme spontané des comportements dès lors que les convergences étaient constatées pour des entreprises appartenant à des types de distribution distincts offrant des services variables à des coûts nécessairement très différents et qu'elles étaient corroborées par des déclarations de grossistes.

La démonstration du Conseil a été également validée à l'égard de Sony. S'agissant du standard de preuve requis, la cour a précisé que « *la démonstration, à l'égard d'un fabricant, d'une entente avec ses distributeurs n'exige pas que ces derniers soient identifiés ni que la participation individuelle de chacun d'eux soit établie avec précision lorsque, comme en l'espèce, est démontrée l'application généralisée, de leur part, des prix conseillés, expression de leur acquiescement à l'invitation du fournisseur [...]* ». Elle a confirmé par ailleurs l'existence des trois éléments de la démonstration : la communication de prix conseillés aux distributeurs (établie par différents documents et déclarations) ; la mise en place d'un mécanisme de contrôle (attestée par des démarches effectuées auprès de la saisissante quand elle avait commencé à pratiquer des réductions et par des déclarations de grossistes) et de mesures de rétorsions appliquées à la saisissante ; un alignement des prix ressortant des relevés pratiqués et traduisant leur application par l'ensemble des distributeurs.

Sur les relevés de prix, la cour a repris à son compte la motivation du Conseil qui avait souligné que si les relevés pouvaient à eux seuls asseoir une démonstration statistique de l'application généralisée des prix conseillés, faute d'un appareil statistique considérable et, compte tenu de l'importance du champ d'étude (vraisemblablement une centaine de milliers de relevés), ils suffiraient, à eux-seuls, à caractériser cet élément de l'entente et le dispenseraient de recourir à la preuve par un faisceau d'indices. En l'espèce, la cour a estimé que les convergences constatées suffisaient à caractériser une situation d'alignement et venaient conforter les déclarations des grossistes selon lesquelles les prix étaient appliqués par l'ensemble des distributeurs. Elle a rejeté le moyen selon lequel, en violation du contradictoire, les relevés de prix avaient été retenus alors que les distributeurs qui les contestaient n'avaient pas été entendus devant le Conseil, observant que le fournisseur avait eu « *tout loisir de faire valoir, devant le Conseil, ses propres contestations des éléments de preuve figurant au dossier* ».

La cour a estimé, en revanche, qu'à l'égard de Panasonic, l'entente n'était pas établie. Elle a admis qu'il y avait bien eu invitation par le fabricant à

appliquer des prix indiqués par la diffusion d'une liste de « prix de vente maximum conseillés ». À cet égard, elle a précisé que *« si la communication des prix de revente conseillés par le fabricant à un distributeur n'est pas illicite en soi, il y a en revanche entente sur ces prix lorsqu'il résulte des engagements de ce distributeur ou des comportements des parties – application par le distributeur des prix communiqués et mise en place, par le fabricant, de mécanismes de contrôle des prix pratiqués – que ces prix sont en réalité considérés par les parties comme imposés »* et elle a fait sienne l'analyse du Conseil selon laquelle *« l'évocation des prix avec le distributeur s'entend de tout procédé par lequel le fabricant fait connaître à ce distributeur les prix auxquels il souhaite que ses produits soient vendus au public, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu de négociation préalable »*. En revanche, la cour a estimé que l'existence d'un mécanisme de contrôle n'avait pas été établie, les déclarations lui paraissant trop imprécises à cet égard ou ne concernant pas Panasonic. Elle a jugé, par ailleurs, peu significatif l'alignement des prix relevé par le Conseil, eu égard notamment à des relevés contradictoires produits par Panasonic dont elle estime qu'ils ont été *« écartés péremptoirement par la décision »* (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a, en partie, annulé et réformé la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné treize sociétés exploitant des marques de parfums et de cosmétiques et trois de leurs distributeurs pour s'être entendus sur les prix de vente aux consommateurs. La cour a annulé la décision en ce qu'elle concernait le marché des cosmétiques (voir *supra* « Sur la procédure/étendue de la saisine du Conseil ») et l'un des fournisseurs (voir *infra* « Sur l'imputabilité ») et a substantiellement réduit le montant des sanctions à l'égard de l'ensemble des sociétés. Elle a toutefois largement confirmé les analyses du Conseil s'agissant de l'administration de la preuve des accords verticaux.

La cour a d'abord rappelé les principes généraux régissant le standard de la preuve d'une entente verticale.

Elle a confirmé que le Conseil pouvait recourir à des indices généraux visant indistinctement plusieurs fournisseurs, notamment pour décrire le marché pertinent, ces indices ne pouvant être retenus à l'encontre des entreprises que s'ils les citent précisément et sans ambiguïté : *« Le recours à des éléments de preuve généraux, qui concernent indistinctement de nombreuses sociétés, peut à bon droit être utilisé par le Conseil pour décrire le contexte et les conditions générales existant sur le marché pertinent ; [...] cependant, ces documents ne sauraient constituer des preuves à l'encontre des requérantes que dans la mesure où ils citent précisément et sans ambiguïté les entreprises ou les marques auteurs des pratiques dénoncées. »*

Elle a, par ailleurs, affirmé qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'accord de volontés de chaque distributeur pour rapporter la preuve d'un accord vertical sur les prix³⁸ : *« [...] le standard de la preuve en matière d'entente verticale, tel que défini aussi bien par le droit communautaire que le droit interne, n'exige pas la preuve individualisée d'une entente entre un fournisseur et la multitude de ses distributeurs, dès lors que la mise en place du*

38. Voir, en ce sens, *supra*, arrêt Philips France du 19 juin 2007.

système d'entente par le fournisseur peut être démontrée de manière claire et que l'accord de volonté des distributeurs peut être déduit du contexte dans lequel ces pratiques interviennent; [...] notamment, l'insertion de pratiques anticoncurrentielles dans un ensemble de relations commerciales continues, comme celles mises en place en l'espèce par le système de distribution sélective des fournisseurs, autorise le Conseil à retenir l'entente verticale à l'encontre de chaque fournisseur concerné, sans qu'il y ait besoin de rapporter la preuve individualisée d'un acquiescement de chacun de ses distributeurs aux pratiques dénoncées, dès lors que ces derniers ne sont pas sanctionnés [...] ». En l'espèce, le Conseil avait d'ailleurs retenu une entente des fournisseurs avec « la majorité » de leurs distributeurs, ce qui n'impliquait pas, a relevé la cour, l'existence d'un accord de l'ensemble de ces derniers à la politique de prix imposés.

La cour a écarté la critique qui était faite au Conseil d'avoir poursuivi et condamné seulement certains des distributeurs impliqués dans les pratiques incriminées. La cour a estimé, d'une part, que le Conseil n'avait « pas l'obligation de condamner toutes les parties aux ententes dénoncées » et, d'autre part, que les parties sanctionnées n'étaient pas recevables à discuter la décision en ce qu'elle ne sanctionnait pas d'autres entreprises, ce qui ne leur faisait pas grief.

La cour a encore précisé les contours des trois éléments du faisceau retenus comme critères de preuve de l'entente³⁹ :

- s'agissant de l'invitation du fournisseur à appliquer des prix conseillés, elle a confirmé⁴⁰ que « si la communication des prix de revente conseillés par le fournisseur à un distributeur n'est pas illicite en soi, il y a en revanche entente sur ces prix lorsqu'il résulte des engagements de ce distributeur ou des comportements des parties – application par le distributeur des prix communiqués et mise en place, par le fournisseur, de mécanismes de contrôle des prix pratiqués – que ces prix sont en réalité considérés par les parties comme imposés ». Elle fait sienne l'analyse du Conseil qui avait retenu que « l'évocation des prix avec le distributeur s'entend de tout procédé par lequel le fabricant fait connaître à ce distributeur les prix auxquels il souhaite que son produit soit vendu au consommateur, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu de négociation préalable » : dans ces circonstances, la cour a jugé que l'existence d'une police verticale des prix, impliquant fournisseurs et distributeurs, excluait une entente entre les seuls distributeurs et était incompatible avec un parallélisme spontané des comportements dès lors qu'elle était mise en place à l'initiative des fournisseurs;
- s'agissant de l'acquiescement des distributeurs, la cour a précisé que le critère retenu par le Conseil d'« application significative des prix imposés » devait être considéré comme l'équivalent du critère habituel de « constatation des prix effectivement pratiqués »;
- s'agissant des relevés de prix, la cour a approuvé le Conseil d'avoir écarté les remises effectuées en caisse de l'étude des prix effectivement

39. « Considérant que la preuve d'une entente sur les prix requiert de manière générale, tant en droit communautaire qu'en droit interne, que soient démontrés, d'une part, l'existence d'une invitation à l'accord émanant d'une des entreprises en cause et, d'autre part, l'acquiescement, même tacite, des autres parties à cette invitation. »

40. Voir, en ce sens, *supra*, arrêt Philips France du 19 juin 2007.

pratiqués : en effet, comme l'avait relevé le Conseil, « *la politique tarifaire d'un distributeur est définie par les prix affichés en magasins, nets des remises annoncées dans le point de vente, et ne saurait recouvrir les remises effectuées en caisse, qui relèvent certes de la politique commerciale générale de l'enseigne mais qui sont, à côté de la politique de prix du point de vente, une manière différente d'attirer et de fidéliser le client; que ces systèmes de remises, quand bien même ils seraient fondés sur des critères objectifs et non discriminatoires, n'en constituent pas moins des gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu [...]* ». Elle a toutefois relativisé la représentativité des relevés en jugeant que les relevés de prix ne présentaient pas, en l'espèce, « *toutes les caractéristiques suffisantes à une démonstration statistique du respect des prix imposés* » et ne pouvaient « *à eux seuls établir l'accord des distributeurs à l'entente* ». Ils pouvaient, cependant, « *constituer, avec d'autres éléments, une partie du faisceau d'indices "graves, précis et concordants" visant à déterminer le respect effectif par les distributeurs des prix conseillés* » devant donc être corroborés par d'autres moyens tels que « *document interne, lettre, télécopie, bon de commande ou autre* » qui démontrent clairement l'acquiescement des distributeurs à l'entente.

Dans son examen, société par société, de la démonstration du Conseil, la cour a mis cette analyse en pratique, ce qui l'a conduit à écarter ces relevés à l'égard de plusieurs sociétés⁴¹. La cour a trouvé néanmoins au dossier d'autres éléments – notamment des déclarations de distributeurs – qui, selon elle, établissaient, à eux seuls, l'acquiescement d'un nombre significatif de points de vente et suffisaient à rapporter la preuve de l'accord des distributeurs. Finalement, la cour n'a retenu les relevés de prix, à titre complémentaire, que de façon marginale, à l'égard d'un seul fournisseur⁴².

La cour a précisé que l'imposition de prix de revente constitue, tant en droit interne que communautaire, une restriction au libre jeu de la concurrence qui ne saurait être justifiée par les impératifs propres aux produits de luxe. Elle a encore rappelé qu'aux termes des textes tant communautaires⁴³ que nationaux, les obstacles volontaires à la libre fixation des prix sont considérés comme des restrictions *per se* pour lesquelles l'effet anticoncurrentiel peut être présumé, dès lors qu'elles ont bien eu comme objet d'empêcher artificiellement la baisse des prix (cf. décision 06-D-04).

┆ Distribution sélective (refus d'agrément de « pure players »)

Dans l'**arrêt société Bijourama du 16 octobre 2007**, la cour a rejeté le recours formé par la société Bijourama contre la décision par laquelle le Conseil, sur une saisine en mesures conservatoires de cette société, avait accepté des engagements de la société Festina qui lui avaient semblé de nature

41. « [...] à supposer que les relevés de prix analysés par le Conseil soient à eux seuls insuffisants pour démontrer l'accord des distributeurs de la société X, les éléments [du dossier] révèlent l'acquiescement des distributeurs à la politique mise en place par la requérante ».

42. « Le taux de respect calculé par le Conseil, 92 %, est très significatif ; [...] malgré la faible représentativité statistique de l'échantillon choisi par le Conseil, les relevés corroborent les éléments fournis par les procès-verbaux précités. »

43. Règlement CE n° 2790/99 relatif aux accords verticaux.

à répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par la plainte. Celle-ci portait sur le refus qui avait été opposé à la demande d'agrément de Bijourama, « *pure player* » vendant des produits d'horlogerie sur internet et souhaitant intégrer le réseau de distribution sélective des produits Festina. Festina s'était engagée à modifier et à compléter son contrat de distribution sélective afin d'y intégrer des stipulations concernant la vente sur internet, jusque-là totalement inexistantes dans son contrat, en indiquant clairement les conditions qu'elle posait pour la vente en ligne de ses produits, notamment la possession de magasins ouverts à la clientèle.

La cour a confirmé l'application au réseau de distribution sélective de Festina du règlement d'exemption CE 2790/1999 en retenant que la part de marché de Festina n'était pas supérieure à 30 %. Elle a également confirmé, à cet égard, que quel que soit le marché pertinent par nature de produits – montres de gamme économique, de gamme moyenne ou de plus haut de gamme – Festina ne détenait pas une part de marché supérieure à 30 % et a écarté, compte tenu du caractère national du marché, l'argumentation développée par la requérante, relative à un éventuel effet cumulatif des réseaux de distribution du groupe Festina dans l'ensemble de la communauté.

La cour a, par ailleurs, approuvé la position du Conseil d'accepter les engagements. Festina n'interdisait pas à ses distributeurs la vente sur internet mais la réservait à ceux qui disposaient d'un espace de vente physique : la cour a confirmé que, dans la mesure où elle était présente sur le segment des montres haut de gamme, Festina était fondée à imposer cette condition, dans l'intérêt même des consommateurs, pour maintenir une certaine image de qualité (notamment par un SAV efficace) et assurer la mise en valeur de ses produits. Elle a encore écarté l'argumentation de Bijourama qui se plaignait de discriminations à son égard, en invoquant les ventes consenties par Festina à un autre « *pure player* » : la cour a estimé, comme le Conseil, que ces ventes occasionnelles, très limitées dans le temps, s'adressant aux membres abonnés d'un club et concernant des fins de série, étaient distinctes de celles effectuées par Bijourama et par les autres distributeurs Festina. Enfin, la cour a constaté que Festina laissait contractuellement la possibilité aux distributeurs agréés de vendre les produits sur internet et par correspondance dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, que les conditions mises pour la vente sur internet – concernant en particulier la mise en valeur des marques sur les sites, le contrôle de la publicité et la fourniture d'informations aux clients – n'étaient pas de nature à entraver la vente en ligne et que c'était donc par une exacte appréciation que le Conseil avait estimé que les engagements mettaient fin aux préoccupations de concurrence identifiées (cf. décision 06-D-24).

Sur les pratiques d'abus de position dominante

Sur la position dominante et la position dominante collective

Dans l'**arrêt Gaches Chimie du 13 mars 2007**, la cour a annulé la décision de non-lieu rendue par le Conseil, sur une saisine de la société Gaches Chimie concernant le secteur de la distribution en gros des commodités chimiques. La saisissante avait dénoncé les pratiques d'abus de position dominante d'un concurrent, la société Brenntag, et plusieurs griefs avaient été notifiés

à celle-ci sur ce fondement, au titre de prix prédateurs, de prix discriminatoires et de la politique commerciale menée par la société mise en cause. Le Conseil avait estimé, au vu des éléments dont il disposait – notamment des chiffres d'affaires globaux des entreprises du secteur – que la position dominante de Brenntag n'était pas démontrée. Dans le cadre de son recours, la saisissante invoquait de nouveaux éléments de parts de marché tout en défendant une définition nationale du marché. La cour a estimé que le Conseil ne pouvait se fonder sur les chiffres d'affaires globaux des opérateurs du secteur pour apprécier la position détenue par Brenntag sur le marché défini comme celui de la distribution en gros des seules commodités chimiques et a décidé de renvoyer le dossier devant le Conseil pour instruction complémentaire (*cf.* décision 06-D-12).

Dans l'**arrêt TLB du 15 mai 2007**, la cour a confirmé la décision de non-lieu rendue sur une saisine d'une société assurant le transport et la livraison de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, qui s'était plainte de l'attitude de clients, fabricants de béton, auxquels elle avait facturé des temps d'attente sur le site de fabrication du béton ou sur les chantiers, et qui avaient alors décidé de mettre fin à leurs relations commerciales avec elle, cette décision étant présentée par la plaignante, notamment comme un abus de position dominante. La cour a constaté l'absence de position dominante pour chacun des trois bétonniers mis en cause, aucun n'ayant la possibilité de s'abstraire du comportement des deux autres. A été également confirmée l'absence de position dominante collective, faute de liens structurels entre les bétonniers mis en cause ou de lignes d'action commune sur le marché puisque l'on ne constatait pas de variations parallèles des prix de transport, ni de véritable stabilité des parts de marché de commercialisation du béton prêt à l'emploi sur les zones de commercialisation (voir *supra*, même arrêt, sur l'absence d'entente et *infra*, même arrêt, sur l'absence de dépendance économique et d'abus) (*cf.* décision 06-D-17).

Sur la dépendance économique

Dans le **même arrêt**, la cour a confirmé l'absence de dépendance économique alléguée par la plaignante (voir aussi *supra*, même arrêt, sur l'absence d'entente et *infra*, même arrêt, sur l'absence d'abus) (*cf.* décision 06-D-17).

Sur les abus

Les refus de vente

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir écarté tout abus de position dominante des laboratoires pharmaceutiques, à l'origine des restrictions de livraisons ou des refus de vente dont se plaignaient les grossistes-exportateurs. Le Conseil, citant la jurisprudence Bronner de la CJCE (26 novembre 1998, C-7/97), avait rappelé les conditions qui doivent être réunies pour qu'un refus de vente constitue un abus de position dominante au sens de l'article 81 du traité CE : le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence et ne doit pas être objectivement justifié ; le produit concerné doit être indispensable à l'activité des concurrents, faute de substitut réel ou potentiel. Par ailleurs, une entreprise, même dominante, a le droit de prendre les mesures raisonnables qu'elle estime

appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux, à condition que son comportement soit proportionné à la menace et ne vise pas à renforcer une position dominante ou à en abuser (CJCE, *United Brands*, 14 février 1978, 22/76), de sorte que l'appréciation du comportement de l'entreprise mise en cause doit tenir compte du contexte économique et réglementaire de l'affaire. La cour a donc fait sienne l'analyse du Conseil, jugeant « *au vu de la situation particulière qui prévaut en France, qu'il n'est pas abusif pour un laboratoire de défendre ses intérêts commerciaux en refusant de livrer ses produits à un prix administré à un opérateur qui ne vend aucun produit sur le marché national pour lequel la réglementation du prix a été élaborée et qui ne recherche ce produit qu'à la condition que le prix fixé par les pouvoirs publics en vue d'un usage sur le territoire national lui permette de le revendre sur un marché étranger avec profit* ». La cour a approuvé également le Conseil d'avoir estimé qu'il ne pouvait – sous peine de figer les parts de marché des opérateurs ou d'obliger les laboratoires à vendre sans limite, et, ce faisant, d'enfreindre le droit de la concurrence – imposer aux laboratoires des quotas arrêtés arbitrairement pour l'avenir, les laboratoires n'encourant pas, *a priori*, la même critique en limitant leurs livraisons par référence aux ventes nationales prévues (*cf.* décision 05-D-72).

La cessation des relations commerciales

Dans l'**arrêt TLB du 15 mai 2007**, la cour a confirmé la décision de non-lieu rendue sur une saisine d'une société assurant le transport et la livraison de béton prêt à l'emploi dans l'Oise, qui avait dénoncé la décision de trois de ses clients, fabricants de béton, de mettre fin à leurs relations commerciales avec elle, après qu'elle leur eût facturé des temps d'attente sur le site de fabrication du béton ou sur les chantiers. Cette décision était présentée par la plaignante, notamment, comme une exploitation abusive par ces entreprises de leur puissance économique. La cour a constaté que l'abus allégué – un prétendu non-respect de dispositions légales et réglementaires concernant les tarifs des transports par les entreprises mises en cause – ne relevait pas de la compétence du Conseil (voir aussi *supra*, même arrêt, sur l'absence d'entente et de position dominante) (*cf.* décision 06-D-17).

Les prix imposés

Dans l'**arrêt société SDO du 29 mai 2007**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné la société BVHE (Buena Vista Home Entertainment), distributeur exclusif des vidéocassettes Disney pour la France, le grossiste SDO (Selection Disc Organisation), ainsi que les distributeurs Casino et Carrefour, pour s'être entendus sur les prix de vente aux consommateurs. BVHE avait été l'instigatrice d'une entente verticale avec le grossiste SDO et les distributeurs Casino et Carrefour visant, par un ensemble de remises et de ristournes présentées faussement comme conditionnelles, à fixer à un niveau artificiellement élevé le seuil de revente à perte, ce qui avait conduit à un alignement à la hausse des prix de détail des cassettes. La cour a, par ailleurs, approuvé l'abandon par le Conseil de la qualification d'abus de position dominante que la société Casino souhaitait voir retenue à l'encontre de l'éditeur BVHE, en soutenant que celui-ci avait utilisé sa position pour imposer ses conditions lors des négociations commerciales. La cour a observé que Casino, qui

n'était pas plaignante, n'était donc pas recevable à contester la décision à ce titre et a estimé, en outre, que l'existence d'une entente entre Casino et BVHE étant avérée, la qualification invoquée ne pouvait être retenue⁴⁴ (cf. décision 05-D-70).

Sur l'imputabilité des pratiques

Voir **arrêt Le Foll du 30 janvier 2007** pour l'imputation à la société absorbante des pratiques mises en œuvre par les sociétés absorbées.

Dans l'**arrêt société SDO du 29 mai 2007**, la cour a rejeté l'argumentation de la société Casino qui soutenait que devait répondre des pratiques d'entente sur les prix de vente incriminées le GIE auquel elle appartenait avec la société Carrefour : elle faisait valoir que ce GIE constituait une structure autonome par la mission qui lui avait été confiée par ses membres, par son financement assuré par des fonds propres et par son fonctionnement indépendant. La cour a estimé que les statuts du GIE démentaient les assertions de Casino et qu'il en ressortait que « *le GIE ne disposait pas d'une autonomie suffisante vis-à-vis des entreprises qui le composaient et que, en tout état de cause, il n'avait ni pour mission ni pour compétence de fixer les prix des produits dans les rayons des enseignes affiliées* » (cf. décision 05-D-70).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a jugé que devait être mise hors de cause la société Pacific Création Parfums. Cette société, qui s'était vue imputer les griefs concernant la marque Lolita Lempicka, faisait valoir que seule devait en répondre la société Parfums Lolita Lempicka en tant qu'entité autonome chargée de la commercialisation de la marque au moment des faits. Le Conseil avait retenu une absence d'autonomie entre les deux sociétés, la première ayant répondu à une demande de renseignements concernant la seconde. La cour a retenu une solution contraire en se basant sur un certain nombre d'éléments (sièges distincts, commercialisation de parfums différents, documents portant l'en-tête et l'adresse de Parfums Lolita Lempicka...) desquels il ressortait, selon elle, que le Conseil n'avait pas démontré en quoi Pacific Création Parfums pouvait, à l'époque, déterminer la politique de Parfums Lolita Lempicka. La cour a jugé qu'au moment des faits, les deux sociétés étaient parfaitement autonomes – même si elles avaient un actionnariat et un dirigeant communs et qu'elles avaient ultérieurement perdu leur autonomie – de sorte qu'on ne pouvait imputer les faits à Pacific Création Parfums (cf. décision 06-D-04).

Dans l'**arrêt SNC Eiffage Construction Languedoc du 23 octobre 2007**, pour rejeter l'argumentation de la requérante qui contestait, au nom notamment du principe de la personnalité des peines, l'imputabilité, à l'entreprise absorbante, des pratiques commises par la société absorbée, la cour a rappelé que « *les pratiques anticoncurrentielles sont imputées à une entreprise*

⁴⁴ La cour semble ainsi exclure la possibilité de retenir une double qualification pour les mêmes faits, contrairement à ce qu'elle avait admis dans l'arrêt du 4 avril 2006, société Georges Truffaut, concernant le secteur des croquettes pour chiens : la cour y avait confirmé l'analyse du Conseil qui avait estimé que les pratiques de restriction de clientèle et d'imposition de prix de vente aux grossistes-distributeurs étaient, chacune, constitutives à la fois d'une entente et d'un abus de position dominante.

indépendamment de son statut juridique et sans considération de la personne qui l'exploite » et que le principe évoqué par la requérante ne faisait pas obstacle à ce qu'une sanction pécuniaire soit prononcée contre l'entreprise absorbante pour des faits commis par l'entreprise absorbée, dès lors que la première assure la continuité économique et fonctionnelle de la seconde (cf. décision 06-D-08).

Sur l'application du droit communautaire

Dans l'**arrêt Pharmalab du 23 janvier 2007**, la cour a estimé qu'il ne pouvait être reproché au Conseil d'avoir rendu une décision de non-lieu sur le fondement des articles 81 et 82 du traité CE et, également, L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce alors que l'instruction n'avait porté que sur l'application du droit communautaire. En effet, le Conseil, qui avait retenu que le droit national s'appliquait à des pratiques commises en France et dont l'examen s'appuyait sur des éléments recueillis sur le territoire national, n'était tenu de procéder à aucune autre recherche particulière sur ce fondement, la primauté du droit communautaire imposant d'appliquer les mêmes principes et, partant, conduisant aux mêmes conclusions (cf. décision 05-D-72).

Dans l'**arrêt Bijourama du 16 octobre 2007**, la cour, qui a entièrement confirmé la décision par laquelle le Conseil avait accepté les engagements de la société Festina, de nature à répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par la plainte de la société Bijourama, a confirmé l'affectation du commerce intracommunautaire en l'espèce : *« Les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales sont tenues, chaque fois qu'elles appliquent leur droit national à des ententes, d'appliquer également des articles 81 et 82 du traité CE, dès lors que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ; que l'affectation du commerce peut n'être que potentielle, et est indépendante de la notion de marché en cause, un accord vertical couvrant un seul État membre pouvant affecter le commerce entre plusieurs États membres ; qu'en l'espèce, sont en cause les conditions dans lesquelles les membres du réseau de Festina France peuvent vendre sur internet les montres fournies par cette société, et la question de savoir si des vendeurs « pure players » comme Bijourama sont en droit d'effectuer de telles ventes ; que du fait de l'importance du réseau de distribution de Festina France, de sa répartition sur l'ensemble du territoire, y compris dans les zones frontalières, et de la vocation de l'ensemble de ses distributeurs à vendre sur internet, qui par nature est ouvert au commerce transfrontalier, les questions soulevées sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire et relèvent donc de l'application du droit communautaire de la concurrence »* (cf. décision 06-D-24).

Sur les mesures conservatoires

Dans un **arrêt du 6 février 2007 (SNCM)**, la cour a déclaré irrecevable le recours formé par la Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) contre la décision par laquelle le Conseil avait prononcé à son encontre des mesures conservatoires. Celles-ci lui enjoignaient, notamment, de présenter, dans

le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée par l'Office des transports de Corse au nom de la collectivité territoriale de Corse, pour l'attribution de la desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille, une offre divisible, ligne par ligne, de nature à permettre à la collectivité de comparer les différentes offres en concurrence sur leurs mérites propres. La SNCM, en position de domination sur le marché, était la seule à pouvoir déposer, dans les délais très brefs impartis, une offre portant sur l'ensemble des lignes concernées et l'offre à la fois globale et indivisible qu'elle avait présentée devait conduire la collectivité à la choisir au détriment des concurrents. Quelques jours après la décision rendue par le Conseil, le Conseil d'État, statuant au contentieux, avait annulé purement et simplement la procédure de passation de la délégation de service public et enjoint à la collectivité territoriale de Corse de reprendre cette procédure, après avoir constaté, notamment, que l'offre proposée par la SNCM – en ce qu'elle se présentait comme une offre indivisible et trop imprécise – ne répondait pas aux prescriptions du règlement particulier de l'appel d'offres. La cour a estimé que l'arrêt du Conseil d'État avait eu pour effet d'annuler les offres présentées jusqu'alors par les candidats, dont celle de la SNCM, qui n'avait donc plus d'existence au jour du recours exercé par cette dernière, ce qui avait pour effet de rendre son recours sans objet et, partant, irrecevable.

Pour statuer ainsi, la cour a estimé qu'elle devait apprécier les effets des mesures conservatoires en se plaçant à la date à laquelle elle statuait et non pas à celle de la décision attaquée⁴⁵ (cf. décision 06-MC-03).

Dans l'**arrêt KalibraXE du 26 juin 2007**, la cour a rejeté le recours formé par la société KalibraXE contre la décision au terme de laquelle, sur une saisine de cette société, le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre d'EDF, celles-ci ayant été toutefois différentes de celles qui avaient été demandées. La société KalibraXE, qui exerce une activité de fourniture complémentaire d'électricité aux consommateurs éligibles (*i.e.* aux professionnels achetant de l'électricité sur le marché libre pour un usage non domestique), avait dénoncé l'introduction dans les contrats d'EDF, de clauses réservant à cette dernière l'exclusivité de la consommation de ses clients : il s'agissait soit de clauses d'exclusivité totale, soit d'engagements de consommation minimum portant sur une partie de la consommation anticipée des clients, soit encore de clauses prévoyant l'application d'un « *tunnel de consommation* », soit d'un d'engagement de consommation épousant au plus près la courbe de la consommation du client. KalibraXE faisait valoir en outre que cette pratique contractuelle serait aggravée par la possibilité prévue par le législateur d'autoriser temporairement, à compter du 1^{er} juillet 2007, les clients à revenir au tarif réglementé (TarTAM), dans la mesure où EDF aurait ainsi l'opportunité de réviser ses contrats de fourniture en cours pour y introduire des engagements d'exclusivité. KalibraXE avait par conséquent demandé au Conseil d'enjoindre à EDF, non seulement

⁴⁵. Dans un précédent arrêt du 29 juin 2004 (Neuf Télécom) – cassé partiellement par un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 2005 – rendu en matière de mesures conservatoires, concernant le secteur de la télévision par ADSL, la cour avait choisi d'annuler l'une des mesures provisoires prononcées par le Conseil dans la décision 04-MC-01, estimant qu'elle était devenue sans objet.

de ne plus inclure de clauses d'exclusivité dans ses contrats, mais aussi de suspendre l'effet des clauses existantes dans les contrats en cours.

Le Conseil avait estimé que les pratiques dénoncées nécessitaient une instruction au fond – afin notamment de déterminer si l'équilibre des contrats proposés par EDF permettait de rétrocéder au consommateur une juste part de l'avantage économique découlant pour le fournisseur de l'exclusivité – et qu'elles apparaissaient d'ores et déjà susceptibles de constituer un abus de position dominante, justifiant le prononcé de mesures conservatoires. Pour autant, il n'avait pas fait droit à la demande de la saisissante dans la mesure où n'étaient démontrés ni l'atteinte grave aux intérêts de la saisissante, ni le lien de causalité entre l'atteinte alléguée et les faits dénoncés. Pour prévenir une atteinte à l'économie du secteur et aux consommateurs, il avait enjoint à EDF, d'une part, de modifier ses conditions générales de vente en définissant des règles applicables à la résiliation anticipée du contrat de fourniture, précisant clairement les modalités de la résiliation, le délai de préavis, le calcul de l'indemnité de résiliation et d'autre part, d'informer sa clientèle de l'absence de pénalité encourue à l'échéance normale du contrat. Non satisfaite par le prononcé de ces mesures, KalibraXE, tout en demandant la confirmation des mesures prononcées, maintenait ses demandes initiales devant la cour d'appel.

Ces prétentions ont été rejetées. Alors qu'il était soutenu qu'en application de la jurisprudence Hoffmann-La Roche, les pratiques relatives aux clauses d'exclusivité dénoncées étaient condamnables *per se*, venant d'une entreprise en position dominante, la cour a rappelé « *qu'à ce stade de la procédure, [elle] n'avait à se prononcer que sur la nécessité de prendre, en cours d'instruction, des mesures conservatoires et sur leur pertinence au regard [de l'article L. 464-1 du Code de commerce]* ». Elle a approuvé l'analyse selon laquelle l'opacité des conditions de résiliation anticipée, notamment quant à l'indemnité éventuellement due, ajoutée à la présence de clauses d'exclusivité dans un nombre significatif de contrats, étaient susceptibles de faire obstacle à la résiliation des contrats et d'entraîner une atteinte grave à l'exercice de la concurrence, les pratiques émanant d'un opérateur en position dominante sur le marché. Elle a estimé par ailleurs que l'urgence était suffisamment caractérisée eu égard à l'échéance du 1^{er} juillet 2007 prévue pour l'ouverture de la totalité du marché à la concurrence et, qu'en conséquence, le Conseil avait justement retenu « *une présomption d'atteinte grave et immédiate au secteur, à l'intérêt des consommateurs et à l'économie générale* ». Les mesures prononcées, enjoignant à EDF l'introduction de clauses permettant aux clients de connaître avec précision les conditions dans lesquelles ils pourraient résilier leurs contrats, lui ont paru propres à remédier à la situation.

La cour a, par ailleurs, confirmé l'absence de démonstration, d'une part, de l'atteinte grave et immédiate portée aux intérêts de KalibraXE, sa perte de chiffre d'affaires alléguée ne ressortant que d'hypothèses prévisionnelles et étant contredite par une augmentation sensible de son activité depuis 2006, et, d'autre part, du lien de causalité entre la perte prétendue et les clauses dénoncées (les clients « *potentiels perdus* » ayant déclaré être en négociation avec KalibraXE ou non intéressés par son offre pour des raisons propres à leur entreprise mais pas du fait des contraintes posées par

EDF). En conséquence, la cour a estimé que les mesures provisoires demandées n'étaient pas justifiées (cf. décision **07-MC-01**).

Dans l'**arrêt France Télécom du 13 juillet 2007**, la cour a déclaré sans objet le recours formé par la société France Télécom contre la décision par laquelle, sur une saisine de la société Solutel, le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de l'opérateur historique, destinées à mettre fin à diverses pratiques d'éviction (dénigrement, barrières tarifaires, pressions exercées et rétorsions sur la clientèle) sur le marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques. La veille du jour où la décision devait être rendue, les parties avaient signé une transaction et Solutel s'était désistée de l'intégralité de ses demandes. Le Conseil avait néanmoins rendu sa décision, considérant que ce désistement était intervenu trop tardivement pour qu'il puisse en tenir compte s'agissant de la demande de mesures conservatoires. Devant la cour, France Télécom demandait, à titre principal, l'annulation de la décision en faisant valoir, notamment, que les services d'instruction et le Conseil avaient, au mépris de ses droits, indûment abandonné la procédure d'engagements qui avait été envisagée à un moment de l'instruction : France Télécom avait, de fait, été invitée à formuler des engagements auxquels finalement elle n'avait pas été donné suite. Sans répondre à cette argumentation, la cour a décidé, en raison du désistement intervenu, de déclarer le recours sans objet après avoir estimé que les mesures prononcées étaient dénuées de portée générale, n'ayant été prises que dans l'intérêt de Solutel (cf. décision **07-MC-03**).

332

Dans un **arrêt société TDF du 24 août 2007**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision dans laquelle avaient été prononcées – à la demande de TowerCast, filiale du groupe NRJ et unique concurrent de TDF sur le marché de la diffusion hertzienne de radios FM – des mesures conservatoires à l'encontre de TDF. La saisine dénonçait diverses pratiques d'éviction : il s'agissait, d'une part, de manœuvres dilatoires à l'occasion de l'appel d'offres lancé par la mairie de Paris pour le renouvellement de la convention d'occupation du site de diffusion de la tour Eiffel, et d'autre part, d'un effet de ciseau tarifaire dans l'offre de gros d'hébergement sur ce site que TDF avait finalement proposée mais qui empêchait TowerCast de faire aux radios des offres de détail compétitives pour la diffusion de leurs fréquences. Ces pratiques intervenant à la veille de la délivrance par le CSA de nouvelles autorisations d'usage de fréquences à destination des radios privées, le Conseil avait estimé qu'elles portaient une atteinte grave et immédiate à l'ouverture du secteur à la concurrence et avait enjoint à TDF, d'une part, de proposer une nouvelle offre de gros d'hébergement exempté d'effet de ciseau tarifaire dans un délai inférieur à un mois et, d'autre part, de limiter à un an la durée des contrats que la société s'appropriait à signer avec les radios privées FM pour la diffusion de leurs programmes depuis la tour Eiffel.

La cour a confirmé les deux mesures prononcées par le Conseil en écartant, notamment, le reproche d'imprécision qui était fait à la décision, s'agissant du niveau des coûts à prendre en compte pour définir la nouvelle offre d'hébergement enjointe : la cour a relevé notamment que la décision rappelait la définition jurisprudentielle du ciseau tarifaire et énumérait les différents types de coûts devant être supportés par un diffuseur alternatif pour

diffuser depuis la tour Eiffel. Elle a estimé, par ailleurs, que TDF ne justifiait pas de l'impossibilité dans laquelle elle se serait trouvée d'accueillir l'ensemble des radios si on l'obligeait à renouveler ses contrats pour un an seulement, impossibilité qu'elle n'avait d'ailleurs pas invoquée au cours de la procédure devant le Conseil. TDF soutenait également que l'injonction était imprécise quant à ses modalités d'exécution, la décision prescrivant à TDF de proposer son offre directement à TowerCast alors qu'un communiqué de presse indiquait que l'offre devait être soumise au Conseil : la cour a précisé que seule la décision était applicable, le communiqué étant sans incidence sur ce point (cf. décision **07-MC-05**).

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

Ententes horizontales lors de marchés publics

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir rappelé que 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. En l'espèce, les pratiques concertées entre les entreprises avaient visé non seulement à la répartition de l'ensemble des lots des marchés du département et de l'État dans le secteur de la construction de routes en Seine-Maritime, mais également à leur assurer des prix supérieurs à ceux qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence. Les sanctions prononcées par le Conseil ont été confirmées (cf. décision 05-D-69).

Dans l'**arrêt Entreprise Vendasi du 25 septembre 2007**, la cour a confirmé la particulière gravité des pratiques d'entente entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics « *puisque seul le respect des règles de concurrence garantit la sincérité de l'appel d'offres et l'utilisation optimale des fonds publics* » (cf. décision 06-D-13).

Dans l'**arrêt SNC Eiffage Construction Languedoc du 23 octobre 2007**, la cour a confirmé le montant de la sanction infligée à la requérante pour des pratiques d'échanges d'informations lors de la phase de consultation d'un marché passé pour la construction d'un collège dans l'Hérault. Elle a estimé que le Conseil avait justement tenu compte de la gravité des pratiques « *de nature à faire échec à la sincérité des appels d'offres et à la bonne utilisation des fonds publics* » (cf. décision 06-D-08).

Ententes horizontales sur les prix

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a entièrement confirmé les sanctions prononcées par le Conseil, qui avait mis en œuvre pour la première fois la procédure de clémence prévue au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, à l'encontre d'entreprises du secteur de la fabrication de portes en bois, pour des pratiques d'ententes sur les prix. Elle a approuvé le Conseil d'avoir estimé que la gravité des pratiques résultait de la nature même de l'entente, s'agissant de la fixation de prix minima entre concurrents, de l'implication des principaux opérateurs du secteur concerné, de l'importance du marché affecté (300 millions d'euros) et de

la durée des pratiques qui s'étaient étalées sur trois ans. Le Conseil avait cependant tenu compte du fait que l'entente avait eu un impact assez faible eu égard à l'indiscipline de ses membres et à l'absence de mesure de représailles (cf. décision 06-D-09).

Ententes verticales sur les prix

Dans l'**arrêt société SDO du 29 mai 2007**, la cour a estimé que les pratiques reprochées – détournement de la législation sur la prohibition de la revente à perte, ayant eu pour objet ou pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence en favorisant artificiellement leur hausse – étaient « *par nature particulièrement graves* » : « *les ententes qui ont pour objet ou pour effet, comme en l'espèce, d'empêcher le libre jeu de la concurrence par l'interdiction mise, de fait, à la fixation des prix par les règles du marché et par leur maintien artificiel à la hausse au détriment des consommateurs sont gravement préjudiciables au marché* » (cf. décision 05-D-70).

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de deux fabricants de produits électroniques grand public – Sony et Philips – pour la mise en place, auprès de leurs distributeurs, d'un système de prix de détail minimums imposés. Elle a estimé que la décision avait retenu à juste titre la gravité de ces ententes, au regard notamment de la large place consacrée par les consommateurs à l'acquisition des produits concernés et de l'envergure internationale des groupes en cause dont les comportements étaient ainsi susceptibles de constituer des modèles : « *C'est à juste titre que la décision [a retenu] la gravité de ces ententes, qui ont privé le public de la possibilité d'acquérir les appareils [...] aux prix plus avantageux qui auraient résulté d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution, alors que les consommateurs consacrent une large place de leurs revenus à l'acquisition de ces produits, et qui ont été mises en œuvre par des groupes d'envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles de constituer des modèles dans le secteur, les deux grossistes entendus décrivant du reste ces pratiques comme généralisées [...]* » (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, même si elle a baissé très substantiellement les sanctions qui avaient été prononcées par le Conseil (cf. *infra* « *Sur l'individualisation de la sanction* » : l'appréciation globale de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie), la cour a rappelé la gravité particulière des ententes verticale sur les prix, « *restrictions caractérisées* » selon le règlement CE 2790/99 : « [...] *les pratiques condamnées constituent une entente verticale sur les prix; [...] même si les accords verticaux présentent en général un caractère de moindre gravité par rapport aux pratiques horizontales, la fixation de prix de revente au consommateur appartient, ainsi que le Conseil l'a relevé à bon droit, à la catégorie des "restrictions caractérisées" énumérées par le règlement n° 2790/99 de la Commission européenne; [...] sans atteindre l'ampleur de certains cartels ou restrictions horizontales de concurrence, elles sont donc particulièrement graves* » (cf. décision 06-D-04).

Dans l'**arrêt Carrefour du 20 novembre 2007**, la cour a rejeté le recours formé, après cassation, par la société Carrefour contre la décision au terme de

laquelle le Conseil l'avait sanctionnée, en 2003, à hauteur de 2 108 000 euros, pour des pratiques d'entente sur les prix dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, dans lesquelles étaient également impliqués deux autres distributeurs ainsi que deux fournisseurs. Carrefour avait été sanctionnée – comme les autres distributeurs – pour avoir activement adhéré à la pratique de prix imposés minimaux qui avait été mise en œuvre par les fournisseurs Texas Instrument et Noblet, distributeur exclusif en France de la marque Casio. Ces derniers avaient octroyé à leurs distributeurs – dont Carrefour – des ristournes présentées faussement comme conditionnelles, qui n'étaient donc pas répercutées sur les prix de revente, et qui permettaient de fixer un seuil artificiellement élevé de revente à perte.

La cour d'appel avait confirmé la décision du Conseil⁴⁶ mais elle avait été censurée partiellement par la Cour de cassation qui avait jugé⁴⁷ que son arrêt n'était pas assez motivé en ce qui concernait la sanction infligée à Carrefour.⁴⁸

Dans ce nouvel arrêt, la cour a finalement confirmé la sanction prononcée contre Carrefour. Carrefour reprochait à la sanction du Conseil de n'être pas suffisamment individualisée, de n'être proportionnée ni à la gravité réelle des faits (s'agissant d'une entente verticale d'une gravité relative), ni au dommage à l'économie (l'entente n'ayant engendré qu'une faible hausse des prix), ni à son implication dans les faits incriminés (Carrefour prétendant n'avoir joué qu'un rôle passif dans une entente verticale). Enfin, Carrefour se plaignait d'une inégalité de traitement eu égard aux amendes prononcées contre les fournisseurs.

La cour a approuvé le Conseil d'avoir estimé que ces pratiques, qui avaient consisté à supprimer ou du moins à restreindre la concurrence intramarche par les prix, « *soit l'un des facteurs les plus importants de la concurrence, sont de celles qui doivent être qualifiées de particulièrement graves* », surtout, a rajouté la cour, lorsque, comme en l'espèce, elles sont mises en œuvre par les deux opérateurs majeurs du secteur, détenant à l'époque des faits, environ 90 % du marché et que la demande est « *atomisée, vulnérable et captive* », s'agissant d'un marché de préconisation. S'agissant plus particulièrement du rôle des distributeurs, la cour a relevé – comme le Conseil – qu'il s'agissait d'« *opérateurs de la grande distribution, revendiquant une politique de prix agressive et prétendant pratiquer des ventes à prix coûtant [...] en période de rentrée des classes* » et que Carrefour était, à l'époque des faits, le client le plus important des deux fournisseurs, « *cette circonstance à elle seule appelant le prononcé d'une sanction dissuasive* ». La cour a encore souligné que l'importance du chiffre d'affaires réalisé par Carrefour avec chacun des fournisseurs (plus de 20 millions de francs) montrait qu'elle disposait d'un « *pouvoir de négociation significatif* » qui lui aurait permis, si elle l'avait voulu, de refuser les prix préconisés (cf. décision 03-D-45).

46. Arrêt CA du 21 septembre 2004.

47. Arrêt CC du 22 novembre 2005.

48. Pour le reste, les analyses adoptées précédemment par le Conseil et la CA avaient été avérées, notamment, la mise en œuvre de la procédure de transaction, dont cette affaire avait permis la première application.

Sur le dommage à l'économie

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait estimé le dommage à l'économie en considération, notamment, de la durée des pratiques d'entente, qui s'étaient étalées sur au moins huit ans et des prix qu'elles avaient générés, nettement supérieurs à ceux résultant du libre jeu de la concurrence, observant, en outre, que le fait, pour des entreprises, d'être désignées titulaires de ces marchés avait induit en leur faveur un avantage concurrentiel pour l'obtention d'autres marchés (cf. décision 05-D-69).

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour, pour confirmer les sanctions prononcées par le Conseil dans la décision 06-D-09, a approuvé le Conseil d'avoir considéré que, si le dommage à l'économie était limité dans la mesure où les grilles de prix définies en commun avaient été en définitive peu appliquées, ce dommage était néanmoins caractérisé dans la mesure où l'entente – qui portait aussi bien sur le marché des portes standard que sur celui des portes techniques et sur des gammes multiples et variées de produits commercialisés par l'ensemble des sociétés mises en cause – avait nécessairement eu une incidence sur le niveau des prix effectivement pratiqués. Par ailleurs, un système de contrôle des prix « *souple* » avait été mis en place, assuré par les commerciaux des sociétés participantes, permettant de faire pression sur les récalcitrants, même si les litiges avaient été réglés à l'amiable sans susciter de mesures de rétorsion. En outre, l'entente avait contribué à une stabilisation des prix pendant plusieurs années. La cour a retenu enfin que l'entente avait perduré pendant seize ans (à l'exception d'une interruption de quatre ans), jugeant que cette seule durée attestait de son « *utilité* » pour ses participants « *et, partant, de ses effets anticoncurrentiels concrets* » (cf. décision 06-D-09).

Dans l'**arrêt société SDO du 29 mai 2007**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir pris en compte, pour déterminer le montant des sanctions, la taille du marché concerné, la part des vidéocassettes Disney dans cet ensemble et celle de chacun des distributeurs impliqués dans les ventes de BVHE, distributeur exclusif pour la France, l'évolution des prix au cours de la période concernée – qui avait montré que les vidéocassettes Disney avaient connu une baisse nettement inférieure aux autres – l'importance de la part du marché de détail affecté, et le fait que les sociétés impliquées étaient des enseignes ayant une politique de prix agressive, ce qui rendait les pratiques « *d'autant plus dommageables* » (cf. décision 05-D-70).

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait pris en compte la durée des pratiques d'entente portant sur les prix de détail minimum imposés, la taille du marché concerné, la place prépondérante occupée par les deux fabricants sanctionnés (Sony et Philips) eu égard à leurs parts de marché sur les produits électroniques grand public. Elle a adopté le raisonnement du Conseil selon lequel une hausse des prix de 1 à 2 % sur les produits engendrait une atteinte au surplus du consommateur de 22 à 44 millions d'euros en relevant que le Conseil n'avait pas l'obligation de chiffrer précisément le dommage à l'économie, « *mais [celle] de déterminer l'ordre de grandeur de ce dernier afin d'en tenir compte dans la fixation proportionnelle de la sanction, [...] sans*

avoir à préciser la part imputable à chaque entreprise impliquée ». La cour a relevé, en outre, que « *plus les parts de marché cumulées des opérateurs concernés sont importantes, ce qui est le cas en l'espèce s'agissant de fabricants majeurs sur ce secteur, plus l'uniformisation des prix constatés favorise une coordination des comportements entre fournisseurs sur un niveau de prix élevé* ». Elle a relevé également que, malgré la spécificité du secteur – qui veut que les prix diminuent constamment – une baisse significative n'avait été constatée que tardivement en l'espèce. Elle a considéré enfin que les effets restrictifs de concurrence engendrés par les pratiques excédaient manifestement ce qui était nécessaire à l'obtention de gains d'efficacité, notamment ceux tendant à éviter les comportements parasites, à assurer la qualité de la distribution et à préserver l'image de marque des produits (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a rappelé que le Conseil n'avait pas à chiffrer précisément le dommage à l'économie, mais seulement à en évaluer l'importance : « *Le dommage à l'économie s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques anti-concurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels et structurels de ces pratiques.* » Si la cour, en écartant le secteur des cosmétiques, a jugé que l'étendue du marché affecté par les pratiques était moindre que celle retenue par le Conseil, elle a en revanche estimé que ce dernier avait tenu compte avec raison de la durée et des éléments d'ordre économique lui permettant d'apprécier l'impact des pratiques et leurs effets néfastes pour les consommateurs, s'agissant notamment des surcoûts payés par ces derniers. Elle a toutefois considéré, comme pour la gravité des pratiques, qu'en l'espèce, le Conseil n'avait pas suffisamment individualisé l'appréciation de ce critère (cf. *infra* « *Sur l'individualisation de la sanction* ») (cf. décision 06-D-04).

Dans l'**arrêt Entreprise Vendasi du 25 septembre 2007**, la cour a approuvé la méthode utilisée par le Conseil pour évaluer le dommage à l'économie, en rappelant que celui-ci « *ne se limite pas au préjudice subi par le maître de l'ouvrage mais tient aussi à la valeur d'exemple de telles pratiques, ressenties comme banales par les acteurs du secteur, a fortiori dans les conditions d'insularité qui sont celles de cette affaire* ». La cour a néanmoins réformé la décision en réduisant la sanction prononcée contre la société en cause. Elle a jugé, en effet, que le Conseil avait surestimé le préjudice subi par le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire le surcoût que la collectivité publique avait dû accepter de payer, dans un contexte d'urgence et de pressions lié aux attentes de l'opinion publique quant au sort du club de football de Bastia. Le Conseil avait calculé ce préjudice en faisant la différence entre le montant du marché, tel que finalement attribué, et le montant estimé par l'expert du maître de l'ouvrage dans une hypothèse de conditions normales d'exécution des travaux, estimant que la concertation entre les entreprises était seule à l'origine des conditions difficiles dans lesquelles le marché avait été exécuté. Pour la cour, l'estimation de l'expert tenait compte des conditions particulières du marché – indépendantes de l'échec de la première procédure dû à la concertation frauduleuse – conditions liées à la durée limitée d'exécution des travaux, à la période d'exécution des travaux en haute saison (qui avait eu une incidence sur le transport des matériaux

et la disponibilité de la main-d'œuvre) et enfin à la nécessité de recourir à une sous-traitance coûteuse, notamment en frais de transport. En considération de ces éléments, et malgré le rôle majeur joué par la société dans les pratiques, souligné expressément dans l'arrêt⁴⁹, la cour a ramené la sanction de 680 000 € à 470 000 € (cf. décision 06-D-13).

Dans l'**arrêt SNC Eiffage Construction Languedoc du 23 octobre 2007**, pour confirmer la sanction prononcée à l'encontre de la requérante pour des pratiques d'échanges d'informations lors de la phase de consultation d'un marché passé pour la construction d'un collège dans l'Hérault, la cour a estimé que le dommage à l'économie ne pouvait être inexistant dès lors que « *ces pratiques d'entente, du seul fait de leur existence, avaient faussé le jeu de la concurrence sur un marché public de 39,13 millions de francs, soit près de 6 millions d'euros, en altérant l'indépendance des offres, en faussant le niveau des prix qui ne sont plus le reflet du marché [...] et en constituant une tromperie sur la réalité même de la concurrence* » (cf. décision 06-D-08).

Dans l'**arrêt Carrefour du 20 novembre 2007**, la cour, statuant après cassation, a confirmé la sanction prononcée contre la société Carrefour pour des pratiques d'entente sur les prix dans le secteur des calculatrices à usage scolaire (cf. *supra* « *Sur la gravité des pratiques* »). Carrefour avait été sanctionnée – comme d'autres distributeurs – pour avoir activement adhéré à la pratique de prix imposés minimaux mise en œuvre par les fournisseurs Texas Instrument et Noblet. Ces derniers avaient octroyé aux distributeurs des ristournes présentées faussement comme conditionnelles, qui n'étaient donc pas répercutées sur les prix de revente, et qui permettaient de fixer artificiellement un seuil élevé de revente à perte.

La cour a approuvé le Conseil d'avoir procédé à une appréciation globale du dommage à l'économie, pour l'ensemble des pratiques, « *au regard de l'action cumulée de tous les participants aux pratiques en cause et sans identifier la part imputable à chaque entreprise prise séparément* » dès lors qu'on était « *en présence d'agissements prohibés combinant leurs effets simultanément* ». La cour a estimé que la convergence à la hausse des prix constatée résultait exclusivement des ententes verticales mises en place par les deux fournisseurs, même si la concertation horizontale entre les deux fournisseurs en duopole avait joué un rôle puisqu'elle avait empêché la concurrence intermarque, et que cette hausse des prix s'était avérée importante (de plus de 13 % pour les calculettes à usage scolaire, produits affectés par l'entente alors que d'autres types de calculettes avaient connu une baisse). Enfin, le rôle de Carrefour n'avait pas été purement passif, contrairement à ce qui était soutenu, dès lors que le distributeur avait appliqué délibérément les prix préconisés, les relevant même après un rappel à l'ordre de Texas Instrument, et qu'il s'était abstenu de répercuter les ristournes arrières, qu'il savait être inconditionnelles (cf. décision 03-D-45).

49. « [...] la société Vendasi qui, exploitant le contexte particulier de ce marché pour aggraver une situation d'urgence néfaste à la concurrence, a rendu le district captif tout au long de la procédure d'appel d'offres puis de marché négocié afin de pousser les prix à la hausse... ».

Sur la situation des entreprises

Dans l'**arrêt Le Foll du 30 janvier 2007**, la cour, qui a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil, a estimé que celles-ci étaient proportionnées à la situation des entreprises au regard, notamment, « *de leur comportement et de leurs facultés contributives* » (cf. décision 05-D-69).

Dans l'**arrêt Philips France du 19 juin 2007**, la cour a estimé que le Conseil avait fait une exacte appréciation du principe de proportionnalité en tenant compte de la situation particulière des requérantes, notamment de leur comportement personnel dans l'entente incriminée (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour, qui a baissé très substantiellement les sanctions qui avaient été prononcées par le Conseil, a estimé, comme pour la gravité des faits et le dommage à l'économie (cf. *infra* « *Sur l'individualisation de la sanction* »), que le Conseil n'avait pas développé suffisamment l'appréciation de ce critère, ce qui devait entraîner la réformation de la sanction à ce titre également (cf. décision 06-D-04).

Sur l'individualisation de la sanction

L'appréciation individuelle de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour, qui a baissé très substantiellement les sanctions prononcées par le Conseil, a estimé que l'appréciation par celui-ci du critère de gravité n'avait pas été suffisamment précise, et qu'il convenait de déterminer la gravité des faits individuellement commis par chaque entreprise, au regard de la durée ou de l'intensité des pratiques, variables selon les sociétés mises en cause : « *Chaque entreprise est condamnée [...] pour sa participation à une entente spécifique ; que chaque entente est fondée sur un ensemble de pratiques anticoncurrentielles semblables par leur nature mais non par leur durée ou leur intensité ; qu'il convenait de déterminer la gravité des faits individuellement commis par chaque entreprise concernée ; qu'il ne ressort pas de la décision que le Conseil se soit livré à une appréciation suffisamment précise de ce critère ; qu'en conséquence, la décision doit être réformée sur ce point.* » La même analyse a été adoptée pour le dommage à l'économie, l'appréciation de l'importance de ce dernier étant néanmoins avalisée : « *Chaque société étant poursuivie pour sa participation à une entente spécifique, dès lors, même sans avoir à préciser la part imputable à chaque entreprise impliquée dans le dommage à l'économie, il convient de tenir compte des effets avérés de ces pratiques sur le marché concerné* » (cf. décision 06-D-04⁵⁰).

Voir aussi *supra* « *Sur le dommage à l'économie* », **arrêt Carrefour du 20 novembre 2007**.

⁵⁰. En cela, la cour semble se démarquer de sa propre jurisprudence selon laquelle (voir, arrêt SADE du 25 avril 2006), le Conseil est fondé, pour déterminer le montant des sanctions, à procéder à une appréciation globale de la gravité des pratiques et du dommage à l'économie dès lors qu'il tient compte, de manière individualisée, de la participation de chaque entreprise à la commission des faits et de son chiffre d'affaires propre.

L'application de pourcentages de chiffre d'affaires

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour, qui a baissé très substantiellement les sanctions qui avaient été prononcées par le Conseil, a admis la critique des requérantes qui reprochaient au Conseil de leur avoir infligé indifféremment une sanction équivalente à 1,7 % de leur chiffre d'affaires. Elle a estimé qu'« *au regard de la gravité intrinsèque des pratiques d'entente sur les prix, du dommage à l'économie et de la situation globale des entreprises condamnées, que le Conseil a pu raisonnablement infliger des sanctions sur la base du chiffre d'affaires telles que susvisées; que toutefois, [...] celles-ci doivent être modulées individuellement en fonction des pratiques réellement commises par chacune des requérantes; qu'ainsi, le montant de la sanction infligée par le Conseil pour les quatre années sera réduit si les pratiques ne sont pas avérées sur l'ensemble de la période; qu'il y aura lieu également de tenir compte de la gravité des faits commis, de l'importance des effets structurels et conjoncturels de l'entente prise individuellement et de la situation propre de la société sur le marché* » (cf. décision 06-D-04).

Sur la proportionnalité de la sanction

Dans l'**arrêt ETF du 2 octobre 2007**, la cour a validé l'analyse du Conseil sur la gravité des pratiques d'entente mises en œuvre dans le cadre de marchés lancés par la SNCF pour la pose et l'entretien de voies de chemin de fer, le dommage à l'économie – limité – qui en était résulté, et la situation des entreprises impliquées. Elle a eu toutefois une appréciation différente quant au montant des sanctions prononcées qui lui sont apparues excessives tant au regard de ces éléments que de la situation actuelle de l'une des requérantes dont les résultats récents avaient été amputés par la suite de revers et de la dimension modeste du marché considéré. Elle a en conséquence réformé la décision en diminuant les sanctions infligées aux deux requérantes (cf. décision 06-D-15).

Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure

« *L'ancienneté des faits et la durée de la procédure ne constituent pas un moyen de réduction de la sanction* » (**Le Foll, 30 janvier 2007**) (en ce sens, CA de Paris, 7 mars 2006, Inéo, et 15 juin 1999, Solatrag).

Dans l'**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**, la cour a estimé que la durée de la procédure, qui, « *quoique longue* », restait « *dans les limites raisonnables du temps nécessaire pour étudier et analyser l'ensemble des pièces portées au dossier* », ne justifiait pas qu'un chiffre d'affaires autre que celui réalisé au cours du dernier exercice clos, tel que prévu par l'article L. 464-2 alinéa 4 (dans sa rédaction antérieure à la loi NRE), soit pris en compte pour déterminer le montant des sanctions pécuniaires (cf. décision 06-D-04).

Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération

La cour d'appel a rappelé à plusieurs reprises le principe (voir notamment Cour de cassation, 23 avril 2003, Interflora/CA de Paris, 14 janvier 2003, SA

Bouygues ; 18 mars 2003, société L'Amy ; 7 mars 2006, société Inéo ; 26 septembre 2006, Hôtel Le Bristol) selon lequel les sanctions doivent être calculées par référence au chiffre d'affaires global, hors taxes, toutes activités confondues, tel que mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise, et non par rapport à celui de la seule activité concernée par les pratiques incriminées (**JH Industrie, 24 avril 2007 ; SDO, 29 mai 2007 ; Philips France, 19 juin 2007**).

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a repoussé le moyen par lequel il était soutenu que le chiffre d'affaires à prendre en compte aurait dû être celui réalisé au cours d'un des exercices correspondant à la période de mise en œuvre des pratiques : en se fondant sur le chiffre d'affaires le plus élevé réalisé au cours de la période allant de l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été commises jusqu'au dernier exercice clos à la date à laquelle il s'était prononcé, le Conseil avait fait une exacte application du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce (cf. décision 06-D-09).

Dans l'**arrêt SNC Eiffage Construction du 23 octobre 2007**, la cour a rappelé que l'assiette de la sanction est le chiffre d'affaires de la société absorbante au jour où le Conseil statue (cf. décision 06-D-08).

Voir aussi *supra* « Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure » (**arrêt Guerlain du 26 juin 2007**).

Sur l'absence de discrimination entre les sanctions prononcées dans une même affaire

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a précisé qu'« une partie sanctionnée, qui ne peut revendiquer que la prise en compte des principes et critères mentionnés par l'article L. 464-2, alinéa 2, du Code de commerce, n'est pas recevable à contester sa condamnation au prétexte d'une appréciation, selon elle discriminatoire de la part du Conseil de la concurrence, de la sanction infligée à une autre entreprise également poursuivie » (cf. décision 06-D-09) (voir dans le même sens, Cour de cassation, 23 avril 2003, Interflora).

Voir aussi, dans le même sens, l'**arrêt Carrefour du 20 novembre 2007** : « Les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce commandent seulement de vérifier que la sanction prononcée répond au principe de proportionnalité selon les critères qu'il énumère, ce qui est le cas en l'espèce, sans qu'il y ait lieu de comparer l'application qui en a été faite à d'autres entreprises également sanctionnées ou de se référer aux Lignes directrices [...] que la CE a publiées pour son seul usage. »

Sur la demande du commissaire du Gouvernement

Dans l'**arrêt JH Industrie du 24 avril 2007**, la cour a rappelé que le Conseil n'est pas tenu par les propositions de sanction formulées par le représentant du ministre en séance, qui ne sont qu'indicatives (en ce sens, CA de Paris, 4 juillet 2006, FranceTélécom) (cf. décision 06-D-09).

1 Jurisprudence de la Cour de cassation

Sur la procédure

L'étendue des opérations de visite et de saisie

Arrêt de rejet et de cassation partielle, société Veolia Transport, 9 octobre 2007

La Cour a confirmé l'analyse de la cour d'appel et du Conseil qui avaient estimé que les opérations de visite et de saisies avaient pu valablement porter sur des pièces relatives à d'autres marchés locaux que ceux qui étaient expressément mentionnés dans l'ordonnance du juge. La Cour a estimé que, contrairement à ce qui était soutenu, il n'y avait pas eu détournement de procédure dès lors que l'ordonnance décrivait des pratiques d'entente commises par des entreprises dont l'implantation nationale leur avait permis d'obtenir des marchés dans des communes situées sur l'ensemble du territoire national et qu'au-delà des villes nommément désignées par l'ordonnance, c'était bien l'ensemble du marché du transport urbain de personnes susceptible d'être concerné par les pratiques qui était visé par l'ordonnance juridictionnelle. Les marchés énumérés dans l'ordonnance du juge n'étaient pas mentionnés de façon exhaustive, mais comme des illustrations de la pratique dont la preuve était recherchée dans un secteur déterminé⁵¹ (cf. décision 05-D-38).

342

La compétence d'attribution du Conseil

Arrêt de rejet, société Les Oliviers, 6 février 2007

La Cour a rappelé que « *si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative* »⁵². La Cour a ainsi confirmé qu'il n'entrait pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence de connaître de la gestion, par un centre communal d'action sociale, de résidences de personnes âgées, question mettant directement en cause l'organisation et le fonctionnement du service public de l'hébergement des personnes âgées. Le Conseil n'était pas davantage compétent pour apprécier la décision d'allouer à ce centre

51. La cour d'appel avait aussi approuvé le Conseil d'avoir estimé que des pièces relatives à des marchés non visés dans l'autorisation judiciaire (les marchés de transport « interurbains » et scolaires), si elles ne pouvaient être utilisées pour fonder des griefs, avaient pu être valablement saisies et pouvaient servir à faire la preuve des pratiques concernant le marché du transport 'urbain' visé dans l'ordonnance, puisqu'elles concernaient des marchés étroitement liés à celui visé par l'ordonnance et qu'elles se rapportaient aux pratiques en cause.

52. Jurisprudence « *Aéroports de Paris* » du Tribunal des conflits (18 octobre 1999).

une subvention, qui relevait des prérogatives de puissance publique de la commune, et de la fixation du prix de journée des établissements par le président du Conseil général (cf. décision 05-D-05).

┆ **Arrêt de rejet, Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, 20 février 2007**

La Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait, pour l'essentiel⁵³, confirmé la décision de sanction prise à l'encontre du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes et du conseil départemental du Puy-de-Dôme de cet ordre, lesquels avaient tenté, au moyen de lettres-circulaires adressées aux maisons de retraite, d'empêcher une prothésiste de proposer des prestations de nettoyage et d'entretien de prothèses dentaires aux personnes âgées résidant dans ces établissements. La Cour a ainsi confirmé la compétence du Conseil pour connaître de ces pratiques dans la mesure où les deux instances ordinales s'étaient livrées « *à une interprétation de la législation applicable à leur activité en prenant position sur un point de technique médicale sous une forme qui ne pouvait en aucun cas être considérée comme un simple avis* », de sorte que l'envoi et la diffusion de ces courriers n'étaient « *pas susceptibles de se rattacher à l'exercice de prérogatives de puissance publique dans le cadre de l'accomplissement de la mission de service public* » confiée à ces ordres professionnels qui étaient « *sortis de leur mission et [...] corrélativement entrés dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce* » (cf. décision 05-D-43).

┆ **Arrêt de rejet, Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF), 20 novembre 2007**

La Cour a confirmé la compétence du Conseil pour connaître des pratiques mises en œuvre par le Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF), ayant consisté à abuser de sa position dominante sur le marché de la fourniture de l'eau potable en Île-de-France en intervenant pour empêcher la conclusion d'un contrat de fourniture d'eau entre l'un de ses principaux clients et son concurrent, la SAGEP. Le SEDIF faisait valoir que ses interventions s'inscrivaient dans le cadre d'une mission de service public mise en œuvre au moyen de prérogatives de puissance publique dans la mesure où il avait un monopole de droit pour l'approvisionnement en eau de ses adhérents qu'il avait légitimement cherché à protéger. La Cour a estimé que les courriers adressés par le président du SEDIF résultaient « *d'une initiative autonome prise par le SEDIF en tant qu'agent économique* » et que celui-ci ne justifiait pas de l'existence d'un monopole de droit pour l'approvisionnement en eau des communes adhérentes (cf. décision 05-D-58).

⁵³. La sanction prononcée contre l'une des parties en cause (le Conseil départemental de l'Ordre) avait été simplement réduite.

La prescription

L'effet interruptif des voies de recours exercées par les entreprises contre les ordonnances autorisant ou validant les opérations de visite et de saisie

Arrêt de rejet, société Demathieu et Bard, 6 mars 2007

La Cour a jugé, dans un considérant de principe, que « *les opérations de visite et de saisie constituent des actes de recherche et de constatation de faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées; que ces actes, y compris les voies de recours exercées à l'encontre des décisions les autorisant ou rejetant les requêtes tendant à leur annulation*⁵⁴, interrompent la prescription des faits dont le Conseil est saisi ». En conséquence, la Cour a confirmé que les arrêts rendus par la Cour de cassation qui avaient déclaré irrecevables ou rejeté les pourvois formés contre les ordonnances du juge autorisant puis validant les actes d'enquête, avaient bien interrompu la prescription, même si ces pourvois n'étaient pas suspensifs.

La Cour a rappelé également 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* » (cf. décision 05-D-19).

L'effet interruptif de la convocation pour audition adressée par le rapporteur à une entreprise

Arrêt de cassation, société DBS, 6 novembre 2007

La Cour a cassé en toutes ses dispositions l'arrêt par lequel la cour d'appel avait annulé⁵⁵ la décision prise par le Conseil de sanctionner une entente de répartition dans le cadre de marchés de travaux concernant le Parlement de Strasbourg. La cour d'appel avait jugé qu'une convocation pour audition adressée par le rapporteur à une entreprise, alors que l'acquisition de la prescription était imminente, n'avait pas interrompu la prescription. La cour avait estimé, en effet, que dans la mesure où le rapporteur avait pu, malgré la carence de l'entreprise, lui notifier des griefs, c'est qu'il disposait de tous les éléments nécessaires à la continuation de son instruction, de sorte que sa convocation n'avait visé qu'à prolonger artificiellement le délai de prescription.

Cette analyse a été censurée par la Haute Juridiction, qui avait été saisie par le ministre. La Cour a rappelé « *que le rapporteur [...] dispose, en application de l'article L. 450-1 du Code de commerce, du pouvoir de procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du livre IV dudit code* ». Pour la Cour, « *il en résulte qu'une convocation pour audition adressée par ce rapporteur au représentant de l'une des entreprises mises en cause, qui tend à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés dans la saisine du Conseil [...], est un acte interruptif de prescription* ». Dès lors, la cour d'appel ne pouvait, sans violer l'article

⁵⁴. Autrement dit, les voies de recours exercées à l'encontre des ordonnances autorisant les opérations de visite et de saisie ou rejetant les requêtes tendant à l'annulation de ces opérations.

⁵⁵. Arrêt du 23 mai 2006, société DBS.

L. 462-7 du Code de commerce⁵⁶, décider que la convocation adressée à une société « *afin de recueillir des éléments d'information utiles à l'examen du dossier* » n'avait pas eu pour finalité de rechercher, de constater ou de sanctionner les faits mais seulement de prolonger artificiellement le délai de prescription.

C'est donc à un contrôle très formel que la cour d'appel se trouve réduite alors qu'elle avait revendiqué dans son arrêt le pouvoir de vérifier très concrètement le caractère interruptif de prescription des actes d'instruction⁵⁷. La Cour de cassation s'est ainsi démarquée nettement de la jurisprudence communautaire invoquée par les parties – l'arrêt CMA CGM du Tribunal de première instance des Communautés européennes (19 mars 2003) – et a réaffirmé implicitement le principe d'autonomie procédurale qu'elle avait rappelé à propos de la procédure de mesures conservatoires dans un arrêt Pharmed du 14 décembre 2004⁵⁸ (cf. décision 05-D-51).

L'absence d'effet interruptif de la réponse adressée par une entreprise mise en cause à une demande de renseignements du rapporteur

Arrêt de rejet, société Unidoc, 6 novembre 2007

La Cour a jugé que la réponse adressée par une entreprise mise en cause, à une demande écrite de renseignements émanant du rapporteur ne constituait pas un acte interruptif de prescription au sens de l'article L. 462-7 du Code de commerce. Elle a donc rejeté le pourvoi que le ministre avait formé contre l'arrêt de la cour d'appel⁵⁹ qui avait constaté l'acquisition de la prescription dans un dossier concernant des marchés de signalisation routière en Picardie et Nord-Pas-de-Calais⁶⁰ (cf. décision 05-D-67).

56. « *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.* »

57. « [...] *considérant que si, effectivement, une convocation constitue un acte de nature à interrompre la prescription, il convient toutefois de rechercher, sauf à conférer à ce principe une portée purement formelle n'ayant d'autre conséquence que de priver systématiquement de toute efficacité le principe de la prescription, la finalité d'un tel acte ; qu'une telle recherche qui procède du pouvoir, par essence, conféré à une juridiction d'apprécier l'application d'une règle de droit à l'espèce qui lui est soumise, n'est pas de nature à porter atteinte, contrairement aux observations formulées par le Conseil, au principe d'autonomie procédurale de l'autorité nationale de concurrence.* »

58. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel, au visa de l'article 10 du traité CE et de l'article L. 470-6 du Code de commerce, en se référant au principe de l'autonomie des procédures nationale et communautaire et en jugeant que les ANC 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.* » 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.* »

59. Arrêt du 4 juillet 2006, société Unidoc.

60. Les juridictions de contrôle ont toutefois jugé, dans l'affaire de la « *Route des estuaires* » (décision 05-D-19), que les voies de recours exercées à l'encontre des décisions autorisant les opérations de visite et de saisies ou rejetant les requêtes tendant à leur annulation, interrompaient la prescription des faits dont le Conseil était saisi (CA de Paris, 7 mars 2006, société Inéo et Cour de cassation, 6 mars 2007, société Demathieu et Bard).

Le défaut de publicité des séances du Conseil de la concurrence

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

Confirmant une jurisprudence ancienne, la Cour a estimé que « *c'est sans méconnaître les dispositions [de l'article 6 § 1 de la CEDH] que l'arrêt [de la cour d'appel] retient que le fait que les débats devant le Conseil ne sont pas publics en application de l'article L. 463-7 du Code de commerce, ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors que les décisions prises par le Conseil subissent a posteriori le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* » (en ce sens, Cour de cassation, 28 juin 2005, Novartis Pharma ; CA de Paris, 30 mars 2004, Novartis Pharma ; 15 novembre 2005, TPS ; 12 décembre 2006, Bouygues Télécom) (cf. décision 05-D-65).

La présomption d'innocence et le secret de l'instruction

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a écarté les moyens tirés de la violation de la présomption d'innocence et du secret de l'instruction qui, selon les sociétés de téléphonie mobile mises en cause, aurait découlé de la publication, au cours de l'instruction, d'articles de presse faisant état d'éléments du rapport d'enquête et les présentant, avant jugement, comme coupables d'entente : la Cour a jugé que la cour d'appel avait souverainement estimé qu'aucune preuve n'était rapportée quant à l'origine de ces « *fuites* », et donc d'une violation du secret de l'instruction par des personnes tenues au secret professionnel (cf. décision 05-D-65).

La violation du secret du délibéré

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

Dans le même arrêt, la Cour a écarté également le moyen tiré de la violation du secret du délibéré qui aurait résulté, selon les parties, de la divulgation par la presse des condamnations à intervenir la veille de la communication officielle du Conseil faisant état de sa décision : la Cour a estimé que la cour d'appel avait souverainement estimé que les articles de presse, qui mentionnaient des montants approximatifs des sanctions susceptibles d'être prononcées, présentant un caractère hypothétique et approximatif, ne permettaient pas d'établir une divulgation d'informations issues du délibéré du Conseil (cf. décision 05-D-65).

L'absence de signature de la notification de griefs

Arrêt de rejet, société Demathieu et Bard, 6 mars 2007

La Cour a approuvé la cour d'appel d'avoir écarté le moyen relatif à l'absence de signature de la notification de griefs dès lors qu'il n'existait aucune ambiguïté sur son auteur dont le nom était expressément indiqué en page de couverture. Ainsi, l'identité de cet auteur avait pu être vérifiée. Par ailleurs, l'omission de la signature prévue par la loi du 12 avril 2000

relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration n'est pas de nature à justifier l'annulation de la notification de griefs (en ce sens, notamment, Cour de cassation, 28 janvier 2003 société Domoservices maintenance ; 26 novembre 2003, société TF1 / cour d'appel de Paris, 17 juin 2003, SNR Roulements ; 30 mars 2004 société Novartis Pharma) (cf. décision 05-D-19).

La précision des griefs

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a rejeté le moyen par lequel il était prétendu que l'imprécision du grief de gel de parts de marché qui avait été notifié aux trois opérateurs de téléphonie mobile n'aurait pas permis de savoir s'il visait une entente fondée sur un accord de volontés ou sur une pratique concertée, laquelle, selon l'un des requérants, « *s'analyse comme une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'un accord, substitue sciemment une coopération pratique entre les entreprises aux risques de la concurrence* ». La Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait justement relevé qu'il résultait clairement de la notification de griefs que le rapporteur avait visé des pratiques anticoncurrentielles de concertation entre les trois entreprises, pratiques dont la démonstration reposait notamment sur des documents faisant référence à un « *pacte* » (cf. décision 05-D-65).

Le principe du contradictoire et les droits de la défense

Délais pour répondre

Arrêt de rejet, Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, 20 février 2007

La Cour a estimé que le rejet par le Conseil de mémoires déposés par les parties, après le délai légal de deux mois, censés répondre aux observations écrites du commissaire du Gouvernement à la notification de griefs, ne les avait pas empêchées de disposer d'un temps suffisant pour préparer et présenter leur défense en séance (cf. décision 05-D-43).

Abandon de griefs au stade du rapport

Arrêt de rejet, société Sade, 6 novembre 2007

La Cour a précisé la portée, au regard du principe du contradictoire, des dispositions de l'ancien article 36 alinéa 2 du décret du 30 avril 2002 (devenu l'article R. 463-11 alinéa 2 du Code de commerce) qui prévoient que « *le rapport soumet à la décision du Conseil [...] une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés [...]* ». Elle a confirmé que le Conseil pouvait examiner et sanctionner des griefs abandonnés au stade du rapport sans pour autant avoir à rouvrir les débats afin de permettre aux entreprises de s'expliquer une nouvelle fois sur ces griefs, les entreprises ayant objecté qu'elles avaient été privées de la procédure contradictoire en deux temps leur permettant de s'exprimer par écrit après la notification de griefs, puis après le rapport : « *[...] ayant relevé qu'un débat contradictoire avait été*

offert aux parties, dès la notification de griefs, sur l'ensemble des faits et que les sociétés avaient ainsi pu présenter leurs observations sur les griefs notifiés, puis sur le rapport établi en réponse, et exactement énoncé que le rapport soumet à la décision du Conseil une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés, c'est sans violer le principe de la contradiction, que la cour d'appel a décidé que le Conseil n'était pas tenu de rouvrir les débats sur les griefs dont le rapporteur proposait l'abandon » (cf. décision 05-D-26).

Élément non mentionné dans la notification de griefs ou le rapport mais retenu par le Conseil

Arrêt de rejet, société Sade, 6 novembre 2007

La Cour a précisé que le Conseil peut, sans avoir à rouvrir les débats, fonder sa décision sur un élément – en l'occurrence une déclaration – qui n'était pas mentionné dans la notification de griefs ou dans le rapport dès lors que cet élément était annexé à la notification de griefs : *« Ayant constaté que les déclarations de M. X... figuraient en annexe de la notification de griefs, la cour d'appel a justement retenu que le Conseil pouvait fonder sa décision sur ces déclarations, qui avaient été soumises au contradictoire »* (cf. décision 05-D-26).

Arrêt de rejet société France Télécom, 23 octobre 2007

La Cour a écarté l'argumentation par laquelle il était reproché au Conseil et à la cour d'appel d'avoir retenu, contrairement à l'analyse du rapporteur, une infraction unique continue de refus d'accès couvrant toute la période incriminée (du 9 novembre 1999 au 15 novembre 2002), alors que, selon France Télécom, une partie des faits – le ciseau tarifaire généré par l'offre lancée en décembre 2000 – constituait une pratique distincte d'octroi d'accès dans des conditions restrictives injustifiées et ne pouvait donc être considérée comme la poursuite du refus opposé à Neuf Télécom, tel qu'il avait été dénoncé dans la saisine au fond. La Cour a estimé que ne constituait pas une requalification des pratiques, le fait, pour le Conseil, d'avoir sanctionné une seule infraction unique continue au lieu des deux pratiques distinctes qui avaient été retenues par le rapporteur. La Cour a relevé que si deux griefs d'abus avaient bien été notifiés à FranceTélécom⁶¹, la notification de griefs n'avait pas fait de la pratique de ciseau tarifaire, finalement retenue, une pratique distincte, de sorte que la cour d'appel avait pu considérer que cette pratique constituait *« une modalité de l'infraction de refus d'accès »* sans modifier la qualification des pratiques (cf. décision 05-D-59).

⁶¹. L'un consistait à avoir autorisé l'accès de ses concurrents à son réseau local en ne leur proposant que des offres dans des conditions restrictives injustifiées ou en ne leur proposant que des offres de revente en gros de ses produits correspondant à l'option 5. L'autre consistait à avoir refusé à Neuf Télécom l'accès au circuit virtuel permanent en mode ATM en ne répondant pas à sa demande, puis en ouvrant cet accès dans des conditions restrictives injustifiées.

L'impartialité du Conseil (participation de membres de la formation de décision au délibéré, dans la même affaire, d'une décision sur le non-respect d'injonctions)

Arrêt de rejet, société France Télécom, 23 octobre 2007

La Cour a écarté le moyen tiré du manquement par le Conseil à son devoir d'impartialité, qui aurait résulté de ce qu'il avait siégé dans une composition comprenant des membres qui avaient préalablement participé, dans la même affaire, au délibéré d'une décision relative au non-respect d'injonctions : la Cour a confirmé « *que la sanction du non-respect d'une injonction ne préjugeant pas au fond* », le Conseil pouvait, sans violer le principe d'impartialité, connaître ensuite du fond de l'affaire dans une composition comprenant les mêmes membres⁶² (cf. décision 05-D-59).

La durée de la procédure / Le délai raisonnable

Arrêt de rejet, société Demathieu et Bard, 6 mars 2007

La Cour a écarté l'argumentation tirée de la durée excessive de la procédure par la motivation désormais classique selon laquelle « *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* » (en ce sens, notamment, Cour de cassation, 22 novembre 2005, société Dexion Data Media ; 13 juillet 2004, société DTP terrassement ; 28 janvier 2003, Domoservices maintenance). Elle a confirmé qu'en l'espèce, la durée de la procédure n'était pas excessive au regard de l'ampleur des pratiques, de la complexité de l'affaire et du fait que le rapporteur avait dû suspendre son instruction dans l'attente de l'issue des contestations relatives aux procédures de visites et de saisies. Elle a relevé encore que la durée de la procédure n'avait pu priver les entreprises d'un exercice normal des droits de la défense dans la mesure où, entendues à deux reprises, lors de l'enquête administrative, elles avaient été informées de l'objet de l'enquête et savaient que la procédure était toujours en cours, de sorte qu'elles avaient pu assurer la conservation des documents éventuellement restés en leur possession (cf. décision 05-D-19).

⁶². En revanche, la Cour de cassation, comme la cour d'appel, proscrivent la participation, dans la même affaire, de mêmes membres du Conseil aux délibérés d'une décision de mesures conservatoires, puis d'une décision au fond, jugeant qu'en se prononçant sur la demande de mesures provisoires, le Conseil porte nécessairement une appréciation sur le caractère prohibé des faits dénoncés dans la saisine au fond (Cour de cassation, 9 octobre 2001, Unibéton et, dans la même affaire, cour d'appel de Paris, 22 juin 2004, RMC France).

Les observations écrites présentées par le Conseil de la concurrence devant la cour d'appel

Arrêt de rejet, Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, 20 février 2007

La cour a rappelé que la possibilité pour le Conseil de présenter des observations écrites devant la cour d'appel de Paris – expressément prévue par l'article 9 du décret du 19 octobre 1987 – n'était pas contraire aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties étaient en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations (cf. décision 05-D-43).

L'égalité des armes devant la cour d'appel

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a rejeté le moyen par lequel il était soutenu que le principe de l'égalité des armes avait été méconnu dès lors que les opérateurs avaient été opposés à trois représentants de l'administration poursuivante (le Conseil, le ministre de l'Économie et le ministère public) : « *La société Bouygues [...] invoque à tort une rupture de l'égalité des armes dès lors que cette société a été en mesure de prendre connaissance de l'ensemble des observations présentées à la cour d'appel et d'y répliquer par écrit ou oralement* » (cf. décision 05-D-65).

La possibilité pour la cour d'appel de se fonder sur des éléments postérieurs à la décision du Conseil

Arrêt de rejet, MLP, 20 février 2007

La Cour a reconnu la possibilité pour la cour d'appel de se fonder sur des éléments de preuve postérieurs à la décision du Conseil : « *La cour d'appel [...] a, à juste titre, tenu compte de l'ensemble des éléments de preuve qui lui étaient soumis, fussent-ils postérieurs à la décision du Conseil* » (cf. décision 03-MC-04).

L'impartialité de la cour d'appel (participation d'un magistrat au jugement sur un pourvoi concernant la validité des opérations de visite et de saisie)

Arrêt de rejet, Demathieu et Bard, 6 mars 2007

La Cour a rejeté le moyen tiré du manquement au principe d'impartialité objective qui aurait résulté de ce que, dans la composition de la cour d'appel qui avait rendu l'arrêt attaqué et qui avait reconnu un effet interruptif de prescription aux pourvois en cassation contre les ordonnances juridictionnelles, avait siégé un magistrat qui avait préalablement connu de ces mêmes pourvois lorsqu'il était précédemment en fonction à la Cour de cassation : la Cour a considéré que les parties, qui connaissaient à l'avance la composition de la cour d'appel, n'avaient pas fait usage de la possibilité qu'elles avaient, en vertu de l'article 341-5 du Nouveau Code de procédure

civile, de demander la récusation du magistrat en cause et avaient ainsi renoncé « *sans équivoque* » à se prévaloir d'une éventuelle violation de l'article 6-1 de la CEDH (cf. décision 05-D-19).

Sur le fond

Le marché pertinent

Arrêt de rejet, Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF), 20 novembre 2007

La Cour a approuvé la définition d'un marché local et ponctuel de la fourniture d'eau sur le territoire des communes adhérentes au Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF) (cf. décision 05-D-58).

L'entente anticoncurrentielle

Marchés publics

Arrêt de rejet, société Demathieu et Bard, 6 mars 2007

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait largement confirmé la décision concernant les marchés de construction d'ouvrages d'art sur l'autoroute A 84, dite « *Route des estuaires* », dans le département de la Manche. Le Conseil avait sanctionné 21 entreprises de BTP qui avaient participé à une concertation générale sur une cinquantaine de marchés. Cette concertation s'était traduite par des informations échangées lors de réunions préalables au dépôt des offres et avait abouti à une entente de répartition au moyen d'offres de couverture ou d'abstentions de soumissionner. La cour d'appel⁶³ avait annulé la décision à l'égard d'une entreprise, estimant qu'on ne pouvait exclure que celle-ci ait été irrémédiablement privée de moyens utiles à sa défense dans la mesure où elle avait été entendue une seule fois au cours de la procédure, huit ans après les faits, sans avoir fait l'objet d'autres mesures d'enquête ou d'audition, et dans la mesure où, n'ayant pas été attributaire des marchés concernés, on ne pouvait lui reprocher de ne pas avoir conservé les documents relatifs aux offres qu'elle avait présentées.

La Haute Juridiction a considéré que la cour d'appel avait démontré, en appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la participation des entreprises à la concertation frauduleuse : ces éléments de preuve consistaient en des documents relatifs notamment aux réunions entre les entreprises, aux informations échangées entre elles, à la répartition de chiffres d'affaires et à « *la mise au point progressive et concertée d'un schéma général de pré-répartition des marchés* » entre elles, ainsi qu'en des déclarations de salariés. La Cour a estimé qu'était sans incidence sur la qualification des faits, la circonstance « *que certaines entreprises aient pu bénéficier de fuites voire d'une collusion ayant permis la transmission d'informations détenues par la DDE* ». A été jugé également indifférent le

63. Arrêt du 7 mars 2006, société Inéo.

fait que le montant des offres ait pu être, dans certains cas, inférieur à l'évaluation administrative (cf. décision 05-D-19).

Gel de parts de marché

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a cassé partiellement l'arrêt de la cour d'appel⁶⁴ qui avait confirmé dans son intégralité la décision dans laquelle le Conseil avait sanctionné Orange France, SFR et Bouygues Télécom pour avoir mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail – sur lequel ils étaient les seuls opérateurs – deux types d'entente consistant, d'une part, pour la période 1997-2003, en des échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations, et, d'autre part, entre 2000 et 2002, en un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché).

Les analyses de la cour d'appel et du Conseil, en ce qu'elles concernaient la seconde pratique, ont été approuvées. L'existence de la concertation entre les trois opérateurs était établie par un faisceau d'indices résultant :

- de divers documents constituant des indices d'une « *concertation, menée au plus haut niveau des trois entreprises, autour d'objectifs discutés en commun de 2000 à 2002* », notamment une note émanant du directeur général de SFR faisant explicitement référence à un accord sur les parts de marché en ventes brutes conclu en 2000, accord dont le principe avait été reconduit en 2001, ou encore des notes manuscrites prises par le président d'Orange faisant état d'un « *Yalta des parts de marché* » révélant la reconduction de l'accord en 2002 ;
- de la relative stabilité des parts de marché des opérateurs sur la période 2000 à 2002, à un niveau proche de celui mentionné dans la note du directeur général de SFR ;
- des similitudes des politiques commerciales suivies par les opérateurs durant la période considérée, et ce, malgré le fort potentiel de développement dont bénéficiait encore le marché à l'époque et les différences existant entre les trois entreprises quant à leur taille, leur image de marque, leur réseau et leurs coûts : les trois opérateurs étaient simultanément passés, à compter de 2000, « *d'une stratégie de croissance à une stratégie de valorisation de fruits de la croissance* » consistant « *à stopper la course à la part de marché* », cette volonté commune de « *pacification du marché* » s'étant en particulier manifestée par le choix de baisser les coûts d'acquisition, d'orienter les clients vers les forfaits plus rentables que les cartes prépayées et d'augmenter les prix des communications.

De ces indices graves, précis et concordants se déduisait « *l'existence d'une concertation entre les trois opérateurs afin de stabiliser leurs parts de marché autour d'objectifs définis en commun* » sans que la cour d'appel ait eu à examiner si le comportement des entreprises sur le marché pouvait s'expliquer autrement que par cette entente.

64. Arrêt du 12 décembre 2006.

La Cour a confirmé que des documents saisis étaient des indices opposables à toutes les entreprises qui y étaient mentionnées, même si elles n'en étaient pas les auteurs (cf. décision 05-D-65).

Échanges d'informations sur un marché oligopolistique

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La cassation a porté sur l'entente résultant de l'échange d'informations. La cour d'appel, comme elle l'avait fait dans un arrêt précédent rendu dans l'affaire des « *palaces parisiens*⁶⁵ », avait affirmé, dans un considérant emprunté à la jurisprudence communautaire « *John Deere*⁶⁶ », le caractère anticoncurrentiel des échanges réguliers d'informations confidentielles, précises et stratégiques, entre concurrents, sur un marché oligopolistique fortement concentré : « *Si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que la mise en commun régulière et rapprochée de ces informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux.* »

La cour avait jugé que cette hypothèse était bien celle des échanges intervenus entre les trois opérateurs de téléphonie mobile. Elle avait estimé, en premier lieu, que le marché de la téléphonie mobile de détail était « *un marché oligopolistique fortement concentré, constitué de trois opérateurs assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé, en raison de fortes barrières à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire* ». En second lieu, elle avait retenu que les données échangées concernant les volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes, si elles étaient effectivement transmises à l'ART, comme le faisaient valoir les opérateurs, n'étaient pas pour autant rendues publiques, s'agissant du moins des ventes brutes et des résiliations, et ce, afin précisément de préserver la concurrence (la cour avait souligné qu'un certain nombre de pièces saisies démontraient que les intéressés avaient d'ailleurs une parfaite conscience du caractère confidentiel des données qu'ils s'échangeaient). Enfin, la cour avait relevé que les échanges portaient sur des données précises, qu'ils étaient antérieurs à la communication des chiffres à l'ART, qu'ils étaient réguliers, systématiques et qu'ils révélaient aux opérateurs la position de chacun sur le marché, leur permettant « *ainsi de connaître leurs stratégies réciproques et*

65. Arrêt Hôtel Le Bristol du 29 juin 2006.

66. Arrêts TPICE du 27 octobre 1994 et CJCE du 28 mai 1998.

d'évaluer les effets des politiques commerciales des concurrents (notamment le volume de clients nouveaux et conservés)». La cour d'appel en avait conclu qu'« en contribuant à réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché [...], pendant la période 1997-2003, les 3 opérateurs ont nettement restreint leur autonomie décisionnelle et ainsi contrevenu aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce ».

Pour la Cour de cassation, « en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète [...] si l'échange régulier [...] d'informations rétrospectives entre les trois entreprises [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ». La Haute Juridiction a par conséquent cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel en ses dispositions ayant retenu des faits d'entente en raison d'échanges d'informations entre les trois opérateurs (cf. décision 05-D-65).

Ententes de répartition sur un marché oligopolistique

Arrêt de rejet et de cassation partielle, société Veolia Transport, 9 octobre 2007

La Cour a cassé en grande partie l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé⁶⁷ la décision dans laquelle le Conseil avait sanctionné les entreprises de transport Keolis, Connex (devenue Veolia) et Transdev, pour s'être concertées au niveau national, entre 1996 et 1998, en vue de se répartir l'essentiel du marché du transport public urbain de voyageurs.

En l'absence de preuve formelle de rencontres ayant réuni les trois protagonistes, le Conseil, suivi par la cour d'appel, avait retenu une entente tripartite organisée au plan national⁶⁸, reposant sur des rencontres concernant des marchés locaux, entre Keolis et Transdev, d'une part, et entre Keolis et Connex, d'autre part. Keolis, qui avait donc participé aux deux niveaux d'échanges bilatéraux, était considéré comme le « pivot » de l'entente nationale et le coordonnateur de la stratégie d'ensemble.

La Haute Juridiction a retenu l'existence d'un faisceau de sept indices graves, précis et concordants dont on pouvait déduire que les trois entreprises s'étaient concertées deux par deux, de manière bilatérale, pour coordonner leurs comportements dans le cadre des procédures de délégation de service public lancées par les collectivités publiques pour l'attribution de certains marchés du transport public urbain de voyageurs. La Cour a estimé qu'avait été ainsi suffisamment caractérisée l'existence d'une entente ayant

⁶⁷. Arrêt du 7 février 2006.

⁶⁸. Il avait été retenu par le Conseil et la cour d'appel que l'entente nationale avait eu plusieurs applications au plan local qui avaient fait l'objet de griefs, ententes locales que le Conseil n'avait pas sanctionnées en tant que telles, mais seulement examinées pour vider sa saisine et étayer sa démonstration de l'entente nationale.

pour objet la répartition des marchés concernés sans qu'il soit nécessaire – comme il était prétendu – de procéder à une analyse plus approfondie des marchés, au niveau local ou national.

La Cour a admis également que la participation de Connex à l'entente nationale était caractérisée, ce alors même que certains indices n'avaient pas pu être retenus à son encontre, dès lors qu'il avait été démontré que les dirigeants de Connex et de Keolis s'étaient rencontrés à six reprises en l'espace de deux ans, pour échanger des informations sur 22 marchés répartis sur l'ensemble du territoire national et définir, de manière centralisée, leur politique commune de soumission à l'égard de ces marchés lors du renouvellement des conventions de délégation de service public les concernant.

En revanche, la Cour de cassation n'a pas suivi la cour d'appel et le Conseil en ce qui concerne le caractère tripartite de l'entente. Elle a, en effet, accueilli l'argumentation de Connex, en estimant que n'avaient pas été caractérisés les éléments permettant de retenir sa participation à une entente à trois. N'a donc pas été avalisé le raisonnement qui avait consisté à considérer que, sur ce marché oligopolistique du transport public de voyageurs, l'entente tripartite était établie dès lors que dans les échanges bilatéraux entre Keolis et Transdev, d'une part, et entre Keolis et Connex, d'autre part, Keolis avait servi de « pivot » à l'entente et avait fait « interface » entre les deux autres pour coordonner la stratégie d'ensemble⁶⁹. La Cour s'est fondée sur la jurisprudence communautaire Anic et Aalborg Portland de la CJCE (respectivement, 8 juillet 1999 et 7 janvier 2004) selon laquelle « *la participation d'une entreprise à une entente globale, impliquant d'autres entreprises que celles avec laquelle elle s'est directement concertée, n'est établie que s'il est démontré que l'entreprise en cause a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque* » (cf. décision 05-D-38).

L'abus de position dominante

Arrêt de rejet, société France Télécom, 23 octobre 2007

La Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel⁷⁰ qui avait entièrement confirmé la décision de sanction rendue contre France Télécom pour un abus de position dominante commis sur le marché de l'internet haut débit par ADSL. Le Conseil avait estimé qu'entre fin 1999 et fin 2002, France Télécom avait retardé l'ouverture à la concurrence du marché de gros de l'internet haut débit en refusant aux opérateurs alternatifs la possibilité d'exploiter « l'option 3 » définie par l'ART, censée leur permettre d'accéder au « circuit virtuel permanent en mode ATM » et de fournir

69. Le Conseil avait retenu (§ 141) : « Il importe peu [...] dans ces conditions, qu'aucune rencontre réunissant les trois entreprises ne soit démontrée dans ce dossier dès lors que, dans ces échanges bilatéraux, Via GTI [devenue Keolis], la plus importante des trois, servait de pivot de fait à l'entente, et constituait l'interface naturel entre les deux autres pour coordonner leur stratégie d'ensemble. »

70. Arrêt du 4 juillet 2006 (France Télécom c/ Neuf Télécom).

aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) le service du transport des données haut débit de leurs clients. L'opérateur historique avait d'abord refusé d'ouvrir le service de cette option 3 jusqu'en décembre 2000, puis, une fois ce service ouvert, avait maintenu un effet de ciseau tarifaire, jusqu'en septembre 2002, entre le coût de ce service et l'offre qu'il proposait directement aux FAI (option 5⁷¹). La sanction infligée à France Télécom s'était élevée à 80 millions d'euros.

Cette décision répondait, sur le fond, à une saisine de la société Neuf Télécom. Dans une première décision⁷² du 18 février 2000, confirmée en appel⁷³, le Conseil avait enjoint, à titre conservatoire, à France Télécom de proposer aux opérateurs tiers « une offre [...] d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet à haut débit par la technologie ADSL » correspondant à l'offre d'accès en mode ATM dite « option 3 ». Par une deuxième décision⁷⁴ du 13 mai 2004, le Conseil avait constaté que les conditions tarifaires proposées par France Télécom dans une offre « ADSL Connect ATM » présentée en décembre 2000 n'étaient pas conformes à son injonction, en ce qu'elles généraient un effet de ciseau tarifaire, et il avait alors infligé à France Télécom une première sanction de 20 millions d'euros. Cette sanction avait été doublée par la cour d'appel dans un arrêt du 11 janvier 2005 et cette aggravation avait elle-même été approuvée par la Haute Juridiction dans un arrêt rendu le 14 mars 2006.

La Cour a confirmé que les pratiques mises en œuvre par France Télécom étaient bien constitutives d'un abus. Elle a rejeté l'argumentation de la requérante qui consistait à soutenir, en premier lieu, qu'à l'époque des faits, le caractère d'infrastructure essentielle de l'accès à la couche ATM (option 3) n'avait pas été démontré et était même contredit par un avis de l'ART : en effet, la cour d'appel avait relevé que France Télécom détenait en quasi-monopole la boucle locale de cuivre et son monopole sur le marché amont de l'accès haut débit par ADSL s'étendait, en l'absence à l'époque des faits de solution de dégroupage (option 1), sur une large part du réseau permettant le trafic haut débit ADSL, France Télécom étant la seule à pouvoir offrir des prestations de gros aux FAI avec des offres empruntant la boucle locale et les autres éléments de son réseau. Par ailleurs, les opérateurs souhaitant concurrencer les offres de France Télécom à destination des FAI devaient obligatoirement avoir accès à la boucle locale, et en l'absence de dégroupage, à la portion du réseau de France Télécom située en amont du « *Broadband access server* » (BAS) afin de collecter le trafic en mode ATM. En outre, la duplication de la boucle locale n'était pas

71. L'option 1 permettait à l'opérateur alternatif de brancher ses équipements et de commencer son service dès le point d'arrivée de la ligne du client final au central téléphonique (dégroupage) ; l'option 3 permettait aux opérateurs alternatifs, par un partage des tâches entre eux et France Télécom, d'accéder au « *circuit virtuel permanent* » et de fournir aux FAI le service du transport des données haut débit de leurs clients finals (la mise en œuvre de cette option permet à l'abonné d'être le client d'un opérateur alternatif pour le service de transport de données à haut débit, tout en restant client de France Télécom pour le service téléphonique) ; l'option 5, à l'inverse, laissait à France Télécom la responsabilité presque entière de la collecte et du transport des communications internet du client final.

72. 00-MC-01.

73. Arrêt du 30 mars 2000.

74. 04-D-18.

économiquement envisageable et l'accès à cette boucle et à son prolongement jusqu'au BAS exclu était techniquement possible.

En deuxième lieu, France Télécom soutenait qu'en vertu des principes généraux de sécurité juridique, de prévisibilité et de confiance légitime, le refus d'accès au circuit virtuel permanent en mode ATM du type option 3 opposé à Neuf Télécom ne pouvait être incriminé dans la mesure où cet accès n'était pas clairement identifié au moment des faits et ne constituait qu'une option préconisée par l'ART dans le cadre d'une consultation publique. La cour d'appel avait toutefois relevé que l'ART, dans un avis de juillet 1999, avait souligné le problème au regard des règles de concurrence résultant du fait que France Télécom ne proposait aux opérateurs que des offres correspondant à l'option 5 et avait publié un communiqué fin octobre montrant que l'option 3 était demandée par les opérateurs en attendant le dégroupage (option 1), de sorte qu'une offre d'accès en mode ATM du type de l'option 3 correspondait aux recommandations de l'ART exprimées au moment des faits.

En troisième lieu, la Cour a écarté la thèse selon laquelle on ne pouvait incriminer les tarifs proposés par France Télécom en décembre 2000 en exécution de l'injonction prononcée à titre conservatoire, dans la mesure où l'opérateur avait ainsi été contraint de présenter une offre sans attendre l'aboutissement de la concertation lancée par l'ART : la Cour a précisé à cet égard que « *l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence d'un secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du Code de commerce* ».

En dernier lieu, la Cour a confirmé que France Télécom ne pouvait prétendre se voir exonérée pour la période antérieure à la présentation de son offre (en décembre 2000) au seul motif que la décision de mesures conservatoires lui avait laissé un délai pour présenter cette offre : la Cour a précisé que le délai octroyé par le Conseil pour permettre à France Télécom de satisfaire à l'injonction prononcée dans la décision de mesures conservatoires « *n'emporte pas autorisation [...] de ne pas satisfaire aux règles de concurrence, mais fixe [seulement] la durée pendant laquelle le non-respect éventuel de l'injonction prononcée ne sera pas sanctionné* ». L'infraction était donc caractérisée pendant toute la période au cours de laquelle elle avait été commise, y compris pendant le délai imparti à France Télécom pour exécuter l'injonction et se mettre en conformité avec le droit de la concurrence (cf. décision 05-D-59).

┆ **Arrêt de rejet, Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF), 20 novembre 2007**

La Cour a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait très largement confirmé la décision de sanction prise par le Conseil contre la Lyonnaise des Eaux et le SEDIF (Syndicat des Eaux d'Île-de-France), tous deux à la fois producteurs et distributeurs d'eau potable en Île-de-France, pour des pratiques d'abus de position dominante sur le marché de la fourniture d'eau potable. La Lyonnaise des Eaux avait mis en œuvre des pratiques de couplage, dépendant que le SEDIF, en monopole de fait sur la fourniture de l'eau, était intervenu pour empêcher la conclusion d'un contrat de fourniture

d'eau entre l'un de ses principaux clients, la SEMMARIS (société gérant le Marché d'intérêt général de Rungis) et son concurrent, la SAGEP, autre fournisseur d'eau sur l'Île-de-France, qui proposait un prix beaucoup plus bas. Le SEDIF avait adressé des courriers à la SAGEP et à la mairie de Paris, actionnaire majoritaire de la SAGEP, pour amener la première à renoncer à son projet de convention avec la SEMMARIS et inviter la seconde à ne pas soumettre ce projet au Conseil de Paris.

La Cour de cassation a confirmé le caractère abusif du comportement du SEDIF qui, seul, l'avait saisie d'un pourvoi (cf. décision 05-D-58).

La dépendance économique

Arrêt de rejet, société Les Oliviers, 6 février 2007

La Cour a rejeté le pourvoi formé par la société Les Oliviers contre l'arrêt qui avait confirmé la décision du Conseil de rejeter la saisine de cette société. Exploitant une maison de retraite à Saint-Étienne, celle-ci avait dénoncé les pratiques mises en œuvre par la ville sur le marché de l'hébergement des personnes âgées ou dépendantes. Ces pratiques qui avaient été présentées comme constitutives à la fois d'abus de position dominante, d'abus de dépendance économique et d'entente, avaient consisté pour la ville, selon la plaignante, à lui louer des locaux à un prix élevé et à subventionner parallèlement son centre communal d'action sociale, qui aurait été ainsi à même de proposer des prestations concurrentes meilleur marché. Pour rejeter cette saisine, le Conseil avait estimé, notamment, que la situation de dépendance économique de la saisissante n'était pas caractérisée, la condition relative à l'impossibilité de trouver d'autres locaux n'étant pas remplie. Cette analyse avait été confirmée en appel⁷⁵. À son tour, la Haute Juridiction a avalisé cette solution (cf. décision 05-D-05).

L'affectation du commerce intracommunautaire

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que les pratiques d'entente entre les trois opérateurs de téléphonie mobile affectaient sensiblement le commerce intracommunautaire dès lors que les pratiques avaient eu une incidence sur la structure même de la concurrence, que l'entente avait couvert l'intégralité du territoire national et avait été mise en œuvre par les trois seules sociétés qui fournissaient au moment des faits un service de téléphonie mobile et qu'enfin les pratiques avaient été de nature à décourager d'autres opérateurs européens d'intervenir sur le marché national de la téléphonie de détail (cf. décision 05-D-65).

⁷⁵. Arrêt du 15 novembre 2005.

Les mesures conservatoires

Arrêt de rejet, MLP, 20 février 2007

La Cour a rejeté le pourvoi formé par les Messageries lyonnaises de presse (MP) contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait partiellement annulé la décision de mesures conservatoires 03-0104. Le Conseil avait fait droit à une demande de mesures conservatoires des MP, visant diverses pratiques mises en œuvre par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NPP) et principalement un refus d'accès direct au logiciel Presse 2000, qui permettait aux dépositaires de presse⁷⁶ d'opérer, en temps réel, un suivi de la distribution des journaux. Ce refus entraînait pour les dépositaires liés aux MP l'obligation de saisir manuellement un certain nombre de données et donc un surcroît de travail susceptible, selon la plaignante, de les amener à cesser leur collaboration avec elle. Le Conseil avait estimé qu'il n'était pas exclu que le refus des NPP soit constitutif d'un abus de position dominante, sans se prononcer, à ce stade de la procédure, sur la réalité des obstacles empêchant les MP de disposer de solutions alternatives au logiciel Presse 2000. Il avait relevé par ailleurs une atteinte grave et immédiate portée à la fois à la plaignante et au secteur et avait enjoint à titre conservatoire aux NPP, d'accorder aux MP un accès direct à leur logiciel dans des conditions économiquement équitables.

La cour d'appel avait entièrement approuvé cette décision⁷⁷, en qualifiant les fonctionnalités essentielles du logiciel NPP soit le « *tronc commun* » d'infrastructure essentielle, et en attribuant cette analyse au Conseil alors que celui-ci avait laissé la question en suspens dans l'attente de l'examen de l'affaire au fond. Par un arrêt du 12 juillet 2005 la Cour de cassation avait alors censuré la cour d'appel sur ce point, reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas démontré que les MP étaient dans l'incapacité de mettre en place des « *solutions alternatives économiquement raisonnables* » à l'accès direct au tronc commun du logiciel, fût-ce dans des conditions moins avantageuses et, par conséquent, de n'avoir pas démontré que le tronc commun du logiciel était indispensable à l'exercice de l'activité des MP. La Cour de cassation avait ainsi porté des appréciations très factuelles, retenant notamment que les MP avaient admis être en mesure de concevoir un logiciel équivalent à celui des NPP et qu'elles utilisaient déjà un logiciel qui leur permettait de communiquer efficacement avec leurs dépositaires.

Dans une nouvelle composition, la cour d'appel avait jugé, dans un arrêt du 31 janvier 2006, qu'il existait bien, en l'espèce, des solutions alternatives économiquement raisonnables à l'accès au tronc commun du logiciel. La cour avait retenu, outre les circonstances mises en avant par la Cour de cassation, d'une part, le fait que les MP assuraient seules, à Paris et en proche banlieue, la distribution de leurs publications, de sorte qu'il n'était pas démontré qu'elles ne pouvaient constituer un réseau de dépositaires propre, et d'autre part, le fait que leur situation financière n'avait pas été compromise par le refus des NPP. Elle avait jugé, en conséquence, que

⁷⁶. Catégorie d'intermédiaires entre les éditeurs de presse et les diffuseurs et auxquels les messageries peuvent recourir.

⁷⁷. Arrêt du 12 février 2004.

le refus des NMPP ne pouvait constituer un abus de position dominante (*« l'absence d'accès pour les MLP au tronc commun du logiciel Presse 2000 n'apparaît pas susceptible, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire à l'article L. 420-2 du Code de commerce »*) et avait annulé la décision du Conseil en ce qui concernait la mesure provisoire relative à l'accès au tronc commun du logiciel Presse 2000⁷⁸.

La Haute Juridiction a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé – eu égard notamment à la capacité des MLP de concevoir un logiciel équivalent à celui des NMPP, à l'acceptation par les dépositaires d'un logiciel dédié aux MLP, à l'absence de « *difficultés déraisonnables* » rencontrées par les MLP pour exercer leurs activités sans le logiciel Presse 2000 – que le refus d'accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 opposé par les NMPP n'était pas à l'origine directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'intérêt des MLP ou au secteur intéressé (cf. décision 03-MC-04).

La détermination des sanctions

La motivation des sanctions

┆ Arrêt de rejet, société Demathieu et Bard, 6 mars 2007

La Cour a estimé que la cour d'appel avait concrètement apprécié et suffisamment caractérisé la gravité des pratiques et le dommage causé à l'économie par les pratiques d'entente en cause, en relevant qu'il s'agissait d'une entente horizontale en vue d'une répartition du marché poursuivie par ses auteurs en dépit de la vigilance du maître de l'ouvrage, du rejet d'offres, de la relance de certains marchés et de l'intervention de nouveaux candidats. En outre, le montant global du marché dépassait 26 millions d'euros, l'entente comprenait un grand nombre de participants et elle avait persisté dans le temps (cf. décision 05-D-19).

┆ Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a jugé que la cour d'appel avait valablement caractérisé la gravité des faits et le dommage causé à l'économie découlant des pratiques d'entente reprochées aux opérateurs de téléphonie mobile : contrairement à ce qui était soutenu, la cour d'appel n'avait pas déduit la gravité de l'entente sur le gel de parts de marché des éléments qui avaient permis d'établir son existence, ni considéré comme unique le dommage à l'économie causé par les deux pratiques sanctionnées distinctement, mais avait motivé précisément sa décision en tenant compte, entre autres, de l'atteinte au surplus du consommateur résultant de l'entente sur les parts de marché (cf. décision 05-D-65).

⁷⁸. Pour le reste, la décision du Conseil avait été maintenue en ce qui concerne les autres injonctions prononcées, relatives notamment aux pratiques de fidélisation tarifaire mises en œuvre par les NMPP.

Le prononcé de sanctions distinctes en cas de pluralité d'infractions

Arrêt de cassation partielle, société Bouygues Télécom, 29 juin 2007

La Cour a avalisé la méthode qui avait consisté pour le Conseil à sanctionner distinctement les deux infractions reprochées aux opérateurs de téléphonie mobile : l'échange d'informations et le gel de parts de marché. Alors que les parties faisaient valoir que l'échange d'informations n'avait été que le moyen de l'accord sur les parts de marché, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel, dès lors qu'elle avait considéré qu'il s'agissait de deux infractions autonomes, n'avait pas sanctionné deux fois la même pratique, et qu'elle avait pu considérer, comme le Conseil, sans violer la règle *non bis in idem*, que le dommage à l'économie résultant de l'échange d'informations avait été aggravé en ce que cet échange avait permis l'entente sur le gel de parts de marché. Cette entente avait elle-même causé à l'économie un dommage apprécié de façon distincte dans la mesure où il n'avait pas été tenu compte de l'échange d'informations pour déterminer le montant de l'amende prononcée au titre de l'entente sur les parts de marché (cf. décision 05-D-65).

La règle non bis in idem et la sanction au fond intervenant après la sanction pour non-respect d'injonctions

Arrêt de rejet, société France Télécom, 23 octobre 2007

La Cour a rejeté le moyen tiré de la violation de la règle *non bis in idem* résultant de ce que le Conseil aurait déjà sanctionné la pratique de ciseau tarifaire incriminée dans une précédente décision de non-respect d'injonction : « *Le principe non bis in idem ne s'oppose pas à ce que le Conseil de la concurrence, après avoir fait droit à titre conservatoire à une demande d'injonction formée accessoirement à sa saisine au fond, sanctionne d'un côté, par application de l'article L. 464-3 du Code de commerce, le non-respect de l'injonction qu'il a prononcée et de l'autre, par application de l'article L. 464-2 du même code, l'infraction aux règles de concurrence qu'il estime établie.* » La Cour a ainsi confirmé que le Conseil pouvait sanctionner à la fois le non-respect d'une injonction en application de l'article L. 464-3 du Code de commerce et l'infraction aux règles de concurrence en application de l'article L. 464-2, les fondements des deux procédures étant différents (cf. 05-D-59).

111 **Rapport du ministre de l'Économie**

Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions de 2005.....	368
Les décisions de 2006.....	375
Les décisions de 2007.....	379
L'organisation des contrôles	381

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 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, qu'elles 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 encore qu'elles acceptent les engagements souscrits dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 464-2 I et 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. Il fait également état d'une évolution possible dans l'organisation des contrôles.

Les décisions de 2005

Quatre décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2005 comportent des engagements dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport

05-D-12 du 17 mars 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur*

Dans sa décision, le Conseil de la concurrence a considéré que le refus d'adhésion opposé par EUROPQN (Études et unités de recherches opérationnelles de la presse quotidienne nationale) au journal gratuit *20 Minutes* France présentait des effets restrictifs de concurrence dans la mesure où cette adhésion, qui conditionne l'intégration dans les études de mesure d'audience réalisées par EUROPQN, constitue sinon une condition d'accès au marché de la vente d'espaces publicitaires dans la presse quotidienne nationale, du moins un avantage concurrentiel significatif.

Par cette même décision, le Conseil a accepté et repris dans sa décision les engagements présentés conjointement par EUROPQN, le SPQR et l'AEPHR.

L'enquête de suivi a été menée par la DNECCRF auprès des plaignants (*20 Minutes* et *Métro*), des signataires des engagements (association EUROPQN, représentée par le Syndicat de la presse quotidienne nationale – SPQN – qui a repris officiellement les engagements d'EUROPQN après avoir repris la gestion de l'étude d'audience, le SPQR et l'AEPHR), du responsable de l'audit des études d'audience visé par les engagements (CESP) et auprès des utilisateurs des chiffres d'audience (Union des annonceurs et agence média MPG).

Les vérifications effectuées ont montré que l'ensemble des engagements pris a été respecté.

– *Engagement n° 1*

Les quotidiens *20 Minutes* et *Métro* ont bien été intégrés à l'étude d'audience, devenue étude EPIQ depuis 2005 et qui porte désormais sur les quatre familles de presse (quotidienne nationale payante et gratuite, quotidienne régionale payante et gratuite).

Le réseau Ville Plus (presse gratuite régionale relevant des groupes de PQR), visé par l'engagement, n'a pas souhaité pour l'instant intégrer l'APQUG et

participer à l'étude concernant cette famille de presse. Les publications du réseau Ville Plus sont néanmoins prises en compte dans l'étude mais les résultats les concernant ne sont pas publiés de manière individualisée.

Dans ces conditions, on peut considérer que l'engagement est effectivement respecté.

– *Engagement n° 2*

Les méthodologies d'enquête prévues par cet engagement sont effectivement bien respectées, sous le contrôle du CESP. Les périodes de non-parution des quotidiens gratuits ont en particulier été prises en compte.

– *Engagement n° 3*

Il a été constaté que les résultats annuels de l'étude d'audience étaient bien restitués sous forme de bande médiaplanning intégrant tous les quotidiens, dont les gratuits, et que cette bande unique était en pratique intégrée aux logiciels de médiaplanning presse commercialisés par les trois centres serveurs agréés par les quatre familles de presse.

Les critiques formulées de la part de *20 Minutes* et *Métro* sur le fait que la comparabilité des titres reste indirecte du fait que les quotidiens gratuits sont classés dans une famille distincte de celle des payants n'a pas d'influence sur le respect des engagements qui prennent en compte cette distinction.

– *Engagement n° 4*

Les constats et déclarations des opérateurs montrent que cet engagement est totalement respecté, que ce soit *via* la communication collective des familles de presse ou *via* les insertions publicitaires.

– *Engagement n° 5*

Les modalités de participation financière prévues dans l'engagement qui ne concerne pour l'instant, s'agissant de la presse gratuite, que *20 Minutes* et *Métro* sont bien appliquées. Il en est de même pour le financement de l'audit de contrôle de l'étude.

– *Engagement n° 6*

Le nouveau protocole d'accord intégrant les cinq autres engagements a bien été établi le 22 juin 2005 entre les quatre familles de presse. L'aspect lié à la non-parution des titres de la PQUG a bien été pris en compte au niveau des indicateurs.

05-D-29 du 16 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par Les Haras nationaux sur le marché de la reproduction équine

Dans sa décision 05-D-29, qui fait suite à une procédure contentieuse ouverte à l'encontre de l'établissement public des Haras nationaux pour abus de position dominante sur le marché de la reproduction équine, le Conseil de la concurrence a rendu une décision enjoignant le respect des engagements pris par cet établissement et a décidé de clore le dossier.

Ces engagements étaient destinés à dissocier les activités à caractère marchand et les activités de service public de l'établissement public et à

supprimer des discriminations tarifaires appliquées au détriment des usagers des centres d'insémination privés pour le service de transport réfrigéré des semences des Haras nationaux.

Les vérifications effectuées ont montré que l'ensemble des engagements pris a été respecté.

– *Engagement n° 1*

Le conseil d'administration des Haras nationaux du 4 novembre 2005 a retenu les principes suivants : n'exercer que les missions mais toutes les missions confiées à l'Etablissement, avoir une classification en missions / programmes / actions / prestations, appliquer des prix de prestations supérieurs au coût pour les activités concurrentielles.

Cette classification a bien été adoptée avec trois grandes missions : développement économique des filières hippiques, insertion du cheval dans les politiques territoriales et production de connaissances et de traçabilité (rapport d'activité).

– *Engagement n° 2*

Les Haras ont tenu la DGCCRF informée de la mise en œuvre de cet engagement et lui ont communiqué un rapport d'audit indépendant portant sur la comptabilité analytique pour l'exercice 2006, rapport favorable (découpage cohérent des activités).

– *Engagement n° 3*

Le prix du service de transport réfrigéré de semences a été fixé à 60 euros par jument pour toutes les races et tous les clients depuis le 15 juillet 2005. C'est bien ce prix de prestation que l'on retrouve dans le catalogue des prestations de 2007.

– *Engagement n° 4*

L'accès au traitement informatique de la déclaration de premier saut (DPS) est fourni gratuitement aux éleveurs qui le demandent depuis juillet 2005. Selon le catalogue des prestations 2007, l'instruction et la demande de carnets de cartes de saillies sont facturées à 30 euros par étalon et la gestion du carnet coûte 10 euros par jument et par saison.

– *Engagement n° 5*

Pour le suivi gynécologique des juments dès 2005, Les Haras nationaux ont assuré une publication permanente sur internet des adresses des vétérinaires habilités.

05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien des machines d'affranchissement postal

Dans sa décision 05-D-49, et en contrepartie d'un certain nombre d'engagements repris dans sa décision, le Conseil de la concurrence a accordé aux sociétés NEOPOST, SATAS et SECAP Groupe PITNEY BOWES le bénéfice de la procédure de « non-contestation des griefs » prévue à l'article L. 464-2 III du Code de commerce.

Le rapport d'enquête de la DNECCRF du 20 février 2008 conclut à ce que trois engagements sur six n'ont pas été respectés par les concessionnaires NEOPOST et SATAS et que la société SECAP a appliqué de façon tronquée l'un de ces engagements.

05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées

Dans sa décision 05-D-70, le Conseil de la concurrence a retenu dix engagements souscrits par la société Buesta Vista Home Cinema (BVHE) tendant à revoir en profondeur ses conditions générales de vente auprès de l'ensemble de ses distributeurs et grossistes et à restructurer son système de remises. Il a également retenu cinq engagements de la société Carrefour portant sur la modification de ses critères d'acceptation de remises de la part des grossistes-distributeurs avec l'ensemble des fournisseurs sur le marché des vidéocassettes et des DVD.

Il ressort de l'enquête menée par la DNECCRF sur le respect de ces engagements sur les années 2006 et 2007 que la plupart d'entre eux ont été respectés. Certains néanmoins n'ont pas été strictement mis en œuvre ou leur exécution n'a pu être vérifiée de manière exhaustive.

Engagements pris par BVHE

Engagements dont le respect a été constaté

– Engagement n° 2

BVHE s'engage à supprimer ou à réintégrer sur la facture au titre des remises non conditionnelles la ristourne de mise en avant accordée aux grossistes (*suppression dès 2006*).

– Engagement n° 5

BVHE s'engage à modifier les conditions d'octroi de la ristourne d'adhésion aux objectifs, qui rémunère le fait pour les distributeurs de s'engager en début d'année et pour les douze mois de l'année en cours à effectuer le niveau de précommande de chacun des titres déterminés par BVHE, de manière à prendre en compte le fait pour un distributeur de ne pas atteindre le niveau de précommande défini. La société BVHE s'engage également à conserver les justificatifs démontrant que ses clients ont effectivement rempli les conditions permettant l'octroi de la ristourne d'adhésion aux objectifs pour une année donnée pendant une période de cinq ans suivant l'année de la vérification (*fait pour 2006 et 2007*).

– Engagement n° 10

BVHE s'engage à rappeler régulièrement les termes et l'importance de ces engagements à tous ses responsables et à tous les membres de ses forces de vente et/ou mettre en place un programme de formation portant sur les thèmes et sujets évoqués ci-dessus (*formations organisées en 2006 et 2007*).

Engagements qui n'ont pas été strictement respectés

– Engagement n° 3

BVHE s'engage à mettre en place un contrôle effectif des contreparties conditionnant l'octroi de la ristourne d'espace linéaire et de la ristourne de mise en avant. À cet effet, elle doit fournir au Conseil de la concurrence les contrats qu'elle passe avec les prestataires de service chargés de sa mise en œuvre. Ces contrats devront expliquer, de façon précise, les méthodes et la périodicité utilisées pour vérifier que l'implantation des produits BVHE dans les linéaires des distributeurs correspond aux objectifs préalablement négociés avec eux. La société BVHE s'engage à conserver les documents permettant de vérifier la réalité de ces contrôles pour une année donnée pendant une période de cinq années suivant l'année de la vérification.

L'enquête a établi les faits suivants.

Il ressort de cet engagement que les prestataires devaient être chargés de la « mise en œuvre » du contrôle et de « vérifier » que l'implantation des produits dans les linéaires des distributeurs « *correspond aux objectifs négociés* » avec les distributeurs.

L'enquête montre qu'un contrat a bien été passé avec un prestataire (Askell), chargé depuis 2001 (contrat du 2 avril 2001) d'assister BVHE dans les opérations de promotion commerciale de ses produits. Le contrat prévoit que le prestataire s'engage à « *effectuer le contrôle effectif des contreparties telles que figurant en engagement numéro 3* » mais s'agissant des modalités pratiques concernant le contrôle des contreparties à la ristourne d'espace linéaire, il prévoit seulement une obligation de procéder à des relevés de « *la proportion du linéaire au sol développé du rayon permanent des DVD Disney par rapport au total du rayon permanent vidéo du point de vente considéré* ».

Concernant la ristourne de mise en avant, un avenant signé en 2006 prévoit que « *les relevés attesteront pour un échantillon représentatif des clients clefs concernés de l'existence ou non des mises en avant par point de vente selon les accords entre BVHE et ses clients concernés* » et, un avenant signé en 2007, qu'il y aura une « *vérification de la présence en magasin des différents types de mise en avant [...] par rapport à l'opération spécifique contrôlée* ».

S'agissant principalement de la ristourne d'espace linéaire, il est constaté dans le rapport d'enquête un décalage entre les engagements et la prestation confiée au prestataire qui se limite à effectuer des relevés sans conclure sur le respect des conditions permettant l'octroi de la ristourne et donc en n'assurant pas complètement le travail de vérification prévue par l'engagement.

Néanmoins, à partir du moment où les éléments servant à la constatation du respect des conditions prévues par l'engagement sont effectivement relevés, on peut considérer que les préoccupations d'objectivité du contrôle sont tout de même prises en compte.

Il ressort du rapport d'enquête que le niveau des ristournes tient compte a priori du niveau de respect des conditions prévues. L'impact de ce non-respect partiel semble donc limité.

– *Engagement n° 4*

BVHE s'engage à ne plus lier l'octroi d'un avantage au distributeur en matière de reprise des invendus et la ristourne d'adhésion aux objectifs ou toute autre remise qui rémunère le fait pour les distributeurs de s'engager sur un niveau de précommande, et à intégrer les principes de sa politique de reprise des invendus dans ses conditions générales de vente.

La première partie de l'engagement a été respectée mais pas la seconde : la politique de reprise des invendus n'a pas été inscrite dans les CGV mais seulement dans les CPV (conditions particulières de vente).

– *Engagement n° 7*

BVHE s'engage à liquider les ristournes liées à l'évolution du chiffre d'affaires au moins deux fois par an. Pour cela, la société BVHE s'engage à contrôler le montant du chiffre d'affaires atteint par le distributeur à la fin de chaque semestre et à verser la ristourne liée au chiffre d'affaires seulement si le chiffre d'affaires net intermédiaire du distributeur servant de base au calcul de la remise a atteint de manière définitive le palier de remise applicable, compte tenu des retours d'invendus effectués par le distributeur lors du semestre écoulé.

Cet engagement n'a pas été respecté en 2006 (BVHE avait seulement laissé le soin à ses clients de demander une éventuelle liquidation de la ristourne en cours d'année). En 2007, l'engagement a été respecté pour le premier semestre qui entrainait dans la période vérifiée.

Il a été relevé un système d'avance des ristournes liées à l'évolution du chiffre d'affaires, avec une disposition prévoyant dans les contrats un système de remboursement éventuel des trop-perçus. À ce stade, il n'a pas été relevé d'anomalies, mais on ne peut écarter *a priori* tout risque de remise inconditionnelle.

Engagements dont l'exécution n'a pu être intégralement vérifiée

– *Engagement n° 1*

BVHE s'engage à ne plus traiter et présenter comme conditionnelles dans sa politique de facturation auprès des distributeurs et des grossistes les remises suivantes visées dans la notification des griefs : la ristourne de préconisation centrale, la ristourne d'achat direct, la ristourne de présence effective, la ristourne Plan⁺, ainsi que la ristourne de gamme obligatoire, ou toutes autres ristournes identiques sous une appellation différente, qui auraient un caractère inconditionnel, et s'engage soit à les supprimer, soit à les réintégrer sur la facture au titre des remises non conditionnelles.

L'engagement a été respecté en ce qui concerne la suppression des ristournes énumérées. Il reste cependant un doute sur la réintroduction d'une éventuelle ristourne conditionnelle identique (ristourne de performance qui s'est substituée à la ristourne Plan⁺) mais les conditions effectives de son versement ne pouvaient être établies avant 2008.

– *Engagement n° 6*

BVHE s'engage à ne pas présenter et traiter comme conditionnels les avantages commerciaux qui ne rempliraient pas les critères fixés par la loi, la

réglementation et la jurisprudence applicables ; seule la rémunération des services spécifiques rendus par ses distributeurs, à la condition que cette rémunération corresponde à des prestations de services réels, non redondants, dont la matérialité et l'effectivité sont vérifiables par les autorités de la concurrence, peut faire l'objet d'une facturation séparée.

Cet engagement a été respecté.

– *Engagement n° 9*

BVHE tiendra le rapporteur général informé, pendant une durée de cinq ans, de toute décision prise de ne pas appliquer les engagements tels que souscrits à ce jour en raison d'une telle évolution. Engagement sans objet à ce stade.

Engagements pris par Carrefour

Engagement dont le respect a été constaté

– *Engagement n° 5*

Carrefour s'engage à rappeler régulièrement les termes et l'importance de ces engagements à tous ses responsables et à tous les membres de ses forces de vente et/ou mettre en place un programme de formation portant sur les thèmes et sujets évoqués ci-dessus.

Des formations ont été organisées en 2007 autour de la décision du Conseil de la concurrence et du thème de l'entente. On peut dès lors considérer que cet engagement a été respecté.

Engagements dont l'exécution n'a pu être intégralement vérifiée

– *Engagement n° 1*

Carrefour s'engage à ne plus accepter des éditeurs de vidéocassettes et de DVD des conditions commerciales fondées sur des remises présentées comme conditionnelles, qui ont, de fait, un caractère inconditionnel, en particulier les remises suivantes visées dans la notification des griefs : la ristourne de préconisation centrale, la ristourne d'achat direct, la ristourne de présence effective ou toute autre ristourne identique sous une appellation différente.

Si le rapport d'enquête montre que dans les contrats passés entre Carrefour et ses fournisseurs, les ristournes mentionnées dans l'engagement n'apparaissent plus, il émet des doutes sur l'existence de réelles contreparties à un certain nombre de remises hors facture. Il apparaît en particulier que pour une ristourne prévue par Gaumont et qui impliquait un suivi journalier des quantités de nouveautés vendues pendant une semaine sur un nombre de magasins déterminés, les échanges entre Carrefour et Gaumont intervenaient essentiellement par téléphone. Le contrôle de la bonne exécution de l'engagement nécessiterait des investigations auprès des fournisseurs afin de vérifier la réalité des contreparties des remises conditionnelles, ceci n'est pas nécessaire dans l'immédiat.

– *Engagement n° 2*

Carrefour s'engage à mettre les contrats de distribution qu'elle signe avec les éditeurs de vidéocassettes et de DVD en conformité avec la législation

en vigueur et, en particulier, à ne plus accepter au titre des remises conditionnelles non intégrées à la facture tout avantage commercial qui ne remplirait pas les critères fixés par la loi, la réglementation et la jurisprudence applicables en la matière : seule la réduction de prix, non acquise à la date de la vente, rémunérant des services spécifiques rendus aux fournisseurs susvisés, à la condition que ces services soient réels et non redondants, peut faire l'objet d'une facturation séparée.

L'enquête conclut au respect de cet engagement qui est néanmoins lié à l'engagement n° 2 dont l'exécution n'a pu être vérifiée de manière exhaustive.

– *Engagement n° 3*

Carrefour s'engage, en outre, à ne pas mettre en œuvre une surveillance des prix des vidéocassettes et DVD dans le but de faire remonter systématiquement les niveaux des prix pratiqués par les enseignes concurrentes à la demande et pour le compte du fournisseur.

Il s'agit d'un engagement de « *ne pas faire* » qui nécessiterait des vérifications uniquement si la DGCCRF disposait d'informations laissant supposer que cet engagement n'a pas été respecté.

– *Engagement n° 4*

Carrefour s'engage à tenir le rapporteur général informé, pendant une durée de cinq ans, de toute décision prise de ne pas appliquer ou d'amender les engagements tels que souscrits à ce jour en raison d'une telle évolution. Engagement sans objet à ce stade.

Les décisions de 2006

En 2006, le Conseil de la concurrence a prononcé douze décisions au fond comportant des injonctions (six) et/ou des engagements (sept). La DGCCRF a procédé en 2006 et 2007 au contrôle de l'exécution de ces décisions.

Deux décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2006 comportent des injonctions de publication dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport

06-D-30 du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille

Le Conseil de la concurrence a ordonné que l'Intersyndicale des taxis marseillais, l'Association marseillaise des artisans taxis (AMAT), la section marseillaise du syndicat des taxis CFTC, le Syndicat indépendant des artisans taxis (SIAT), le Syndicat marseillais des artisans taxis (SMAT), le Syndicat des taximètres marseillais et de Provence (STM), l'Union syndicale des petits propriétaires (TUPP), le Groupement des taxis TUPP Radio, Taxi Radio Marseille et Radio Taxi Plus Marseillais fassent publier le texte figurant au

paragraphe 131 de la décision, dans *La Provence* ainsi que dans la version nationale et la version Île-de-France de *L'Artisan du taxi*.

Une enquête de suivi a été confiée à la BIEC de Marseille le 20 juillet 2007. Cette enquête a été interrompue, le Conseil de la concurrence s'étant saisi d'office de la question.

06-D-36 du 6 décembre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet*

Le Conseil de la concurrence a ordonné que, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, la SCM Imagerie médicale du Nivolet fasse publier le texte reproduit à l'article 5 du dispositif de la décision, dans une édition du *Dauphiné Libéré* et dans le *Quotidien du médecin*.

La publication du texte, tel qu'il apparaît dans la décision est intervenue le 20 février 2007 dans le *Dauphiné Libéré* (édition Savoie). En revanche, le *Quotidien du Médecin* a, en réponse à la demande de publication, indiqué qu'il ne pouvait y procéder n'étant pas un journal habilité à publier des annonces judiciaires.

Sept décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2006 comportent des engagements dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport.

Les résultats des contrôles opérés portent sur quatre décisions.

06-D-20 du 13 juillet 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par internet*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés FranceTélécom et Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA de respecter les engagements qu'elles ont souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles ont recueilli de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont mentionnés aux paragraphes 87, 88 et 107 (pour France Télécom) et 89 et 113 (Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA) de la décision ainsi que dans le dispositif.

Les contacts établis avec le plaignant la société « le Numéro » (118 218) ont permis de confirmer que les problèmes de concurrence avaient été résolus conformément aux engagements.

06-D-24 du 24 juillet 2006 *relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société Festina France 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.

Les engagements portaient sur le fait de proposer à ses distributeurs actuels et futurs un nouveau contrat-cadre de distribution intégrant des stipulations contractuelles applicables à la vente à distance, notamment la vente par internet, ainsi que deux nouveaux contrats spécifiques pour la vente à distance, en ligne par internet ou par correspondance.

Une enquête de suivi a été menée par la BIEC de Lyon auprès de la société Festina et de plusieurs distributeurs de produits Festina.

Il ressort de cette enquête que Festina France a adressé dès le 12 juillet 2007, à chacun de ses 2 500 distributeurs, un courrier leur proposant de signer un nouveau contrat-cadre de distribution conforme aux engagements validés par le Conseil. Les distributeurs ont été dans le même temps informés de l'existence de contrats spécifiques de vente à distance, en ligne et par correspondance, qu'il leur appartenait de demander dans le cas où ils pratiquaient ces formes de vente.

En octobre 2007, plus de la moitié des nouveaux contrats-cadres avaient été signés ainsi que 19 contrats de vente en ligne. Aucun contrat de vente par correspondance n'avait en revanche été signé. Les enquêteurs ont pu constater, après sondages auprès de plusieurs distributeurs, que les données de suivi fournies par Festina France étaient fiables.

Il résulte au final des constatations que Festina France a respecté ses engagements dans des conditions conformes à ce qui a été accepté par le Conseil pour répondre aux préoccupations de concurrence, et a manifesté un suivi actif du processus de signature.

06-D-28 du 5 octobre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries de respecter les engagements qu'elles ont souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles ont recueilli de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce et consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective de façon à permettre aux distributeurs agréés de vendre les produits contractuels sur internet.

Les vérifications effectuées par la DNECCRF ont montré que les engagements pris ont été respectés.

Les modifications contractuelles ont bien été opérées dans les nouveaux contrats de distribution sélective proposés aux clients de ces 3 sociétés. Les revendeurs de matériel Hi-Fi rencontrés ont tous effectivement signé ces contrats de distribution sélective modifiés. L'enquête a établi que certains d'entre eux commercialisaient les marques Bose JM Lab et Triangle sur leur site internet. Toutes les références présentes au catalogue des revendeurs ne sont cependant pas disponibles à la vente sur internet. Certains revendeurs n'utilisent par ailleurs leur site que pour promouvoir les produits, sans les proposer à la vente en ligne. Ces limites à la vente sur internet de matériel Hi-Fi haut de gamme semblent toutefois s'expliquer par le libre choix des revendeurs, qui estiment que la vente à distance n'est pas adaptée pour du matériel onéreux qui nécessite une écoute préalable et des conseils techniques d'installation.

06-D-40 du 20 décembre 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse magazine*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société AudiPresse de respecter les engagements qu'elle a souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elle a recueilli de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce.

Ces engagements consistaient à modifier l'article I. 1.1.2 du règlement de l'enquête AEPM à l'usage des titres au 1^{er} janvier 2006 de la manière suivante : « 1.1.2 – l'enquête AEPM étudie l'audience des magazines de périodicité bihebdomadaire, hebdomadaire, bimensuelle, mensuelle, bimestrielle et trimestrielle. Les titres doivent définir en début d'année les jours de parution pour les bihebdomadaires et hebdomadaires et les semaines de parution et de mise en distribution pour les mensuels et au-delà. On ne pourra accepter un écart entre deux parutions, deux fois supérieur à la périodicité du titre, cette absence d'écart entre deux parutions ne concernant ni la période des mois de juillet et août, ni celle allant du 15 décembre au 15 janvier [...] » et, si la réforme des structures d'AudiPresse qui prévoit l'intégration dans les organes de direction de la nouvelle société des associations représentatives dont l'ADPGI n'a pas abouti au 31 décembre 2006, à « intégrer au plus tard le 31 décembre 2006 un représentant de la presse gratuite dans sa commission études en créant un onzième poste statutaire dédié à cette catégorie. Dans la mesure où les associations ne sont pas représentées dans l'actuelle société AudiPresse, ce poste devra être occupé par le représentant d'un éditeur de la presse gratuite ayant au moins un titre présent dans l'enquête AEPM. cet engagement cessera dans l'hypothèse où, à la suite d'une réforme statutaire de la structure d'AudiPresse, l'ADPGI serait intégrée dans les organes de direction de la nouvelle structure ».

Une enquête a été menée par la BIEC de Metz afin de vérifier le respect de ces engagements.

La BIEC a constaté que le règlement de l' « enquête AEPM à l'usage des titres au 1^{er} janvier 2007 » a été modifié par rapport à la version de 2006 sur le point I.1.1.2. pour intégrer une définition de la périodicité des titres conforme à son engagement.

Par rapport au second engagement, la BIEC a relevé qu'entre le 31 décembre 2006 et la réforme statutaire qui est intervenue en avril 2007, la commission études d'AudiPresse ne s'est réunie qu'une seule fois (le 5 janvier 2007) et qu'une convocation à cette réunion avait été adressée à l'ADPGI le 6 décembre 2006. *A priori*, il n'y a pas eu à proprement parler de création d'un « onzième poste statutaire » dans cette commission avant le 31 décembre 2006 mais il s'avère qu'une réforme statutaire importante est intervenue le 26 avril 2007. À l'issue de cette réforme (qui a conduit à transformer la SARL AudiPresse en SAS et à intégrer l'ex-étude EUROPQN concernant les quotidiens), il est établi l'ADPGI est bien entrée dans le capital d'AudiPresse, qu'elle participe au conseil de gestion de l'étude AEPM et qu'elle dispose d'un siège à la « commission études magazines ».

Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que les engagements sous-crits ont été respectés.

Trois autres décisions du Conseil de la concurrence comportant des engagements sont en cours de vérification.

06-D-01 du 7 février 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles messageries de presse parisienne (NMPP) pour laquelle une enquête a été confiée à la DNECCRF le 7 mai 2007

06-D-03 bis du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation pour laquelle une enquête a été lancée le 5 juin 2007

06-D-29 du 6 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique

Deux décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2006 comportent des injonctions non assorties d'engagements dont le respect n'avait pu être vérifié à la date de présentation du précédent rapport

Ces deux décisions sont en cours de vérification.

Il s'agit de la décision 06-D-06 du 17 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes pour laquelle une enquête complémentaire est menée sous forme de tâche nationale (la Fédération nationale des Gîtes de France ayant adopté une nouvelle charte le 8 juin 2006). Par ailleurs, la décision 06-D-03 bis précitée comportait également des injonctions qui font l'objet d'investigations particulières (enquête lancée le 5 juin 2007).

Les décisions de 2007

379

En 2007, le Conseil de la concurrence a prononcé vingt décisions au fond comportant des injonctions (neuf) et/ou des engagements (treize). La DGCCRF a procédé au contrôle de certaines de ces décisions.

Sept décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2007 comportent des injonctions de publication.

07-D-05 du 21 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP) sur le marché de la fourniture d'orthoprothèses

07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France

07-D-28 du 13 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention

07-D-41 du 28 novembre 2007 relative à des pratiques s'opposant à la liberté des prix des services proposés aux établissements de santé à l'occasion d'appels d'offres en matière d'examen anatomo-cyto-pathologiques

07-D-44 du 1^{er} décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes

07-D-45 du 1^{er} décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques

07-D-49 du 19 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical dans le cadre de l'approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables

Compte tenu des nouvelles modalités adoptées par le Conseil de la concurrence pour le suivi de ses décisions (cf. *infra*) aucune vérification particulière n'a été menée à ce titre.

Deux décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2007 comportent des injonctions non assorties d'engagements

07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges

Le Conseil de la concurrence a prononcé deux injonctions à l'encontre de la société Jeff de Bruges.

Il a enjoint à cette société d'envoyer une lettre à ses franchisés précisant que le code de bonne conduite, intégré aux documents contractuels du réseau et qui comportait des clauses limitant la liberté commerciale des distributeurs, était entièrement caduc. Par ailleurs, il a demandé à la société Jeff de Bruges de rappeler dans le contrat de franchise, ses annexes et dans les documents édités par le franchiseur, que les prix sont des prix maximums TTC conseillés, et que le franchisé est totalement libre de fixer ses prix de vente au détail et ses prix de vente aux comités d'entreprise et collectivités, sous réserve de respecter les prix de vente maximums conseillés.

Il résulte des investigations effectuées auprès de Jeff de Bruges les conclusions suivantes :

- la société a envoyé le 6 mars 2007 une lettre circulaire à tous les membres du réseau ayant pour objet : « *communication de droit de concurrence et de prix* ». Toutefois, la mention relative à la caducité du code de bonne conduite n'est pas indiquée. Cette mention apparaît dans une autre lettre circulaire du 2 novembre 2007 adressée uniquement aux nouveaux membres du réseau. En conséquence, il apparaît que la première injonction n'a pas été respectée. En effet, le Conseil a enjoint la société Jeff de Bruges SAS, d'envoyer aux franchisés une lettre indiquant que le code de bonne conduite est entièrement caduc, « même si ses représentants ont affirmé en séance que le code de bonne conduite avait été retiré » (décision – page 21 – paragraphe 123);
- la société a précisé dans ses courriers ainsi que dans le contrat de franchise (mise à jour de novembre 2007) que les prix pratiqués au sein du réseau sont toujours des prix maximums conseillés comme le stipule le contrat de franchise (article 5-6-9). Toutefois, dans ces documents, il est demandé au franchisé « *de respecter les prix maxima communiqués par le franchiseur et de ne pas consentir d'une façon générale de rabais, ristourne, remise abusives qui auraient pour effet de mettre son exploitation en péril et d'entacher la notoriété du franchiseur auprès de la clientèle* ».

Il y a donc lieu de considérer que la deuxième injonction a été formellement respectée, puisque les courriers de la société Jeff de Bruges en date des

6 mars et 2 novembre 2007 ainsi que l'article 5-6-9 du contrat de franchise dans sa version de novembre 2007 rappellent que les prix sont des prix maximums conseillés, que le franchisé pourra déterminer librement ses prix de vente et que les prix maximums conseillés s'appliquent tant pour les ventes en boutiques que pour les ventes à des comités d'entreprise, les dispositions de l'article 5-6-9 étant générales.

Un rappel a été adressé à la société Jeff de Bruges afin de l'inviter à mettre en œuvre la première injonction du Conseil en envoyant, à tous les franchisés du réseau, une lettre indiquant que le code de bonne conduite est entièrement caduc, et d'en faire parvenir une copie à la DGCCRF.

07-D-24 du 24 juillet 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Léonidas*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la SA Confiserie Léonidas de modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre aux détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix et d'informer ses détaillants sur la teneur de la présente décision.

La société Léonidas a transmis des pièces à la DGCCRF qui procède actuellement à leur vérification.

Treize décisions du Conseil de la concurrence adoptées en 2007 comportent des engagements.

Compte tenu des délais d'exécution des engagements souscrits, des règles de mise en œuvre des contrôles par la DGCCRF ou par le Conseil lui-même (cf. *infra*) et des délais d'enquêtes, seules trois décisions sont à ce jour en cours de vérification par la DGCCRF.

07-D-02 du 23 janvier 2007 *relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime*

07-D-21 du 26 juin 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge pour laquelle l'enquête a été lancée le 20 juillet 2007 en coordination avec le Conseil*

07-D-32 du 9 octobre 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP)*

L'organisation des contrôles

Les dispositions de l'article L. 464-8 alinéa 2 du Code de commerce confient au ministre de l'Économie le soin de veiller à l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence quand elles comportent des injonctions de publication ou des injonctions de faire ou de ne pas faire, y compris quand les injonctions concernent le respect d'engagements.

Le ministre de l'Économie doit également rendre compte de l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence dans un rapport annexé au rapport annuel du Conseil de la concurrence. À ce jour, ce principe ne connaît qu'une seule exception.

En effet, depuis 2006, la responsabilité de la liquidation des amendes prononcées par le Conseil de la concurrence, qui incombait auparavant à la DGCCRF, a été transférée au Conseil lui-même.

Toutefois, au travers de ses décisions récentes, le Conseil a manifesté la volonté d'étendre sa compétence dans le suivi des injonctions qu'il prononce.

Ainsi, en matière de publication, le Conseil a imposé, occasionnellement en 2006 puis de manière systématique en 2007, aux opérateurs concernés de transmettre une copie de cette publication à son bureau de procédure. Le Conseil se présente dès lors comme responsable de la vérification de ce type d'injonctions.

Par ailleurs, en matière d'engagements, le Conseil a pris acte au début de l'année 2007 d'engagements consistant à l'informer des mesures adoptées en application d'autres engagements souscrits. Par la suite, le Conseil a requis cette information et instauré, le cas échéant, des dispositifs « *de contrôle de la mise en œuvre des engagements* » étalés sur plusieurs années¹. Enfin, le Conseil a pris l'initiative tout récemment de procéder à la vérification du respect d'engagements qui concernait une décision ne comportant pas d'obligations d'information².

Dans son projet de communiqué de procédure relatif aux engagements soumis à consultation publique le 1^{er} février 2008, le Conseil de la concurrence envisage l'instauration d'une procédure de contrôle des engagements souscrits en application de l'article L. 464-2 I du Code de commerce, sous la responsabilité des services d'instruction du Conseil.

Ceci soulève un problème général de cohérence dans l'organisation des contrôles et nécessite de clarifier la question de la répartition des attributions devant incomber au Conseil de la concurrence et à la DGCCRF dans ce domaine.

À l'instar du transfert des compétences en matière de liquidation des amendes, il pourrait être proposé au Conseil de reprendre officiellement à sa charge le suivi des engagements et le contrôle de l'application des injonctions.

Pour la ministre et par délégation,
Le directeur général de la concurrence,
de la consommation et de la répression des fraudes,
 Bruno PARENT

1. Cf. décisions 07-D-21 du 26 juin 2007 relative au secteur de la location-entretien du linge et 07-D-30 du 5 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF.

2. Cf. décision 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien des machines d'affranchissement.

111 Textes

Textes

Code de commerce (partie législative).....	387
Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence.....	387
Livre IX – Dispositions relatives à l’outre-mer.....	425
Articles de l’ordonnance n° 86-1243 n’ayant pas été abrogés.....	431
Code de commerce (partie réglementaire).....	432
Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence.....	432
Livre IX – Dispositions relatives à l’outre-mer.....	455
Article du décret du 30 avril 2002 n° 2002-689 n’ayant pas été abrogé.....	465
Règlement (CE) n° 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	466
Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français.....	495
Communiqué de procédure du 3 avril 2008 relatif aux engagements en matière de concurrence.....	506

■ Code de commerce (partie législative)

1 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 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence.

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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 66 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 40 *Journal officiel* du 3 août 2005)

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 en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

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 n° 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

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 45 *Journal officiel* du 3 août 2005)

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 et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public.

Article L. 420-6

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 67 *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 1^{er} 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 82 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 87 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 art. 59 *Journal officiel* du 22 juillet 2003)

(Ordonnance n° 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) n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 88 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Loi n° 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 n° 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 50 *Journal officiel* du 3 août 2005)

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 et de la création ou du maintien de l'emploi.

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 n° 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 n° 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.

394

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 n° 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 n° 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

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 51 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 56 *Journal officiel* du 3 août 2005)

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. Il comprend une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales. Il comprend également les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

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 I^{er} : De la transparence

Article L. 441-1

(Loi n° 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.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

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 1^{er} 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

(Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 art. 33 *Journal officiel* du 24 février 2005)

(Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 art. 53 III *Journal officiel* du 6 janvier 2006)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 4 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

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 rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, 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. Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 euros.

Article L. 441-3

(Loi n° 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 horsTVA 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 n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} 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

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 9 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

Les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction prévue à l'article L. 441-4 encourent une peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article 131-39 du Code pénal.

Article L. 441-6

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 II *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 1^{er} janvier 2002)

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 41 *Journal officiel* du 3 août 2005)

(Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 art. 26 *Journal officiel* du 6 janvier 2006)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 7 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services, et notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution.

Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestation de services d'une même catégorie. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, par ailleurs, convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestation de services des conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication.

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.

Contrairement aux dispositions de l'alinéa précédent, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

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.

Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et neuvième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du dixième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa.

Article L. 441-7

(Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 III *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

(inséré par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 42 *Journal officiel* du 3 août 2005)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 2 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

I. Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services fixe :

1° – Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;

2° – Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

3° – Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux visés aux alinéas précédents.

Cette convention, établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation, ainsi que sa rémunération et, s'agissant des services visés au 2°, les produits ou services auxquels ils se rapportent.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention ou ce contrat est signé dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Les présentes dispositions ne sont pas applicables aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

II. Est puni d'une amende de 75 000 euros le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I.

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence

Article L. 442-1

(Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 13 IV 2° *Journal officiel* du 12 décembre 2001)

(Loi n° 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 biens 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. »

✚. 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.

Sur 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 n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002*)

(*Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 47 I Journal officiel du 3 août 2005*)

(*Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 1 Journal officiel du 4 janvier 2008*)

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. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

Article L. 442-3

(*Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 9 Journal officiel du 4 janvier 2008*)

Les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction prévue à l'article L. 442-2 encourent la peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du Code pénal.

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

(Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 164 I *Journal officiel* du 27 juillet 2005 en vigueur le 1^{er} janvier 2006 sous réserve art. 190)

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. 653-5 et du 1 de l'article L. 654-2.

Article L. 442-5

(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 56 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 48, art. 49 *Journal officiel* du 3 août 2005)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 8 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

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. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d’affaires ou en une demande d’alignement sur les conditions commerciales obtenues par d’autres clients ;

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, notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l’inexécution d’engagements contractuels. Le fait de lier l’exposition à la vente de plus d’un produit à l’octroi d’un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d’achat dès lors qu’il conduit à entraver l’accès des produits similaires aux points de vente ;

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. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d’une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l’application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d’au moins un an dans les autres cas ;

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'écarter au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6 ;

8° – De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

9° – De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle.

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 préalable 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. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

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 n° 2005-157 du 23 février 2005 art. 34 | *Journal officiel* du 24 février 2005)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 5 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

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.

Engage également la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits. Les conditions définissant la situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ainsi que la liste des produits concernés sont fixées par décret.

Le III et le IV de l'article L. 442-6 sont applicables à l'action prévue par le présent article.

Article L. 442-10

(inséré par loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 51 *Journal officiel* du 3 août 2005)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 6 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

I. Est nul le contrat par lequel un fournisseur s'engage envers tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, lorsque l'une au moins des règles suivantes n'a pas été respectée :

1° – Préalablement aux enchères, l'acheteur ou la personne qui les organise pour son compte communique de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection détaillés ainsi que les règles selon lesquelles les enchères vont se dérouler ;

2° – À l'issue de la période d'enchères, l'identité du candidat retenu est révélée au candidat qui, ayant participé à l'enchère, en fait la demande. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

II. L'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte effectue un enregistrement du déroulement des enchères qu'il conserve pendant un an. Il est présenté s'il est procédé à une enquête dans les conditions prévues au titre V du présent livre.

III. Les enchères à distance inversées organisées par l'acheteur ou par son représentant sont interdites pour les produits agricoles figurant sur une liste établie par décret, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.

IV. Le fait de ne pas respecter les dispositions des I à III engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé. Les dispositions des III et IV de l'article L. 442-6 sont applicables aux opérations visées aux I à III du présent article.

Chapitre III : Autres pratiques prohibées**Article L. 443-1**

(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002)

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 10 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

À 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 ou de décisions interprofessionnelles prises en application de la loi du 12 avril 1941 portant création d'un comité interprofessionnel du vin de Champagne pour ce qui concerne les délais de paiement, à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même code.

Article L. 443-2

(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002)

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 52 *Journal officiel* du 3 août 2005)

I. Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'opérer la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services, soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance :

- 1° – En diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses ;
 - 2° – En introduisant sur le marché ou en sollicitant soit des offres destinées à troubler les cours, soit des sur-offres ou sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services ;
 - 3° – Ou en utilisant tout autre moyen frauduleux.
- La tentative est punie des mêmes peines.

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 encourrent 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

(Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 art. 9 *Journal officiel* du 4 janvier 2008)

Les personnes morales déclarées pénalement responsables des infractions prévues aux I et II de l'article L. 443-2 encourrent les peines mentionnées aux 2° à 6° et 9° de l'article 131-39 du Code pénal.

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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 81 I *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 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 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, 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 77 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 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.

410

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 n° 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 n° 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 n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} 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

412

Chapitre I^{er} : 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 65 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Loi n° 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 74 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 83 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Ordonnance n° 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.

416

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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 68 I et II *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Ordonnance n° 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 70 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
 (Ordonnance n° 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 n° 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 n° 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 73 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 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 n° 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 n° 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 n° 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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 75 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 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 n° 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 influencer 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. 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 ministre chargé de l'économie veille à leur exécution.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant, contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant sa notification.

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

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 53 *Journal officiel* du 3 août 2005)

En cas de condamnation au titre d'un délit prévu au titre IV du présent livre, 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. 470-4-1

(Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 44 *Journal officiel* du 3 août 2005)
 (Ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 art. 1 I *Journal officiel*
 du 2 septembre 2005)

Pour les délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue et pour les contraventions prévues au présent livre, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République, selon les modalités fixées par décret en Conseil d'État.

L'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction est interruptif de la prescription de l'action publique.

L'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

Article L. 470-4-2

(inséré par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 46 *Journal officiel*
 du 3 août 2005)

I. La composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale est applicable aux personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes. Seule la mesure prévue par le 1° de l'article 41-2 du même code est applicable à ces personnes.

II. Pour les délits mentionnés au I, le procureur de la République peut proposer la composition pénale à l'auteur des faits par l'intermédiaire d'un fonctionnaire mentionné au quatrième alinéa de l'article L. 450-1 du présent code.

Article L. 470-4-3

(inséré par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 art. 55 *Journal Officiel*
 du 3 août 2005)

Pour les délits prévus au titre IV du présent livre pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, vaut citation à personne la convocation en justice notifiée au prévenu, sur instruction du procureur de la République, par un fonctionnaire mentionné au quatrième alinéa de l'article L. 450-1.

Les dispositions de l'article 390-1 du Code de procédure pénale sont applicables à la convocation ainsi notifiée.

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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 84 *Journal officiel* du 16 mai 2001)

(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 14 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

(Loi n° 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) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, et par le règlement du Conseil n° 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.

I Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer**Titre I^{er}. Dispositions spécifiques à Saint-Pierre-et-Miquelon****Article L. 910-1**

(Ordonnance n° 2004-328 du 15 avril 2004 art. 8 *Journal officiel* du 17 avril 2004)

(Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 78 XIX *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

(Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 art. 11 III *Journal officiel* du 27 juillet 2005)

(Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 art. 9 1° *Journal officiel* du 9 juin 2006)

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 n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 art. 38 II *Journal officiel* du 2 août 2003)

(Ordonnance n° 2005-43 du 20 janvier 2005 art. 3 II *Journal officiel* du 22 janvier 2005 en vigueur le 1^{er} février 2005)

(Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 art. 11 III *Journal officiel* du 27 juillet 2005)

(Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 art. 9 2° *Journal officiel* du 9 juin 2006)

(Loi n° 2007-224 du 21 février 2007 art 20 I *Journal officiel* du 22 février 2007)

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 n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *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 n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *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 n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *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)

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 n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 art. 38 II *Journal officiel* du 2 août 2003)

(Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 art. 53 II 2° *Journal officiel* du 12 février 2004)

(Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 art. 49 V *Journal officiel* du 27 mars 2004)

(Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 art. 11 III *Journal officiel* du 27 juillet 2005)

(Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 196 II *Journal officiel* du 27 juillet 2005 en vigueur le 1^{er} janvier 2006 sous réserve art. 190)

(Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 art. 9 7° *Journal officiel* du 9 juin 2006)

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 n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2° *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 n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2° *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 Déclaration 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 Déclaration 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. – **A** 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. – **A** 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 »

Articles de l'ordonnance n° 86-1243 n'ayant pas été abrogés

Article 58

(modifié par Ordonnance n° 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 n° 45-1483 du 30 juin 1945, les prix des secteurs et des zones visés au deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la présente ordonnance et énumérés au décret prévu à l'article suivant.

Les dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 demeurent en vigueur pour la réglementation du papier de presse.

Code de commerce (partie réglementaire)

I Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence

Titre I^{er} : Dispositions générales

Le présent titre ne comprend pas de dispositions réglementaires

Titre II : Des pratiques anticoncurrentielles

432

Article R. 420-1

Les accords présentés au ministre chargé de l'Économie, en application du II de l'article L. 420-4, sont accompagnés des informations suivantes :

- 1° – L'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ;
- 2° – Les objectifs fixés par l'accord ;
- 3° – La délimitation du marché concerné par l'accord ;
- 4° – Les produits, biens ou services concernés ;
- 5° – Les produits, biens ou services substituables ;
- 6° – Les parts de marché détenues par chaque partie à l'accord (en volume et en chiffre d'affaires) ;
- 7° – 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.

Article R. 420-2

Un mois avant leur transmission au Conseil de la concurrence, les projets de décret prévus au II de l'article L. 420-4 doivent faire l'objet d'une publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. Les observations éventuelles des personnes intéressées, recueillies dans ce délai, sont communiquées au Conseil de la concurrence.

Article R. 420-3

Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément aux tableaux de l'annexe 4-2 du présent livre.

Article R. 420-4

Pour l'application de l'article L. 420-7, la liste des tribunaux de grande instance compétents en métropole et dans les départements d'outre-mer est fixée conformément aux tableaux de l'annexe 4-1 du présent livre.

Article R. 420-5

Pour l'application de la deuxième phrase de l'article L. 420-7, la cour d'appel de Paris est compétente.

Titre III : De la concentration économique**Article R. 430-1**

Pour l'application de l'article L. 430-2, le chiffre d'affaires est calculé selon les modalités définies par l'article 5 du règlement du Conseil (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Article R. 430-2

Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre. 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 les annexes susmentionnées, 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 R. 430-3

Si la Commission européenne décide, en application de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 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 R. 430-4

Le communiqué prévu au troisième alinéa de l'article L. 430-3 contient notamment les éléments suivants :

- 1° – Les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
- 2° – La nature de l'opération ;
- 3° – Les secteurs économiques concernés ;
- 4° – Les éléments renvoyés, dans le cas d'un renvoi partiel d'une opération de dimension communautaire par la Commission européenne ;
- 5° – Le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations ;
- 6° – Le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties.

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 chargé de l'Économie est informé de la décision de renvoi de la Commission européenne.

Article R. 430-5

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, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision du ministre chargé de l'Économie ne fait pas obstacle au transfert desdits titres.

Article R. 430-6

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, le ministre chargé de l'Économie en rend public le sens dans les cinq jours ouvrables suivant la décision.

Article R. 430-7

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 chargé de l'Économie les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires.

Article R. 430-8

En application de l'article L. 430-10, 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 R. 430-9

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 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 de la décision du Conseil d'État.

Article R. 430-10

Les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article L. 430-8 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 20 000 euros par jour de retard.

Titre IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

Article D. 440-1

La commission d'examen des pratiques commerciales instituée par l'article L. 440-1 est placée auprès du ministre chargé de l'Économie.

Article D. 440-2

La commission d'examen des pratiques commerciales est composée d'un député et d'un sénateur ainsi que de 23 membres titulaires et quatorze membres suppléants nommés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Économie et du ministre chargé du Commerce :

- 1° – Trois membres issus des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire, parmi lesquels est nommé le président de la commission ;
- 2° – Sept membres représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs, ou leurs suppléants ;
- 3° – Sept membres représentant les grossistes et distributeurs, choisis au sein des organisations professionnelles ou des entreprises, ou leurs suppléants ;
- 4° – Deux personnalités qualifiées en matière de problèmes relatifs aux relations industrie-commerce ;
- 5° – Quatre représentants de l'administration : le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, le directeur général de l'industrie, des technologies de l'information et des postes au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, ou leurs représentants, et le directeur général des politiques économique, européenne et internationale au ministère de l'Agriculture et de la Pêche, ou son représentant.

Les membres suppléants ne siègent qu'en l'absence des membres titulaires.

Les membres mentionnés aux 1° à 4° sont nommés pour trois ans. Leur mandat est renouvelable une fois pour la même durée.

Article D. 440-3

La nomination de magistrats de l'ordre administratif et judiciaire, au sein de la commission d'examen des pratiques commerciales, est respectivement faite sur proposition du vice-président du Conseil d'État et du garde des Sceaux, ministre de la Justice.

Article D. 440-4

La commission d'examen des pratiques commerciales lorsqu'elle examine un domaine d'activité particulier peut appeler à siéger avec voix consultative un représentant des fournisseurs et un représentant des distributeurs du domaine d'activité considéré.

Article D. 440-5

Les chambres d'examen mises en place au sein de la commission d'examen des pratiques commerciales sont présidées par un magistrat et comprennent un nombre égal de représentants des producteurs et des distributeurs.

Article D. 440-6

Le président de la commission d'examen des pratiques commerciales peut désigner un ou plusieurs rapporteurs en raison de leur compétence.

Le secrétariat de la commission est assuré par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Article D. 440-7

La commission d'examen des pratiques commerciales établit un règlement intérieur qui fixe ses modalités de fonctionnement.

Ce règlement est approuvé par le ministre chargé de l'Économie.

Article D. 440-8

La commission d'examen des pratiques commerciales peut décider de publier des avis avec l'accord de l'auteur de la demande.

Article D. 440-9

Les séances de la commission d'examen des pratiques commerciales ne sont pas publiques.

Les enquêteurs mentionnés au sixième alinéa de l'article L. 440-1 peuvent assister aux séances de la commission lorsque sont examinées les questions à l'instruction desquelles ils ont, à la demande de la commission, apporté leur concours.

Article D. 440-10

La commission d'examen des pratiques commerciales ne peut valablement délibérer qu'en présence de la moitié de ses membres plus un.

Article D. 440-11

Le président veille à assurer l'anonymat de tous documents, rapports d'enquête et informations recueillis avant leur communication à la commission d'examen des pratiques commerciales.

À cette fin, le secrétariat de la commission supprime toute mention nominative ou, le cas échéant, retire les pièces rendant identifiable une personne ou une entreprise.

Article D. 440-12

Les avis et recommandations de la commission d'examen des pratiques commerciales et des chambres appelées à se prononcer sont adoptés à la majorité de leurs membres présents; en cas de partage des voix, le président a voix prépondérante.

Article D. 440-13

Les crédits nécessaires à la commission d'examen des pratiques commerciales pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au budget du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Chapitre I^{er} : De la transparence**Article R. 441-1**

Les infractions aux dispositions des arrêtés pris en application du deuxième alinéa de l'article L. 441-2 sont punies de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe.

La contravention commise en cas de récidive est punie de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive.

Article D. 441-2

Les produits agricoles auxquels s'appliquent les dispositions de l'article L. 441-2-1 sont les suivants :

- fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur;
- viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins;
- œufs;
- miels.

Article R. 441-3

Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 441-3, les originaux ou les copies des factures sont conservés pendant un délai de trois ans à compter de la vente ou de la prestation de service.

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence

Article R. 442-1

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 et les voies de recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat ou un avoué.

Article R. 442-2

Les infractions aux dispositions des articles L. 442-7 et L. 442-8 sont punies de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe.

La contravention commise en cas de récidive est punie de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive.

Chapitre III : Autres pratiques prohibées

Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions réglementaires.

Titre V : Des pouvoirs d'enquête

438

Article R. 450-1

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-2 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.

Dans le cas prévu à l'article L. 450-1 où les enquêteurs sont assistés d'un agent d'une autorité de concurrence d'un autre État membre de la Communauté européenne, les procès-verbaux en font mention. Ils indiquent l'identité de cet agent et la date de la décision l'autorisant à assister les enquêteurs.

Article R. 450-2

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 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'occupant 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 demande d'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.

Titre VI : Du Conseil de la concurrence

Chapitre I^{er} : De l'organisation

Article R. 461-1

Le président du Conseil de la concurrence peut, dans les cas prévus par le livre IV, 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.

À l'occasion de la procédure de recours devant la cour d'appel de Paris contre ses décisions, le Conseil de la concurrence est représenté par son président ou la personne que ce dernier désigne à cet effet.

Article R. 461-2

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 les articles R. 1617-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Article R. 461-3

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 catégorie A et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A. 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 conformément au présent titre.

En cas de vacance du poste de rapporteur général, le président désigne l'un des rapporteurs généraux adjoints pour assurer l'intérim.

Article R. 461-4

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 R. 461-5

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 R. 461-6

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 R. 461-7

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. 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 R. 461-8

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.

Chapitre II : Des attributions

Article R. 462-1

Les avis rendus en application des articles L. 410-2 et L. 462-2 sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent.

Les avis rendus en application de l'article L. 462-1 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 R. 462-2

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.

Article R. 462-3

La procédure contradictoire prévue à l'article L. 462-3 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 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. 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 R. 462-4

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 et les avis rendus en application du titre III du livre IV sont annexés à ce rapport.

Chapitre III : De la procédure

Section 1 : De la saisine

Article R. 463-1

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 R. 463-2

La production de mémoires, pièces justificatives ou observations effectuée devant le Conseil de la concurrence sous la signature et sous le timbre d'un avocat emporte éléction de domicile au cabinet de l'avocat ou au siège de la société d'avocats.

Section 2 : De l'instruction

Article R. 463-3

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'instruction 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 R. 463-4

En application de l'article L. 450-6, le rapporteur général confie l'instruction d'une affaire à un ou plusieurs rapporteurs qu'il désigne. Il peut, en cours d'instruction, modifier cette désignation et confier l'affaire à un nouveau rapporteur.

Article R. 463-5

Lorsque le rapporteur juge utile, pour l'instruction des saisines mentionnées à l'article L. 462-5 et des demandes de mesures conservatoires prévues à l'article L. 464-1 dont il a la charge, et notamment en cas d'urgence, de demander à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes 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.

Article R. 463-6

Les auditions auxquelles procède 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 R. 463-7

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 R. 463-8

Pour l'application de l'article L. 464-1 et des premier et deuxième alinéas de l'article L. 462-8, 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 R. 463-9

Le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre 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 R. 463-10

Le rapporteur général peut à tout moment de la procédure demander aux entreprises mises en cause de communiquer au rapporteur dans le délai de deux mois leur numéro unique d'identification 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. La lettre de transmission mentionne que ces informations sont communiquées par le rapporteur général au commissaire du Gouvernement.

Section 3 : De la notification des griefs et du rapport

Article R. 463-11

Pour l'application de l'article L. 463-2, 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 R. 463-12

Lorsque le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui décide, en application de l'article L. 463-3, 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.

Section 4 : Du secret des affaires

Article R. 463-13

Pour l'application de l'article L. 463-4, lorsqu'une personne se prévaut du secret des affaires, elle signale par lettre, à l'occasion de leur communication au Conseil de la concurrence, les informations, documents ou parties de documents regardés par elle comme mettant en jeu le secret des affaires et demande, pour des motifs qu'elle précise pour chacun d'entre eux, leur classement en annexe confidentielle. Elle fournit séparément une version non confidentielle de ces documents ainsi qu'un résumé des éléments dont elle demande le classement. Le cas échéant, elle désigne les entreprises à l'égard desquelles le secret des affaires serait susceptible de s'appliquer.

Lorsque les informations, documents ou parties de documents susceptibles de mettre en jeu le secret des affaires ne sont pas communiqués au Conseil de la concurrence par la personne susceptible de se prévaloir de ce secret et que celle-ci n'a pas formé de demande de classement, le rapporteur général l'invite à présenter, si elle le souhaite, dans un délai qu'il fixe, une demande de classement en annexe confidentielle conformément aux prescriptions du premier alinéa.

Article R. 463-14

Les informations, documents ou parties de documents pour lesquels une demande de classement n'a pas été présentée sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires.

Le président du Conseil de la concurrence ou le vice-président délégué donne acte à la personne concernée du classement en annexe confidentielle des informations, documents ou partie de documents regardés par elle comme mettant en jeu le secret des affaires. Il peut refuser le classement en tout ou en partie si la demande n'a pas été présentée conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article R. 463-13, ou l'a été au-delà des délais impartis par le rapporteur général, ou si elle est manifestement infondée. La version non confidentielle des documents et leur résumé sont versés au dossier.

Article R. 463-15

Lorsque le rapporteur considère qu'une pièce classée en annexe confidentielle est nécessaire à la procédure, il en informe par lettre recommandée

avec demande d'avis de réception la personne qui en a demandé le classement. Si cette personne s'oppose, dans le délai qui lui a été imparti par le rapporteur, à ce que la pièce soit utilisée dans la procédure, elle saisit le président du Conseil de la concurrence. Si celui-ci ou le vice-président délégué donne suite à son opposition, la pièce est maintenue dans l'annexe confidentielle. Dans le cas contraire, il autorise l'utilisation de la pièce par le rapporteur et sa communication à la ou aux parties mises en cause, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Lorsqu'une partie mise en cause considère qu'une pièce classée en annexe confidentielle est nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander la communication ou la consultation en présentant une requête motivée au rapporteur. Le rapporteur informe la personne qui a demandé le classement de cette pièce par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si cette dernière s'oppose, dans le délai qui lui a été imparti par le rapporteur, à ce que la pièce soit communiquée à la partie qui en fait la demande, elle saisit le président du Conseil de la concurrence. Si celui-ci ou le vice-président délégué donne suite à son opposition, la pièce est maintenue dans l'annexe confidentielle. Dans le cas contraire, il autorise la communication ou la consultation de la pièce à la partie qui en a fait la demande ainsi que, le cas échéant, aux autres parties mises en cause pour lesquelles la pièce est nécessaire à l'exercice de leurs droits, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Section 5 : De l'expertise

Article R. 463-16

Lorsqu'en application de l'article L. 463-8 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 des voies de recours

Section 1 : Des décisions

Article R. 464-1

La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 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 R. 464-2

Lorsque le Conseil de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque le conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par le Conseil de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance.

Article R. 464-3

Pour l'application des dispositions relatives à la liquidation de l'astreinte prévues au II de l'article L. 464-2, le Conseil de la concurrence se prononce après sa saisine dans les conditions prévues à l'article L. 462-5. Sa décision est précédée de l'établissement d'un rapport évaluant le montant définitif de l'astreinte. Ce rapport est adressé aux parties et au commissaire du Gouvernement, qui disposent d'un délai d'un mois pour présenter leurs observations écrites. Les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent également présenter des observations orales lors de la séance.

Article R. 464-4

Lorsque le rapporteur général propose au Conseil de la concurrence de faire application des dispositions du III de l'article L. 464-2, 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 R. 464-5

L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 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 Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes 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 de 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 IV de l'article L. 464-2 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 R. 464-6

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.

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 R. 464-7

Pour l'application de l'article L. 464-6, 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 R. 464-8

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées :

1° – Pour les décisions mentionnées à l'article L. 464-1, 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, à l'auteur de la saisine et au ministre chargé de l'Économie ;

3° – Pour les décisions mentionnées à l'article L. 464-6, 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 ainsi que, le cas échéant, des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne 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, aux personnes destinataires de la notification de griefs ou du rapport ainsi qu'aux entreprises ou organismes ayant souscrit des engagements et au ministre chargé de l'Économie.

Article R. 464-9

Pour l'application de l'article L. 464-3, le Conseil de la concurrence se prononce après avoir été saisi dans les conditions prévues par l'article L. 462-5. 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.

Section 2 : Des recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence

Article R. 464-10

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 de la présente section.

Article R. 464-11

Le Conseil de la concurrence n'est pas partie à l'instance.

Sous-section 1 : Des recours prévus à l'article L. 464-8

Article R. 464-12

Les recours prévus à l'article L. 464-8 sont formés par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel de Paris contenant, à peine de nullité :

1° – 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 R. 464-26 ;

2° – L'objet du recours.

Lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence.

Article R. 464-13

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 informe sans délai le greffe de la cour de tout changement de domicile.

Article R. 464-14

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration, le demandeur au recours doit, à peine d'irrecevabilité de ce dernier, prononcée d'office, 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 R. 464-30.

Article R. 464-15

Dès l'enregistrement du recours, le greffe de la cour d'appel notifie une copie de la déclaration mentionnée à l'article R. 464-12 et des pièces qui y sont jointes 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 à l'article L. 463-2.

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 R. 464-16, R. 464-17 et R. 464-19.

Article R. 464-16

Un recours incident peut être formé alors même que son auteur serait forclo pour exercer un recours à titre principal. Dans ce dernier cas, le recours n'est toutefois pas recevable s'il est formé plus d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14 ou si le recours principal n'est pas lui-même recevable.

Le recours incident est formé selon les modalités prévues à l'article R. 464-12. Il est dénoncé, dans les conditions prévues à l'article R. 464-14, aux demandeurs au recours à titre principal.

Article R. 464-17

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 R. 464-12 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article R. 464-14. 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 R. 464-18

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 les délais dans lesquels le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, peuvent produire des observations écrites. Il fixe également la date des débats.

Le greffe notifie ces délais aux parties, au Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, et les

convoque à l'audience prévue pour les débats par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les observations présentées par le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, sont portées par le greffe à la connaissance des parties à l'instance.

Article R. 464-19

Le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, peuvent présenter des observations orales à l'audience à leur demande ou à la demande du premier président ou de la cour.

Sous-section 2 : Des recours prévus à l'article L. 464-7

Article R. 464-20

Les recours prévus à l'article L. 464-7 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.

À peine d'irrecevabilité du recours prononcée d'office, l'assignation est délivrée à toutes les parties en cause devant le Conseil de la concurrence ainsi qu'au ministre chargé de l'économie.

Une copie de l'assignation est immédiatement notifiée à la diligence de l'huissier de justice au Conseil de la concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article R. 464-21

Le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, ont la faculté de présenter des observations écrites et orales. Ces dernières sont présentées à l'audience à leur demande ou à la demande du premier président ou de la cour.

Sous-section 3 : Des demandes de sursis à exécution

Article R. 464-22

Les demandes de sursis à exécution prévues à l'article L. 464-8 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 R. 464-23

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 R. 464-24

À peine d'irrecevabilité de la demande prononcée d'office, l'assignation est délivrée à toutes les parties en cause devant le Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie. Une copie de l'assignation est immédiatement notifiée à la diligence de l'huissier de justice au Conseil de la concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Sous-section 4 : Dispositions communes aux différentes demandes

452

Article R. 464-25

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 R. 464-26

Devant la cour d'appel ou son premier président, la représentation et l'assistance des parties et du Conseil de la concurrence s'exercent dans les conditions prévues par l'article 931 du Nouveau Code de procédure civile.

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 R. 464-27

Le ministère public peut prendre communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir.

Article R. 464-28

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 et au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance.

Elles sont portées à la connaissance du Conseil de la concurrence par lettre simple à l'initiative du greffe.

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*.

Article R. 464-29

Les décisions prises par le président du Conseil de la concurrence en application de l'article L. 463-4 ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision du conseil sur le fond.

Article R. 464-30

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 indique 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 R. 464-31

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 du présent chapitre.

Titre VII : Dispositions diverses

Article R. 470-1

Lorsque le ministre chargé de l'Économie intervient sur le fondement de l'article L. 470-5, il est dispensé de représentation par un avocat ou un avoué.

Article R. 470-2

Pour l'application du 2 de l'article 15 du règlement (CE) n° 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 instituant la Communauté européenne, les décisions de justice qui statuent sur le fondement des articles 81 et 82 de ce traité sont notifiées par le greffe de la juridiction à la Commission européenne, au Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie, par lettre recommandée avec accusé de réception. Il est fait mention de cette notification dans le dispositif de la décision.

Article R. 470-3

Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Commission européenne en application des dispositions du 1 de l'article 15 du règlement (CE) n° 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 instituant la Communauté européenne, il en avise les parties. À moins qu'elles n'aient déjà conclu sur ce point, il les invite à produire des observations dans un délai qu'il fixe.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut solliciter l'avis de la Commission européenne par une décision non susceptible de recours. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe.

La décision sollicitant l'avis, ainsi que les observations éventuelles, est adressée à la Commission européenne par le greffe de la juridiction. Cette décision, ainsi que la date de transmission du dossier, est notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Dès la réception de l'avis par la juridiction, celui-ci est notifié par le greffe aux parties qui peuvent présenter des observations.

Article R. 470-4

Lorsque le juge envisage de demander à la Commission européenne des informations en application des dispositions du 1 de l'article 15 du règlement (CE) n° 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 instituant la Communauté européenne, il en avise les parties.

Il notifie la réponse de la Commission européenne aux parties qui peuvent présenter des observations.

Article R. 470-5

L'autorité administrative, au sens de l'article L. 470-4-1, est, au sein de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur régional ou le chef d'unité départementale territorialement compétents.

Article R. 470-6

L'autorité administrative mentionnée à l'article R. 470-5 transmet la proposition de transaction au procureur de la République dans un délai de trois mois à compter de la clôture du procès-verbal de constatation de l'infraction. Cette proposition précise la somme que l'auteur de l'infraction sera invité à payer au Trésor public, le délai imparti pour son paiement et, s'il y a lieu, les autres obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

Article R. 470-7

Lorsque le procureur de la République a donné son accord sur la proposition de transaction, le chef de service notifie cette dernière en double exemplaire à l'auteur de l'infraction. Cette notification comporte une mention précisant que si la personne ne paie pas, dans le délai imparti, la somme indiquée dans la proposition ou qu'elle ne satisfait pas aux autres obligations le cas échéant souscrites par elle, le procureur de la République décidera, sauf élément nouveau, d'engager les poursuites à son égard.

L'auteur de l'infraction dispose d'un mois, à compter de cette notification, pour y répondre. En cas d'acceptation, l'auteur de l'infraction retourne à l'autorité administrative un exemplaire signé de la proposition.

Dans l'hypothèse où, au terme du délai mentionné à l'alinéa ci-dessus, l'auteur de l'infraction a refusé la proposition ou n'y a pas répondu, l'autorité

administrative en informe sans délai le procureur de la République. Ce dernier est également informé par l'autorité administrative du cas où l'auteur de l'infraction n'aurait pas acquitté la somme indiquée dans la proposition, au terme du délai imparti, ou n'aurait pas satisfait aux autres obligations le cas échéant souscrites par lui.

1 Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer

Titre I : Dispositions spécifiques à Saint-Pierre-et-Miquelon

Article R. 910-1

Ne sont pas applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon les dispositions suivantes :

.....

3° – Les articles R. 470-2 à R. 470-7.

Article R. 910-2

Pour l'application du présent Code à Saint-Pierre-et-Miquelon, les termes énumérés ci-après sont remplacés comme suit :

1° – « *Tribunal de grande instance* » ou « *tribunal d'instance* » par « *tribunal de première instance* » ;

2° – « *Cour d'appel* » par « *tribunal supérieur d'appel* » ;

3° – « *Tribunal de commerce* » ou « *justice consulaire* » par « *tribunal de première instance statuant en matière commerciale* » ;

4° – « *Premier président de la cour d'appel* » par « *président du tribunal supérieur d'appel* » ;

5° – « *Procureur de la République* » et « *procureur général* » par « *procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel* » ;

6° – « *Département* » ou « *arrondissement* » par « *collectivité territoriale* » ;

7° – « *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* » par « *Recueil des actes administratifs de la collectivité territoriale* » ;

8° – « *Préfet du département* » par « *préfet de la collectivité* » ;

9° – « *Chambre de commerce et d'industrie* » par « *chambre d'agriculture, de commerce, d'industrie et des métiers* ».

.....

Article R. 910-4

Les références faites, par des dispositions du présent Code applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon, à d'autres articles du présent Code, ne concernent que les articles rendus applicables dans la collectivité avec les adaptations prévues dans les chapitres ci-dessous.

Article R. 910-5

En l’absence d’adaptation, les références faites par des dispositions du présent Code applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon, à des dispositions qui n’y sont pas applicables, sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet applicables localement.

Article R. 910-6

Les articles faisant référence à la Communauté européenne sont applicables dans le respect de la décision d’association prévue à l’article 187 du traité instituant la Communauté européenne. Les références à l’accord sur l’Espace économique européen ne sont pas applicables.

Chapitre IV : Dispositions d’adaptation du livre IV

Article R. 914-1

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 sont ainsi rédigés : *« Pour l’application de l’article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions compétentes dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon sont fixés conformément aux tableaux de l’annexe 9-4 et 9-5 du présent livre. »*

Titre II : Dispositions applicables à Mayotte

Article R. 920-1

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du Code sont applicables à Mayotte :

.....

4° Le livre IV, à l’exception des articles R. 463-16, R. 470-2 à R. 470-7.

Article R. 920-2

Pour l’application du présent Code à Mayotte, les termes énumérés ci-après sont remplacés comme suit :

- 1° – « Tribunal de grande instance » ou « tribunal d’instance » par « tribunal de première instance » ;
- 2° – « Tribunal de commerce » ou « justice consulaire » par « tribunal de première instance statuant en matière commerciale » ;
- 3° – « Cour d’appel » par « tribunal supérieur d’appel » ;
- 4° – « Premier président de la cour d’appel » par « président du tribunal supérieur d’appel » ;
- 5° – « Procureur général » par « procureur de la République près le tribunal supérieur d’appel » ;
- 6° – « Procureur de la République » par « procureur de la République près le tribunal de première instance » ;
- 7° – « Département » ou « arrondissement » par « Mayotte » ;
- 8° – « Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales » par « Recueil des actes administratifs de Mayotte » ;

- 9° – « *Préfet* » ou « *sous-préfet* » par « *représentant de l'État à Mayotte* » ;
- 10° – « *Chambre de commerce et d'industrie* » par « *chambre de commerce et d'industrie de Mayotte* » ;
- 11° – « *Chambre d'agriculture* » par « *chambre d'agriculture, de la pêche, et de l'aquaculture de Mayotte* » ;
- 12° – « *Chambre des métiers et de l'artisanat* » par « *chambre de métiers et de l'artisanat de Mayotte* ».

Article R. 920-4

Les références faites, par des dispositions du présent Code applicables à Mayotte, à d'autres articles du présent Code, ne concernent que les articles rendus applicables à Mayotte avec les adaptations prévues dans les chapitres ci-dessous.

Article R. 920-5

En l'absence d'adaptation, les références faites par des dispositions du présent Code applicables à Mayotte à des dispositions qui n'y sont pas applicables, sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet applicables localement.

Article R. 920-7

Les articles faisant référence à la Communauté européenne sont applicables dans le respect de la décision d'association prévue à l'article 187 du traité instituant la Communauté européenne. Les références à l'accord sur l'Espace économique européen ne sont pas applicables.

Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article R. 924-1

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 sont ainsi rédigés :

« Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions compétentes à Mayotte sont fixés conformément aux tableaux des annexes 9-4 et 9-5 du présent livre. »

Titre III : Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre IV : Dispositions applicables en Polynésie française

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre V : Dispositions applicables dans les îles Wallis-et-Futuna

Article R. 950-1

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du Code sont applicables dans les îles Wallis-et-Futuna :

.....
4° – Le livre IV, à l’exception des articles R. 463-16, R. 464-2 à R. 464-5, R. 470-2 à R. 470-7.

Article R. 950-2

Pour l’application du présent Code dans les îles Wallis-et-Futuna, les termes énumérés ci-après sont remplacés comme suit :

- 1° – « *Tribunal de grande instance* » ou « *tribunal d’instance* » par « *tribunal de première instance* » ;
- 2° – « *Tribunal de commerce* » ou « *justice consulaire* » par « *tribunal de première instance statuant en matière commerciale* » ;
- 3° – « *Conseil de prud’hommes* » par « *tribunal du travail* » ;
- 4° – « *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* » par « *Journal officiel du territoire* » ;
- 5° – « *Département* » ou « *arrondissement* » par « *territoire* » ;
- 6° – « *Préfet* » ou « *sous-préfet* » par « *représentant de l’État dans le territoire* » ;
- 7° – « *Maire* » par « *chef de circonscription* » ;
- 8° – « *Chambre régionale des comptes* » par « *chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie* ».

Article R. 950-3

Les références faites, par des dispositions du présent Code applicables dans les îles Wallis-et-Futuna, à d’autres articles du présent Code, ne concernent que les articles rendus applicables dans les îles Wallis-et-Futuna avec les adaptations prévues dans les chapitres ci-dessous.

Article R. 950-4

En l’absence d’adaptation, les références faites par des dispositions du présent Code applicables dans les îles Wallis-et-Futuna, à des dispositions qui n’y sont pas applicables, sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet applicables localement.

.....

Article R. 950-7

Les articles faisant référence à la Communauté européenne sont applicables dans le respect de la décision d’association prévue à l’article 187 du traité instituant la Communauté européenne. Les références à l’accord sur l’Espace économique européen ne sont pas applicables.

Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article R. 954-1

Les articles R. 420-3 et R. 420-4 sont ainsi rédigés : « Pour l'application de l'article L. 420-7, le siège et le ressort des juridictions compétentes à Wallis-et-Futuna sont fixés conformément aux tableaux des annexes 9-2 et 9-3 du présent livre. »

Annexe 4-3

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 ;
- f) un résumé de l'opération ne contenant ni information confidentielle ni secret d'affaires, destiné à être publié sur le site internet de ministre chargé de l'Économie en application de l'article L. 430-3.

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 4-4, 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 4-5 ;
- d) la liste des opérations de concentration 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, et l'adresse électronique des responsables compétents des principaux opérateurs concurrents;
- d) l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone des principaux clients, et l'adresse électronique des responsables compétents 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, et l'adresse électronique des responsables compétents 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 présent Code :

« 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 4-4

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).

462

	Exercice N clos le :		Exercice N-1 clos le :		Exercice N-2 clos le :	
Comptes 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.....						
Disponibilités et valeurs mobilières de placement.....						
	Exercice N clos le :		Exercice N-1 clos le :		Exercice N-2 clos le :	
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 de la clôture						
Investissements et cessions						
Acquisitions d'immobilisations corporelles et incorporelles						
Acquisitions ou augmentations d'immobilisations financières						
Prix de cession des immobilisations 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 4-5

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 :	
Comptes 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						
Meur ajoutée brute						
Excédent brut d'exploitation						
Éléments du bilan	But	dt	But	dt	But	dt
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						
Investissement et cessions						
Acquisition d'immobilisations corporelles et incorporelles						
Rx de cessions des immobilisations corporelles et incorporelles cédées						
Autres renseignements						
Dépenses de recherche et développement.....						
Dépenses de publicité						
Effectifs moyens						

Annexe 4-6. Liste des autorités administratives mentionnées à l'article R. 463-9

- Autorité des marchés financiers.
- Commission nationale de l’informatique et des libertés.
- Médiateur du cinéma.
- Commission bancaire.
- Conseil supérieur de l’audiovisuel.
- Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.
- Commission de régulation de l’énergie.
- Autorité de régulation des mesures techniques.

Annexe 9-2. Juridictions compétentes dans les collectivités d’outre-mer et en Nouvelle-Calédonie pour connaître, en application de l’article L. 610-1, ou de l’article L. 621-5 dans sa version applicable en Polynésie française, des procédures applicables aux commerçants et artisans

Collectivité	Juridiction	Ressort
Mayotte	Tribunal de première instance de Mamoudzou	La collectivité territoriale
Saint-Pierre-et-Miquelon	Tribunal de première instance de Saint-Pierre	La collectivité territoriale
Nouvelle-Calédonie	Tribunal mixte de commerce de Nouméa	La collectivité territoriale
Polynésie française	Tribunal mixte de commerce de Papeete	La collectivité territoriale
Wallis-et-Futuna	Tribunal de première instance de Mata-Utu	La collectivité territoriale

Annexe 9-3. Juridictions compétentes dans les collectivités d’outre-mer et en Nouvelle-Calédonie pour connaître, en application de l’article L. 610-1, ou de l’article L. 621-5 dans sa version applicable en Polynésie française, des procédures applicables aux personnes qui ne sont ni commerçants ni artisans

Collectivité	Juridiction	Ressort
Mayotte	Tribunal de première instance de Mamoudzou	La collectivité territoriale
Saint-Pierre-et-Miquelon	Tribunal de première instance de Saint-Pierre	La collectivité territoriale
Nouvelle-Calédonie	Tribunal de première instance de Nouméa	La collectivité territoriale
Polynésie française	Tribunal de première instance de Papeete	La collectivité territoriale
Wallis-et-Futuna	Tribunal de première instance de Mata-Utu	La collectivité territoriale

Article du décret du 30 avril 2002 n° 2002-689 n'ayant pas été abrogé

Article 49

Les arrêtés mentionnés à l'article 61 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sont énumérés à l'annexe V au présent décret.

Annexe V. Liste des arrêtés mentionnés à l'article 61 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986

Arrêté n° 25-553 du 6 décembre 1968 relatif au tarif pharmaceutique national.

Arrêté n° 25-789 du 10 juillet 1970 relatif au tarif des outillages dans les ports maritimes et fluviaux.

Arrêtés n°s 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 n° 86-65-A du 18 décembre 1986 concernant les entreprises de manutention portuaire et les consignataires de navires.

Arrêté ministériel n° 76-64/P du 23 juin 1976 relatif au prix de vente au détail de certains produits pharmaceutiques.

Arrêté ministériel n° 77-63/P du 28 avril 1977 relatif aux engrais et aux produits phytosanitaires.

Arrêté ministériel n° 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 n° 76-48/P du 12 mai 1976 relatif à la détermination du prix de revient des produits importés de l'étranger ou en provenance de la métropole dans les départements d'outre-mer, en tant qu'il concerne les secteurs dont les prix demeurent réglementés.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix des produits et services de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Règlement (CE) n° 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 n° 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 n° 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.

470

18° Afin d'assurer une attribution optimale des affaires au sein du réseau, il convient de prévoir une disposition générale permettant à une autorité de concurrence de suspendre ou de clôturer une affaire au motif qu'une autre autorité traite ou a traité la même affaire, l'objectif étant que chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité. Cette disposition ne doit pas faire obstacle à la possibilité, reconnue à la Commission par la jurisprudence de la Cour de justice, de rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire, même lorsqu'aucune autre autorité de concurrence n'a indiqué son intention de traiter l'affaire.

19° Le fonctionnement du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes institué par le règlement n° 17 s'est avéré très satisfaisant. Ce comité s'insère bien dans le nouveau système de mise en œuvre décentralisée. Il y a donc lieu de prendre comme fondement les règles établies par le règlement n° 17 tout en améliorant l'efficacité de l'organisation des travaux. À cette fin, il est utile de permettre que les avis puissent être rendus en suivant une procédure écrite. En outre, le comité consultatif doit pouvoir servir d'enceinte pour examiner les affaires qui sont traitées par les autorités de concurrence des États membres, contribuant ainsi au maintien d'une application cohérente des règles communautaires de concurrence.

20° Le comité consultatif doit être composé de représentants des autorités de concurrence des États membres. Sans préjudice de la possibilité qu'ont les membres du comité d'être assistés par d'autres experts des États membres, les États membres doivent pouvoir désigner un représentant supplémentaire pour assister aux réunions au cours desquelles des questions générales sont examinées.

21° L'application cohérente des règles de concurrence requiert également la mise en place de mécanismes de coopération entre les juridictions des

États membres et la Commission. Cela vaut pour toutes les juridictions des États membres qui appliquent les articles 81 et 82 du traité, qu'elles le fassent dans le cadre de litiges entre particuliers, en tant qu'autorités agissant dans l'intérêt public ou comme instances de recours. En particulier, les juridictions nationales doivent pouvoir s'adresser à la Commission pour obtenir des informations ou des avis au sujet de l'application du droit communautaire de la concurrence. D'autre part, il est nécessaire de permettre à la Commission et aux autorités de concurrence des États membres de formuler des observations écrites ou orales devant les juridictions lorsqu'il est fait application de l'article 81 ou 82 du traité. Ces observations doivent être communiquées conformément aux règles de procédure et aux pratiques nationales, y compris celles qui sont destinées à sauvegarder les droits des parties. À cette fin, il y a lieu de s'assurer que la Commission et les autorités de concurrence des États membres disposent d'informations suffisantes sur les procédures intentées devant les juridictions nationales.

22° Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application uniforme des règles de concurrence communautaires dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions. Il convient donc de préciser, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les effets que les décisions et délibérations de la Commission comportent pour les juridictions et les autorités de concurrence des États membres. Les décisions relatives aux engagements adoptées par la Commission n'affectent pas le pouvoir qu'ont les juridictions et les autorités de concurrence des États membres d'appliquer les articles 81 et 82 du traité.

23° La Commission doit disposer dans toute la Communauté du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. Lorsqu'elles se conforment à une décision de la Commission, les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction.

24° La Commission doit aussi être habilitée à procéder aux inspections qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. Les autorités de concurrence des États membres doivent apporter leur collaboration active à l'exercice de cette compétence.

25° La détection des infractions aux règles de concurrence devenant de plus en plus difficile, il est nécessaire, pour protéger efficacement la concurrence, de compléter les pouvoirs d'enquête de la Commission. La Commission doit notamment pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations. En outre, au cours d'une inspection, les agents mandatés par la Commission doivent pouvoir apposer des scellés pendant la durée nécessaire à l'inspection. Les scellés ne doivent normalement pas être apposés pendant plus de soixante-douze heures. Les agents mandatés par la Commission doivent

aussi pouvoir demander toutes les informations ayant un lien avec l'objet et le but de l'inspection.

26° L'expérience a montré qu'il arrive que des documents professionnels soient conservés au domicile des dirigeants et des collaborateurs des entreprises. Afin de préserver l'efficacité des inspections, il convient donc de permettre aux agents et aux autres personnes mandatées par la Commission d'accéder à tous les locaux où des documents professionnels sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés. L'exercice de ce dernier pouvoir doit néanmoins être subordonné à l'autorisation de l'autorité judiciaire.

27° Sans préjudice de la jurisprudence de la Cour de justice, il est utile de définir la portée du contrôle que peut exercer l'autorité judiciaire nationale lorsqu'elle autorise, en vertu du droit national et à titre de mesure préventive, le recours aux forces de l'ordre afin de passer outre une opposition éventuelle de l'entreprise ou d'exécuter une décision de procéder à des inspections dans des locaux non professionnels. Il résulte de la jurisprudence que l'autorité judiciaire nationale peut notamment demander à la Commission les informations complémentaires dont elle a besoin pour effectuer son contrôle et en l'absence desquelles elle pourrait refuser l'autorisation. La jurisprudence confirme également la compétence des juridictions nationales pour contrôler l'application des règles nationales concernant la mise en œuvre de mesures coercitives.

472

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) n° 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) n° 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 n° 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 n° 141 du Conseil du 26 novembre 1962 portant non-application du règlement n° 17 au secteur des transports (11) et de modifier les règlements (CEE) n° 1017/68 (12), (CEE) n° 4056/86 (13) et (CEE)

n° 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'avérerait 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.

488

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 n° 19/65/CEE, (CEE) n° 2821/71, (CEE) n° 3976/87, (CEE) n° 1534/91 ou (CEE) n° 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 1^{er}, paragraphe 3, point a), du règlement (CEE) n° 4056/86;
- b) aux services de transport maritime assurés exclusivement entre des ports situés dans un même État membre, comme prévu à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 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 1^{er} 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) n° 1017/68

Le règlement (CEE) n° 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) n° 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) n° 2988/74

L'article suivant est inséré dans le règlement (CEE) n° 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) n° 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) n° 4056/86

Le règlement (CEE) n° 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) n° 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) n° 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) n° 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) n° 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) n° 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) n° 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) n° 3975/87

Les articles 3 à 19 du règlement (CEE) n° 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 n° 19/65/CEE, (CEE) n° 2821/71 et (CEE) n° 1534/91

L'article 7 du règlement n° 19/65/CEE, l'article 7 du règlement (CEE) n° 2821/71 et l'article 7 du règlement (CEE) n° 1534/91 sont abrogés.

Article 41. Modification du règlement (CEE) n° 3976/87

Le règlement (CEE) n° 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) n° 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) n° 479/92

Le règlement (CEE) n° 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) n° 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 n° 17 et n° 141

1. Le règlement n° 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 n° 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 1^{er} 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.

■ Communiqué de procédure du 17 avril 2007 relatif au programme de clémence français

I – Origine

1. Le programme de clémence français (ci-après le « programme de clémence ») trouve son origine dans la loi, à la différence des programmes de clémence applicables dans de nombreux autres États, qui résultent de communications adoptées par les autorités de concurrence.

2. Le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui en fixe le principe et les grandes lignes, dispose :

« 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'informations dont le Conseil ou l'administration ne disposait pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence 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 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 des sanctions pécuniaires proportionnées à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction. »

3. L'article R. 464-5 du Code de commerce, qui complète cette disposition, énonce :

« L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV 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 IV 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.»

4. Le 11 avril 2006, le Conseil de la concurrence (ci-après le Conseil) a adopté un communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, dans lequel il a précisé la manière dont il mettait en œuvre ces dispositions.

5. Le 29 septembre 2006, le Réseau européen de concurrence (ci-après le RC) s'est accordé sur un programme modèle en matière de clémence (ci-après le programme modèle¹) préparé par un groupe de travail coprésidé par le Conseil et par l'Office of Fair Trading britannique. Ainsi que l'indique le point 2 du programme modèle, celui-ci a notamment pour objet d'éviter que les entreprises susceptibles de solliciter le bénéfice de la clémence n'en soient dissuadées par des divergences entre programmes de clémence applicables au sein du RC et, à cette fin, d'établir des principes communs de traitement des demandes de clémence, au respect desquels ces entreprises peuvent s'attendre de la part de toute autorité de concurrence membre du RC. Ainsi que l'indique le point 3 du programme modèle, les autorités de concurrence membres du RC se sont engagées à mettre tout en œuvre, dans la limite de leur compétence, pour homogénéiser leur programme de clémence respectif avec le programme modèle.

6. En vue de respecter l'engagement souscrit dans le cadre du RC, le Conseil a publié, le 29 janvier 2007, un communiqué de procédure relatif au projet de révision du programme de clémence français. Il a également invité les intéressés à lui faire part de leurs observations à ce sujet. Cette consultation publique s'est achevée le 1^{er} mars 2007.

7. Le 17 avril 2007, le Conseil a adopté le présent communiqué de procédure.

1. Le programme modèle du RC peut être consulté sur le site internet du Conseil : <http://conseil-concurrence.fr/userstandard.php?idrub=84&idarticle=617>) ou sur celui de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/comm/competition/ecnc/model/eniencyfr.pdf>)

¹ II – Objectif et domaine

8. En vertu du programme de clémence, le Conseil peut accorder une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par une entreprise ou un organisme (ci-après, ensemble, une « entreprise ») participant à une entente si cette entreprise contribue à en établir l'existence. Les ententes concernées sont, en principe, les cartels entre entreprises consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d'appels d'offres, ou tout autre comportement anticoncurrentiel similaire entre concurrents. Ces infractions relèvent toutes des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 81 du traité CE.

9. Avant l'entrée en vigueur de ce programme de clémence, les entreprises qui souhaitaient mettre fin à leur participation à de telles ententes illicites et informer le Conseil de leur existence pouvaient en être dissuadées par les sanctions pécuniaires élevées qu'elles risquaient de se voir infliger. Depuis lors, ces entreprises sont, à l'inverse, incitées à entreprendre cette démarche.

10. Le législateur a considéré qu'il est de l'intérêt de l'économie française, et notamment des consommateurs, de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui informent les autorités de concurrence de l'existence d'ententes illicites et qui coopèrent avec elles afin d'y mettre fin. En effet, ces ententes sont néfastes pour les économies nationales : elles portent une atteinte grave aux intérêts des consommateurs, en particulier quand elles conduisent à un accroissement artificiel des prix ou à une limitation de l'offre sur le marché, et elles soustraient les entreprises à la pression qui, normalement, les incite à innover. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes plus sûrement et plus fréquemment détectées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement toutes les entreprises ayant participé à l'entente, y compris celle-là même qui, en la révélant, permet aux autorités de concurrence de découvrir et de sanctionner de telles pratiques.

11. Afin d'encourager les entreprises à coopérer avec les autorités de concurrence, dans le cadre défini au point 8, le Conseil accordera une exonération totale des sanctions pécuniaires encourues en cas de violation des articles L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 81 du traité CE à toute entreprise qui, la première, formule une demande de clémence et qui satisfait aux conditions énoncées aux III. 1, A ou B, et IV ci-dessous. Dans les autres cas, le Conseil pourra également accorder une exonération partielle des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui formule une demande de clémence et qui satisfait aux conditions énoncées aux III. 2 et IV ci-dessous.

1 III – Conditions d'éligibilité

III. 1 – Exonération totale de sanctions pécuniaires (ci-après « cas de type 1 »)

A – Cas dans lequel le Conseil ou l'administration ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée (ci-après « cas de type 1 A »)

12. Le Conseil accordera le bénéfice conditionnel d'une exonération totale des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui fournit, la première, aux autorités de concurrence françaises (Conseil ou Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ci-après la « DGCCRF ») des informations et des éléments de preuves de l'existence d'une entente si les deux conditions suivantes sont réunies :

- ces autorités ne disposaient pas antérieurement d'informations et d'éléments de preuve suffisants pour procéder ou faire procéder de leur propre initiative à des mesures d'investigation ciblée au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce, et
- du point de vue du Conseil de la concurrence, les informations et les éléments de preuve fournis par cette entreprise à l'appui de sa demande de clémence lui permettent de faire procéder à de telles mesures.

498

13. Afin de remplir la seconde condition énoncée au paragraphe précédent, l'entreprise doit au minimum fournir, par écrit ou oralement :

- le nom et l'adresse de l'entité juridique sollicitant l'exonération totale ;
- le nom et l'adresse des autres participants à l'entente présumée ;
- une description détaillée de l'entente présumée, qui doit préciser notamment la nature et l'usage des produits en cause, les territoires sur lesquels les pratiques en cause sont susceptibles de produire des effets, la nature de ces pratiques et une estimation de leur durée de mise en œuvre, et
- des informations sur toute demande de clémence relative à l'entente présumée qu'elle a adressée ou prévoit d'adresser à d'autres autorités de concurrence,

ainsi que les éléments de preuve documentaires ou de toute autre nature en sa possession ou dont elle peut disposer au moment de sa demande, qui peuvent par exemple consister en des informations permettant d'identifier les lieux, les dates et l'objet des contacts ou des réunions entre les participants à l'entente présumée.

B – Cas dans lequel le Conseil ou l'administration dispose déjà d'informations sur l'entente présumée (ci-après « cas de type 1 B »)

14. Dans l'hypothèse où le Conseil ou la DGCCRF dispose déjà d'informations relatives à l'entente présumée, le Conseil accordera le bénéfice conditionnel d'une exonération totale de sanctions pécuniaires si les trois conditions suivantes sont réunies :

- l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis du Conseil, sont suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une

infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, à l'article 81 du traité CE caractérisant l'existence d'une entente ;

- au moment de la demande, le Conseil ou l'administration ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, à l'article 81 du traité CE caractérisant l'existence d'une entente, et
- aucune entreprise n'a obtenu d'avis conditionnel d'exonération totale de type 1 A pour l'entente présumée.

III. 2 – Exonération partielle de sanctions pécuniaires (ci-après « cas de type 2 »)

15. Les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues dans les cas de type 1 A ou 1 B peuvent toutefois bénéficier, sous certaines conditions, d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires.

16. Afin de prétendre à une telle exonération, une entreprise doit fournir au Conseil des éléments de preuve de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont le Conseil ou l'administration dispose déjà. La notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou par leur niveau de précision, la capacité du Conseil ou de l'administration à établir l'existence de l'entente présumée. En principe, le Conseil estimera notamment que :

- les éléments de preuve écrits contemporains de l'entente présumée ont une valeur supérieure aux éléments établis ultérieurement ;
- les éléments de preuve à charge se rattachant directement aux faits en cause ont une valeur supérieure aux éléments s'y rapportant indirectement, et
- les éléments de preuve incontestables ont une valeur supérieure aux éléments devant être corroborés en cas de contestation.

17. Pour déterminer le niveau d'exonération des sanctions pécuniaires auquel une entreprise peut prétendre, le Conseil prendra en compte le rang de la demande, le moment où elle a été présentée et le degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuve fournis par cette entreprise ont apporté.

18. Par ailleurs, si l'entreprise qui présente la demande fournit des preuves incontestables permettant au Conseil d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, cette contribution supplémentaire sera prise en compte dans la détermination individuelle de la sanction qui pourra faire l'objet d'une exonération partielle.

19. L'exonération partielle des sanctions pécuniaires accordée à une entreprise ayant apporté une valeur ajoutée significative ne saurait en principe excéder 50% du montant de la sanction qui lui aurait été imposée si elle n'avait pas bénéficié de la clémence.

1 IV – Conditions de fond

20. Outre les conditions d'éligibilité énoncées précédemment, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies dans tous les cas pour ouvrir droit à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires :

- l'entreprise doit, en principe, mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil. Toutefois, pour maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité des mesures d'enquête, le Conseil peut décider de reporter cette date ;
- l'entreprise doit apporter au Conseil et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction, ce qui signifie en particulier :
 - fournir sans délai au Conseil et aux services d'enquête du ministre de l'Économie toutes les informations et tous les éléments de preuve qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
 - se tenir à leur disposition pour répondre rapidement à toute demande de leur part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause ;
 - mettre à leur disposition, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés ;
 - s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou des éléments de preuve utiles se rapportant à l'entente présumée, et
 - s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que le Conseil n'ait communiqué ses griefs aux parties, sauf s'il y donne son accord ;
- lorsqu'elle envisage d'adresser une demande aux autorités de concurrence, l'entreprise ne doit pas avoir détruit ou falsifié de preuves de l'entente présumée, ni avoir divulgué son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence.

21. Aucune exonération totale de sanction pécuniaire ne sera accordée au titre du programme de clémence à une entreprise qui aura pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction.

1 V – Procédure

V. 1 – Approche des autorités de concurrence

22. Les autorités de concurrence françaises acceptent d'avoir des contacts préalables et anonymes avec un demandeur de clémence potentiel ou son conseil qui souhaiterait obtenir des informations générales sur la mise en œuvre de la procédure de clémence.

23. L'entreprise qui effectue une demande de clémence s'adresse soit au rapporteur général du Conseil, soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

24. La démarche est effectuée soit par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit oralement. Dans ce dernier cas, le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes constate par écrit la date et l'heure de la démarche. Pour faciliter ces démarches et leur enregistrement, les autorités de concurrence recommandent d'utiliser les coordonnées communiquées en annexe au présent communiqué de procédure.

25. Pour accomplir cette démarche, l'entreprise doit fournir aux autorités de concurrence, outre son nom et son adresse, des informations sur les circonstances ayant conduit à l'introduction de sa demande de clémence, le(s) produit(s) en cause et le(s) territoire(s) sur lesquels l'entente présumée est susceptible de produire ses effets, l'identité des auteurs de cette entente, sa nature et sa durée estimée, ainsi que sur toute demande de clémence relative à cette entente présumée qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence.

26. La réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou l'établissement d'un procès-verbal par le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes permet de marquer l'ordre d'arrivée des demandes de clémence, à condition que l'entreprise ait fourni les informations visées au point précédent.

27. Le rapporteur général et le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux, ainsi que de l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche.

28. Le rapporteur général ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes accorde à l'entreprise un délai, dont il fixe la durée, pendant lequel le rang d'arrivée de la demande est maintenu, afin de permettre à l'entreprise de réunir les informations et les éléments de preuves relatifs à l'entente présumée qui seront nécessaires à l'examen de sa demande de clémence par le Conseil. Si elle respecte les délais impartis, les informations et éléments de preuve fournis seront considérés comme ayant été communiqués à la date de réception de la demande, constatée dans le courrier ou le procès-verbal marquant son rang d'arrivée.

V. 2 – Instruction de la demande de clémence

29. Une fois la demande de clémence enregistrée, soit par réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit par l'établissement d'un procès-verbal, la déclaration écrite ou orale du représentant de l'entreprise est recueillie, dans les délais fixés par le rapporteur général du Conseil ou par le directeur général de la concurrence, dans un procès-verbal de déclaration établi par un rapporteur du Conseil ou par un enquêteur de la DGCCRF. À la demande de l'entreprise, la déclaration orale peut être enregistrée sur support électronique par le Conseil.

30. L'entreprise transmet à l'autorité de concurrence saisie l'ensemble des informations et des éléments de preuve qu'elle estime être de nature à fonder sa demande de clémence.

31. Sur la base des informations et des éléments de preuve transmis au Conseil, le rapporteur du Conseil désigné pour instruire la demande de clémence prépare un rapport dans lequel il vérifie que les conditions fixées par le Conseil pour obtenir le bénéfice conditionnel d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires sont réunies et élabore, le cas échéant, des propositions d'exonération de sanctions. Il confirme dès que possible à l'entreprise demanderesse que sa demande de clémence constitue un cas de type 1 A ou non.

32. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise demanderesse et au commissaire du Gouvernement. Toutefois, ce délai peut être abrégé avec l'accord de l'entreprise et du commissaire du Gouvernement.

V. 3 – Avis de clémence

33. Sur la base du rapport établi par le rapporteur, le demandeur est convoqué à la séance devant le Conseil.

34. Après la séance, le Conseil adopte un avis dans lequel il indique à l'entreprise s'il accorde une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires, ainsi que, dans ce dernier cas, le taux de cette exonération, et précise les conditions auxquelles cette exonération est subordonnée.

35. Dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, le Conseil estime que les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, il accorde l'exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires telle qu'elle était indiquée dans l'avis de clémence. Dans le cas de l'exonération partielle, il en fixe le niveau exact.

36. Dans le cas où le Conseil estime que les conditions posées ne sont pas réunies et émet en conséquence un avis défavorable, les informations et les éléments de preuve fournis sont restitués à l'entreprise si celle-ci en fait la demande.

V. 4 – Demandes sommaires

37. Le Conseil et la DGCCRF acceptent les demandes sommaires dans les cas de type 1 A, dans les conditions du programme modèle rappelées ci-après :

- la Commission européenne est particulièrement bien placée pour examiner une affaire conformément au point 14 de la communication relative à la coopération²;

² Communication 2004/C 101/03 de la Commission, du 27 avril 2004, relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JOCE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 43).

- l’entreprise a présenté ou s’apprête à présenter une demande d’immunité à la Commission européenne, et
- l’entreprise fournit son nom et son adresse, l’identité des autres participants à l’entente présumée et, sous forme succincte, les informations permettant d’identifier le ou les produit(s) en cause, le(s) territoire(s) affectés, la nature et la durée de l’entente présumée, le ou les États membres où les éléments de preuve sont susceptibles de se trouver et les informations sur toute demande de clémence relative à cette entente qui a été ou sera formulée auprès d’autres autorités de concurrence.

38. Cette démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d’avis de réception ou par déclaration orale. Le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes constate par écrit la date et l’heure de la démarche.

39. La réception du courrier ou l’établissement du procès-verbal permet de marquer l’ordre d’arrivée de la demande sommaire. Le rapporteur général du Conseil ou le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes confirme à l’entreprise intéressée qu’elle est la première à solliciter l’immunité. La demande sommaire sera considérée par le Conseil comme une démarche effectuée dans les conditions prévues pour demander une exonération totale de type 1 A.

40. Après le dépôt d’une demande sommaire, l’entreprise reste tenue de fournir au Conseil les renseignements complémentaires qu’il pourrait solliciter.

41. Si le Conseil décide d’agir dans l’affaire pour laquelle la demande sommaire a été présentée, l’entreprise devra fournir la totalité des informations et des éléments de preuve nécessaires pour l’examen de sa demande dans les conditions fixées aux points 29 et suivants du présent communiqué de procédure.

42. Pour faciliter le traitement d’une demande sommaire, et notamment des questions linguistiques susceptibles d’être soulevées, le Conseil recommande de prendre au préalable l’attache des personnes visées en annexe.

1 VI – Considérations générales

43. Conscient du fait que les entreprises qui coopèrent avec les autorités de concurrence françaises peuvent souhaiter que leur coopération demeure confidentielle, le Conseil préservera, dans la limite de ses obligations nationales et communautaires, la confidentialité de l’identité du demandeur de clémence pendant la durée de la procédure, jusqu’à l’envoi de la notification des griefs aux parties concernées.

44. Le Conseil de la concurrence et la DGCCRF appartiennent, depuis le 1^{er} mai 2004, au REC mis en place par le règlement n° 1/2003³. Au sein du

³ Règlement (CE) n° 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 (JOCE n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1).

REC, les autorités de concurrence coopèrent étroitement. Des règles relatives à la division efficace du travail et des mécanismes de coopération pour l'attribution des affaires et l'assistance entre autorités ont été adoptées. Ces règles, qui comprennent des principes relatifs à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier des mesures de clémence, ont été précisées par la Commission dans la communication relative à la coopération, que le Conseil et la DGCCRF se sont engagés à respecter. Par ailleurs, le Conseil ne transmettra les déclarations orales faites dans le cadre du présent programme de clémence à d'autres autorités de concurrence, conformément à l'article 12 du règlement n° 1/2003, que si les conditions établies dans la communication relative à la coopération sont remplies et pour autant que la confidentialité assurée par l'autorité de concurrence destinataire soit équivalente à celle garantie par le Conseil.

45. Mention de la coopération de la ou des entreprises avec les autorités de concurrence françaises pendant la procédure sera faite dans la décision afin d'expliquer la raison de l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par cette ou ces entreprises.

46. L'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par le Conseil à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE.

47. En application du deuxième alinéa de l'article L. 462-6 du Code de commerce, le Conseil peut, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du même Code, adresser le dossier au procureur de la République. L'article L. 420-6 ne s'applique que si trois conditions cumulatives sont réunies : la personne physique doit avoir pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception et l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées notamment à l'article L. 420-1. Le Conseil considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites.

48. Le présent communiqué de procédure remplace le communiqué de procédure du 11 avril 2006. Il sera appliqué, à compter de la date de sa publication sur le site internet du Conseil, pour le traitement de toutes les demandes d'exonération de sanctions pécuniaires reçues à partir de cette date et concernant des affaires dans lesquelles aucune entreprise n'a déjà présenté de demande d'exonération de sanctions pécuniaires au titre du communiqué de procédure du 11 avril 2006.

I **Annexe**

Adresses, numéros de téléphone, de télécopie et mél pour la réception de demandes de clémence

Conseil de la concurrence

11, rue de l'Échelle – F-75001 Paris – France

Thierry Dahan, rapporteur général

Téléphone : +33 1 55 04 00 78

Télécopie : +33 1 55 04 00 86

Mél : thierry.dahan@conseil-concurrence.fr

DGCCRF

59, boulevard Vincent Auriol – F-75703 Paris cedex 13 – France

Sous-direction B – Bureau B1 – Teledoc 031

André Marie, Chef du bureau B1

Téléphone : +33 1 44 97 23 29

Télécopie : +33 1 44 97 25 00

Mél : andre.marie@dgccrf.finances.gouv.fr

Communiqué de procédure du 3 avril 2008 relatif aux engagements en matière de concurrence

I – Base légale

1. L'article 5 du règlement n° 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 CE¹, prévoit que les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour « *accepter des engagements* ».

2. Le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce a doté le Conseil de la concurrence² (ci-après, « le Conseil ») du pouvoir d'« *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* ».

3. Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce³, qui prévoit que :

« Lorsque le Conseil de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties. »

1. Règlement (CE) n° 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 CE (JOCE L 1, p. 1).

2. Article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence (JORF du 5 novembre 2004), codifié à l'article L. 464-2 du Code de commerce.

3. La procédure suivie devant le Conseil a été fixée par l'article 42-1 du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence (JORF du 29 décembre 2005). Cette disposition a été codifiée à l'article R. 464-2 du Code de commerce par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 (JORF du 27 mars 2007).

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par le Conseil de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance.»

4. En application de ces dispositions, qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit communautaire par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements. Le présent communiqué de procédure a pour objet de synthétiser cette pratique décisionnelle, éclairée par les premiers arrêts des juridictions nationales et communautaires. Il décrit successivement les objectifs de cet outil (II), son champ d'application (III), la procédure et ses étapes (IV), et enfin, la nature et la portée des décisions adoptées au terme de sa mise en œuvre (V). Il pourra être ultérieurement enrichi, au vu des développements éventuels de la pratique décisionnelle du Conseil et de la jurisprudence des juridictions de contrôle.

I II – Objectifs

5. La procédure d'engagements élargit la gamme des outils permettant au Conseil d'assurer sa mission, qui consiste à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés. La décision acceptant des engagements et les rendant obligatoires (ci-après, la « décision d'engagements ») intervient à l'issue d'une procédure plus rapide et plus flexible que celle conduisant à un constat d'infraction. Elle a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des « *préoccupations de concurrence*⁴ », à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant.

6. Sa mise en œuvre représente donc une économie de ressources pour l'autorité de concurrence et pour l'entreprise ou organisme (ci-après, « l'entreprise ») qui prend des engagements. Elle permet à l'autorité :

- d'accélérer la résolution des affaires ne portant pas sur des pratiques dont la nature ou les effets sont tels qu'ils appellent *a priori* le prononcé d'une sanction ;
- de privilégier le maintien ou le rétablissement volontaire de la concurrence sur le marché dans les cas qui s'y prêtent, et
- de libérer par conséquent davantage de moyens pour l'examen des infractions les plus graves.

7. Elle permet, dans le même temps, à l'entreprise :

- de bénéficier d'une accélération de la procédure et de contribuer volontairement à la recherche des solutions appropriées aux préoccupations de concurrence identifiées, et
- d'obtenir la clôture de l'affaire avant toute appréciation et toute qualification définitives des faits.

8. La mission de défense de l'ordre public économique du Conseil l'habilite à rendre des décisions d'engagements, non pas pour satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence.

I III – Champ d'application

9. La procédure d'engagements s'applique à des situations qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles et auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements. Ainsi que la cour d'appel de Paris l'a précisé dans l'arrêt Canal 9 précité, « *les textes applicables [...] supposent seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence* ».

⁴. Ainsi que la cour d'appel de Paris l'expose dans son arrêt du 6 novembre 2007 (Canal 9), sous pourvoi.

10. Le Code de commerce ne précise pas la typologie des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements. Pour autant, la pratique décisionnelle du Conseil a permis d'identifier des comportements ou des situations en présence desquels le recours à cette procédure s'avère particulièrement adapté.

11. Le Conseil n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment *a priori* les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important.

12. Les pratiques concernées par les décisions d'engagements rendues à ce jour sont essentiellement certaines pratiques unilatérales ou verticales dont l'effet serait de nature à restreindre l'accès à un marché⁵.

IV – Mise en œuvre de la procédure

A. Évaluation préliminaire

1. Moment

13. L'article R. 464-2 du Code de commerce prévoit que des engagements sont proposés au regard d'une « *évaluation préliminaire des pratiques en cause* », nécessairement préalable à toute notification de griefs⁶. Il ne peut

5. La mise en œuvre de la procédure d'engagements s'est notamment avérée adaptée dans les situations suivantes :

- pour assurer l'articulation entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle, par exemple en cas de refus d'accès à des ressources rares, telles que le système de diagnostic d'un constructeur automobile non accessible aux réparateurs indépendants (décision n° 07-D-31 du 9 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par un constructeur automobile) ou l'étude de mesure d'audience des journaux éditée par un organisme de mesure d'audience de la presse quotidienne (décision n° 05-D-12 du 17 mars 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur) ;
- pour assurer l'effectivité de la concurrence sur un marché en cours de libéralisation, lorsque la présence de clauses d'exclusivité ou d'effets potentiels de ciseau tarifaire risque de verrouiller un marché qui s'ouvre à la pleine concurrence, dans le secteur de la diffusion audiovisuelle (décision n° 07-D-30 du 5 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique) ou encore lorsque des risques similaires de ciseau tarifaire résultent de pratiques tarifaires de l'opérateur historique de l'électricité, empêchant les négociants concurrents de vendre l'électricité au détail à des professionnels à un tarif compétitif (décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par l'opérateur historique de l'électricité) ;
- ou bien encore, en présence d'évolutions technologiques, pour éviter que des clauses contractuelles établies par un fournisseur n'empêchent ses distributeurs de vendre sur internet ou n'apportent à cette vente des conditions indûment restrictives (décisions n° 07-D-07 du 8 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, n° 06-D-24 du 24 juillet 2006, relative à la distribution de montres commercialisées sur internet et n° 06-D-28 du 5 octobre 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma).

6. À la différence de la procédure de non-contestation de griefs prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui ne peut être engagée qu'après notification de ces derniers.

donc plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs est émise⁷.

14. En revanche, l'entreprise dont les comportements font l'objet d'une saisine du Conseil a, dès qu'elle a connaissance de cette saisine et tant que des griefs n'ont pas été notifiés, le loisir de se rapprocher des services d'instruction pour explorer la possibilité d'un recours à des engagements⁸.

15. En pareil cas, l'évaluation préliminaire ne peut cependant être formulée, sous réserve des spécificités propres aux procédures d'urgence évoquées au point 19 ci-dessous, que si l'entreprise concernée fait savoir aux services d'instruction qu'elle est disposée à proposer des engagements, si les circonstances de l'affaire s'y prêtent et si l'offre initiale d'engagements communiquée par l'entreprise semble, en première analyse, susceptible d'autoriser un aboutissement satisfaisant de la procédure. Ces démarches préparatoires de l'entreprise concernée peuvent demeurer informelles (contacts téléphoniques ou électroniques par exemple), pourvu qu'elles attestent que l'entreprise est déterminée à explorer sérieusement la voie des engagements.

16. En tout état de cause, le rapporteur n'établit pas d'évaluation préliminaire s'il estime nécessaire de notifier des griefs à l'entreprise concernée ou s'il n'est pas en mesure d'identifier des préoccupations de concurrence sans mettre en œuvre des mesures d'instruction ou d'investigation approfondies.

2. Contenu

17. Comme l'a relevé la cour d'appel de Paris dans l'arrêt Canal 9, l'évaluation préliminaire ne « *constitue [...] pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » car elle « *n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à [une] entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction*⁹ », contrairement à la notification des griefs.

18. Dans cette évaluation rédigée au terme de mesures d'instruction allégées, le « *rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée*¹⁰ ». Le degré de caractérisation des pratiques exigé dans ces préoccupations de concurrence est comparable à celui des mesures conservatoires, ce qui explique que les deux procédures puissent être combinées dans le temps¹¹. En conséquence, la caractérisation des pratiques doit en toute hypothèse être suffisante pour permettre le contrôle du caractère approprié des engagements.

7. Sans préjudice de la possibilité de présenter des engagements dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs.

8. En pratique, cela peut être fait, notamment, à l'occasion des auditions ou en réponse aux demandes de renseignements adressées par le rapporteur.

9. Arrêt Canal 9 précité.

10. Arrêt Canal 9 précité.

11. Dans un arrêt du 8 novembre 2005, société Neuf Télécom, la Cour de cassation a en effet jugé que des mesures conservatoires peuvent être décidées « *dès lors que les faits dénoncés [...] apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce [...]* ».

19. L'évaluation préliminaire est portée à la connaissance de l'entreprise concernée par le rapporteur sous la forme d'un courrier, d'une déclaration actée dans un procès-verbal ou, à l'occasion de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, lors de la présentation d'un rapport oral du rapporteur en séance. À l'exception de ce dernier cas, une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement¹². Dans le cas où l'évaluation préliminaire intervient dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, elle est précédée, au plus tard la veille de la séance, d'un contact informel par lequel le rapporteur indique à l'entreprise concernée le sens de la position qu'il présentera à sujet.

20. Ayant pris connaissance des préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire, l'entreprise concernée formalise ou, dans le cadre d'une procédure d'urgence, indique au rapporteur si elle demande le bénéfice de la procédure d'engagements. Elle transmet ses propositions en ce sens, ce qui ne préjuge pas de la décision du Conseil d'enclencher formellement ou non la procédure, cette faculté relevant de son appréciation en opportunité.

B. Déroulement de la procédure

1. Offre d'engagements

21. L'entreprise qui sollicite le recours aux engagements doit être en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire. Les engagements proposés doivent donc être pertinents, crédibles et vérifiables¹³.

22. Aux termes de l'article R. 464-2 du Code de commerce, l'entreprise doit formaliser son offre initiale d'engagements dans un délai courant à compter de l'évaluation préliminaire, un tel délai étant imparti soit par le rapporteur, soit par le collège lorsque l'évaluation est présentée oralement à l'occasion de l'examen d'une demande de mesures conservatoires. Ce délai ne peut, sauf accord de l'entreprise concernée, être inférieur à un mois. L'offre d'engagements ainsi reçue est communiquée, par le rapporteur général, à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement.

23. Le Conseil veille à ce que les tiers dont il apparaît que les intérêts peuvent être affectés puissent faire valoir leurs observations concernant l'offre d'engagements et contribuer à son examen.

¹². Article R. 464-2 du Code de commerce.

¹³. Les engagements susceptibles d'être proposés peuvent notamment prendre la forme de modifications de clauses contractuelles (décisions n° 07-D-30, précitée et n° 07-D-17 du 10 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma), de l'octroi d'un accès à des informations nécessaires à l'activité des opérateurs dans un secteur donné de l'économie (décisions n° 08-D-04, du 25 février 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse n° 07-D-31, précitée, n° 06-D-20 du 13 juillet 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par internet et n° 05-D-25 du 31 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste), ou encore de clarifications relatives aux conditions contractuelles d'appartenance à un réseau de distribution sélective sur internet (décisions n° 07-D-07, n° 06-D-28 et n° 06-D-24, précitées).

2. Test de marché

24. À la réception des engagements proposés par l'entreprise et après avoir communiqué leur contenu à l'auteur de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, le rapporteur général fait publier à l'intention des tiers intéressés un communiqué comprenant un résumé de l'affaire et l'offre d'engagements, qui peut être effectué par tout moyen, mais qui est, en pratique, assuré sur le site internet du Conseil. Cette communication met les tiers intéressés en mesure de présenter leurs observations dans un délai qui ne peut pas être inférieur à un mois à compter de sa publication.

25. Les parties à la procédure et le commissaire du Gouvernement sont également invités à présenter leurs observations sur les engagements proposés dans un délai d'un mois à compter de la date de communication du contenu des engagements.

26. L'ensemble de ces observations est versé au dossier et communiqué aux parties à la procédure ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Cette étape constitue un « *test de marché* » auquel le Conseil attache une importance particulière afin de vérifier si les engagements proposés sont, d'une part, pertinents, crédibles et vérifiables, comme mentionné au point 21, et, d'autre part, proportionnés aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire¹⁴.

3. Accès au dossier

27. Le saisissant et l'entreprise concernée (ci-après, les « parties à la procédure ») ont accès aux pièces sur lesquelles se fonde le Conseil pour rendre sa décision relative à la procédure d'engagements, c'est-à-dire au moins l'évaluation préliminaire et les observations des tiers versées au dossier en réponse au test de marché¹⁵.

28. Cet accès est donné sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Les différentes communications peuvent donc, le cas échéant, donner lieu à l'application des procédures de protection des secrets d'affaires prévues aux articles L. 463-4 et R. 463-13 du Code de commerce.

29. À l'issue du test de marché, les parties à la procédure et le commissaire du Gouvernement sont convoqués en séance et ont, lors de celle-ci, à nouveau l'occasion de s'exprimer sur la proposition d'engagements que le rapporteur général leur fait parvenir trois semaines au moins avant cette date.

4. Négociation des engagements

30. Pour être effective, la procédure doit garantir aux entreprises concernées que les propositions négociées en amont avec le rapporteur en charge

¹⁴. Tribunal de première instance des communautés européennes, 11 juill. 2007, Alrosa/Commission, T-170/06, sous pourvoi.

¹⁵. Arrêt Canal 9, précité.

du dossier seront acceptées comme base de discussion par le Conseil en séance, sans préjudice de modifications ultérieures.

31. Une procédure souple, associant le collège au rapporteur dès le début de la négociation des engagements, a par conséquent été adoptée par le Conseil afin de garantir un niveau de sécurité juridique optimal pour les entreprises.

32. La cour d'appel de Paris a validé la participation active du Conseil à la négociation des engagements en séance, en raison du « *caractère consensuel de cette phase de la procédure*¹⁶ » et de la nature même de la procédure. En effet, le Conseil doit apprécier la pertinence des engagements et, le cas échéant, leur donner force exécutoire.

33. Le Conseil, qui dans un premier temps examine le caractère pertinent, crédible et vérifiable de l'offre d'engagements de l'entreprise, s'assure dans un deuxième temps de leur caractère proportionné. Le critère de proportionnalité suppose que les engagements soient à la fois nécessaires et suffisants pour mettre un terme à toutes les préoccupations de concurrence identifiées.

34. En séance, le Conseil peut subordonner l'acceptation des engagements proposés à certaines modifications ou les rejeter lorsqu'il estime que ceux-ci ne répondent pas aux préoccupations de concurrence. Il apprécie aussi leur impact en tenant compte des observations du saisissant, de l'entreprise concernée, du commissaire du Gouvernement et des tiers intéressés.

35. En pratique, une suspension de séance peut intervenir lorsque l'entreprise concernée accepte de modifier les engagements sur-le-champ. La séance reprend son cours dès que les engagements sont finalisés.

36. Le collège peut également ordonner qu'il soit sursis à statuer, pour un délai fixé en séance, lorsque les modifications à opérer sont plus substantielles et que l'entreprise concernée souhaite disposer d'un délai plus long afin de prendre une décision sur une nouvelle proposition d'engagements ou lorsqu'une décision définitive ne peut être prise à l'issue de la séance. Une décision sera rendue par le Conseil sur la version finale des engagements proposés lors d'une nouvelle séance, à l'issue du délai imparti.

37. Les engagements pris par l'entreprise pour répondre aux préoccupations de concurrence sont variés, mais ne peuvent lier qu'elle-même. Si ces engagements produisent des effets juridiques directs et immédiats sur la situation juridique d'une entreprise tierce, de nature à affecter substantiellement sa position concurrentielle sur le marché concerné, il est souhaitable d'appeler cette entreprise dans la procédure afin qu'elle puisse s'associer aux engagements souscrits ; dans le cas contraire, la procédure d'engagements a peu de chance de prospérer¹⁷.

16. Arrêt Canal 9, précité.

17. Dans la première procédure d'engagements dont il a eu à connaître, le Conseil a ainsi appelé en la cause les partenaires d'un organisme de mesure d'audience de la presse quotidienne sans l'accord desquels les engagements souscrits par celui-ci, consistant à intégrer les quotidiens gratuits dans la mesure d'audience gérée par ses trois partenaires, ne pouvaient prospérer (décision n° 05-D-12 du 17 mars 2005, précitée).

38. Le Conseil ne rend pas obligatoires des engagements qui excèdent la résolution des préoccupations de concurrence, bien qu'il puisse, au besoin, donner acte de mesures complémentaires proposées par l'entreprise concernée, par exemple pour faciliter la mise en œuvre des engagements acceptés. C'est ainsi que le Conseil, auquel il n'appartient pas de fixer des tarifs sur les marchés, a donné acte de la tarification proposée par un constructeur automobile dans son offre aux réparateurs indépendants¹⁸.

39. Le Conseil n'est jamais tenu de décider de rendre obligatoires des engagements plutôt que d'agir par voie de sanction ou d'injonction à l'encontre des entreprises. Dans tous les cas où, faute d'accord avec les entreprises, les engagements ne peuvent pas être acceptés, le Conseil prononce une décision de sursis à statuer ordonnant le renvoi du dossier aux services d'instruction. Une telle décision ne rend pas compte des débats sur les engagements. Les propositions d'engagements et les observations des tiers intéressés à leur sujet sont en outre retirées du dossier. La procédure d'instruction reprend alors son cours.

1 V – Décisions rendant des engagements obligatoires

514

A. Effets

40. À l'issue de la discussion, si le Conseil considère que les engagements proposés répondent aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire, il adopte une décision rendant ces engagements obligatoires et mettant fin à la procédure.

41. Même si elle est précédée par une procédure comportant nécessairement des aspects négociés, la décision par laquelle le collège accepte et rend obligatoires les engagements revêt le caractère d'une décision unilatérale, mettant fin à une situation potentiellement contraire au droit de la concurrence.

42. Cette décision ne statue pas sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle ne se prononce pas sur la culpabilité de l'entreprise et ne peut être utilisée comme le premier terme d'une réitération de faits. Elle ne saurait non plus interdire à l'une des parties à la procédure d'engager une action en justice.

43. Si le Conseil est saisi d'une plainte à l'encontre de pratiques qui ont déjà fait l'objet d'une décision d'engagements, il ne peut classer cette plainte sur le fondement du principe *non bis in idem*, en l'absence de toute qualification des pratiques en cause dans la décision d'engagements. Toutefois, le Conseil constatera, le cas échéant, qu'il n'y a plus lieu à agir, compte tenu

¹⁸. Décision n° 07-D-31 du 9 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par un constructeur automobile.

de la cessation des faits en cause, sans préjudice des circonstances évoquées au point 45 ci-dessous.

44. La décision d'engagements peut être adoptée pour une durée indéterminée lorsqu'il doit être remédié aux préoccupations de concurrence de manière durable ou, au contraire, limitée, lorsque le rétablissement de la concurrence est prévisible, auquel cas le Conseil y fixe un terme.

45. Il revient au Conseil d'apprécier la nécessité de révision des engagements et d'une saisine d'office, au regard des changements intervenus sur le marché en cause. Le Conseil peut être saisi de comportements ayant fait l'objet d'une décision d'engagements, sur demande du saisissant, du ministre de l'Économie, de toute autre entreprise ayant un intérêt à agir, ou se saisir 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 d'engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties à la procédure.

46. Les décisions d'engagements peuvent, dans le délai d'un mois à compter de leur notification, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation de la part du saisissant ou du ministre de l'Économie devant la cour d'appel de Paris. Ainsi qu'il a été précisé dans l'arrêt Canal 9, « *nonobstant la rédaction plus limitée de l'article R. 468-4 [du Code de commerce, une partie] en cause devant le Conseil en qualité de saisissante, et qui justifie d'un intérêt dès lors que les engagements contenus dans la décision sont susceptibles de produire des effets sur sa situation personnelle, est recevable à exercer un recours contre la décision d'acceptation des engagements [...]* ».

B. Suivi

47. Pour assurer l'effet utile de la décision, l'entreprise concernée peut être amenée à s'engager à rendre compte au Conseil de l'exécution des engagements rendus obligatoires. Cette obligation peut, par exemple, prendre la forme d'un rapport destiné aux services d'instruction du Conseil, élaboré au fur et à mesure de la mise en œuvre des engagements, en vertu d'un calendrier préétabli par le Conseil dans sa décision.

48. S'ils l'estiment nécessaire, les services d'instruction du Conseil peuvent demander des informations complémentaires sur la base du rapport transmis par l'entreprise ou au regard de toute autre source d'information et réaliser une enquête. Lorsque les informations ainsi recueillies font apparaître une inexécution des engagements ou un changement de situation, le Conseil peut se saisir d'office (points 45 a) et b) du présent communiqué).

49. En vertu du II de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le Conseil peut assortir « *une décision ayant rendu un engagement obligatoire* » d'astreintes « *dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe [...]* ».

50. Le saisissant, le ministre de l'Économie ou toute autre entreprise ayant un intérêt à agir peut également saisir le Conseil en cas de non-respect des engagements (point 45 b) du présent communiqué.

51. La violation ou l'inexécution des engagements peut, conformément à l'article L. 464-3 du Code de commerce, être sanctionnée par une amende dont le montant maximum est de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe de l'entreprise concernée.

111 Organisation

Organisation

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence.....	521
Charte de déontologie.....	525
Composition du Conseil de la concurrence en 2007	529
Sections du Conseil de la concurrence en 2007.....	530
Rapporteurs généraux.....	531
Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence	531
Organigramme.....	532

Organisation

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 1^{er} 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

Charte de déontologie

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.

526

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 eus 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, l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier dispose : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros 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 dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce, et 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 de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.*

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros 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 d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives 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 de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre. »

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 collectifs ;
- 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 un 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 obligatoires rappelées par la présente charte.

Composition du Conseil de la concurrence en 2007

Bruno Lasserre	Président (conseiller d'État)	Nommé le 26 juillet 2004
Philippe Nasse	Vice-Président (conseiller-maître à la Cour des comptes)	Nommé le 3 octobre 2001 et renouvelé le 11 octobre 2007
Françoise Aubert	Vice-Présidente (conseiller à la Cour de cassation)	Nommée le 7 septembre 2004
Anne Perrot	Vice-Présidente (professeur de sciences économiques université Paris I)	Nommée le 29 septembre 2004
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		
Edmond Honorat	Conseiller d'État	Nommé le 26 juillet 2004
Pierrette Pinot	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 7 septembre 2004
Bernard Piot	Vice-Président honoraire du tribunal de commerce de Paris	Nommé le 24 mars 1999 et renouvelé le 31 mars 2005
Marie-Madeleine Renard-Payen	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 30 septembre 2002
X...		
Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation		
Martine Behar-Touchais	Professeur de droit à l'université Paris V	Nommée le 13 janvier 2003
Emmanuel Combe	Professeur de sciences économiques à l'université Paris XII	Nommé le 14 février 2005
Reine-Claude Mader-Saussaye	Présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie	Nommée le 25 juin 1999 et renouvelée le 28 juillet 2005
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 – chambre des métiers de la Haute-Vienne	Nommé le 25 juin 1999 et renouvelé le 28 juillet 2005
Bruno Flichy	Ancien président-directeur général du Crédit du Nord	Nommé le 30 septembre 2002
Jacques Ripotot	Président de Francap-distribution	Nommé le 25 juin 1999 et renouvelé le 28 juillet 2005
Carol Xueref	Directrice des affaires juridiques et du développement du groupe Essilor International	Nommée le 20 juillet 2006
Didier Dalin	Avocat	Nommé le 15 mai 2007

Sections du Conseil de la concurrence en 2007

1 Section I

Philippe Nasse, vice-président, Jean-Pierre Bidaud, Emmanuel Combe, Didier Dalin¹, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, membres.

1 Section II

Anne Perrot, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Bruno Flichy, Edmond Honorat, Marie-Madeleine Renard-Payen, Carol Xueref, membres.

1 Section III A

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot et Philippe Nasse, vice-présidents, Martine Behar-Touchais, Jean-Pierre Bidaud, Bruno Flichy, Marie-Madeleine Renard-Payen, Jacques Ripotot, membres.

1 Section III B

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot et Philippe Nasse, vice-présidents, Emmanuel Combe, Didier Dalin¹, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, Carol Xueref, membres.

1 Section IV

Françoise Aubert, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Emmanuel Combe, Bruno Flichy, Reine-Claude Mader-Saussaye, Bernard Piot, Jacques Ripotot, membres.

1. Didier Dalin a été nommé membre du collège le 15 mai 2007.

Rapporteurs généraux

Thierry Dahan, rapporteur général (renouvelé dans ses fonctions par arrêté du 22 septembre 2006).

Nadine Mouy, rapporteure générale adjointe (renouvelée dans ses fonctions par arrêté du 31 janvier 2005).

Irène Luc, rapporteure générale adjointe (renouvelée dans ses fonctions par arrêté du 30 août 2007).

Jean-Marc Belorgey, rapporteur général adjoint (nommé par arrêté du 10 novembre 2005).

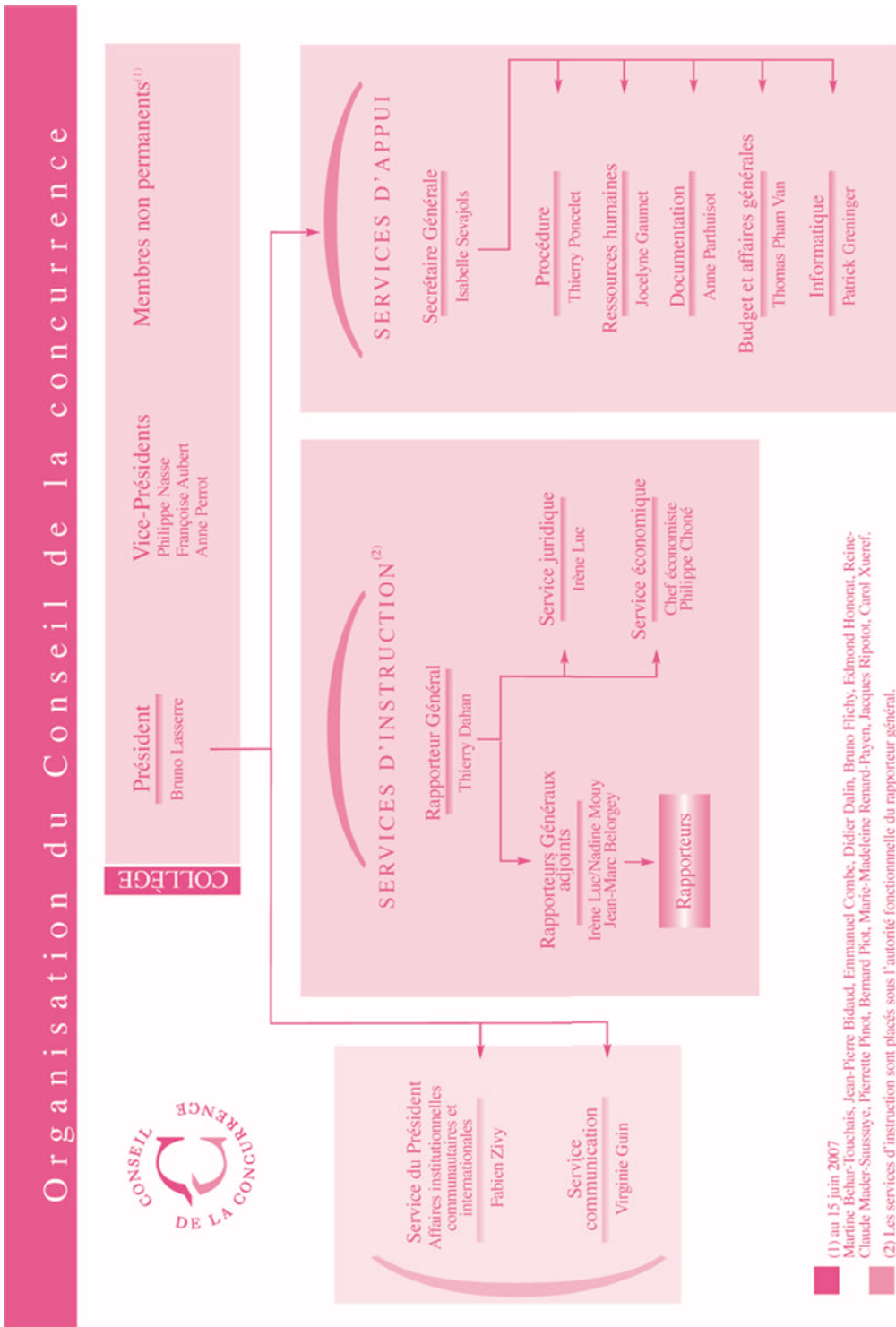
Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence

Francis Amand, chef du service de la régulation et de la sécurité à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 4 novembre 2004).

Virginie Beaumeunier, sous-directrice en charge de la sous-direction de la politique de la concurrence à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 18 juillet 2006).

Marie-Thérèse Marchand, sous-directrice à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 11 février 2008).

André Marie, chef de bureau à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 11 février 2008).



(1) au 15 juin 2007

Martine Behar-Touchais, Jean-Pierre Bidaud, Emmanuel Combe, Didier Dalin, Bruno Flichy, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Pott, Marie-Madeleine Renard-Payen, Jacques Ripotot, Carol Xuerf.

(2) Les services d'instruction sont placés sous l'autorité fonctionnelle du rapporteur général.

111 Index

Index

Index par secteur d'activité (codes NAF).....	537
Index par entreprise ou organisme	541

Index par secteur d'activité (codes NAF)

01 – Agriculture, chasse, services annexes

Culture de céréales, cultures industrielles
07-D-16

Culture fruitière
07-D-18

Élevage de volailles
07-A-04

15 – Industries alimentaires

Chocolaterie, confiserie
07-D-04; 07-D-24

Fabrication de fromages
07-D-10

Cidrerie
07-D-18

Fabrication industrielle de pain et de pâtisserie fraîche
07-D-38

Fabrication d'aliments adaptés à l'enfant et diététiques
07-D-42

22 – Édition, imprimerie, reproduction

Autres activités d'édition
07-D-12

Édition de journaux
07-D-23; 07-D-32; 07-A-09

Édition de revues et périodiques
07-D-23; 07-D-32

24 – Industrie chimique

Fabrication de parfums et de produits pour la toilette
07-D-03; 07-D-07

Fabrication de produits pharmaceutiques de base
07-D-09; 07-D-45; 07-D-46;
07-MC-06

Fabrication d'autres produits pharmaceutiques
07-D-09; 07-D-22; 07-D-45;
07-D-46; 07-MC-06

Fabrication de médicaments
07-D-09; 07-D-22; 07-D-45;
07-D-46; 07-MC-06

26 – Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques

Fabrication de ciment
07-D-08

Fabrication de produits minéraux non métalliques n.c.a.
07-D-11

31 – Fabrication de machines et appareils électriques

Fabrication de fils et câbles isolés
07-D-26

33 – Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication d'appareils médicochirurgicaux
07-D-05; 07-D-20; 07-D-35; 07-D-49

Fabrication d'équipements d'aide à la navigation
07-D-47

35 – Fabrication d'autres matériels de transport

Fabrication de motocycles
07-D-25

36 – Fabrication de meubles; industries diverses

Fabrication de jeux et jouets
07-D-06; 07-D-50

40 – Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Production d'électricité
07-D-43; 07-MC-01; 07-MC-04

Distribution et commerce
d'électricité
07-D-43; 07-MC-01; 07-MC-04

Transport d'électricité
07-D-43; 07-MC-01; 07-MC-04

Production de gaz manufacturé
07-A-08; 07-A-16

Distribution de combustibles
gazeux
07-A-08; 07-A-16

45 – Construction

Réalisation de réseaux
07-D-01; 07-D-36

Construction de chaussées
routières et de sols sportifs
07-D-11

Construction de bâtiments divers
07-D-15; 07-D-34

Travaux d'installation électrique
07-D-29

50 – Commerce et réparation automobile

Commerce et réparation
de motocycles
07-D-25

Commerce de véhicules
automobiles
07-D-31

Entretien et réparation
de véhicules automobiles
07-D-31; 07-A-14

Commerce de gros d'équipements
automobiles
07-A-14

51 – Commerce de gros et intermédiaires du commerce

07-A-03

Commerce de gros de parfumerie
et de produits de beauté
07-D-03; 07-D-07

Commerce de gros de sucre,
chocolat et confiserie
07-D-04; 07-D-24

Commerce de gros de jouets
07-D-06; 07-D-50

Commerce de gros de matériaux
de construction et d'appareils
sanitaires
07-D-08

Commerce de gros de produits
pharmaceutiques
07-D-09; 07-D-22; 07-D-45;
07-D-46; 07-MC-06

Commerce de gros de céréales
et aliments pour le bétail
07-D-16

Autres intermédiaires spécialisés
du commerce
07-D-23; 07-D-32

Commerce de gros d'appareils
électroménagers et de radios
et télévisions
07-D-37; 07-A-06

Commerce de gros de produits
laitiers, œufs, huiles
07-D-42

Autres commerces de gros
de biens de consommation
07-A-06

Centrales d'achats alimentaires
07-A-12

52 – Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail de parfumerie
et de produits de beauté
07-D-03; 07-D-07

Commerce de détail de pain,
pâtisserie et confiserie
07-D-04; 07-D-24

Commerce de détail divers
en magasin spécialisé
07-D-06; 07-D-50

Commerce de détail de livres,
journaux et papeterie
07-D-23; 07-D-32

Commerce de détail divers
en magasin spécialisé
07-D-37

Commerce de détail de produits
laitiers
07-D-42

Supermarchés
07-A-03; 07-A-12

Hypermarchés
07-A-03; 07-A-12

Supérettes
07-A-03; 07-A-12

Commerce de détail de meubles
07-A-06

Commerce de détail d'appareils
électroménagers et de radio
télévision
07-A-06

Commerce de détail d'équipement
du foyer
07-A-06

Grands magasins
07-A-12

Magasins populaires
07-A-12

Commerce de détail de produits
pharmaceutiques
07-MC-06

60 – Transports terrestres

Téléphériques, remontées
mécaniques
07-D-14

Transports ferroviaires
07-D-39

Déménagement
07-D-48

61 – Transports par eau

Transports maritimes
07-D-13

62 – Transports aériens

Transports aériens réguliers
07-D-19; 07-D-39

Transports aériens non réguliers
07-D-19

63 – Services auxiliaires des transports

Manutention portuaire
07-D-28

Services portuaires, maritimes
et fluviaux
07-D-28

64 – Postes et télécommunications

Transmission d'émissions de radio
et de télévision
07-D-30; 07-MC-02; 07-MC-05

Télécommunications (hors
transmissions audiovisuelles)
07-D-33; 07-D-37; 07-A-01; 07-A-05;
07-MC-03

Postes nationales
07-A-17

65 – Intermédiation financière

Banques
07-A-13

Banques mutualistes
07-A-13

Caisses d'épargne
07-A-13

71 – Location sans opérateur

Location d'autres biens personnels
et domestiques
07-D-21

74 – Services fournis principalement aux entreprises

Organisation de foires et salons
07-A-10

Activités de nettoyage
07-A-11

80 – Éducation

Formation des adultes
et formation continue
07-D-27

85 – Santé et action sociale

Pratique médicale
07-D-41

Activités hospitalières
07-D-41 ; 07-D-49

90 – Assainissement, voirie et gestion des déchets

Enlèvement et traitement
des ordures ménagères
07-D-02 ; 07-D-40

Autres travaux d'assainissement
et de voirie
07-A-11

92 – Activités récréatives, culturelles et sportives

Projection de films
cinématographiques
07-D-12 ; 07-D-17 ; 07-D-44

Distribution de films
cinématographiques
07-D-12 ; 07-D-17 ; 07-D-44

Production de programmes
de télévision
07-A-07 ; 07-A-15

Édition de chaînes généralistes
07-A-07 ; 07-A-15

Autres activités sportives
07-A-07 ; 07-A-15

Édition de chaînes thématiques
07-A-07 ; 07-A-15

93 – Services personnels

Blanchisserie, teinturerie de gros
07-D-21

Soins de beauté
07-A-02

Index par entreprise ou organisme

A

AD Net
07-D-31

Agora Diffusion Presse
07-D-32

Agrial
07-D-18

AGS Paris
07-D-48

Allied Arthur Pierre SA
07-D-48

Aloha
07-D-50

Amec SA
07-D-15

Arcydis
07-D-50

Arrow Génériques
07-MC-06

Association de défense,
d'éducation et d'information du
consommateur (ADEIC)
07-D-37

Association générale des
producteurs de maïs (AGPM)
07-D-16

Auchan France SA
07-D-50

Au Lutin bleu SA
07-D-50

Autodistribution
07-D-31

Autorité de régulation des
communications électroniques et
des postes (ARCEP)
07-A-01; 07-A-05; 07-A-17

B

Baillet SA
07-D-16

Bandai France
07-D-50

Banque fédérative du Crédit
mutuel (BFCM)
07-A-09

Berchet (groupe) SA
07-D-50

Bernard SA
07-D-16

Beynet et Fils
07-D-50

Bioderma
07-D-07

Biotronik
07-D-49

Blédina
07-D-42

Boehringer-Ingelheim
07-D-22

Bœuf & Legrand
07-D-01

Boulangerie Thibaudat
07-D-38

Boulay Frères
07-D-38

Bouygues Bâtiment Île-de-France SA
07-D-15

Bouygues Bâtiment International SA
07-D-15

Bouygues SA
07-D-15

British Airways Plc
07-D-39

C

Cafom
07-A-06

Campenon Bernard Construction
07-D-15

Carrefour
07-A-03

Carrefour France
07-D-50

Caudalie
07-D-07

Cegelec Paris
07-D-47

Cegelec SA
07-D-47

Centre de pathologie Liberté
07-D-41

Cérégrain
07-D-16

Chambre de commerce et
d'industrie de Paris (CCIP)
07-A-10

Chambre syndicale de la
répartition pharmaceutique (CSRP)
07-D-22; 07-D-45; 07-D-46

Chambre syndicale des
producteurs et exportateurs de
films français (CSPF)
07-D-17

Champagne Travaux publics (CTP)
07-D-11

Checy Distribution
07-D-50

Chicco-Puéricultrice de France
07-D-50

CHU de Montpellier
07-D-49

Cidrerie du Calvados La Fermière
(CCLF)
07-D-18

Cise SNC
07-D-01

Cise TP Ouest
07-D-01

Citroën
07-D-31

Clarins France SAS
07-D-03

Clarins SA
07-D-03

Clementoni France
07-D-50

Coca Atlantique
07-D-01

Colas Est
07-D-11; 07-D-36

Collecte Propreté normande (CPN)
07-D-02

Comité interprofessionnel
de la volaille de Bresse (CIVB)
07-A-04

Comité interprofessionnel du
gruyère de Comté (CIGC)
07-D-10

Compagnie générale de bâtiment
et de construction (CBC SA)
07-D-15

Compagnie industrielle des
pondéreux du Havre (CIPHA)
07-D-28

Compagnie méridionale
de navigation (CMN)
07-D-13

Confiserie Léonidas SA
07-D-24

Conseil d'État
07-A-08; 07-A-16

Conseil de la concurrence
07-D-03; 07-D-07; 07-D-09;
07-D-15; 07-D-17; 07-D-33

Conseil départemental du Nord
de l'Ordre national des médecins
07-D-41

Conseil national des professions
de l'automobile (CNPA)
07-D-25

Conseil régional d'Île-de-France
07-D-15

Coopérative agricole de la Drôme
provençale
07-D-16

Coopérative agricole L'Ardéchoise
07-D-16

Coopérative drômoise de céréales
07-D-16

Coopérative Terres dioises
07-D-16

Cora SAS
07-D-50

Coris
07-D-47

Corsica Ferries
07-D-13

Cosmétique Active France
07-D-07

Crown Worldwide
07-D-48

D

Darniot
07-D-16

DeheTP
07-D-01

DeheTP de Chatou
07-D-01

DeheTP Environnement
07-D-01

Delaroche
07-A-09

Déménagements J. Gervais
07-D-48

Desnos
07-D-48

Devin Lemarchand
07-D-01

Direct Énergie
07-D-43; 07-MC-04

Dissou
07-D-50

Distridoubs
07-D-50

Distrileg
07-D-50

Draka Paricable
07-D-26

Dufra
07-D-50

Dumez Construction SNC
07-D-15

E

EBL Ouest
07-D-01

Echirolles Distribution
07-D-50

Ecosita
07-D-02

Édition presse magazines 2000
(EPM 2000 SA)
07-D-23

Effiparc Île-de-France
07-D-15

EGC Ouest
07-D-01

Eiffage Construction
07-D-15

EiffageTP SAS
07-D-15

Ela Medical
07-D-49

Électricité de France (EDF)
07-D-26; 07-D-30; 07-D-43;
07-MC-01; 07-MC-04

Électricité Provence Côte d'Azur
(EPI)
07-D-47

EMC Distribution
07-D-50

Emettel
07-D-30; 07-MC-02

Entreprise de travaux publics
André et Max Brezillon
07-D-15

EPI
07-D-47

EPSE-JouéClub
07-D-50

Espac
07-D-40

Est-Bourgogne-Rhône-Alpes
(EBRA)
07-A-09

Établissements Jean Graniou
07-D-47

Eurelec Midi Pyrénées
07-D-47

EuroPalaces
07-D-12

Eurostar Group Ltd
07-D-39

Eurovia Champagne Ardenne
Lorraine (Eurovia CAL)
07-D-11

Eurovia Lorraine
07-D-11

Evolis
07-D-50

Expanscience
07-D-07

F

Faure-Silva
07-D-34

Fédération du négoce agricole
(FNA)
07-D-16

Fédération française
des combustibles, carburants
et chauffages (FF3C)
07-A-08

Fédération française des
coopératives agricoles de collecte,
d'approvisionnement et
de transformation (FFCAT)
07-D-16

Fédération nationale des cinémas
français (FNCF)
07-D-12; 07-D-17

Fédération nationale
des distributeurs de films (FNDF)
07-D-17

Finamo
07-D-50

Fincar
07-A-06

Flavelab
07-D-09

Fougerolle SAS
07-D-15

France Rail Publicité
07-D-39

FranceTélécom
07-D-33; 07-D-37; 07-MC-03

Fruitière du massif jurassien (FMJ)
07-D-10

G

Galec
07-D-50

Gaz de France
07-A-08

Gedimat Anchetti
07-D-08

Gespace France SA
07-D-15

GIE Ciné Alpes
07-D-44

GIE Elis
07-D-21

GIE Groupement logistique
ciments Haute-Corse (GLCHC)
07-D-08

Glaxo Wellcome France
07-D-09

GlaxoSmithKline
07-D-09; 07-D-46

Goliath France
07-D-50

Gorez frères
07-D-11

Graniou Azur
07-D-47

Grenelle Services
07-D-21

Groupeement des entreprises
industrielles de services textiles
(GEIST)
07-D-21

Grupo General Cable Sistemas
07-D-26

GTM GCS
07-D-34

Guidant
07-D-49

H

Hachette SA
07-D-23

Hasbro France
07-D-50

Honda Motor Europe South
07-D-25

Hyper Cosmos
07-D-50

Hyper U
07-D-50

I

Inéo SA
07-D-47

Initial BTB
07-D-21

Integral Process (IP)
07-D-20

Interdean SAS
07-D-48

Intermarché
07-D-50

Ipodec Normandie
07-D-02

ITM Alimentaire France
07-D-50

J

JCO SARL
07-D-50

Jeff de Bruges SAS
07-D-04

Jemini SA
07-D-50

Johnson & Johnson Consumer
France
07-D-07

JouéClub
07-D-50

Jugremix
07-D-50

K

KalibraXE
07-MC-01

Kawasaki Motor France
07-D-25

KingJouet
07-D-50

L

L'Entreprise Industrielle
07-D-47

L'Est Républicain
07-A-09

L'Oréal
07-D-07

La Motte
07-D-50

La Poste
07-A-17

Lafarge ciments
07-D-08

Lansay France
07-D-50

Laurcia
07-D-50

Le Coucou
07-D-44

Le Déménageur européen
07-D-48

Leaurel
07-D-44

Leclerc
07-D-50

Ledeme Déménagements
07-D-48

Lego SAS
07-D-50

Les Lavandières
07-D-21

Liberty Surf
07-D-33

Lierac
07-D-07

Lilly France
07-D-22

Loisichèques
07-D-12

Lovetra
07-D-21

Ludendo SA
07-D-50

Ludo SAS
07-D-50

Lutin bleu SA
07-D-50

M

Maison Huet SA
07-D-48

MAJ
07-D-21

Majorette Solido SAS
07-D-50

Malvic
07-D-50

Mas
07-D-34

Masimo Europe Limited
07-D-20

Mattel France
07-D-50

Maxi Toys France
07-D-50

Meccano France
07-D-50

Medtronic
07-D-49

Megabrand Europe NV
07-D-50

MegaBrands France
07-D-50

Merck-Sharp & Dohme-Chibret
07-D-22

Messageries lyonnaises de presse
(MLP)
07-D-32

Ministre de l'Économie,
des Finances et de l'Industrie
07-D-01 ; 07-D-02 ; 07-D-04 ; 07-D-05 ;
07-D-06 ; 07-D-08 ; 07-D-11 ; 07-D-14 ;
07-D-16 ; 07-D-19 ; 07-D-21 ; 07-D-24 ;
07-D-29 ; 07-D-34 ; 07-D-35 ; 07-D-36 ;
07-D-40 ; 07-D-42 ; 07-D-47 ; 07-D-49 ;
07-D-50 ; 07-A-02 ; 07-A-03 ; 07-A-06 ;
07-A-07 ; 07-A-09 ; 07-A-10 ; 07-A-12 ;
07-A-13 ; 07-A-14 ; 07-A-15

Mobilitas
07-D-48

Montchoix
07-D-50

Montgay SARL
07-D-50

Moulin Marion SA
07-D-16

Muller
07-D-36

N

Nestlé
07-D-42

Nexans France
07-D-26

Nobladis
07-D-50

Nord France Boutonnat SARL
07-D-15

Nordpathologie
07-D-41

Nouvelles messageries de la
presse parisienne (NMPP)
07-D-23; 07-D-32

Nutricia-Milupa
07-D-42

Nuxe
07-D-07

O

Oenobiol
07-D-07

Onyx Normandie
07-D-02

Onyx-Est
07-D-40

Orange
07-D-37

Outremer Télécom
07-A-01

P

Pageli SARL
07-D-50

Paris distribution
07-D-50

Percot
07-D-48

Pertuy Construction
07-D-36

Pfizer SA
07-D-45

Philan
07-D-50

Phoenix Pharma
07-D-22

PickWick
07-D-50

Pierrette-TBA
07-D-21

Pirelli Énergies Câbles et Systèmes
07-D-26

Playmobil France
07-D-50

Port autonome du Havre
07-D-28

Poweo
07-A-08

Provera France
07-D-50

Prysmian Energies Câbles et
Systèmes
07-D-26

R

Rabot-Dutilleul Construction
07-D-15

Rantanplan Jouets SA
07-D-50

Raoult Grosiron International
07-D-48

Ravensburger France
07-D-50

Région Picardie
07-D-27

Robert Morin
07-D-11

Rocade Distribution
07-D-50

Rogé Cavallès
07-D-07

Routière Morin
07-D-11

Routière Morin Marne
07-D-11

Rubrecht Christian (DSM)
07-D-48

S

Sade CGTH
07-D-01 ; 07-D-36

SAEP Équipements SNC
07-D-15

SAEP SNC
07-D-15

SAF
07-D-47

Safran
07-D-26

Sagem
07-D-26

Saint-Herblain Distribution
07-D-50

Saint Jude Medical
07-D-49

Sanofi-Aventis
07-D-22

Sarc
07-D-01

Saur France
07-D-01

SBCEA Audio
07-D-01

SCA loisirs et arts ménagers
07-D-50

SCEA Les Vergers de la Motte
07-D-18

SCGPM
07-D-15

Schering Plough
07-MC-06

SCR Marne
07-D-11

Screg-Est
07-D-11

SEEE
07-D-47

Service technique de la navigation
aérienne (STNA)
07-D-47

SGCO
07-D-01 ; 07-D-15

Simat Simongiovanni
07-D-08

Sirona Dental Systems GmbH
07-D-35

Sirva SAS
07-D-48

Sita France
07-D-02

Sita Lorraine
07-D-40

Sita Normandie-Picardie
07-D-02

Smac Aciéroid
07-D-11

Smoby SA
07-D-50

SN STEIF
07-D-29

SNC Castellani 07-D-08	Sonnenglut 07-A-03
SNCF 07-D-39	Sony Computer Entertainment France 07-D-06
SNEF 07-D-29	Spac 07-D-01
Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP) 07-D-32	SPGI 07-D-15
Société financière RSV 07-D-50	SPIE SA 07-D-15; 07-D-47
Société générale maritime (SOGEMA) 07-D-28	SPIE Trindel 07-D-47
Société havraise de gestion et de transport (SHGT) 07-D-28	SPIE-SCGPM 07-D-15
Société Havre Manutention 07-D-28	St Martin & St Barthélemy Tel Cell 07-A-01
Société industrielle de constructions rapides (Sicra) SNC 07-D-15	Sterling International Movers SA 07-D-48
Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) 07-D-13	Sturno 07-D-01
Société régionale de location et services textiles 07-D-21	Sud Jouets SA 07-D-50
Sodiag 07-D-50	Suviga 07-D-50
Sodichal 07-D-50	Suzuki France 07-D-25
Sodicres 07-D-50	SVEE 07-D-29
Sodilac 07-D-42	Syndicat des négociants en matériaux de construction 07-D-08
Sodirev 07-D-50	Syndicat des producteurs indépendants (SPI) 07-D-17
Soloroute Est 07-D-36	Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes français 07-D-41
Solutel 07-MC-03	Système U centrale nationale 07-D-50
SOMECA 07-D-08	

T

Télédiffusion de France
07-D-30; 07-MC-02; 07-MC-05

Thalès Security System
07-D-47

Thalès Services Industrie (SAS)
07-D-47

Thimeau
07-D-21

Thomson-CSF Inoxel
07-D-47

Thomson-CSF Services Industrie
07-D-47

Tomy
07-D-50

T-Online France
07-D-33

Toulgoat
07-D-01

TowerCast
07-MC-05

Toys'R'Us France
07-D-50

Transeuro Desbordes Worldwide
Relocation
07-D-48

Transmontagne
07-D-14

U

Unibail Holding SA
07-A-10

Union des services publics
Normandie (USP Normandie)
07-D-02

Union française des
orthoprothésistes (UFOP)
07-D-05

Uriage
07-D-07

V

Valenciennes Jouets SARL
07-D-50

Veolia Propreté
07-D-02

Vicat
07-D-08

Village de Paris
07-D-50

Ville de Marseille
07-A-11

Vinci Construction
07-D-15

Vinci Construction SAS
07-D-15

Vinci SA
07-D-15

Vitry Distribution
07-D-50

Vtech Electronics Europe BV
07-D-50

Vtech Electronics Europe SAS
07-D-50

Vulli SA
07-D-50

W

Weiler
07-D-36

111 **Recours devant la cour d'appel de Paris**

Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2007 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour le 14 mai 2008)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
07-D-01 du 17 janvier 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan	Arrêt du 15/01/2008 Annulation pour une entreprise/Réformation pour une autre
07-D-05 du 21 février 2007	relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP) sur le marché de la fourniture d'orthoprothèses	Arrêt du 29/01/2008 Confirmation
07-D-08 du 12 mars 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse	Arrêt du 06/05/2008 Réformation (sur le montant des sanctions)
07-D-09 du 14 mars 2007	relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France	Arrêt du 08/04/2008 Réformation
07-D-15 du 9 mai 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France	Affaire pendante
07-D-16 du 9 mai 2007	relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales	Affaire pendante
07-D-18 du 16 mai 2007	relative à des pratiques mises en œuvre sur le secteur du cidre et des pommes à cidre	Affaire pendante
07-D-22 du 5 juillet 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques	Affaire pendante
07-D-23 du 12 juillet 2007	relative à la saisine de la SA Édition presse magazines 2000 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Nouvelles messageries de la presse parisienne NMPP	Affaire pendante
07-D-27 du 31 juillet 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie	Affaire pendante
07-D-28 du 13 septembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention	Affaire pendante
07-D-29 du 26 septembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles	Affaire pendante
07-D-37 du 7 novembre 2007	relative à une saisine de l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile	Affaire pendante
07-D-41 du 28 novembre 2007	relative à des pratiques s'opposant à la liberté des prix des services proposés aux établissements de santé à l'occasion d'appels d'offres en matière d'examen anatomo-cyto-pathologiques	Affaire pendante
07-D-43 du 10 décembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France	Affaire pendante
07-D-45 du 13 décembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques	Affaire pendante
07-D-46 du 13 décembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques	Affaire pendante
07-D-47 du 18 décembre 2007	relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne	Affaire pendante
07-D-48 du 18 décembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international	Affaire pendante
07-D-49 du 19 décembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier	Affaire pendante
07-D-50 du 20 décembre 2007	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets	Affaire pendante
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		Arrêts cour d'appel
07-MC-01 du 25 avril 2007	relative à une demande de mesures conservatoires de la société KalibraXE	Arrêt du 26/06/2007 Confirmation
07-MC-03 du 7 juin 2007	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel	Arrêt du 13/07/2007 Recours sans objet
07-MC-05 du 11 juillet 2007	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société TowerCast	Arrêt du 24/08/2007 Confirmation
07-MC-06 du 11 décembre 2007	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques	Arrêt du 05/02/2008 Confirmation

Décisions 2006 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de paris (mise à jour le 14 mai 2008)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
06-D-03 du 9 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation	Arrêt du 29/01/2008 Confirmation pour l'essentiel (mise hors de cause de deux entreprises, réduction de la sanction pour une entreprise)
06-D-04 du 13 mars 2006	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe	Arrêt du 26/06/2007 Réformation (mise hors de cause d'une entreprise et réduction des sanctions)
06-D-06 du 17 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes	Ordonnance du 15/05/2006 Désistement
06-D-07 du 21 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France	Affaire pendante
06-D-08 du 24 mars 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault	Arrêt du 23/10/2007 Confirmation
06-D-09 du 11 avril 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes	Arrêt du 24/04/2007 Confirmation
06-D-12 du 6 juin 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de commodités chimiques	Arrêt du 13/03/2007 Annulation – renvoi au Conseil
06-D-13 du 6 juin 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public de travaux pour la reconstruction du stade Armand-Cesari à Furiani	Arrêt du 25/09/2007 Confirmation pour l'essentiel (réduction de la sanction pour une entreprise)
06-D-15 du 14 juin 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la pose et de l'entretien des voies de chemin de fer	Arrêt du 02/10/2007 Réformation (sur le montant des sanctions)
06-D-17 du 22 juin 2006	relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi dans l'Oise	Arrêt du 15/05/2007 Confirmation
06-D-24 du 24 juillet 2006	relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France	Arrêt du 16/10/2007 Confirmation
06-D-29 du 6 octobre 2006	relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique	Arrêt du 08/11/2007 Confirmation
06-D-37 du 7 décembre 2006	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes	Arrêt du 04/03/2008 Confirmation
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		Arrêts cour d'appel
06-MC-01 du 23 février 2006	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Les Messageries lyonnaises de presse et Agora Diffusion Presse	Arrêt du 09/05/2006 Confirmation
06-MC-03 du 11 décembre 2006	relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent	Arrêt du 06/02/2007 Irrecevabilité du recours

Décisions 2005 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour le 14 mai 2008)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
05-D-05 du 18 février 2005	relative à une saisine de la SARL Les Oliviers	Arrêt du 15/11/05 Confirmation
05-D-13 du 18 mars 2005	relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage	Arrêt du 15/11/05 Confirmation
05-D-17 du 27 avril 2005	relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or	Arrêt du 13/12/05 Réformation partielle (réduction des sanctions pour deux entreprises)
05-D-19 du 12 mai 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « route des Estuaires », dans le département de la Manche	Arrêt du 07/03/06 Confirmation pour l'essentiel (mise hors de cause d'une entreprise; maintien de la sanction pour les 20 autres)
05-D-20 du 13 mai 2005	relative à une saisine de la société Casino du Lac de la Magdeleine	Arrêt du 13/12/05 Confirmation
05-D-26 du 9 juin 2005	relative aux marchés des travaux publics réalisés dans le département de la Meuse	Arrêt du 25/04/06 Confirmation pour l'essentiel (mise hors de cause d'une entreprise)
05-D-30 du 21 juin 2005	relative à une saisine de la société Chepar	Arrêt du 23/05/2006 Désistement
05-D-32 du 22 juin 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution	Arrêt du 04/04/06 Réformation partielle (mise hors de cause des sociétés Georges Delbard et Truffaut, réduction de la sanction prononcée à l'encontre de Royal Canin de 2,5 M€ à 2,3 M€)
05-D-36 du 30 juin 2005	relative au respect, par les sociétés du groupe Decaux, des injonctions prononcées par la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998	Arrêt du 21/02/06 Réformation partielle (mise hors de cause des sociétés SEMUP, SOMUPI, SOFACT, JC Decaux SA; réduction de la sanction de JC Decaux Mobilier Urbain de 2,75 M€ à 2 M€)
05-D-37 du 5 juillet 2005	relative à l'exécution de la décision 03-D-03 du 16 janvier 2003 concernant des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances	Arrêt 24/01/06 Confirmation
05-D-38 du 5 juillet 2005	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs	Arrêt du 07/02/06 Confirmation
05-D-42 du 19 juillet 2005	Relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services télématiques relatifs aux résultats ou aux corrigés d'examens	Arrêt du 21/03/06 Confirmation
05-D-43 du 20 juillet 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes	Arrêt du 07/03/06 Confirmation pour l'essentiel (réduction de la sanction infligée au Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme de 1 000 € à 1 €)
05-D-50 du 21 septembre 2005	relative à la plainte de la société SCOB à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Brasseries Kronenbourg dans le secteur de la distribution de la bière	Arrêt du 25/04/06 Irrecevabilité
05-D-51 du 21 septembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg (lot plâtrerie, isolation, cloisons)	Arrêt du 23/05/2006 Annulation
05-D-58 du 3 novembre 2005	relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France	Arrêt du 26/09/2006 Confirmation pour l'essentiel (extension de la condamnation à un grief supplémentaire mais maintien des sanctions)
05-D-59 du 7 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'internet haut débit	Arrêt du 04/07/2006 Confirmation
05-D-60 du 8 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'État et la commune de Cannes	Arrêt du 04/07/2006 Confirmation

05-D-64 du 25 novembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens	Arrêt du 26/09/2006 Confirmation
05-D-65 du 30 novembre 2005	relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile	Arrêt du 12/12/2006 Confirmation
05-D-66 du 5 décembre 2005	relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public	Arrêt du 19/06/2007 Confirmation pour l'essentiel (mise hors de cause d'une entreprise)
05-D-67 du 6 décembre 2005	relative aux pratiques mises en œuvre sur le marché de la signalisation routière horizontale dans les régions de Picardie et du Nord-Pas-de-Calais	Arrêt du 04/07/2006 Confirmation pour l'essentiel (acquisition de la prescription pour la société Unidoc; autres sanctions confirmées)
05-D-68 du 12 décembre 2005	relative à des pratiques du Centre national d'enseignement à distance	Arrêt du 07/11/2006 Confirmation
05-D-69 du 15 décembre 2005	relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime	Arrêt du 30/01/2007 Confirmation
05-D-70 du 19 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées	Arrêt du 29/05/2007 Confirmation
05-D-71 du 19 décembre 2005	relative à une saisine de la société Toffolutti	Arrêt du 12/12/2006 Annulation – Renvoi au Conseil À rapprocher de la décision 06-D-08 L'arrêt confirme le bien-fondé du changement de position du Conseil arrêté dans la décision 06-D-08 « Collèges de l'Hérault » concernant l'application de la prescription quinquennale
05-D-72 du 20 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments	Arrêt du 23/01/2007 Confirmation
05-D-75 du 22 décembre 2005	relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris	Arrêt du 12/12/2006 Confirmation (maintien de la sanction; révision des injonctions de publication et de diffusion)

111 Liste des avis et décisions

Liste des décisions et avis 2007

I Décisions

Décision n° 07-D-01 du 17 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan

Décision n° 07-D-02 du 23 janvier 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime

Décision n° 07-D-03 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe par la société Clarins SA

Décision n° 07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges

Décision n° 07-D-05 du 21 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Union française des orthoprothésistes (UFOP) sur le marché de la fourniture d'orthoprothèses

Décision 07-D-06 du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo

Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

Décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse

Décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France

Décision n° 07-D-10 du 28 mars 2007 relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté

Décision n° 07-D-11 du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims

Décision n° 07-D-12 du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma

Décision n° 07-D-13 du 6 avril 2007 relative à de nouvelles demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent

Décision n° 07-D-14 du 2 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, concessionnaire des remontées mécaniques sur la station de ski de Pra-Loup

Décision n° 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France

Décision n° 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales

Décision n° 07-D-17 du 10 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma

Décision n° 07-D-18 du 16 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre sur le secteur du cidre et des pommes à cidre

Décision n° 07-D-19 du 24 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport aérien, en ce qui concerne la desserte des Antilles

Décision n° 07-D-20 du 19 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Integral Process à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur les marchés français de l'oxymétrie

Décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge

Décision n° 07-D-22 du 5 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques

Décision n° 07-D-23 du 12 juillet 2007 relative à la saisine de la SA Édition presse magazines 2000 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)

Décision n° 07-D-24 du 24 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Léonidas

Décision n° 07-D-25 du 25 juillet 2007 relative aux saisines du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits

Décision n° 07-D-26 du 26 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension

Décision n° 07-D-27 du 31 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la formation professionnelle continue à destination des demandeurs d'emploi en région Picardie

Décision n° 07-D-28 du 13 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention

Décision n° 07-D-29 du 26 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles

Décision n° 07-D-30 du 5 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique

Décision n° 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën

Décision n° 07-D-32 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport presse (SAEM-TP)

Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à internet à haut débit

Décision n° 07-D-34 du 24 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la restructuration de l'hôpital Saint-Léon à Bayonne

Décision n° 07-D-35 du 7 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sirona Dental Systems GmbH et ses distributeurs nationaux de matériels et équipements dentaires

Décision n° 07-D-36 du 7 novembre 2007 relative à un marché de travaux de rénovation d'enceintes militaires à Montigny-lès-Metz

Décision n° 07-D-37 du 7 novembre 2007 relative à une saisine de l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC) à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom et sa filiale Orange dans le secteur de la distribution de téléphonie mobile

Décision n° 07-D-38 du 15 novembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires dans le secteur de la boulangerie industrielle

Décision n° 07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres

Décision n° 07-D-40 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics de collecte des déchets ménagers dans le département des Vosges

Décision n° 07-D-41 du 28 novembre 2007 relative à des pratiques s'opposant à la liberté des prix des services proposés aux établissements de santé à l'occasion d'appels d'offres en matière d'examen anatomo-cyto-pathologiques

Décision n° 07-D-42 du 30 novembre 2007 relative à certaines pratiques mises en œuvre par les sociétés Blédina, Nestlé, Sodilac, Nutricia-Milupa et leur syndicat professionnel sur le marché des laits infantiles

Décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France

Décision n° 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes

Décision n° 07-D-45 du 13 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques

Décision n° 07-D-46 du 13 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques

Décision 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne

Décision n° 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international

Décision n° 07-D-49 du 19 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical dans le cadre de l'approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables

Décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets

1 Avis

562

Avis n° 07-A-01 du 1^{er} février 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Télécom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane

Avis n° 07-A-02 du 16 mars 2007 relatif au projet de décret portant modification du décret n° 98-246 du 2 avril 1998 relatif à la qualification professionnelle exigée pour l'exercice d'activités prévues à l'article 16 de la loi n° 96-603 du 16 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, en ce qui concerne l'activité de modelage esthétique de confort sans finalité médicale

Avis n° 07-A-03 du 28 mars 2007 relatif à l'exécution des engagements souscrits par le groupe Carrefour à l'occasion d'une opération de concentration

Avis n° 07-A-04 du 15 juin 2007 relatif à la possibilité de réserver aux producteurs d'une filière de qualité agricole ou alimentaire certains produits intermédiaires

Avis n° 07-A-05 du 19 juin 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles

Avis n° 07-A-06 du 16 juillet 2007 relatif à l'acquisition par la société Cafom du pôle distribution de la société Fincar dans le secteur de la vente d'équipements de la maison

Avis n° 07-A-07 du 25 juillet 2007 relatif aux conditions de l'exercice de la concurrence dans la commercialisation des droits sportifs

Avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007 relatif à une demande du Conseil d'État à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France

Avis n° 07-A-09 du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel, filiale du Crédit mutuel Centre Est Europe

Avis n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 relatif au rapprochement des activités de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et de la société Unibail Holding SA dans le secteur de la gestion de sites de congrès-expositions et de l'organisation de foires et salons

Avis n° 07-A-11 du 9 octobre 2007 relatif à une demande d'avis de la ville de Marseille

Avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial

Avis n° 07-A-13 du 19 octobre 2007 relatif à un projet de décret relatif au plafonnement des frais bancaires applicables aux incidents de paiement

Avis n° 07-A-14 du 9 novembre 2007 relatif à un projet de décret d'exemption d'un accord entre organisations professionnelles de l'industrie automobile en matière de délais de paiement inter-entreprises

Avis n° 07-A-15 du 9 novembre 2007 portant sur le projet de décret modifiant le décret 2004-699 relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives

Avis n° 07-A-16 du 19 décembre 2007 relatif à une demande du Conseil d'État à propos des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique des distributeurs locaux

Avis n° 07-A-17 du 20 décembre 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur le dispositif de remises commerciales de La Poste

I Mesures conservatoires

Décision n° 07-MC-01 du 25 avril 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société KalibraXE

Décision n° 07-MC-02 du 2 mai 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Emettel

Décision n° 07-MC-03 du 7 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel

Décision n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie

Décision n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société TowerCast

Décision n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques

