

Autorité
de la concurrence



Rapport annuel 2012

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Coralie Anadon, Gillian Arnoux, Antoine Babine, Patricia Basset, Virginie Beaumeunier, Liza Bellulo, Charles Bertin, Séverine Bertrand, Gautier Duflos, Romain Galante, Jocelyne Gaumet, Laure Gauthier, Simon Genevaz, Céline Guibé, Virginie Guin, Gaëlle Huerre, Ghislaine Jaillon, Nicolas Joncheray, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Erwan Le Noan, Frédérique Leyme, Louis-Gabriel Masson, Nadine Mouy, Alain Mouzon, Julien Neto, Gwenaëlle Nouet, Thierry Poncelet, Jean Ravoire, Cyril Rollet, Sybille Roncin, Anne Rossion, Isabelle Sévajols, Anne-Laure Vendrolini, Ellen Verdure, Thibaud Vergé, Fabien Zivy.

Par délibération en date du 20 mars 2013, l'Autorité de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article L. 461-5 du Code de commerce, aux termes duquel l'Autorité de la concurrence établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au Gouvernement et au Parlement et qui comporte en annexe, aux termes de l'article R. 462-4, les décisions prévues à l'article L. 464-8 du même Code.

«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.»

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2013

ISBN : 978-2-11-009393-6



Photo Hamilton/REA

Editorial

Dans une économie en proie à des difficultés et à des reconfigurations qui rendent plus que jamais nécessaires des réformes structurelles pour améliorer la compétitivité du pays, une concurrence maîtrisée constitue l'une des pistes pour le retour vers un sentier de croissance. Loin de conduire l'Autorité de la concurrence à renoncer à ses responsabilités, ce contexte particulier requiert, plus que jamais, une régulation de la concurrence indépendante et ferme, tout en restant pragmatique et adaptée au contexte propre à chaque secteur de l'économie. L'année 2012 et le début de l'année 2013 ont été particulièrement intéressants à cet égard.

La validation du modèle français de la régulation concurrentielle au regard du droit constitutionnel et européen

À l'issue de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été transmise par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a jugé, le 12 octobre 2012, que l'organisation institutionnelle de la régulation concurrentielle était conforme au principe constitutionnel d'impartialité compte tenu, d'une part, des pouvoirs respectifs du collège et des services d'instruction et, d'autre part, du mécanisme de saisine d'office prévu par la loi, que ce soit au titre des pratiques anticoncurrentielles ou de la vérification du respect d'engagements ou d'injonctions en matière de concentrations.

Le Conseil d'État a, le 21 décembre dernier, confirmé à son tour la validité de l'organisation institutionnelle de l'Autorité au regard des principes d'impartialité, du contradictoire et des droits de la défense, protégés tant par le droit constitutionnel que par le droit européen.

Les hautes juridictions ont ainsi validé, pour l'Autorité de la concurrence, un schéma de séparation fonctionnelle pour les procédures susceptibles d'aboutir au prononcé de sanctions. Il inspire d'ores et déjà d'autres États membres qui ont récemment décidé de transférer la régulation concurrentielle à une autorité administrative indépendante, tels que la Belgique.

Les nouveaux pouvoirs de l'Autorité de la concurrence dans les départements d'outre-mer

La loi sur la régulation économique des outre-mer du 20 novembre 2012, qui a tiré les enseignements des avis de l'Autorité rendus en 2009 et en 2012, constitue une illustration frappante des bénéfices de la régulation concurrentielle. Elle renforce les pouvoirs de l'Autorité là où les populations sont plus fragiles et où le développement économique est entravé par des goulets d'étranglement qui ne résultent pas uniquement de handicaps structurels mais qui sont également le fait de comportements des opérateurs économiques.

L'Autorité sera ainsi notamment en mesure d'interdire les accords d'importation exclusive qui ne sont pas justifiés par les opérateurs économiques concernés, de veiller à la bonne application de la régulation en amont, notamment dans les secteurs du fret et du carburant. Elle pourra également rendre obligatoire des engagements structurels dans le secteur de la grande distribution, voire prononcer des injonctions structurelles dans les cas qui le justifient, à l'instar de la *Competition commission* britannique.

Un renforcement de la crédibilité du contrôle des concentrations

En matière de contrôle des concentrations, ces derniers mois ont été marqués par des décisions renforçant la crédibilité de la régulation mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence.

Dans sa décision précitée du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 430-8 du Code de commerce. Il a reconnu au législateur la possibilité de concilier la protection de l'ordre public économique avec la liberté d'entreprendre en accordant à l'Autorité de la concurrence un pouvoir de sanction et de retrait d'une autorisation de concentration en cas de non-respect des engagements, des prescriptions ou des injonctions dont elle est assortie. Cette décision rappelle ainsi que les entreprises ne peuvent se délier de leur propre initiative des engagements qu'elles ont elles-mêmes souscrits et qu'elles doivent mettre en œuvre de façon effective chacun d'entre eux.

L'Autorité, qui avait mis en œuvre l'article L. 430-8 en septembre 2011 à l'encontre du groupe Canal plus, a confirmé sa vigilance en la matière en sanctionnant Bigard en juillet 2012 pour avoir vidé de sa portée et de son objet un engagement de concession de licence de marque.

La vigilance quant au non-respect des règles fixées par le législateur s'étend également à l'obligation de notification des concentrations. L'Autorité de la concurrence a ainsi rendu deux décisions de sanction pour non-respect de cette obligation, l'une dans le secteur de la distribution, en mai 2012, l'autre dans celui de la protection sociale complémentaire, en février 2013.

Cette fermeté est la contrepartie d'un usage modéré et pragmatique des pouvoirs de contrôle des concentrations confiés à l'Autorité. En moyenne, depuis 2009,

96 % des décisions de concentrations ont été autorisées sans condition, 4 % sous réserve d'engagements proposés volontairement par les parties. Aucune décision d'interdiction n'a été prononcée en France depuis 1999, alors que, depuis 2001, onze interdictions ont été prononcées au niveau européen, et près de soixante en Allemagne. Une seule décision a fait l'objet du prononcé d'injonctions, en l'absence de réponse des parties à l'ensemble des problèmes concurrentiels que soulevait l'opération, dans le cadre du réexamen de la fusion Canal Plus/TPS à la suite du retrait de l'autorisation qui avait été accordée en 2006. La proportionnalité de cette injonction ainsi que l'analyse concurrentielle qui la soutenait ont été validées par le Conseil d'État dans un arrêt du 21 décembre 2012.

2013 sera l'occasion d'établir un bilan plus général de quatre années de pratique de contrôle des concentrations, en enrichissant et modernisant les lignes directrices adoptées en décembre 2009. Il sera tiré parti également des enseignements d'une large consultation publique et d'une table ronde associant toutes les parties intéressées.

Le projet révisé de lignes directrices, publié en février 2013, consolide les bénéfices d'une procédure souple et, lorsque les circonstances le requièrent, rapide. Il met notamment l'accent sur l'importance de la phase informelle de « pré-notification », précise la procédure d'examen simplifiée qui permet aux entreprises de disposer d'une décision dans un délai de quinze jours ouvrés, et affine l'analyse économique en matière de définition de marché et d'effets horizontaux.

Le texte soumis à la consultation, qui sera adopté en juillet 2013, propose également de faciliter, sécuriser et homogénéiser la pratique des entreprises à l'occasion de la phase cruciale que constituent les engagements, avec des modèles-types d'engagements structurels et de contrat avec le mandataire chargé de la vérification de la mise en œuvre des engagements, que ceux-ci soient structurels ou comportementaux.

Un équilibre entre prévention et sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles

En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'année 2012 a confirmé que l'Autorité était la plus active au sein du réseau européen de la concurrence, tant par le nombre d'affaires ouvertes sur le fondement des articles 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (217 entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 décembre 2012) qu'au regard du nombre de décisions adoptées (90 sur la même période).

L'importance de l'activité de l'Autorité se reflète également dans la baisse continue du stock des affaires en cours, avec 149 affaires au 31 décembre 2012, contre 164 l'année précédente. Le chemin parcouru est très significatif depuis 2000, lorsque le Conseil de la concurrence devait faire face à un stock de plus de 400 affaires pendantes.

En 2012, l'Autorité a veillé à un équilibre général entre prévention et sanction.

Cet équilibre passe d'abord par un recours important aux procédures négociées. L'Autorité a rendu 13 décisions de sanction pour un total d'environ 540 millions d'euros, les entreprises ayant, dans un tiers de ces affaires, décidé de ne pas contester les griefs. L'Autorité a également obtenu 6 séries d'engagements dans les secteurs les plus variés (services financiers, presse, assurance sportive, communications électroniques, publicité notamment).

La valorisation des programmes de conformité lorsqu'ils sont présentés à l'Autorité dans le cadre de procédures de non-contestation de griefs, conformément au communiqué de procédure publié en février 2012 qui a codifié et précisé la pratique décisionnelle en la matière, participe également d'une mission générale de prévention des pratiques anticoncurrentielles. Au 1^{er} mars 2013, 34 programmes répondant aux conditions posées par le communiqué ont donné lieu à des réductions de sanction en complément du bénéfice de la non-contestation. Celles-ci peuvent s'élever, conformément à l'engagement de l'Autorité, jusqu'à 20 %, si l'on cumule le bénéfice de la non-contestation et d'un programme de conformité substantiel, crédible, et dont la mise en œuvre peut faire l'objet d'un contrôle effectif.

Les secteurs dans lesquels l'Autorité a détecté des pratiques anticoncurrentielles sont variés, mais il est intéressant de noter que, comme en 2011, des ententes ont affecté des marchés de biens de grande consommation, comme la farine en sachet vendue dans les linéaires des enseignes de la grande distribution et la billetterie de spectacles. Dans le secteur des paiements, les engagements obtenus par l'Autorité permettent la réduction de moitié, puis la suppression, en septembre 2013, des commissions interbancaires sur les prélèvements et les titres de paiement, qui sont essentiellement utilisés pour le paiement par les particuliers de leurs créances. Dans le secteur des télécommunications mobiles, l'Autorité a sanctionné des tarifs discriminatoires qui ont affaibli le dynamisme concurrentiel de ce marché. Ces pratiques ont eu un effet potentiel d'éviction en ce qu'elles ont dissuadé les consommateurs de se tourner vers d'autres opérateurs. Dans le secteur pharmaceutique, l'Autorité a sanctionné en mai 2013 une stratégie abusive de dénigrement d'un médicament générique qui a notamment eu pour effet de priver l'assurance-maladie d'économies estimées à 38 millions d'euros.

L'Autorité ne néglige pas pour autant les marchés amont, essentiels pour la compétitivité des entreprises clientes. En décembre 2012, elle a ainsi sanctionné un abus de position dominante dans le secteur du fret ferroviaire. Les bénéfices de l'ouverture à la concurrence en 2006 ont été affectés par les pratiques de la SNCF qui ont consisté à utiliser, dans son propre intérêt commercial, des informations confidentielles stratégiques concernant ses concurrents dont elle disposait en tant que gestionnaire déléguee des infrastructures et à empêcher ses concurrents, par différents moyens, d'accéder à des capacités ferroviaires indispensables à leur activité (cours de marchandises, sillons, wagons). S'agissant des pratiques tarifaires, en l'absence de stratégie délibérée de l'opérateur de fixer des prix de nature à évincer ses concurrents, et compte tenu du contexte économique particulier de cette filière, l'Autorité a recouru au prononcé d'une injonction permettant de rejoindre progressivement les conditions d'une concurrence par les mérites.

La consolidation d'un nouvel outil : l'enquête sectorielle

Paradoxalement, la fonction consultative de l'Autorité est la plus ancienne mais sans doute également celle qui recèle encore le plus de potentiel, depuis qu'elle a été renforcée par la capacité d'initiative, en 2008, et qu'elle peut désormais se combiner avec le contrôle des comportements et celui des structures.

L'exercice traditionnel de cette fonction a conduit l'Autorité, en 2012 et au début de 2013, à contribuer à la définition de politiques publiques, qu'il s'agisse des télécommunications (déploiement de la fibre optique, développement des opérateurs virtuels dans la téléphonie mobile, mutualisation et itinérance entre opérateurs de la téléphonie mobile), des tarifs réglementés du gaz, de l'assurance complémentaire santé, de la distribution de la presse, de la vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale ou de la contractualisation agricole.

La pratique récente, qui s'est inspirée de celle de la Commission européenne ou des homologues de l'Autorité au sein de l'Union européenne, a fait par ailleurs émerger un nouvel outil prometteur, l'enquête sectorielle. Le plus souvent à sa propre initiative, l'Autorité interroge les acteurs d'un secteur économique, les entend, collecte des données, vérifie s'il existe des obstacles au bon fonctionnement concurrentiel du secteur concerné et émet des recommandations, à l'attention des entreprises ou des pouvoirs publics.

Cet outil présente des avantages au regard de la procédure consultative plus traditionnelle. Il permet à l'Autorité de prendre l'initiative, de cibler des priorités, et de détecter des gisements de croissance inexplorés, comme ce fut le cas avec la réparation automobile. En septembre 2012, l'Autorité a préconisé une libéralisation progressive et maîtrisée des pièces détachées « visibles », susceptible de faire gagner aux consommateurs 6 à 15 points de pouvoir d'achat pour la réparation de leur véhicule, après avoir évalué avec soin les conséquences possibles de ses propositions sur la filière, que ce soit pour son positionnement commercial ou l'emploi, et après avoir tiré les enseignements des expériences dans les pays voisins qui se sont engagés dans cette voie.

L'enquête sectorielle constitue également une opportunité pour les opérateurs économiques, car elle se dégage de l'approche au cas par cas et leur offre à l'avance un cadre analytique complet leur permettant, s'ils le souhaitent, de se conformer volontairement au droit de la concurrence et de prévenir des procédures contentieuses. L'avis sur le commerce en ligne, publié en septembre 2012, le dernier en date rendu à l'initiative de l'Autorité, illustre bien cette nouvelle fonction. Il expose en détail la façon dont les fabricants peuvent développer leur stratégie commerciale de vente en ligne sans restreindre de façon disproportionnée la concurrence intra-marque, c'est-à-dire entre leurs distributeurs agréés, tout en continuant à investir dans leur réseau de distribution physique si cela est nécessaire pour leur positionnement commercial ou leur image de marque.

Le lancement de deux nouvelles enquêtes sectorielles début 2013, l'une dans le secteur de la santé, l'autre dans celui du transport inter-urbain par autocar, témoignent de l'importance que l'Autorité accorde à ce nouvel outil.

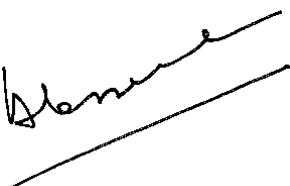
L'essor de cette activité consultative a suscité en retour des interrogations, voire des contentieux de la part des opérateurs économiques dont les comportements ont été plus particulièrement étudiés par l'Autorité. Le Conseil d'État s'est prononcé le 11 octobre 2012, dans le cadre de recours introduits par deux distributeurs contre les avis de l'Autorité de décembre 2010 sur les conditions d'affiliation des magasins indépendants et de janvier 2012 sur le commerce alimentaire de détail parisien. Il a jugé que l'Autorité était libre de faire « toute préconisation » aux opérateurs économiques comme aux pouvoirs publics, sans que son avis ne puisse faire grief, pour autant qu'il ne contienne pas de prescription impérative dont la méconnaissance pourrait faire l'objet de sanctions.

Cette confirmation contentieuse des pouvoirs de l'Autorité peut être prolongée par des améliorations dans la conduite des enquêtes sectorielles, auxquelles l'Autorité est prête à s'engager. Il peut ainsi être procédé plus largement à des consultations publiques et à la publication des contributions reçues avec l'accord des intéressés, l'expérience de la réparation automobile ayant été très positive.

* * *

Maturité, consolidation de la régulation concurrentielle : l'année 2012 a marqué une étape importante.

Mais le temps est aussi venu pour l'Autorité d'aborder de nouveaux chantiers. Celui de l'action collective en réparation, consécutive aux décisions constatant des pratiques anticoncurrentielles, est particulièrement attendu. Le projet de loi adopté en Conseil des ministres reprend une partie des préconisations que l'Autorité de la concurrence avait formulées dès 2006. Il répond, surtout, à une forte attente des consommateurs, qui bénéficieront de façon plus concrète de la régulation concurrentielle.



Bruno Lasserre

Sommaire général

Rapport d'activité	5
Étude thématique	57
Pratique de l'Autorité de la concurrence	145
Suivi de l'exécution des décisions	307
Jurisprudence des juridictions de contrôle	325
Rapport annuel du conseiller auditeur	383
Textes	397
Organisation	407
Index	417
Recours devant la Cour d'appel de Paris	431
Liste des décisions et avis	435

Rapport d'activité



Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle	9
Modifications législatives ou réglementaires	9
La loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 (dite loi Lurel)	9
Décret n° 2012-840 du 29 juin 2012	12
Autres textes	12
Activité en 2012	13
L'origine de l'activité	13
Les saisines externes	14
Les demandes d'avis	14
Les autosaisines	15
Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne	16
Les enquêtes	17
Les enquêtes et rapports transmis par la DGCCRF (ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et décret n° 2009-311 du 20 mars 2009)	17
Les enquêtes avec demande d'autorisation judiciaire (article L. 450-4 du Code de commerce)	19
Le contentieux des opérations de visites et saisies (OVS)	20
Les décisions et avis	21
Les secteurs économiques concernés	21
Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles	23
Les décisions en matière de contrôle des concentrations	27
Les avis	28
Stock	29
L'activité contentieuse et consultative	29
Les opérations de concentration	31

Bilan des recours contre les décisions de l'Autorité	31
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles	31
Contrôle des concentrations	32
Organisation et fonctionnement	32
Évolution de l'organisation	32
Effectifs	33
Budget	33
Recouvrement des sanctions	34
L'Autorité française de la concurrence dans les réseaux européen et international de la concurrence	34
Le réseau européen de la concurrence	34
Activité générale	34
Activité relative à l'instruction des cas	48
Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne	50
Activité liée à l'assistance au sein du Réseau européen de la concurrence	52
La coopération internationale	53
Coopération bilatérale	54
Coopération multilatérale	54

Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle

Modifications législatives ou réglementaires

La loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 (dite loi Lurel)

La loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer a complété les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence afin de lui donner des moyens d'action en rapport avec la situation économique spécifique des collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna.

Dans ces collectivités, les monopoles et oligopoles sont particulièrement répandus et il existe de fortes barrières à l'entrée, comme l'avait relevé l'Autorité de la concurrence dans deux avis de 2009¹ qui ont largement inspiré le texte législatif et ont été inclus dans l'étude d'impact. Les handicaps structurels liés à l'insularité et l'éloignement ne suffisent pas, à eux seuls, à expliquer les écarts de prix pratiqués par rapport à ceux de la métropole. Dans le secteur de la distribution, la structure très concentrée des marchés, et le comportement des opérateurs – notamment par la conclusion d'accords exclusifs d'approvisionnement et d'importation – accentuent fortement ces difficultés. Dans d'autres secteurs tels que le fret maritime, les carburants ou la logistique, l'Autorité avait également relevé des dysfonctionnements de concurrence.

Pour lever ces obstacles, l'Autorité a invité les pouvoirs publics à renforcer la régulation des marchés amont plutôt que de recourir à un contrôle des prix de détail, qui constitue un instrument peu efficace et nécessite de mobiliser des ressources très importantes. Par ailleurs, en 2012, dans le cadre d'un avis rendu à la

1. Avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer et avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

demande de la Ville de Paris², l'Autorité avait souligné l'intérêt que pouvait présenter un dispositif d'injonction structurelle inspiré notamment de l'expérience de la *Competition Commission* britannique pour garantir une concurrence effective lorsque le comportement d'un groupe de distribution en position dominante, notamment en termes de fixation de prix, fait obstacle à la concurrence et que les concurrents ne peuvent exercer une pression suffisante compte tenu de très fortes barrières à l'entrée.

Les principales dispositions de la loi concernant l'Autorité de la concurrence sont les suivantes.

L'article 1^{er} renforce la régulation exercée sur les marchés amont afin de traiter les goulets d'étranglement et crée un nouvel article L. 410-3 au sein du Code de commerce. Cette disposition prévoit que le gouvernement peut arrêter, après avis public de l'Autorité de la concurrence et par décret en Conseil d'État, les mesures nécessaires pour remédier aux dysfonctionnements des marchés de gros, notamment d'acheminement, de stockage et de distribution. Les mesures prises portent sur l'accès à ces marchés, l'absence de discrimination tarifaire, la loyauté des transactions, la marge des opérateurs et la gestion des facilités essentielles. Elles devraient porter en particulier sur le fret maritime, la logistique et le stockage de carburants. En application des articles 6 et 8 de la loi, l'Autorité de la concurrence peut prononcer des injonctions si elle constate que des entreprises ne se conforment pas aux mesures de régulation, par exemple pour encadrer des prix amont de facilités essentielles, mutualiser des équipements, ou, dans certains cas, imposer une séparation fonctionnelle ou une filialisation des activités d'importation et de stockage. Les entreprises qui font l'objet d'injonctions doivent publier un communiqué dans la presse locale pour en informer toutes les parties intéressées et le grand public, en application de l'article 7. En cas de non-respect d'une injonction, l'Autorité de la concurrence peut imposer le paiement d'une astreinte ou d'une amende.

Les I et II de l'article 5 de la loi interdisent les accords exclusifs d'importation, sauf si les parties démontrent à l'Autorité de la concurrence que ces accords dégagent des gains d'efficacité économique en réservant au consommateur une part du profit qui en résulte. Ces dispositions s'appliquent aux accords en cours. Les entreprises concernées disposent d'un délai de quatre mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour se mettre en conformité avec ces nouvelles dispositions.

Le III de l'article 5 complète l'article L. 462-3 du Code de commerce qui organise le dialogue entre l'Autorité de la concurrence et les juridictions civiles ou administratives, à l'initiative de la première ou de ces dernières. La nouvelle disposition sécurise la transmission au juge de pièces issues du dossier de l'Autorité de la concurrence, lorsque les documents concernés portent sur des pratiques anticoncurrentielles et ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance.

2. Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

Les pièces élaborées ou recueillies à l'occasion du traitement d'une demande de clémence ne peuvent être communiquées dans ce cadre.

L'article 8 élargit la saisine de l'Autorité de la concurrence – que ce soit pour ses missions traditionnelles ou pour les nouvelles compétences qui lui sont conférées dans les collectivités d'outre-mer précitées – aux organes compétents de ces collectivités. Dans le cadre juridique antérieur à la loi, les collectivités n'avaient intérêt à agir que si elles étaient directement affectées par des pratiques anticoncurrentielles ou pour solliciter un avis sur une question de concurrence. Avec le nouveau dispositif, les collectivités peuvent saisir l'Autorité de la concurrence de toute pratique anticoncurrentielle affectant leur territoire.

L'article 9 abaisse le second seuil de notification des concentrations dans le commerce de détail dans les collectivités d'outre-mer précitées de 7,5 à 5 millions d'euros en ce qui concerne le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés. Le premier seuil, fixé à 75 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes pour l'ensemble des parties à la concentration reste inchangé (deuxième alinéa du III de l'article L. 430-2 du Code de commerce).

L'article 10 institue un dispositif spécifique d'injonction structurelle, codifié dans un nouvel article L. 752-27 du Code de commerce. Depuis 2008, l'Autorité de la concurrence dispose déjà, en théorie, d'une injonction structurelle lui permettant d'ordonner des cessions d'actifs dans le commerce de détail. Ce pouvoir n'a cependant jamais été mis en œuvre en raison des conditions particulièrement strictes auxquelles son exercice est assorti. L'article L. 752-26 du Code de commerce ne permet en effet de l'utiliser que dans le cas où un opérateur en position dominante a non seulement commis un abus de position dominante ou de dépendance économique, mais a déjà fait l'objet d'une sanction ou d'une injonction, et poursuit l'infraction. La loi modifie les conditions d'exercice de ce pouvoir dans les collectivités d'outre-mer concernées par le texte de façon à ce que l'Autorité puisse véritablement faire usage de cet instrument et ordonner les mesures nécessaires et proportionnées au rétablissement d'une concurrence effective, après avoir engagé un dialogue avec les entreprises concernées. La loi prévoit que l'Autorité peut faire part à une entreprise ou un groupe d'entreprises en position dominante de ses préoccupations de concurrence du fait de pratiques de prix ou de marges élevés (en comparaison des moyennes observées du secteur) que cette position lui permet de pratiquer. L'entreprise dispose alors d'un délai de deux mois pour proposer des engagements à l'Autorité. Si l'entreprise ne propose pas d'engagements ou si les engagements proposés ne paraissent pas de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence, l'Autorité peut, par une décision motivée prise après un débat contradictoire, lui enjoindre de modifier ses contrats ou son comportement et, lorsque ces mesures ne sont pas suffisantes pour rétablir une concurrence effective, de céder des actifs.

L'article 13 ajoute un nouvel alinéa à l'article L. 462-7 du Code de commerce. Il dispose que le cours de la prescription décennale est suspendu, à compter de la

formation d'un recours contre l'autorisation ou le déroulement d'une opération de visite ou de saisie ou contre une décision au fond, jusqu'à la notification à l'Autorité d'une décision irrévocabile. Le régime français de la prescription est ainsi harmonisé avec celui de la prescription au niveau européen afin de tenir compte d'événements extérieurs aux diligences de l'instruction du dossier par l'Autorité de la concurrence.

Décret n° 2012-840 du 29 juin 2012

Le décret n° 2012-840 du 29 juin 2012 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence est venu tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 décembre 2010, VEBIC (aff. C-439/08), et de la jurisprudence subséquente de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris (voir la partie « Jurisprudence » du présent rapport annuel).

Dans cet arrêt, la Haute Juridiction a jugé notamment que « *l'obligation incombant à une autorité de concurrence nationale d'assurer l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE exige que celle-ci dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur* » (point 59) et que le règlement n° 1/2003 du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE (devenus 101 et 102 TFUE) « *doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas* » une telle faculté à une autorité nationale de concurrence.

Le décret précité a modifié l'article R. 464-11 du Code de commerce en prévoyant que l'Autorité est partie à l'instance dans les recours introduits contre ses décisions. Le texte a également mis diverses dispositions de la partie réglementaire du Code de commerce relatives à ces recours en cohérence avec cette nouvelle disposition.

Autres textes

L'Autorité a publié en juillet 2012 un guide de l'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de texte normatifs, préfacé par le secrétaire général du gouvernement. Il est disponible à la Documentation française, ou, en format html, sur le site Internet de l'Autorité (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=453).

Cette méthode permet d'aller au-delà de la recommandation aux pouvoirs publics au cas par cas en fournissant un cadre d'analyse systématique en amont de la préparation des textes. Plus largement, ce guide a vocation à s'inscrire dans le processus de l'étude d'impact qui résulte de l'obligation posée par le Constituant en 2008.

L'intégration de l'analyse concurrentielle dans ce processus participe d'une exigence démocratique : le législateur doit être en mesure de vérifier que l'intervention

d'une règle de droit nouvelle est justifiée et doit pouvoir disposer de toutes les informations nécessaires pour effectuer la synthèse entre différents motifs d'intérêt général, dont la concurrence fait partie. Cette démarche répond également à une exigence d'efficacité et de légitimité de l'État à long terme ; elle invite les administrations à vérifier que les normes servent uniquement l'intérêt général, mettent en œuvre des moyens adaptés et proportionnés à ces objectifs, et contribue à la construction d'un droit plus simple, plus économique, s'appliquant de façon égale à tous les opérateurs économiques. Enfin, cette démarche satisfait une exigence de compétitivité, car elle favorise une meilleure anticipation de l'impact économique de normes nouvelles pour les entreprises et les citoyens, par la mesure de leur impact, notamment sur l'entrée de nouveaux opérateurs sur un marché, les coûts de mise en conformité, et sur les incitations à la concurrence par les prix, la qualité ou la diversité de l'offre.

En termes pratiques, ce guide offre les outils méthodologiques nécessaires à la généralisation de l'analyse concurrentielle à un stade précoce des travaux préparatoires, afin que l'ensemble des administrations acquière le réflexe d'envisager et de hiérarchiser les différentes options offertes pour l'intervention publique avant de rédiger un avant-projet, puis d'identifier les mesures d'accompagnement le cas échéant nécessaires pour minimiser les distorsions de concurrence. Au terme de cette démarche, leurs responsables peuvent ainsi proposer aux décideurs publics des textes offrant la sécurité juridique et l'efficacité requises, assis sur des études d'impact aussi complètes que possible.

Le guide se compose en deux parties. Une première partie, sous forme de vademecum, propose une série de sept questionnaires qui guident la réflexion de l'évaluation de l'impact concurrentiel et fournit un « mode d'emploi » de la saisine de l'Autorité à titre consultatif. La seconde partie constitue une synthèse thématique détaillée de la pratique consultative de l'Autorité avec des exemples concrets dans une grande variété de secteurs économiques. Elle s'intéresse à l'intervention directe des pouvoirs publics sur un marché et à la réglementation des activités économiques.

Activité en 2012

Conformément au choix de présentation arrêté en 2003, les statistiques d'activité distinguent les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collège.

L'origine de l'activité

L'activité de l'Autorité de la concurrence est alimentée par les sources suivantes : les saisines externes, émanant d'entreprises, d'organismes ou d'autorités extérieures, les demandes d'avis, les autosaisines en matière contentieuse ou en matière d'avis et enfin les notifications d'opérations de concentration.

Les saisines externes

Elles se répartissent entre les saisines au fond et les demandes de mesures conservatoires.

Les saisines au fond

En 2012, le nombre de saisines externes, quoique proche de celui de 2011, demeure inférieur au niveau constaté les années précédentes. Les plaintes déposées par les entreprises et les organisations professionnelles, qui constituent depuis la réforme de 2009 l'essentiel des saisines externes, restent orientées à la baisse.

Tableau 1 : Origine des saisines au fond

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Entreprises	23	29	32	36	39	32	25	20
Organisations professionnelles	6	0	2	1	2	7	1	0
Associations de consommateurs	1	0	3	0	0	0	1	0
Ministre chargé de l'Économie	15	17	13	6	4	2	0	0
Collectivités territoriales	1	3	1	0	0	1	0	2
Autres	1	2	3	1	1	0	2	4
Respect d'injonction	0	0	2	1	1	4	1	1
Total	47	51	56	45	47	46	30	27

Les demandes de mesures conservatoires

Les demandes de mesures conservatoires suivent, logiquement, la même tendance baissière que les saisines au fond (en effet une demande de mesure d'urgence ne peut qu'être accessoire à une saisine au fond). Elles sont cependant stables par rapport à 2011.

Tableau 2 : Demandes de mesures conservatoires

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
14	15	13	21	15	16	7	8

Les demandes d'avis

Les demandes d'avis de l'Autorité se maintiennent à un niveau élevé en 2012 et ont même progressé par rapport à 2011 (43 au total contre 38 en 2011). L'expertise de l'Autorité, renforcée par la loi LME, continue d'être régulièrement sollicitée, notamment par les pouvoirs publics.

Les demandes d'avis se répartissent de la manière suivante :

- 4 en provenance des régulateurs sectoriels : Commission de régulation de l'énergie (CRE), Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), Autorité de régulation de distribution de la presse (ARDP) et Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP);

- **1** sur le fondement de l'article L. 410-2 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée sur les textes réglementant les prix;
- **11** sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité peut être consultée sur toute question de concurrence par le gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs, les chambres de commerce, d'agriculture et de métiers ;
- **7** sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée sur les projets de textes restreignant la concurrence ;
- **1** sur le fondement de l'article L. 462-3 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité de consultation de l'Autorité par des juridictions ;
- **5** sur la base de l'article L. 464-2, IV du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité peut adopter un avis de clémence dans lequel elle précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
- **7** sur le fondement de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche (accords interprofessionnels) ;
- **7** sur le fondement de l'article 121-III de la loi du 22 mars 2012 (prorogation des accords dérogatoires aux délais de paiement).

Tableau 3 : Évolution des demandes d'avis par catégorie

Nature des demandes d'avis	2008	2009	2010	2011	2012
sur des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 410-2; L. 462-2)	8	39	3	7	8
sur des questions générales de concurrence (L. 462-1)	13	13	15	12	11
sur saisine de commissions parlementaires (L. 461-5)	–	1	1	1	–
sur saisine de régulateurs sectoriels	2	5	4	5	4
sur saisine de juridictions (L. 462-3)	–	–	–	2	1
demandes de clémence (L. 464-2, IV)	18	5	7	4	5
saisines diverses (art. L. 632-4 Code rural, loi du 22 mars 2012)	4	2	2	7	14
Total	45	65	32	38	43

Les demandes d'avis sur des accords interprofessionnels ou les accords dérogatoires aux délais de paiement (prorogation d'accords existants) représentent presque un tiers des saisines consultatives de l'Autorité en 2012. Elles sont suivies des demandes d'avis sur des questions générales de concurrence et des saisines sur des projets de textes.

Les autosaisines

En matière contentieuse, l'Autorité de la concurrence s'est saisie de sa propre initiative à cinq reprises.

En matière consultative, l'Autorité de la concurrence a publié en 2012 le résultat de deux enquêtes sectorielles, sur le commerce électronique et la réparation automobile, après s'être saisie de sa propre initiative sur ces questions en 2011 (12-A-20

et 12-A-21). Elle a par ailleurs lancé deux enquêtes sectorielles dès le début de l'année 2013 dans les secteurs de la santé et des transports. Elle s'intéressera dans le premier avis à l'ensemble de la chaîne de distribution du médicament, du fabricant au pharmacien, en passant par les grossistes répartiteurs. Dans le second avis, elle analysera la situation de la concurrence dans le secteur des transports interurbains par autocar. Elle réfléchira notamment sur la manière dont l'ouverture à la concurrence de lignes interrégionales domestiques pourrait être encouragée.

Tableau 4 : Ventilation des autosaisines

	2009	2010	2011	2012
Autosaisines en matière contentieuse	8	13	12	5
Autosaisines en matière consultative	2	3	2	0

Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne

Tableau 5 : Notifications reçues entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2012

Notifications 2012 ayant abouti à une décision en 2012*	166
Notifications retirées au 31 décembre 2012	11
Notifications en cours d'examen au 31 décembre 2012	16
Total	193

* dont deux renvois de la Commission européenne.

L'Autorité de la concurrence a reçu, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2012, 193 notifications d'opérations de concentration (231 notifications entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2011). Le nombre de notifications reçues, en baisse de 17% par rapport à l'année précédente, traduit sans doute le ralentissement général de l'économie qui conduit de nombreuses entreprises à repousser voire à annuler certaines opérations de rachat ou de rapprochement.

Ce chiffre inclut en 2012 deux opérations renvoyées en juillet par la Commission européenne devant l'Autorité de la concurrence en application de l'article 4 paragraphe 4 du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations. Il s'agit de la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations et de la prise de contrôle exclusif par le Groupe Carrefour du groupe franchisé Guyenne et Gascogne.

Les enquêtes

Les enquêtes et rapports transmis par la DGCCRF (ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et décret n° 2009-311 du 20 mars 2009)

Les projets d'enquête

En application du cadre juridique issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, le rapporteur général peut désormais lancer de sa propre initiative toute enquête qui lui semblerait utile, sans que le collège prenne de décision d'autosaisine contentieuse (9 enquêtes ouvertes à ce titre en 2012). En outre, les dispositions du Code de commerce (article L. 450-5) prévoient que le ministre de l'Économie doit présenter au rapporteur général les enquêtes qu'il envisage de mener sur des faits relevant des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut, dans le délai d'un mois, soit prendre la direction de l'enquête, soit laisser les services du ministre procéder aux investigations. À défaut de réponse dans un délai de trente-cinq jours, la DGCCRF peut procéder elle-même aux investigations (article D. 450-3, I du Code de commerce).

Au sein des services d'instruction de l'Autorité, le service des investigations est chargé d'examiner les projets d'enquête du ministre. Le rapporteur général décide sur la base d'un certain nombre de critères – dimension des pratiques (locale, nationale, communautaire), importance des entreprises, intérêt jurisprudentiel, plan de charge de l'Autorité notamment – d'en prendre la direction ou d'en laisser la réalisation à la DGCCRF.

Le tableau ci-après reprend les suites qui ont été données par la rapporteure générale aux projets d'enquête que lui a adressés la DGCCRF au cours de l'année 2012 et des trois années précédentes.

**Tableau 6 : Projets d'enquête transmis par la DGCCRF
(état au 31 décembre 2012)**

Année	Total affaires transmises	Affaires non retenues par l'Autorité	Affaires retenues par l'Autorité	Affaires à l'étude
2009	81	48	30 soit 38 % des dossiers analysés	3
2010	77	49	23 soit 32 % des dossiers analysés	5
2011	87	60	24 soit 29 % des dossiers analysés	3
2012	87	61	23 soit 27 % des projets étudiés	3

On constate une très légère diminution du nombre de projets d'enquête retenus par l'Autorité pour investigation : cette situation peut s'expliquer par le caractère souvent local des pratiques, leur effet *a priori* limité sur le marché, ou la nécessité

d'un enrichissement impliquant des investigations nombreuses en divers points du territoire, que seul le maillage territorial des services du ministère de l'Économie permet de réaliser.

Les rapports d'enquête

L'article D. 450-3, II du Code de commerce prévoit également que le rapporteur général doit être informé du résultat des enquêtes menées par les services du ministre. Le rapporteur général dispose alors d'un délai de deux mois pour informer le ministre de sa décision de proposer une saisine d'office au collège ; dans le cas inverse ou à défaut de réponse dans un délai de soixante-cinq jours, le ministre pourra donner à l'affaire les suites prévues aux articles L. 462-5 et L. 464-9 (injonction, transaction dans la limite de 75 000 euros ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible) ou classer le dossier.

Après analyse des rapports d'enquête adressés par le ministre, le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office dans certains cas. Ce choix tient compte des conditions de mise en œuvre de la procédure de transaction offerte au ministre (chiffre d'affaires de l'entreprise inférieur à 50 millions d'euros et chiffre d'affaires cumulé des entreprises concernées n'excédant pas 100 millions d'euros ; faits ne relevant pas des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE]), de l'intérêt de l'affaire pour la pédagogie de la concurrence ou de l'éventuelle connexité des faits avec une affaire dont l'Autorité (ou la Commission européenne) est déjà saisie.

Dans l'hypothèse où le rapporteur général ne proposerait pas au collège de se saisir d'office des résultats d'une enquête, le ministre conserve la possibilité de saisir lui-même le collège de faits qu'il estime contraires aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Cette faculté n'a pas été mise en œuvre en 2012.

Le tableau ci-après reprend les suites données aux rapports transmis par le ministre à l'Autorité au cours de l'année 2012 et des trois années précédentes.

Tableau 7 : Suites données aux résultats d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2012)

Année	Total affaires transmises	Affaires concluant à l'absence de pratiques	Affaires non retenues par l'Autorité	Affaires à l'étude	Affaires ayant fait l'objet d'une saisine d'office ou autre suite
2009	45	20	16	3	5 + 1 autosaisine sur le même secteur soit 27 % des dossiers analysés
2010	43	25	12	2	4 Soit 25 % des dossiers analysés
2011	40	26	9	1	4 Soit 31 % des dossiers analysés + 1 concernant un rapport reçu en 2010
2012	34	23	10	0	1 Soit 9 % des dossiers analysés + 1 concernant un rapport reçu en 2011

Le nombre de rapports transmis sur la période est en légère diminution, tout comme celui des saisines d'office qui s'explique par le caractère local des pratiques constatées. Les rapports d'enquête pour lesquels les services du ministre estiment que des pratiques anticoncurrentielles pourraient être qualifiées continuent de représenter environ un tiers des dossiers.

Les enquêtes avec demande d'autorisation judiciaire (article L. 450-4 du Code de commerce)

Les enquêtes selon la procédure nationale

Les investigations sont réalisées à la demande du rapporteur général par les rapporteurs des services d'instruction qu'il a habilités (décision du 9 mars 2009) et notamment les opérations de visite et saisie (article L. 450-4).

Pour ces dernières, le rapporteur général peut également demander au ministre la mise à disposition d'agents de ses services pour une période donnée (article L. 450-6 du Code de commerce).

Le service investigations de l'Autorité est plus particulièrement chargé de la mise en œuvre de cette procédure.

Au cours de l'année 2012, une seule affaire a nécessité le recours à ce dispositif (3 en 2011), ce qui traduit une utilisation ciblée des dispositions de l'article L. 450-4 et modérée eu égard au nombre de dossiers constituant le portefeuille de l'Autorité. L'Autorité a également poursuivi sa participation aux travaux du réseau européen Forensic IT.

L'assistance aux inspections de la Commission européenne

Dans le cadre des inspections réalisées par la Commission européenne sur le territoire national sur la base des dispositions de l'article 20 du règlement n° 1/2003, l'Autorité prête assistance aux agents de la Commission.

À ce titre, afin de permettre de surmonter une opposition éventuelle de la part des entreprises, le règlement prévoit en son point 7 que : «*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*». Dans le cas de l'Autorité de la concurrence française prêtant assistance à une inspection de la Commission européenne, les rapporteurs de l'Autorité sont en mesure de déclencher à tout moment de l'inspection une procédure nationale au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce pour répondre à une opposition de l'entreprise.

En 2012, l'assistance de l'Autorité de la concurrence a été requise à trois reprises dans le cadre d'inspections menées par la Commission.

Le contentieux des opérations de visites et saisies (OVS)

Les opérations de visite et saisie sont la source d'un contentieux important dans la mesure où les entreprises qui font l'objet de ces investigations peuvent contester, d'une part, l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui a autorisé la visite et, d'autre part, les conditions de déroulement de celle-ci (article L. 450-4 du Code de commerce). Ces contestations sont portées devant le premier président de la cour d'appel du ressort du juge de l'autorisation. Les ordonnances du premier président de cour d'appel ou de son délégué peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

En 2012, parmi les décisions rendues par la Cour de cassation (chambre criminelle), on notera plus particulièrement, s'agissant des recours contre les **autorisations** de visite et saisie délivrées par le juge des libertés et de la détention, les points suivants :

- Le juge des libertés et de la détention peut autoriser des opérations de visite et saisie dans toute entreprise, quelle que soit son activité; le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris, pour annuler une autorisation de visite et saisie concernant des locaux d'entreprises de presse, a ajouté à la loi des conditions qu'elle ne comporte pas, en exigeant que les présomptions de pratiques anticoncurrentielles devaient être d'autant plus précises, graves et concordantes «*qu'il s'agit d'autoriser des OVS dans les locaux d'entreprises de presse*» (Cass. crim., 11 janvier 2012, 10 85.446);
- Le juge, qui a reçu commission rogatoire pour désigner un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations et de le tenir informé de leur déroulement, est compétent pour statuer sur la modification de la situation des locaux à visiter dès lors qu'ils se trouvent dans son ressort; un rapporteur habilité par le rapporteur général de l'Autorité pour participer aux opérations autorisées a qualité pour solliciter cette extension de visite (Cass. crim., 22 février 2012, 11-80.126);
- Le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris ne peut infirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé des visites et saisies au motif de l'absence de réalité effective *a posteriori* de pratiques anticoncurrentielles alors qu'il résulte des propres constatations du juge des libertés et de la détention qu'il existait des présomptions de telles pratiques (Cass. crim., 4 avril 2012, 10 88.192);

S'agissant des recours sur le **déroulement** des opérations :

- La Cour a prononcé la cassation et l'annulation en toutes ses dispositions d'une ordonnance avant dire-droit d'un délégué du premier président de cour d'appel ayant désigné un expert pour apprécier si les méthodes de saisie informatique utilisées par les rapporteurs de l'Autorité étaient les seules qui garantissent la sécurité et l'efficacité des opérations. Pour la Cour, il appartenait au délégué du premier président de vérifier concrètement, en se référant au procès-verbal et à l'inventaire des opérations, la régularité de ces dernières et d'ordonner, le cas échéant, la restitution des documents qu'il estimait avoir été appréhendés irrégulièrement

ou en violation des droits de la défense. Elle a ainsi considéré que le juge, qui ne pouvait ordonner une mesure d'instruction sans rapport concret avec le litige comme tendant à apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder autrement qu'ils ne l'avaient fait, avait méconnu le principe ci-dessus énoncé (Cass. crim., 11 janvier 2012, 10-88.197, 10-88.193 ; 10-88.194 ; voir dans le même sens Cass. crim., 16 juin 2011, 11-80.345) ;

– La Haute Cour s'est également prononcée en 2012 sur des « questions prioritaires de constitutionnalité » soulevées directement devant elle dans le cadre d'un pourvoi ou transmises par le premier président de la cour d'appel saisie d'appels ou de recours sur des opérations de visite et saisie.

On notera, notamment, la décision du 27 juin 2012 disant n'y avoir pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question relative aux dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce au regard des droits de la défense, de la liberté individuelle et du respect de la vie privée, qui autorisent « *l'Autorité de la concurrence à prendre connaissance et à exploiter les pièces saisies, avant même que le juge ait statué en fait et en droit sur la validité de l'ordonnance d'autorisation de visite et sur le déroulement de la saisie sans même prévoir la moindre procédure d'urgence pour examiner le recours contre l'ordonnance d'autorisation de visite ou la contestation du déroulement de la saisie* », au motif que la question n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux en ce que ces droits sont garantis, tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Les décisions et avis

Les secteurs économiques concernés

Le tableau suivant présente les secteurs économiques dans lesquels l'Autorité est le plus souvent intervenue en 2012, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative (hors contrôle des concentrations).

En 2012, l'Autorité de la concurrence a fortement investi le secteur des télécommunications (9 décisions et avis parmi lesquels les décisions **12-D-18** sur l'interconnexion à Internet, **12-D-24** sur les appels off net/on net et l'avis **12-A-02** sur le déploiement de la fibre optique).

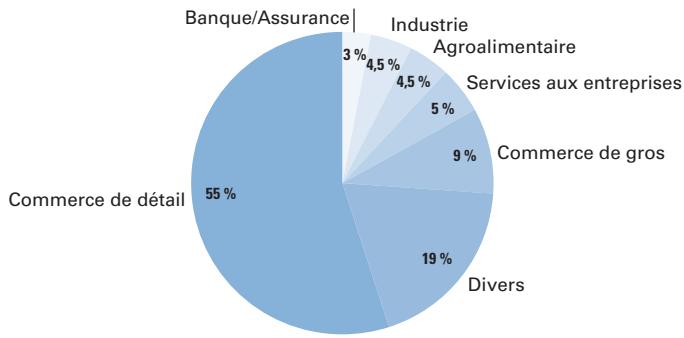
Elle est également intervenue à de nombreuses reprises dans le secteur de la santé (9 décisions et avis dont les avis **12-A-18** sur la distribution de médicaments et **12-A-23** sur la vente de médicaments en ligne). En 2013, l'Autorité poursuivra son effort à travers l'enquête sectorielle qu'elle a lancée sur la distribution des médicaments et plusieurs contentieux liés à la commercialisation de médicaments génériques. Enfin, l'Autorité a maintenu une activité soutenue dans les secteurs de l'énergie, de la distribution et des services.

Tableau 8 : Ventilation des décisions et avis par secteurs économiques (hors contrôle des concentrations)

Secteurs économiques	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
Télécoms	9	12-D-01 Serveurs pour entreprises et systèmes de gestion de bases de données relationnelles 12-D-05 Téléphonie mobile à La Réunion et Mayotte 12-D-14 Systèmes d'exploitation et services de partage, de stockage et de synchronisation 12-D-18 Trafic Internet – Accords de « peering » (Cogent) 12-D-22 Publicité dans les annuaires 12-D-24 Appels off net/on net 12-A-02 Déploiement de la fibre optique 12-A-08 Modalités d'attribution des fréquences « 4 G » 12-A-13 Marchés de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels
Santé	9	12-D-03 Insuffisance rénale chronique par dialyse en Haute-Savoie 12-D-19 Blanchiment et éclaircissement des dents (Point Sourire) 12-D-20 Optique à La Réunion 12-A-06 Vente de prothèses dentaires 12-A-07 Code de déontologie des pédicures-podologues 12-A-11 Publicité des médicaments 12-A-14 Distribution de médicaments vétérinaires 12-A-18 Distribution de médicaments à usage humain 12-A-23 Vente de médicaments sur Internet
Énergie/ Environnement	7	12-A-03 Tarifs sociaux du gaz et de l'électricité 12-A-04 Prix GPL à Mayotte 12-A-09 Mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité 12-A-12 Volume des ventes des produits pétroliers 12-A-16 Vérification périodique réglementaire des installations électriques 12-A-17 Gestion des déchets 12-A-19 Effacement de consommation dans le secteur de l'électricité
Distribution	6	12-D-12 Défaut de notification d'une opération de concentration (Colruyt) 12-D-23 Hi-fi et home cinema 12-A-01 Distribution alimentaire à Paris 12-A-15 Carrefour / Ségurel 12-A-20 Commerce électronique 12-A-22 Délais de paiement dans le secteur du jouet
Services	6	12-D-02 Ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme 12-D-04 Services météorologiques aux professionnels (Météo France) 12-D-11 Fabrication et commercialisation de serviettes industrielles 12-D-17 Commissions interbancaires sur les TIP et prélevements 12-D-26 Extincteurs 12-A-10 Aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État
Transports	5	12-D-13 Contrôle technique des véhicules lourds 12-D-21 Livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle 12-D-25 Fret ferroviaire 12-A-05 Transport maritime entre la Corse et le continent 12-A-21 Après-vente automobile
Agriculture/ Agroalimentaire	4	12-D-08 Production et commercialisation des endives 12-D-09 Farines alimentaires 12-D-10 Alimentation pour chiens et chats 12-D-15 Abattage et transformation de la viande (Bigard)
Médias/Presse	3	12-D-16 Distribution de la presse / engagements Presstalis 12-A-24 Distribution de la presse magazine / décroisement des flux de transport 12-A-25 Distribution de la presse magazine / surcoûts historiques
Sports/Loisirs	3	12-D-27 Billetterie de spectacles 12-D-28 Fédération française de rugby 12-D-29 Assurances des joueurs de golf

En ce qui concerne le contrôle des opérations de concentration, la répartition par secteur est la suivante :

Tableau 9 : Répartition des décisions de contrôle des concentrations par secteur d'activité en 2012 (en pourcentage)



55 % des décisions rendues concernent le commerce de détail, 4,5 % l'industrie, 4,5 % l'agroalimentaire, 3 % la banque et l'assurance, le solde étant réparti entre les autres secteurs.

Comme pour les années précédentes, la prédominance du commerce de détail (102 décisions) s'explique par l'abaissement des seuils de contrôlabilité dans le secteur. La grande majorité des décisions en la matière concerne le commerce de détail à dominante alimentaire et de distribution automobile.

Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles

La nature des décisions contentieuses

Tableau 10 : Décisions contentieuses

Décisions	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Affaires instruites*	50	34	40	39	23	29
Mesures conservatoires	6	1	2	1	1	0
Désistement/classement	26	25	21	34	16	24
Total 1	82	60	63	74	40	53
Sursis à statuer	2	1	4	1	2	0
Total 2	84	61	67	75	42	53

* Affaires instruites = 13 décisions de sanction + 2 décisions de non-lieu + 5 irrecevabilités/rejets + 6 décisions d'engagements + 1 rejet de mesure conservatoire et poursuite de l'instruction au fond + 2 irrecevabilités/non-lieu et renvoi ou poursuite de l'instruction.

En 2012, l'Autorité a rendu 29 décisions au fond, soit une augmentation de 45 % par rapport à 2011.

Les sanctions

Les décisions de sanctions pécuniaires en 2012

Tableau 11 : Sanctions pécuniaires prononcées

Numéro décision	Date décision	Libellé	Sanctions en €
12-D-02	12/01/12	Ingénierie des loisirs	660 700
12-D-05	24/01/12	Téléphonie mobile à La Réunion et Mayotte	2 000 000
12-D-06	26/01/12	Agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon	381 400
12-D-08	06/03/12	Endives	3 970 590
12-D-09	13/03/12	Farines alimentaires	24 242 200
12-D-10	20/03/12	Aliments pour chiens et chats	3 532 200
12-D-12	11/05/12	Défaut de notification d'une opération de concentration	392 000
12-D-15	09/07/12	Abattage et transformation de la viande	1 000 000
12-D-23	12/12/12	Hi-fi et home cinema	900 000
12-D-24	13/12/12	Appels off net/on net	183 127 000
12-D-25	18/12/12	Fret ferroviaire	60 966 000
12-D-26	19/12/12	Extincteurs	50 000
12-D-27	20/12/12	Billetterie de spectacles	937 800
Total			540 569 690

L'Autorité de la concurrence a prononcé 13 décisions de sanction en 2012 pour un montant total de 540,5 millions d'euros. On notera que deux affaires représentent à elles seules près de 80 % de ce montant, compte tenu de l'importance des ventes en relation avec l'infraction (décision **12-D-09** relative à des ententes dans le secteur de la farine en sachets vendue dans la grande distribution et décision **12-D-24** sanctionnant Orange et SFR pour avoir mis en place une différenciation tarifaire abusive entre les appels « on net » (sur leurs réseaux respectifs) et « off net » (vers les réseaux concurrents)).

L'évolution des sanctions sur longue période

Tableau 12 : Évolution des sanctions pécuniaires depuis 2006

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	13	24	16	15	12	8	13
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	162	82	65	49	50	39	57
Montant des sanctions (en M€)	127,9	220,4	630,3	205,5	439,5	419,8	540,1
Nombre d'organisations professionnelles ou organismes sanctionnés	16	12	17	9	2	1	9
Montant des sanctions (en M€)	0,38	0,6	1	1,1	3	0,06	0,4
Montant total des sanctions (en M€)	128,2	221	631,3¹	206,6	442,5²	419,8³	540,5⁴

1. Dont 575,4 millions d'euros infligés dans le cadre de la décision 08-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.
2. Dont 384,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 10-D-28 relative aux commissions interbancaires sur les chèques.
3. Dont 367,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 11-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.
4. Dont 242,4 millions d'euros dans le cadre de la décision 12-D-09 relative à des pratiques dans le secteur de la farine en sachets vendue dans la grande distribution.

Les pratiques sanctionnées en 2012

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par l'Autorité en 2012, en fonction d'une typologie classique : abus de position dominante, ententes, non-respect d'injonctions ou d'engagements et défaut de notification d'une opération de concentration.

Tableau 13 : Nature des pratiques sanctionnées

Abus de position dominante	2
Ententes	8
Non-respect d'injonction	1
Défaut de notification d'une opération de concentration	1
Non-respect d'engagements (contrôle des concentrations)	1
Total décisions de sanctions	13

En 2012, les pratiques sanctionnées ont porté essentiellement sur des ententes. Si l'Autorité n'avait sanctionné aucun abus de position dominante en 2011, elle en a sanctionné deux en 2012 dans les secteurs de la téléphonie mobile et du transport ferroviaire de marchandises. Particulièrement vigilante à l'application des procédures et au respect de ses décisions, l'Autorité a également prononcé une sanction pour non-respect d'engagements pris dans le cadre d'une opération de concentration (abattage et transformation de la viande) et une pour non-respect d'injonction (téléphonie mobile à La Réunion). Enfin, elle a prononcé, à l'encontre d'une société dans le secteur de la grande distribution, une sanction pour défaut de notification d'une opération de concentration.

La non-contestation des griefs

En 2012, on observe un certain regain d'intérêt pour la procédure de non-contestation de griefs qui permet d'alléger la procédure et d'obtenir une réduction de sanction pour les entreprises. L'Autorité de la concurrence a ainsi rendu quatre décisions dans le cadre de cette procédure (billetterie de spectacles, alimentation pour chiens et chats, farine en sachets, agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon), soit pour près d'un tiers des décisions de sanctions.

Tableau 14 : Évolution du nombre de décisions de non-contestation des griefs

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Non-contestation des griefs	4	2	1	6	6	6	2	3	4

La clémence

L'année 2012 se situe sur une tendance proche de celle des années précédentes, l'année 2008 ayant été exceptionnelle.

Tableau 15 : Évolution du nombre de demandes de clémence

Demandes de clémence	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	2008*	2009*	2010*	2011*	2012*	Total
	1	2	5	6	8	1	18	5	7	4	3	60

* Sans compter les demandes de clémence sommaires faites dans le cadre du Réseau européen, soit 4 pour 2007, 8 pour 2008, 5 pour 2009, 9 pour 2010, 5 pour 2011 et 4 pour 2012.

L'Autorité a prononcé, en 2012, une décision sanctionnant des ententes dans le secteur des farines alimentaires. Le meunier qui avait sollicité le bénéfice de cette procédure a été totalement exonéré de sanction (décision **12-D-09**).

Les engagements

En 2012, l'Autorité a lancé à cinq reprises des tests de marché dans le cadre de procédures d'engagements (TIP/prélèvements, distribution de la presse, accords de *peering*, publicité dans les annuaires, distribution de produits d'assurances aux joueurs de golf). L'utilisation de cette procédure négociée est en ligne avec les années précédentes.

Tableau 16 : Évolution du nombre de procédures d'engagements

Engagements*	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
	6	6	8	7	3	6	5	5

* Nombre de procédures amorcées (mise en ligne d'un test de marché).

Parmi les décisions prises, certaines revêtent un caractère particulièrement important, les engagements pris étant structurants pour le secteur concerné. C'est notamment le cas de la décision **12-D-18** validant des engagements de France Télécom. Pour la première fois une autorité de concurrence se prononçait sur une question très discutée dans le cadre du débat sur la neutralité de l'Internet : la possibilité pour les opérateurs de réseau de facturer l'ouverture de capacités complémentaires. Dans le cadre de cette décision, France Télécom s'est engagée à formaliser les relations entre ses activités de fournisseur d'accès à Internet (Orange) et de transitaire (Open Transit). Ces engagements, qui ont pour objectif de prévenir les pratiques de ciseau tarifaire, permettront à l'Autorité, le cas échéant, de mieux contrôler leur existence.

Dans le secteur bancaire, l'Autorité de la concurrence a obtenu, à compter du 1^{er} septembre 2013, la suppression définitive des principales commissions interbancaires appliquées aux prélèvements et TIP (décision **12-D-17**). Cette décision s'inscrit dans le cadre plus large de l'examen systématique par l'Autorité des commissions interbancaires appliquées aux différents moyens de paiement (voir décisions 10-D-28 et 11-D-11 relatives aux chèques et cartes bancaires). L'Autorité

entend maintenant poursuivre son action en examinant les commissions fixées par les systèmes de paiement par cartes autres que CB (Mastercard, Visa).

Les décisions en matière de contrôle des concentrations

Tableau 17 : Décisions rendues en 2012

Autorisations	173 ¹
Autorisations sous réserve de mise en œuvre d'engagements	10 ²
Autorisations sous réserve du respect d'injonctions	1 ³
Décisions d'inapplicabilité du contrôle	1
Total	185

1. dont 1 décision en phase 2.

2. 9 décisions en phase 1 et 1 décision en phase 2.

3. 1 décision en phase 2.

L'Autorité a rendu, en 2012, 185 décisions relatives à des opérations de concentration, dont 173 autorisations sans condition et 11 autorisations sous réserve d'engagements ou d'injonctions.

Parmi les **décisions d'autorisation en phase 1** (examen simple), neuf autorisations ont été données sous réserve de la mise en œuvre des engagements proposés par les parties :

- décision 12-DCC-20 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Électricité de Strasbourg
- décision 12-DCC-41 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P
- décision 12-DCC-42 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia
- décision 12-DCC-48 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sofides par la société ITM Entreprises
- décision 12-DCC-57 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Tilguit, Ludivan et Vanlube par la société ITM Alimentaire Nord
- décision 12-DCC-58 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Financière RSV par la société ITM Alimentaire Nord
- décision 12-DCC-59 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolam, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait)
- décision 12-DCC-129 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations
- décision 12-DCC-154 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Sea France par la société Groupe Eurotunnel

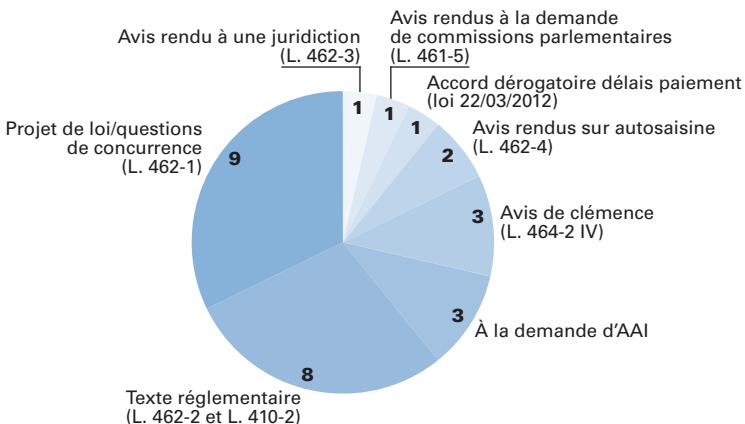
En ce qui concerne les **décisions d'autorisation en phase 2** (examen approfondi), une autorisation a été donnée sous réserve du respect d'injonctions, une autre autorisation sous réserve d'engagements et une autre sans engagements :

- décision 12-DCC-100 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus

- décision 12-DCC-101 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus
- décision 12-DCC-92 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS

Les avis

L'Autorité a rendu, en 2012, 28 avis qui se répartissent de la manière suivante :



L'Autorité s'est intéressée à quatre principaux secteurs économiques au travers de son activité consultative :

- la santé : avis 12-A-06 concernant les prothèses dentaires, avis 12-A-07 concernant le Code de déontologie des pédicures-podologues, avis 12-A-11 relatif à trois projets de décret concernant la publicité de médicaments et de dispositifs médicaux, avis 12-A-04 relatif aux effets du regroupement de vétérinaires, avis 12-A-18 portant sur un projet de décret relatif à l'approvisionnement en médicaments, avis 12-A-23 relatif à un projet d'ordonnance et un projet de décret relatifs à la vente en ligne de médicaments ;
- l'énergie : avis 12-A-03 concernant un projet de décret relatif à l'automatisation de la procédure d'attribution des tarifs sociaux du gaz et de l'électricité, avis 12-A-09 concernant un projet de décret relatif à l'instauration d'un mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité, avis 12-A-12 sur les statistiques de ventes de produits pétroliers par les entrepositeurs agréés, avis 12-A-16 relatif à l'élaboration d'une méthode d'évaluation de la vérification périodique réglementaire des installations électriques ; avis 12-A-19 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité ;
- la presse et les télécommunications : avis 12-A-02 rendu à la Commission du Sénat en charge des affaires économique et relatif au déploiement de la fibre optique, avis 12-A-13 rendu à la demande de l'ARCEP sur les marchés

- de gros de services de diffusion hertzienne terrestre, avis 12-A-24 relatif au décroisement des flux dans le système de distribution de la presse magazine, avis 12-A-25 relatif à la prise en compte des surcoûts dits historiques dans le système de péréquation entre coopératives de messagerie de presse ;
- la grande distribution : avis 12-A-01 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

L'année 2012 a confirmé l'essor des enquêtes sectorielles et l'usage d'une large panoplie de ses potentialités. Une enquête sectorielle peut déboucher sur des recommandations aux opérateurs qui souhaitent se conformer au droit de la concurrence en disposant d'une analyse fine sur des pratiques commerciales nouvelles (avis 12-A-20 sur le commerce en ligne) ou sur des contentieux, dans les cas qui le justifient. Elles peuvent être accompagnées de propositions de modification de la législation aux pouvoirs publics (avis 12-A-01 sur la grande distribution à Paris et 12-A-21 relatif à l'entretien et la réparation automobile).

L'objectif commun reste en tout état de cause de détecter des gisements de croissance, sans se substituer au contentieux, de « prendre de la hauteur » par rapport à l'approche au cas par cas et de permettre à l'Autorité de se dégager des priorités.

Stock

L'activité contentieuse et consultative

État du stock (hors concentrations) au 31 décembre 2012

Le stock de dossiers a repris la tendance à la baisse amorcée depuis le début des années 2000. Pour la première fois, le nombre de dossiers passe sous la barre des 150 pour atteindre un plancher de 149.

Tableau 18 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2011	2012		Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2012
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	136	26	44	118
Mesures conservatoires	4	8	7	5
Respect d'injonction	4	1	4	1
Avis	20	43	38	25
Total	164	78	93	149

Évolution du stock sur longue période

Jamais depuis 2000, le stock n'avait été aussi bas. Cette évolution est due à une diminution du nombre de saisines par rapport à 2011 et à une augmentation plus forte des affaires terminées.

Tableau 19 : Évolution du stock sur plusieurs années

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Stock au 1^{er} janvier	404	417	381	335	296	254	198	180	155	176	169	153	164
Affaires nouvelles	144	127	108	97	100	105	103	92	117	137	110	89	78
Affaires terminées	131	163	154	136	142	161	121	117	96	145	126	78	93
Variation du stock	+13	-36	-46	-39	-42	-56	-18	-25	+21	-8	-16	+11	-15
Stock au 31 décembre	417	381	335	296	254	198	180	155	176	169	153	164	149

Indicateur d'évolution du stock

Depuis 2002, l'institution présente un indicateur d'« encombrement », 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.

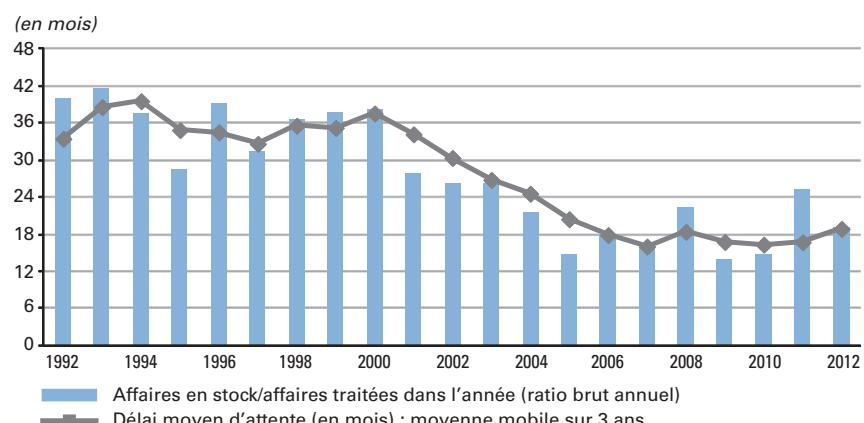
Il s'agit d'un indicateur « *prospectif* » et non d'un indicateur de durée de traitement des affaires réellement constaté. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée de traitement des dossiers.

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 de l'institution (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur trois ans.

Pour 2012, ce délai est de 18,9 mois. En légère augmentation par rapport à 2011 (16,7 mois), le délai de traitement des dossiers est contenu depuis 2009. Laugmentation de ce délai est notamment liée à l'enrichissement du contradictoire pour les décisions de sanction consécutivement à la mise en œuvre du communiqué de procédure sur les sanctions.

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

Tableau 20 : Indicateur d'évolution du stock



Les opérations de concentration

Au 31 décembre 2012, 16 opérations de concentration étaient en cours d'examen devant l'Autorité de la concurrence.

Bilan des recours contre les décisions de l'Autorité

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Les décisions de l'Autorité 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 2012, 10 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 29 décisions rendues, ce qui représente un taux de recours de 34%. Ce taux progresse de 6 points par rapport à 2011 et se rapproche des niveaux des années 2005 à 2008, comme le montre le tableau ci-après.

Tableau 21 : Taux de recours

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Nombre total de décisions (D + MC)	75	43	56	35	42	40	21	29
Nombre de recours	28	15	25	12	12	8	6	10
Taux de recours (en %)	37	35	45	34	29	20	28	34

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2012 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport, certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

Tableau 22 : Suivi qualitatif des recours (état au 29 avril 2013)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Nombre de recours introduits	28	15	25	12	12	8	6	10
Nombre de décisions confirmées :	22	12	18	11	11	5	5	
- arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements	16	9	16	7	9	5	4	
- réformation partielle/confirmation au fond	6 ¹	3 ²	2 ³	4 ⁴	2 ⁵		1 ⁶	
Total recours examinés	28	15	25	12	12	8	5	
Affaires pendantes	0	0	0	0	0	0	1	
% décisions confirmées/total recours examinés*	78	80	72	91	91	62	100	NS

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

2. Décisions 06-D-03, 06-D-04 et 06-D-13.

3. Décisions 07-D-15 et 07-D-50.

4. Décisions 08-D-12, 08-D-25, 08-D-30 et 08-D-32.

5. Décisions 09-D-19 et 09-D-36.

6. Décision 11-D-02.

* Ces statistiques sont susceptibles d'évoluer en fonction des arrêts rendus par la Cour de cassation et la cour d'appel de renvoi, le cas échéant.

Des tableaux récapitulatifs détaillés, comprenant les références des décisions frapées de recours et celles des arrêts correspondants, sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2010 et 2011.

En ce qui concerne l'année 2012, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2012 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.

Contrôle des concentrations

Les décisions de l'Autorité de la concurrence portant sur l'autorisation ou l'interdiction d'opérations de concentration, ainsi que certaines décisions connexes, notamment en matière d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

À ce titre, en 2012, plusieurs décisions ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État :

- décision 12-DCC-98 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS.
- décision 12-DCC-100 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.
- décision 12-DCC-101 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus.
- décision 12-DCC-125 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des coopérateurs d'Alsace et l'Association des centres distributeurs E. Leclerc.
- décision 12-D-12 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (absence de notification d'une opération de concentration).

Parmi ces recours, certains sont toujours pendents devant le Conseil d'État. Les arrêts déjà rendus sont commentés dans la cinquième partie « Jurisprudence des juridictions de contrôle ».

Organisation et fonctionnement

Évolution de l'organisation

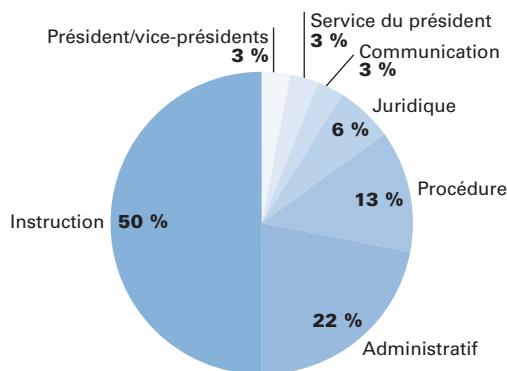
Emmanuel Combe, économiste, membre du collège de l'Autorité de la concurrence depuis 2005, a été nommé, par décret du Président de la République du 14 novembre 2012, vice-président de l'Autorité de la concurrence, en remplacement d'Anne Perrot.

Aucun autre changement notable n'est intervenu dans l'organisation de l'Autorité de la concurrence en 2012.

Effectifs

Le tableau et le graphique ci-après présentent la répartition des effectifs au 31 décembre 2012.

Services	Nombre	%
Direction	5	3 %
Service du président	5	3 %
Communication	6	3 %
Juridique	12	6 %
Instruction dont :	93	50 %
– rapporteurs	62	34 %
– service des investigations	8	4 %
– service des concentrations	15	8 %
– service économique	8	4 %
Procédure	25	13 %
Administratif	41	22 %
Conseiller auditeur	1	
Total	188	100 %



Les effectifs au 31 décembre 2012 sont de 188 ; ils sont stables par rapport à 2011. Ces effectifs correspondent à une consommation moyenne de 187 ETPT. Les recrutements ont concerné essentiellement les services d'instruction, qui représentent fin 2012 50% des effectifs totaux.

Budget

En 2012, le budget de l'Autorité s'est élevé à 20,4 millions d'euros dont 15,5 millions pour les dépenses de personnel et 4,9 millions pour les dépenses de fonctionnement. Le plafond d'emplois était de 187 ETPT.

Recouvrement des sanctions

Le recouvrement des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence ou la cour d'appel de Paris, dans le cadre de son pouvoir d'annulation et de réformation des décisions de l'Autorité, ressortit aux services de la direction générale des finances publiques (DGFIP).

En 2007, la direction générale de la comptabilité publique (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 Châtellerault. Un arrêté du 13 décembre 2006, applicable à compter du 1^{er} janvier 2007, assigne au 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 et, depuis le 2 mars 2009, par l'Autorité de la concurrence, en vue de recouvrer les sanctions, sont assignés au 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.

Comme les années précédentes, le niveau des taux de recouvrement des amendes prononcées lors des années antérieures atteste que les délais de paiement accordés, le cas échéant, par la DGFIP ne constituent en aucun cas des exonérations. En effet, au 31 décembre 2012, le taux de recouvrement de l'année 2010 est de 100% et celui de l'année 2011 de 98,37%.

L'Autorité française de la concurrence dans les réseaux européen et international de la concurrence

Le réseau européen de la concurrence

Activité générale

En 2012, l'Autorité de la concurrence a continué d'œuvrer activement à la définition de la politique européenne de la concurrence.

Ce chapitre présente une vue d'ensemble de la coopération au sein du Réseau européen de la concurrence (ci-après « REC »), qui réunit la Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence (ci-après « ANC ») des vingt-sept États membres, dont l'Autorité, qui y prend une part très active.

La première partie de ce chapitre expose les objectifs fixés par la Commission européenne et les ANC au sein du REC pour renforcer le développement et l'application

générale des instruments de la politique de la concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations). La seconde partie de ce chapitre détaille, dans certains secteurs prioritaires, la manière dont ces instruments ont été concrètement appliqués par la Commission européenne, après avoir consulté les ANC.

Les réunions au sein du Réseau européen de la concurrence (REC)

En 2012, les représentants de la Commission européenne et des ANC se sont rencontrés à vingt-huit reprises dans le cadre du REC : la fréquence et le nombre important de participants à ces réunions témoignent de l'activité soutenue des autorités de concurrence en matière de coopération et d'échanges en Europe. En 2012, le pilotage a mis plus particulièrement l'accent sur la cohérence des travaux en matière de programme de clémence, de services de paiement, de distribution, d'agriculture et de sanctions.

Le pilotage du REC

Le pilotage des travaux du REC est assuré par les réunions des directeurs généraux qui sont préparées par des réunions plénières.

La réunion des directeurs généraux

La réunion des «directeurs généraux» est traditionnellement chargée de définir les priorités du REC. Elle a pour fonction de valider le programme des travaux de l'ensemble des sous-groupes horizontaux et sectoriels et peut adopter des résolutions au nom du REC.

En 2012, les directeurs généraux se sont réunis à Bruxelles le 23 mai ainsi que les 21 et 22 novembre.

À l'occasion de la réunion de mai, le directeur général de la DG Concurrence, Alexander Italianer, a d'abord insisté sur l'important travail accompli par les membres du REC dans l'élaboration de deux rapports relatifs aux secteurs des services de paiement et de l'agroalimentaire. Ces rapports rendent compte de l'ampleur de l'action contentieuse, consultative et de contrôle des ANC et de la Commission européenne dans ces domaines (voir *infra* les sous-groupes de travail sur les services financiers et l'agroalimentaire). Le rapport sur les services de paiement s'inscrit plus particulièrement dans le contexte de la publication par la Commission européenne, le 11 janvier 2012, du livre vert *Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par Internet et par téléphone mobile* qui fait état des obstacles à une plus forte intégration européenne dans ce domaine et recense les différentes options envisageables pour y remédier, ces options faisant écho, sur un certain nombre de points, à l'expérience des ANC, en particulier s'agissant des commissions d'interchange.

La réunion a également été l'occasion d'identifier les domaines potentiellement propices à une convergence accrue des pratiques des membres du REC sans que soit requise une évolution législative européenne ou nationale. Les directeurs généraux ont confirmé que la clémence et la détermination des sanctions administratives constituaient à cet égard des sujets prioritaires. Ils ont également adopté une

résolution commune sur la protection des documents de clémence dans le cadre d'actions en réparation³. Cette dernière rappelle l'attachement des autorités aux programmes de clémence comme outils de détection et de sanction des cartels secrets et affirme la nécessité de préserver les incitations des entreprises à coopérer en protégeant les documents de clémence d'une divulgation ultérieure. La résolution prend appui sur l'arrêt Pfleiderer de la Cour de justice de l'Union européenne, dans lequel la Cour a jugé que les programmes de clémence assuraient l'effet utile de l'article 101 TFUE et qu'un juge devait, face à une obligation générale de divulgation des documents, pouvoir prendre les mesures nécessaires pour les écarter de cette obligation. Elle invite à aller plus loin en appelant à une mesure législative européenne, de sorte que le curseur entre la protection des documents issus d'une demande de clémence et les obligations de divulgation, qui peuvent varier selon les États membres, soit fixé de façon homogène et exclue en tout état de cause au moins la communication des déclarations du demandeur de clémence.

Les directeurs généraux ont en outre discuté des analyses et des conclusions d'une étude préliminaire commandée par la Commission européenne à des prestataires extérieurs – le collège d'Europe de Bruges et le Centre for Economic Policy Studies – sur l'impact des réglementations nationales en matière de pratiques restrictives qui font l'objet d'un encadrement spécifique sous l'article 3, paragraphes 2 (lois nationales plus strictes à l'égard de pratiques unilatérales) et 3 (lois nationales visant à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 101 ou 102) du règlement 1/2003. Cette étude recense, pour le compte de la Commission européenne, les législations nationales autorisées ou adoptées dans le cadre juridique et apprécie leurs effets économiques. Lorsque la Commission européenne aura établi son propre rapport, qui pourra notamment prendre appui sur l'étude externe, elle le soumettra, accompagné d'options de politique de concurrence, à une consultation publique.

Les directeurs généraux ont par ailleurs approuvé une feuille de route énumérant un certain nombre d'outils procéduraux pour lesquels le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales a été chargé de travailler à l'élaboration de principes communs. Ces travaux porteront notamment sur l'assistance en matière d'enquête et le recours aux mesures conservatoires.

Enfin, lors de la réunion de mai, les directeurs généraux ont échangé sur les réformes institutionnelles en cours, notamment au Portugal, au Royaume-Uni et en Espagne, ainsi que sur le développement des actions en réparation de dommages résultant d'infractions aux règles de concurrence, l'actualité récente ayant été notamment marquée par le lancement d'une consultation publique au Royaume-Uni (BIS, « Private Actions in Competition Law », avril 2012).

Lors de la réunion de novembre, le directeur général de la concurrence de la Commission européenne a présenté les réflexions en cours en matière de contrôle des concentrations, notamment sur le lancement en 2013 d'un livre vert sur l'institution d'un contrôle européen des prises de participation minoritaires qui

3. http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf

ne confèrent actuellement pas un contrôle au sens de l'article 3 du règlement n° 139/2004 ainsi que sur la simplification des obligations pesant sur les entreprises notifiantes. Les directeurs généraux ont par ailleurs échangé, dans le cadre d'ateliers, sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique, la simplification des procédures de contrôle des concentrations et le suivi des engagements.

Le président de l'Autorité est, quant à lui, revenu sur l'actualité française récente dans le secteur des services de paiement, en présentant les affaires nationales relatives aux chèques, aux cartes de paiement CB et aux autres moyens de paiement (TIP, virement, prélèvement, télérèglement et lettre de change). Il a par ailleurs dessiné les priorités de l'Autorité, notamment l'élaboration d'un test de coûts national, dans le cadre d'un comité de pilotage à la participation élargie à l'ensemble des parties prenantes, à partir duquel pourrait être déterminé un niveau objectif de CMI à compter de l'expiration des engagements pris par le GIE CB en 2015 (voir décision 11-D-11 du 7 juillet 2011).

Enfin, les directeurs généraux ont adopté une résolution relative à l'application des règles de concurrence au secteur agricole, publiée le 21 décembre 2012 (voir *infra* le sous-groupe de travail sur l'agroalimentaire)⁴ et ont par ailleurs entériné une série d'amendements au programme-modèle de clémence⁵ (voir *infra* le groupe de travail sur la lutte contre les cartels).

S'agissant des amendements au programme-modèle de clémence, ils sont l'aboutissement d'un ensemble de travaux engagés début 2011 en vue d'institutionnaliser les actions de coopération entre membres du REC dans l'hypothèse de demandes de clémence multiples. Le programme-modèle révisé aura en particulier à terme pour effet de généraliser le système de demande sommaire et de l'élargir au-delà des seuls demandeurs susceptibles de bénéficier de l'immunité totale (rang 1A), renforçant ainsi considérablement l'attractivité de la clémence pour les procédures qui concernent plusieurs ANC sans pour autant être de dimension européenne.

S'agissant de la résolution relative à l'application des règles de concurrence au secteur agricole, celle-ci est intervenue dans le contexte de la révision du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement «OCM unique»). La résolution rappelle notamment que les instruments dont disposent les autorités de concurrence en Europe, ainsi que leur utilisation, peuvent tenir compte des spécificités de ce secteur et appelle l'ensemble des parties prenantes à travailler avec les autorités de concurrence afin d'assurer une application cohérente et une approche commune des règles de concurrence, en particulier en matière de définition des marchés.

4. http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/resolution_nca_en.pdf

5. http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf

La réunion plénière du REC

La réunion plénière contribue au pilotage du REC en préparant les travaux des réunions des directeurs généraux et en débattant des orientations générales de politique de concurrence.

En 2012, deux réunions plénieress se sont tenues à Bruxelles, les 26 avril et 8 novembre.

Elles ont notamment abordé les échanges d'information en application de l'article 12 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (devenus articles 101 et 102 TFUE), les priorités en matière de convergence, la protection des documents de clémence, et les enjeux en matière d'application des règles de concurrence dans le secteur alimentaire. Les représentants des ANC et de la Commission européenne ont également fait un état des lieux des travaux engagés dans chaque groupe et sous-groupe de travail.

Les groupes d'experts « horizontaux »

Les groupes d'experts « horizontaux » réunissent des représentants de chaque ANC et de la Commission européenne dans le but de favoriser une meilleure cohérence dans leur pratique décisionnelle ou, lorsque les circonstances l'exigent, de préparer la révision de règlements d'exemption de la Commission européenne. Ces groupes de travail concernent la coopération et les garanties procédurales, la lutte contre les cartels, le contrôle des concentrations et la révision du règlement d'exemption (CE) n° 772/2004 concernant les accords de transfert de technologie ainsi que les lignes directrices qui l'accompagnent.

Le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales

Ce groupe de travail réunit les représentants des ANC en vue d'identifier les obstacles les plus importants à l'efficacité de la coopération entre les ANC et à l'effectivité de la mise en œuvre des règles de concurrence européennes. Il peut soumettre aux directeurs généraux des propositions en vue d'assurer davantage de convergence, que celle-ci passe par une évolution des pratiques décisionnelles ou de l'organisation des ANC, ou par des mesures relevant de la compétence des États membres ou de l'Union européenne.

En 2012, le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales s'est réuni à quatre reprises, les 22 mars, 27 juin, 18 septembre et 12 décembre.

Il a achevé l'élaboration de deux rapports de synthèse sur les pouvoirs décisionnels et pouvoirs d'enquête des membres du REC, s'appuyant sur les informations collectées auprès de ces derniers depuis 2010. Ces rapports, publiés le 31 octobre, rendent compte du niveau de convergence atteint par les ANC⁶, faisant suite à un premier état des lieux dressé en 2008 par le groupe de travail de quatre années d'application du règlement 1/2003.

6. http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf et http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf

Le groupe de travail travaille par ailleurs à l'élaboration de principes communs aux autorités membres du REC dans l'exercice de certains de leurs outils procéduraux tels que la coopération entre ANC en matière d'enquête, la mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) n° 1/2003 ou les mesures conservatoires.

Les réunions du groupe sont enfin l'occasion pour les ANC de présenter certains cas nationaux ou évolutions institutionnelles importantes, comme au Royaume-Uni, aux Pays-Bas ou en Espagne. L'AGCM (Italie) a en outre présenté, lors de la réunion du 27 juin, une synthèse de l'issue des procédures ouvertes en vue de l'application de l'article 102 et notifiées au REC conformément à l'article 11, paragraphe 4 du règlement 1/2003. L'AGCM constate notamment l'ampleur des décisions de non-lieu et leur importance dans le développement d'une pédagogie de la concurrence, en citant par exemple la décision de l'autorité française relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France (09-D-33 du 10 novembre 2009) qui illustre l'approche par les effets conduite par l'Autorité en matière de prix prédateurs.

Le groupe de travail sur la lutte contre les cartels

Le groupe de travail sur la lutte contre les cartels constitue un forum de discussion pratique entre les membres du REC sur le traitement des demandes de clémence, et, plus largement, soutient la lutte contre les cartels à l'échelle de l'Union européenne. Forte d'une expérience importante en la matière, l'Autorité prend une part active aux débats et travaux de ce groupe.

En 2012, le groupe de travail s'est réuni à trois reprises, les 13 et 14 mars, 19 et 20 juin et 29 et 30 octobre.

Il a approfondi la réflexion engagée depuis 2010 sur la cohérence des programmes de clémence nationaux et leur convergence sur la base du programme-modèle de clémence du REC adopté en 2006 à l'initiative conjointe du Conseil de la concurrence français et de l'OFT britannique. L'élaboration du programme-modèle répondait à la nécessité d'assurer un traitement convergent des demandes de clémence par les membres du REC et de prévenir le risque que des différences de traitement, dans une situation où une entreprise peut avoir intérêt à déposer une demande auprès de plusieurs ANC, puissent réduire les incitations à déposer une demande de clémence et ainsi nuire à l'efficacité de la clémence elle-même au sein du REC. Une avancée pratique a consisté en particulier à établir un système de demandes sommaires visant à alléger la charge que représente, pour les entreprises et les autorités, la nécessité de procéder à des demandes de clémence multiples. Aujourd'hui, vingt-six ANC sont dotées de programmes de clémence globalement convergents avec le programme-modèle. Fort de cette première réussite, et faisant fruit des nombreux éléments d'analyse collectés auprès de ses membres, le groupe de travail a œuvré au renforcement de l'attractivité du programme-modèle de clémence là où une action était nécessaire pour maintenir les incitations des entreprises à recourir à la clémence, en particulier dans l'hypothèse de réallocation d'un cas à la suite du dépôt d'une demande de clémence multiple. Ces travaux ont

abouti à une proposition de révision du programme-modèle de clémence, entérinée par les directeurs généraux le 22 novembre 2012⁷.

Cette révision, à laquelle l'Autorité a largement contribué, renforce tout particulièrement le système de demandes sommaires, au bénéfice des entreprises et des autorités de concurrence. Ainsi, l'utilisation des demandes sommaires est élargie, au-delà des demandes susceptibles d'aboutir à une immunité totale, à tout demandeur, quel que soit son rang d'arrivée, permettant ainsi de réduire les charges administratives pesant sur les demandeurs de second rang, qui étaient jusqu'à présent tenus de déposer une demande complète auprès de chaque ANC concernée. En outre, un formulaire-type pourra être utilisé par les entreprises pour déposer une demande sommaire auprès de n'importe quelle autorité membre du REC. Cet outil est un facteur de sécurité juridique pour l'entreprise et garantit l'homogénéité de la description des faits, tant devant les différentes ANC que devant la Commission européenne, conformément à l'exigence d'identité de champ matériel des demandes explicitée dans le programme-modèle révisé. La révision apporte également certaines précisions sur la nature de l'obligation de coopération du demandeur de clémence, qui s'impose tout au long de la procédure, ainsi que sur le champ des pratiques visées par le programme-modèle (notion de cartels secrets). Enfin, elle clarifie l'étendue de la protection de la confidentialité des déclarations du demandeur, qu'elles prennent une forme orale ou écrite.

Les travaux du groupe ont également abouti à l'adoption d'une résolution commune des directeurs généraux sur la protection des documents de clémence dans le cadre d'actions en réparation. Cette résolution fait suite à larrêt Pfleiderer⁸ de la Cour de justice, qui portait en l'espèce sur une législation imposant de communiquer au demandeur en réparation l'intégralité du dossier détenu par l'ANC, y compris les documents de clémence. La Cour de justice, à l'aune des principes d'équivalence et d'effectivité du droit de l'Union dans la mise en œuvre des règles nationales, a enjoint au juge national d'opérer une mise en balance des intérêts justifiant, d'une part, la communication aux tiers des documents de clémence sur le fondement de la loi nationale et, d'autre part, la protection des documents fournis volontairement par le demandeur de clémence dans le but de garantir la mise en œuvre effective des articles 101 et 102 TFUE. Il apparaît néanmoins nécessaire d'aller au-delà d'une mise en balance au cas par cas, en assurant, par principe, la protection des documents de clémence contre une divulgation dans le cadre d'actions en réparation, afin de préserver l'efficacité même de l'action publique qui permet aux plaignants d'obtenir réparation du préjudice subi en mettant au jour les cartels. C'est avec cet objectif que la résolution commune des directeurs généraux manifeste l'attachement des autorités membres du REC à la préservation des programmes de clémence comme outils de déstabilisation et de répression des cartels, en prenant position en faveur de la protection des documents de clémence contre le risque de divulgation dans le cadre d'actions en dommages-intérêts. Ce texte signale ainsi

7. http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf

8. CJUE, 14 juin 2011, Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt, C-360/09.

le consensus qui prévaut entre ANC et permet de préparer les discussions à venir sur un texte législatif européen visant à encadrer certaines modalités des actions en réparation fondées sur une violation des règles de concurrence.

Le groupe de travail sur les concentrations

Le groupe de travail sur les concentrations poursuit un double objectif. D'une part, il permet l'échange et la diffusion de bonnes pratiques en matière de définition des marchés (en particulier de dimension nationale ou infranationale), d'analyse concurrentielle (effets unilatéraux, effets verticaux, effets congloméraux) et de détermination des remèdes appropriés au regard des principes d'efficacité et de proportionnalité. Ces bonnes pratiques peuvent également porter sur les procédures engagées à l'occasion des renvois prévus par le règlement (CE) n°139/2004 sur les concentrations et, plus généralement, sur les échanges d'informations entre autorités de concurrence à l'occasion de l'examen d'une opération de concentration. D'autre part, il stimule et favorise au cas par cas la coopération entre ANC compétentes pour examiner une même concentration, ou entre une ou plusieurs ANC et la Commission européenne en cas de mise en œuvre des mécanismes de renvoi prévus par le règlement (CE) n°139/2004.

En 2012, le groupe de travail s'est réuni à trois reprises, les 26 janvier, 28 juin et 13 novembre sous la coprésidence de la Commission européenne, et des autorités autrichienne et britannique.

Deux thèmes principaux ont fait cette année l'objet de discussions et d'échanges d'expérience.

D'une part, les problèmes de procédure et les difficultés pratiques rencontrées par les ANC à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) n°139/2004. Instauré en 1989 pour permettre aux États membres qui ne disposaient pas d'instrument de contrôle national de renvoyer à la Commission européenne l'examen des effets d'une concentration sur leur territoire national, cet article est devenu, à partir de 2004, un outil permettant d'assurer un guichet unique, en l'absence de renvoi à la demande des parties, si l'ensemble des États membres compétents pour examiner la concentration se joint à la demande.

D'autre part, la réflexion sur la définition géographique des marchés locaux de produits et de services a donné lieu à la présentation de cas pratiques par des autorités de concurrence qui ont exposé les méthodologies qu'elles ont utilisées. L'Autorité a activement contribué aux travaux en présentant son expérience dans les secteurs de la distribution de biens électroniques (décision 11-DCC-87 du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group) et de la production et vente de granulats (décision 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia). Des présentations de méthodes quantitatives ont permis d'échanger à partir de cas concrets. En juillet 2012, l'Autorité a exposé la manière dont elle a tenu compte des études présentées par les parties appliquant la méthode *Upward Pricing Pressure* à l'occasion de l'examen du rachat de la société Castel Frères par le groupe Patriarche (décision

12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS).

Le groupe de travail sur la révision du règlement d'exemption aux accords de transfert de technologie

Le règlement d'exemption (CE) n° 772/2004 concernant les accords de transfert de technologie et les lignes directrices qui l'accompagnent proposent une définition des accords de transfert de technologie et du savoir-faire couverts par le champ de l'exemption. Ils énumèrent (i) les restrictions caractérisées, impliquant notamment des restrictions de production, des limitations de ventes passives et/ou actives, des restrictions sur les prix ou les catégories d'acheteurs, et, plus spécifiques, sur les améliorations technologiques et la recherche sur la base des licences accordées, et (ii) les restrictions exclues faisant l'objet d'une approche au cas par cas sous condition de part de marché, telles que les obligations de concéder au donneur des licences sur les améliorations dissociables apportées par le preneur, de céder des droits, ou des engagements de ne pas engager d'action en contrefaçon. Les textes définissent également une zone de sécurité (« *safe harbor* ») en fonction de critères quantitatifs et qualitatifs, permettant d'exclure *a priori* certaines pratiques non restrictives de concurrence du champ d'application de l'article 101 TFUE et recensent les catégories d'arguments d'efficacité économique susceptibles d'être examinés dans le cadre de l'approche par les effets sur le fondement de l'article 5 du règlement, ou sur celui de l'article 101, paragraphe 3 TFUE.

Le règlement d'exemption (CE) n° 772/2004 concernant les accords de transfert de technologie et les lignes directrices qui l'accompagnent expirent en 2014.

Afin de faire le bilan de l'application de ces textes et d'envisager leur révision, la Commission européenne a créé en 2011 un groupe de travail réunissant les ANC, en vue de faire le point sur leur pratique décisionnelle. Il contribue, conjointement avec les consultations publiques, à préparer les comités consultatifs, qui se tiendront conformément à l'article 33(2) du règlement (CE) n° 1/2003 et associeront les ministères chargé de l'Économie.

Le groupe de travail s'est réuni pour la première fois le 29 mars 2012. Cette réunion a été l'occasion de faire le point sur l'application du règlement et de ses lignes directrices. Depuis son entrée en vigueur, en 2004, très peu d'autorités de concurrence ont exempté des accords de transfert de technologie. Toutefois, consultées sur les éventuelles modifications à apporter au règlement et à ses lignes directrices, les ANC, en particulier l'Autorité de la concurrence et l'Office of Fair Trading, ont contribué à enrichir les réflexions de la Commission européenne.

La réunion a été l'occasion d'une présentation d'une étude réalisée à la demande de la Commission européenne, sur la question de l'interaction entre politique de concurrence et protection des droits de propriété intellectuelle (analyses des licences croisées, des regroupements de technologies et des obligations de rétrocession) (*Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection*, Pierre Régibeau et Katharine Rockett, novembre 2011). Les discussions

ont permis de débattre sur les théories économiques sur lesquelles s'appuient les auteurs de l'étude, en présence de l'un d'entre eux et de représentants de l'équipe du chef économiste de la DG Concurrence.

Les groupes d'experts « sectoriels »

Agroalimentaire

L'essentiel de l'activité consultative et contentieuse dans le domaine agroalimentaire est traité au niveau des ANC car les marchés géographiques pertinents sont, le plus souvent, de taille nationale ou infranationale.

Le secteur alimentaire a été l'une des priorités des autorités de concurrence en Europe au cours de ces dernières années et celles-ci ont intensifié leurs actions dans le contexte d'une forte baisse des prix des denrées alimentaires entre 2007 et 2010-2011.

En 2012, 60 affaires d'ententes sont en cours d'instruction par les autorités de concurrence qui réalisent par ailleurs d'autres actions de surveillance dans le secteur alimentaire.

En outre, la nécessité de coordination entre autorités de concurrence s'est accrue dans un contexte de baisse spectaculaire des revenus des agriculteurs au cours de la période récente, par l'effet conjugué de grandes fluctuations des prix, souvent déterminés au niveau mondial, et de rigidités de l'offre et la demande de produits agricoles au niveau national. Ce phénomène constitue une préoccupation pour les autorités de concurrence, pour deux raisons. D'une part, il peut remettre en cause la pérennité du secteur, et donc la qualité et la diversité des produits pour les consommateurs, qui sont deux piliers de leur bien-être, qu'il convient de protéger. D'autre part, ce contexte de crise risque de nourrir des demandes visant à la fixation collective de prix imposés au niveau national, ce qui est économiquement inefficace et contraire aux règles de concurrence de l'Union européenne, comme en témoignent les débats qui ont cours à l'occasion de la réforme de la politique agricole commune, engagés cette année.

Le sous-groupe « agroalimentaire » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets qui concernent notamment les marchés agricoles et de la distribution à prédominance alimentaire.

À la suite d'une décision du vice-président de la Commission européenne chargé de la concurrence, Joaquín Almunia, une unité *ad hoc* (« Task Force Alimentaire ») a été créée en 2012 au sein de la DG Concurrence. Cette entité est chargée d'examiner la nécessité, pour la Commission européenne, de lancer des actions en raison d'éventuels problèmes de concurrence dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. À ce titre, elle représente la Commission européenne qui préside les réunions de ce sous-groupe.

En 2012, le sous-groupe s'est réuni à trois reprises, les 19 avril, 20 juillet et 17 octobre. Le processus engagé de la révision du règlement (CE) n°1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits

de ce secteur («règlement OCM unique») a fortement mobilisé les ANC et la Commission européenne au sein du REC.

La révision en cours du règlement «OCM unique» et une étude préparée à la demande de la commission chargée de l'agriculture et du développement rural du Parlement européen sur l'application du droit de la concurrence au secteur agricole ont été analysées par les ANC et ont donné lieu à la préparation d'une résolution des directeurs généraux, adoptée le 21 décembre 2012 (http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/resolution_nca_en.pdf).

Elle rappelle notamment que les instruments dont disposent les autorités de concurrence en Europe, ainsi que leur utilisation, peuvent tenir compte des spécificités de ce secteur. Elle souligne l'importance du travail de pédagogie et d'explication que mènent les autorités de concurrence et appelle toutes les parties prenantes à travailler avec elles afin d'assurer une application cohérente et une approche commune des règles de concurrence, en particulier en matière de définition des marchés.

Cette résolution fait suite à la publication d'un rapport du REC dressant le bilan de l'activité de la Commission européenne et des ANC, publié le 24 mai 2012 (http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf). Ce rapport, auquel la France a contribué, montre que les autorités de concurrence ont été très actives : entre 2004 et 2011, elles ont ainsi enquêté sur plus de 180 affaires d'ententes, adopté près de 1 300 décisions en matière de concentrations et entrepris près de 100 actions consultatives dans le secteur alimentaire. La plupart de ces affaires ont concerné la transformation et la fabrication de produits agricoles et le commerce de détail. Ce rapport souligne notamment l'intérêt des regroupements pour permettre aux agriculteurs et éleveurs de renforcer leur pouvoir de négociation vis-à-vis des transformateurs et de la grande distribution et permet de relever de nombreux points communs dans les recommandations de politique publique des ANC, notamment en ce qui concerne la grande distribution.

Énergie

Le sous-groupe de travail «énergie» a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence et de régulation dans les secteurs de l'électricité, du gaz, et de la distribution de carburant, en vue le cas échéant de diffuser des bonnes pratiques et de dégager des enseignements communs. Il s'est réuni le 5 octobre 2012.

À cette occasion, les membres du REC ont échangé sur plusieurs cas ouverts par la Commission européenne ainsi que sur les actions en cours des ANC dans le secteur des carburants. L'Autorité a présenté par ailleurs son avis sur un projet de décret visant à mettre en place un mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité (avis 12-A-09 du 12 avril 2012 concernant un projet de décret relatif à l'instauration d'un mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité).

Médias et sports

Le sous-groupe de travail «médias et sports» a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence dans les secteurs des medias (cinéma, livre,

télévision, presse écrite, sociétés de droits d'auteur, radio, Internet...) et du sport (droits de diffusion, règles d'organisation, vente des billets et des abonnements...).

Le sous-groupe de travail s'est réuni le 29 mai 2012. La réunion a été consacrée à la gestion collective des droits d'auteur, et a donné lieu à des présentations, par la Commission européenne et des ANC, de leur activité dans ce secteur ainsi que des derniers développements susceptibles de guider leurs analyses. À ce jour, l'Autorité a rendu deux décisions concernant des pratiques relatives à la gestion des droits collectifs, qui concernaient la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) : par la décision 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la SACD, le Conseil de la concurrence a accepté les engagements de cette dernière à modifier ses statuts de façon à permettre aux auteurs de fractionner leurs apports par catégorie d'œuvres, en distinguant les œuvres dramatiques, les œuvres audiovisuelles et les images. La seconde décision a établi un non-lieu des pratiques alléguées (décision 10-D-34 du 9 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion des droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles).

Produits pharmaceutiques et santé

Le secteur des produits pharmaceutiques et de la santé occupe une place particulière dans l'économie européenne compte tenu de l'importance de son chiffre d'affaires, de son poids dans la dépense publique et privée, et de l'échelle européenne, voire mondiale, à laquelle les laboratoires pharmaceutiques exercent leurs activités.

Le sous-groupe « produits pharmaceutiques et santé » du Réseau européen de la concurrence, dont l'Autorité assure la présidence aux côtés de la Commission européenne, a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence dans les secteurs du médicament, des services de santé et des matériels médicaux.

Le sous-groupe s'est réuni le 26 octobre 2012 afin de partager les expériences récentes des ANC et de la Commission européenne (affaires contentieuses, avis, études sectorielles) et de débattre des développements en cours ou futurs susceptibles de guider leur action dans ces secteurs. L'Autorité a présenté à cette occasion son avis 12-A-18 du 20 juillet 2012 portant sur un projet de décret relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain (décret n° 2012-1096 du 28 septembre 2012).

Professions réglementées

Le sous-groupe de travail « professions réglementées » a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence aux professions réglementées.

En 2012, le sous-groupe de travail s'est réuni le 14 novembre afin de partager les expériences des ANC et de la Commission européenne concernant l'activité contentieuse en matière de prix recommandés, la mise en œuvre des règles de déontologie ainsi que les recommandations de politiques publiques formulées par les ANC.

Services financiers

La création d'un espace uniifié des paiements ne passe pas seulement par l'harmonisation des règles applicables mais également par l'analyse des pratiques constatées

dans le secteur des moyens de paiement et l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, à moins que celles-ci ne soient considérées comme susceptibles d'être exemptées au regard de l'article 101, paragraphe 3 TFUE.

L'application des règles de concurrence se concentre autour de deux principaux thèmes dans ce secteur : l'appréciation des commissions multilatérales d'interchange (CMI) et de leur niveau, ainsi que les conditions-types que les systèmes de paiement imposent en général aux commerçants, qui déterminent les modalités de concurrence entre les différents moyens de paiement dans le cadre de ce système quadripartite impliquant banques émettrices et réceptrices du paiement, commerçant et consommateur.

En pratique, le sous-groupe des services financiers est lui-même subdivisé en deux sous-groupes, l'un consacré aux services de paiement, et le second aux services financiers de gros et de détail.

En 2012, le sous-groupe consacré aux services de paiement s'est réuni à trois reprises, les 25 janvier, 2 juillet et 6 décembre.

Lors de la réunion de janvier, les membres du sous-groupe ont discuté des problématiques soulevées par le livre vert de la Commission européenne sur les paiements électroniques, publié le même mois. Le livre vert aborde notamment la question de l'opportunité d'une réglementation unique à l'égard des CMI applicables aux cartes, à l'image de la réglementation SEPA en matière de prélèvements. Sont également couverts la question du « comarquage » comme élément de dynamisation de la concurrence entre systèmes de cartes ou le développement de l'acquisition transfrontière en vue, en particulier, de faciliter l'acquisition centralisée pour les commerçants présents dans plusieurs États membres, c'est-à-dire la gestion des encaissements dans un seul et même territoire auprès d'un prestataire unique. Se pose enfin la question de la différenciation tarifaire selon le moyen de paiement utilisé, en faveur de laquelle l'Autorité s'est prononcée, sous réserve de la mise en place de certains garde-fous (avis 09-A-35 du 26 juin 2009 portant sur le projet d'ordonnance transposant la directive « services de paiement »).

L'Autorité a contribué à la consultation publique initiée par la Commission européenne, sur la base de l'analyse développée dans son avis précité et du diagnostic tiré par ailleurs de l'examen récent de certaines commissions interbancaires applicables aux paiements par chèques, cartes bancaires ou prélèvements (décisions 10-D-28, 11-D-11 et 12-D-17).

Les réunions du sous-groupe ont été l'occasion également d'échanger sur les suites de l'arrêt MasterCard qui valide l'analyse de la Commission sur l'effet restrictif des CMI dans sa décision de 2007, reprise dans le cadre de la décision d'acceptation des engagements déposés par Visa en décembre 2010. Les membres du sous-groupe ont également poursuivi leurs réflexions sur l'utilisation d'un test d'*« indifférence du commerçant »* qui vise à déterminer le niveau de CMI adéquat de façon à ce qu'il n'excède pas, en moyenne, l'ampleur des avantages transactionnels retirés par les commerçants de l'acceptation des cartes de paiement.

Le sous-groupe a par ailleurs coordonné la réalisation d'un rapport public recensant l'ensemble des actions entreprises par les ANC et la Commission européenne dans le secteur des services de paiement⁹.

Enfin, les trois réunions du sous-groupe, de même que la réunion du sous-groupe consacré aux services financiers du 25 janvier 2012, ont été l'occasion de discuter des cas en cours, qu'il s'agisse des moyens de paiement, de l'information financière ou de l'activité de crédit.

Télécommunications

Le sous-groupe de travail « télécommunications » a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence au secteur des télécommunications.

Le sous-groupe s'est réuni le 29 juin 2012. La Commission européenne et les ANC ont notamment échangé leurs analyses sur une affaire d'abus de position dominante concernant des pratiques de refus d'accès à un réseau et de compression de marges ayant pour effet d'empêcher des opérateurs concurrents d'accéder au marché de détail haut débit.

Plusieurs sujets d'actualité ont également fait l'objet de discussion, tels que le partage de réseaux et les accords de co-investissement, la neutralité de l'Internet et, dans le secteur de la téléphonie mobile, les pratiques d'offres on net/off net et de prix excessifs : ces pratiques, pour lesquelles l'Autorité a une expérience particulière au sein du REC, ont notamment donné lieu à une présentation de deux décisions rendues dans le secteur de la téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte (décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009 et décision 12-D-05 du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009).

Transports

Le sous-groupe de travail « transports » a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence dans les secteurs du transport maritime, ferroviaire et aérien, en vue le cas échéant de diffuser des bonnes pratiques et de dégager des enseignements communs. Le sous-groupe s'est réuni le 13 mars 2012.

La Commission européenne et les ANC ont échangé sur plusieurs cas en cours, en lien notamment avec des problématiques d'accès aux infrastructures ou d'ententes sur les prix. Les membres du sous-groupe ont également discuté des lignes directrices applicables aux services de transport maritime, en prévision du lancement d'une consultation publique sur l'opportunité d'une reconduction de ce texte après son expiration en septembre 2013. Enfin, la Commission européenne a présenté sa proposition de règlement sur les créneaux horaires, qui prévoit notamment de sécuriser la constitution d'un marché secondaire des créneaux horaires, sous certaines conditions, et de renforcer les garanties d'indépendance des coordinateurs chargés de l'attribution des créneaux dans un contexte de saturation.

9. http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/information_paper_payments_en.pdf

Activité relative à l'instruction des cas

Activité liée aux cas instruits par l'Autorité

Le règlement n° 1/2003 a organisé le passage d'une compétence exclusive de la Commission européenne pour l'application des articles 101 et 102 TFUE à un système de compétences partagées, dans lequel les autorités nationales de concurrence sont également habilitées à appliquer le droit européen lorsque le commerce entre les États membres de l'Union européenne est susceptible d'être affecté de façon significative. Une coordination de l'action des autorités de concurrence est apparue indispensable pour garantir le bon fonctionnement de ce système décentralisé. Cette coordination, mise en place par le règlement n° 1/2003 qui a créé le Réseau européen de la concurrence (REC), recouvre principalement deux formes : tout d'abord, en début de procédure, les autorités doivent s'informer mutuellement de l'ouverture d'un cas afin de pouvoir déterminer, le cas échéant, une allocation optimale de certaines affaires. En second lieu, de même que la Commission européenne est tenue de consulter les autorités nationales de concurrence avant chacune de ses décisions, ces dernières notifient à la Commission leurs projets de décision lorsqu'elles appliquent le droit européen.

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

L'article 11, § 3, du règlement n° 1/2003 (ci-après « 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 la 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 la possible application du droit de l'Union des pratiques anticoncurrentielles et donc dans la possibilité d'une affectation sensible du commerce entre États membres par les pratiques visées. Cet examen est effectué *prima facie* par les services d'instruction aux seules fins de l'information du réseau dans le délai prévu par le règlement, sans préjudice de l'appréciation ultérieure lors de l'enquête et de l'instruction, et, *a fortiori*, de l'appréciation du collège au moment de la prise de décision.

L'Autorité a diffusé 10 fiches 11 § 3 sur le Réseau en 2012, ce qui est en ligne avec les années précédentes si l'on fait abstraction de l'année 2010, qui a été exceptionnelle.

Parmi les vingt-sept États membres de l'Union européenne, la France reste ainsi, en 2012, le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches 11 § 3 sur le Réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mars 2013, la France a notifié 218 cas au Réseau. Elle est suivie par le Bundeskartellamt allemand (163), la CNC espagnole (110 cas), l'AGCM italienne (99) et le NMa néerlandais (94).

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 qui instruisent les affaires, 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 les autorités de concurrence. Elles constituent un système interactif et dynamique permettant une mise en commun des connaissances et du savoir-faire 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, d'une part, horizontalement, entre autorités nationales et, d'autre part, verticalement, dans les sens ascendant et descendant entre les autorités nationales et la Commission européenne.

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 chargée de l'affaire.

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

L'article 11, § 4, du règlement n° 1/2003 dispose que, « *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.* »

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 peut se faire dans le cadre de l'article 11 § 5 du règlement.

En 2012, l'Autorité de la concurrence a mis 11 « fiches 11 § 4 » sur le Réseau (contre 6 en 2011). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence est la plus active en la matière : entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mars 2013, l'Autorité de la concurrence a diffusé 92 fiches sur le Réseau, suivie par l'autorité italienne (85) et le Bundeskartellamt (84).

Dans le cadre de son rôle de pilote au sein du REC, la Commission veille à l'application cohérente du droit de l'Union par les autorités nationales de concurrence. Comme en 2011, l'année 2012 confirme un intérêt croissant de la Commission pour les affaires des autorités nationales.

Afin de permettre un suivi global des affaires traitées par les 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. L’Autorité de la concurrence a opté pour une information systématique des membres du Réseau à ce stade. Elle a communiqué 14 cas de ce type en 2012.

Le dessaisissement (article 11 § 6)

Le règlement n° 1/2003 laisse la possibilité à la Commission de « *reprendre la main* » sur des cas concernant des pratiques affectant les échanges entre États membres et posant des questions d’interprétation ou d’application cohérente du droit de l’Union européenne.

Cet article n’a jamais été mis en œuvre en ce qui concerne des cas traités par l’Autorité de la concurrence française.

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 (devenus articles 101 et 102 du TFUE) qui régit le droit à être entendues 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 sur lesquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

Les représentants des autorités de concurrence des États membres peuvent assister à ces auditions. Un temps de parole permettant aux représentants de poser des questions est expressément inscrit à l’ordre du jour de la réunion. L’Autorité de la concurrence participe systématiquement à toutes les auditions portant sur des pratiques anticoncurrentielles.

Le comité consultatif en matière de pratiques anticoncurrentielles (article 14)

L’Autorité de la concurrence prend une part active au comité consultatif de la Commission européenne. Institué par l’article 14 du règlement n° 1/2003, le comité consultatif réunit régulièrement les services de la Commission et les représentants des autorités nationales de concurrence, afin de permettre à ces derniers de donner leur avis sur les projets de décision relatifs à des ententes ou d’abus de position dominante 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 doit consulter le comité consultatif et tenir le plus grand compte de son avis. Le comité consultatif ne donne pas seulement son avis sur des décisions contentieuses de la Commission, mais peut également être sollicité pour se prononcer sur des projets de textes (règlement d'application de la Commission européenne, communications et lignes directrices, etc.).

En ce qui concerne les comités consultatifs portant sur des affaires contentieuses, l'année 2012 a été marquée par la poursuite de la mise en œuvre de la procédure de transaction de la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence, précurseur en ce genre de procédure, a étroitement suivie. 13 affaires ont donné lieu à des comités consultatifs en 2012, parmi lesquelles 5 ont donné lieu à des procédures d'engagements.

Le comité consultatif en matière de concentrations

L'Autorité de la concurrence participe également aux comités consultatifs en matière de concentrations, conformément à l'article 19 du règlement n° 139/2004. Ce mécanisme est néanmoins d'application plus restreinte que la consultation en matière de pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où ces comités spécifiques sont réunis uniquement lorsque des opérations de concentration nécessitent l'ouverture d'une phase d'examen approfondi par la Commission européenne (passage en phase 2), dans les conditions prévues à l'article 6, § 1, point c) du règlement n° 139/2004. Les projets de décision de la Commission européenne, sur lesquels les autorités de concurrence compétentes donnent leur avis et votent, peuvent être des décisions d'autorisation, simple ou sous conditions, ou des décisions d'interdiction.

Compétente en matière de concentrations depuis le 2 mars 2009, date d'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie, l'Autorité détient en conséquence le droit de vote de la France lors des réunions de ces comités. Pour déterminer sa position, l'Autorité analyse notamment les décisions d'ouverture de phase 2, les résultats des enquêtes de marché, et, s'il y a lieu, les propositions d'engagements, et participe aux auditions des parties lorsque celles-ci sont organisées à leur demande.

L'année 2012 a été marquée par la tenue de huit comités consultatifs. Ces opérations ont donné lieu à une décision d'autorisation simple à l'issue d'une enquête de marché approfondie¹⁰, à six décisions d'autorisation sous conditions¹¹ et à une décision d'interdiction¹².

10. Décision n° COMP/M.6314 – Telefonica UK/Vodafone Group/Everything Everywhere/JV (secteur de la téléphonie mobile).

11. Décisions n° COMP/M.6266 – J&J/Synthes (secteur des dispositifs médicaux orthopédiques), COMP/M.6286 – Südzucker/ED&F Man (secteur du sucre), COMP/M.6410 – UTC/Goodrich (secteur des composants aéronautiques), COMP/M.6458 – Universal Music Group/EMI Music (secteur de la musique enregistrée), COMP/M.6471 – Outokumpu/Inoxum (secteur des produits en acier inoxydable), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (secteur de la téléphonie mobile).

12. Décision n° COMP/M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext.

Activité liée à l'assistance au sein du Réseau européen de la concurrence

La coopération avec les autres autorités de concurrence au sein du Réseau en matière d'enquêtes et d'échanges d'informations est gérée par les services d'instruction. L'année 2012 a été marquée par une coopération significative en la matière.

Les enquêtes (article 22)

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 101 et 102 du TFUE, le règlement (CE) n° 1/2003 prévoit qu'elles peuvent s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes, y compris de visites et saisies.

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 101 et 102 du TFUE, 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, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 offre donc la possibilité à une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toutes enquêtes 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 mesures d'assistance peuvent aller d'une simple audition de parties ayant leur siège social dans un autre État membre que celui auquel appartient l'autorité demanderesse, à des visites et saisies. Lorsque le droit national de l'autorité enquêtrice le permet, les agents de l'autorité demanderesse peuvent assister l'autorité enquêtrice. En France, les articles L. 450-1, L. 450-3, L. 450-4 et le second paragraphe de l'article R. 450-1 du Code de commerce organisent les modalités de cette assistance.

Les éléments recueillis sont transmis au membre du Réseau demandeur de l'assistance sur la base de l'article 12 du règlement (CE) n° 1/2003.

L'année 2012 a été particulièrement riche s'agissant de la mise en œuvre de l'article 22 du règlement n° 1/2003. En effet, l'Autorité de la concurrence a sollicité l'aide de l'autorité britannique, de l'autorité belge et de l'autorité allemande en vue d'envoyer des demandes de renseignements à des organismes sur leur territoire respectif.

L'Autorité a, à son tour, prêté assistance à l'autorité suédoise afin de recueillir des informations auprès d'entreprises françaises. Il s'agit de la deuxième demande aux termes de l'article 22, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 reçue par l'Autorité depuis la LME, après celle de l'autorité allemande en 2011.

Les articles 20 et 22, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 concernent les mesures d'enquête demandées par la Commission européenne. Dans le cadre de l'article 22, paragraphe 2, l'autorité européenne peut demander à une autorité nationale membre du Réseau de procéder à des investigations (soumises au droit national) pour le compte de la Commission européenne. Au titre de l'article 20,

la Commission européenne procédera elle-même à l'inspection (selon les règles énoncées dans le règlement n° 1/2003), mais pourra être aidée par des agents de l'autorité nationale compétente.

L'Autorité de la concurrence n'a jamais été sollicitée pour la mise en œuvre de l'article 22, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 pour le compte de la Commission européenne. S'agissant de l'assistance que prête l'autorité française à la Commission européenne dans le cadre de l'article 20 du règlement n° 1/2003, en 2012, l'Autorité a procédé à des inspections pour le compte de l'autorité européenne à trois reprises.

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 membres du Réseau.

L'article 12, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 donne, depuis le 1^{er} mai 2004, aux autorités membres du Réseau européen de la concurrence le pouvoir d'échanger et d'utiliser, comme moyen de preuve, des informations qu'elles ont collectées pour l'application du droit de l'Union, y compris des informations confidentielles. Ces dispositions priment sur toute législation contraire d'un État membre. Toutes les informations obtenues dans le cadre de l'application des articles 101 et 102 du TFUE peuvent circuler entre les membres du Réseau, de manière verticale et horizontale, et être utilisées par chacun d'eux en tant que preuve, sous les réserves prévues par l'article 12 concernant l'utilisation des informations pour sanctionner une personne physique.

Toutefois, la section 2.3.3. de la communication sur la coopération au sein du Réseau, à laquelle ont souscrit les autorités de concurrence de l'Union européenne, a prévu des mécanismes pour préserver la confidentialité de certaines informations relatives aux demandes de clémence, en prévoyant de solliciter le consentement du demandeur.

En pratique, en 2012, l'Autorité a échangé des informations et des documents au titre de l'article 12 à trois reprises avec l'autorité allemande et à une reprise avec l'autorité espagnole. Elle a, par ailleurs, été sollicitée deux fois par la Commission européenne.

La coopération internationale

L'année 2012 a été marquée par la poursuite d'une activité intense de l'Autorité de la concurrence en matière de coopération internationale tant sur le plan bilatéral que multilatéral.

L'Autorité est en effet fortement sollicitée à des fins de coopération, tant s'agissant des actions institutionnelles – soutien aux réformes d'autorités indépendantes, rédaction de règles internes et lignes directrices en matière de procédure ou de sanctions – que sur le traitement de cas ou l'approche d'un secteur économique

donné (distribution, services financiers, télécommunications, agroalimentaire, santé, audiovisuel) et, de plus en plus, sur la conduite d'enquêtes sectorielles.

Coopération bilatérale

Ces actions de coopération bilatérale concernent des agences situées de part et d'autre du monde. L'Autorité est ainsi fortement engagée dans une coopération avec les pays du Maghreb, puisque, en qualité de chef de file d'un consortium d'autorités de concurrence d'États membres de l'Union européenne, elle a conduit la mise en œuvre d'un jumelage avec l'Algérie portant sur la mise en œuvre efficiente des règles de concurrence dans le cadre de l'attribution de nouveaux moyens au Conseil de la concurrence algérien. L'Autorité a également poursuivi son engagement avec le Maroc, qui, dans le prolongement de la réforme constitutionnelle de 2011, a récemment adopté une réforme décisive de son Conseil de la concurrence, lequel accède au statut d'organe constitutionnel, et se trouve doté de pouvoirs réels. En outre, dans le cadre d'un partenariat technique pour la mise en œuvre de la politique de concurrence avec l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), l'Autorité développe, depuis plusieurs années, une coopération avec huit pays d'Afrique francophone, en organisant notamment plusieurs formations au profit aussi bien de la Commission que de la Cour de justice de l'UEMOA et en participant sur place à des ateliers de formation. L'Autorité a également poursuivi son action d'accompagnement du Conseil de la concurrence tunisien et noué des contacts avec son homologue égyptien. Par ailleurs, l'Autorité a entretenu en 2012 une coopération soutenue avec l'Inde, la Chine, le Vietnam et Taïwan. Enfin, des accords de coopération bilatérale ont été conclus par l'Autorité avec les agences de concurrence russe, arménienne et brésilienne.

Coopération multilatérale

La présence de l'Autorité au sein de la communauté internationale de concurrence est restée forte en 2012. Elle occupe toujours au sein de l'ICN (réseau international regroupant cent vingt-sept autorités) trois fonctions :

- vice-présidence du comité de pilotage,
- coprésidence du groupe de travail sur la pédagogie de la concurrence («*advocacy*»), aux côtés notamment des autorités de concurrence portugaise et mauricienne,
- rôle de liaison avec les acteurs non gouvernementaux.

L'Autorité a ainsi accueilli le premier atelier de l'«Advocacy Working Group» à Paris les 26 et 27 octobre 2012 auquel cent vingt personnes représentant cinquante pays ont participé. Au cours de cet atelier, l'accent a été mis sur la pédagogie de concurrence à l'égard des pouvoirs publics avec l'organisation d'une session plénière consacrée à l'évaluation de l'impact concurrentiel des textes normatifs. Des sous-séances ont également permis de débattre de sujets transversaux tels que les principes fondamentaux de la pédagogie de la concurrence, la place de l'analyse économique dans la pédagogie de la concurrence, le rôle de l'ICN comme vecteur de la pédagogie de la concurrence ou encore la place jouée par les acteurs non

gouvernementaux dans la pédagogie de la concurrence. Enfin, ce premier atelier a été l'occasion d'avancer sur plusieurs projets consacrés à l'explication des bénéfices de la concurrence au gouvernement et au législateur, à l'identification des méthodes et techniques assurant la promotion d'une culture de la concurrence et à l'interaction entre les autorités de concurrence et leurs juges de contrôle.

L'Autorité a par ailleurs œuvré, en tant que membre du comité de pilotage (« *Steering Group* ») de ce réseau, à une meilleure inclusion des autorités des pays d'Afrique subsaharienne. À cet égard, elle a par exemple joué un rôle décisif dans le choix de l'ICN du Maroc pour l'accueil de la conférence annuelle de l'ICN en 2014.

L'activité de l'Autorité a par ailleurs été particulièrement visible et soutenue en 2012 au sein de l'OCDE notamment par le biais de contributions soumises au Comité Concurrence sur diverses thématiques (la coopération internationale en matière d'ententes, le marché pertinent, la concurrence et les systèmes de paiement, la clémence pour les demandeurs ultérieurs) et sa présence est continue au sein du Groupe international d'experts de la concurrence à la CNUCED.

Étude thématique



Étude thématique : Agriculture et concurrence

Introduction	61
Le cadre juridique propre au secteur agricole	63
Le droit de l'Union européenne	64
La conciliation des règles de concurrence et de la politique agricole commune	64
Les exemptions prévues dans le cadre de l'organisation commune des marchés	67
Le dispositif d'exemption individuelle prévu par le droit commun de la concurrence	72
La reconnaissance du rôle spécifique des interprofessions agricoles	75
En droit interne	76
L'application des règles de concurrence au secteur agricole	76
Les exemptions au titre d'un texte législatif ou réglementaire	78
Les exemptions par catégorie	79
La reconnaissance du rôle des interprofessions agricoles	80
L'analyse économique des marchés agricoles	84
Analyse structurelle	85
Un monde agricole en mutation qui reste encore atomisé	86
Des charges pesant sur la compétitivité des exploitations agricoles	93
Les crises conjoncturelles	97
La volatilité des prix fragilise certaines sociétés agricoles	97
Spéculation sur les matières premières	99

La régulation concurrentielle des marchés agricoles	100
La définition des marchés pertinents	100
Les ententes sur les prix, les marchés ou à la production sont une mauvaise solution appelant des sanctions	108
Le traitement des ententes	108
La politique de sanction	114
Les concentrations et autres formes de regroupement : de bonnes solutions	118
Le contrôle des concentrations	118
Les organisations de producteurs	122
Les possibilités législatives et réglementaires offertes aux producteurs indépendants	124
L'activité consultative et les autres préconisations de l'Autorité au service du monde agricole	126
La contractualisation volontaire ou obligatoire	127
Le recours à des échanges d'informations ne portant pas atteinte aux règles de concurrence	132
Les mécanismes d'assurance publique (obligatoires ou non)	137
La mise en place de marchés à terme	138
Promouvoir des produits de qualité : le rôle des signes de qualité	140
Des actions possibles contre les pratiques restrictives	143
Conclusion générale	143

Agriculture et concurrence

Dans son acception large, l'agriculture regroupe des activités particulièrement nombreuses et variées. On distingue traditionnellement les activités de culture des activités d'élevage. Les activités de culture ont trait au végétal : elles comprennent les grandes cultures (céréales, oléagineux, protéagineux et légumes), l'arboriculture fruitière, la viticulture, la sylviculture et l'horticulture. Les activités d'élevage se rapportent quant à elles à la production de viandes et des produits animaliers comme le lait, les œufs, ou encore le miel. L'agriculture n'inclut donc pas les activités de transformation qui relèvent de l'agroalimentaire ni, de manière plus générale, les questions liées à l'alimentation ou à la traçabilité des produits alimentaires.

Introduction

Le droit de la concurrence et les instruments spécifiques applicables au secteur agricole sont souvent présentés comme antagonistes. Ils sont en réalité complémentaires à bien des égards.

La concurrence, dont la protection est assurée à la fois par le droit interne (articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce) et par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou «TFUE» (articles 101 et suivants), ne constitue pas une fin en soi. Ces dispositions, qui s'appliquent de manière générale à tous les secteurs de l'économie, visent à permettre à l'ensemble des acteurs (producteurs, transformateurs, distributeurs, mais aussi consommateurs) de tirer tous les avantages d'une économie de marché fondée sur le principe de la liberté d'entreprendre. Chaque acteur doit pouvoir donner le meilleur de lui-même, sans craindre d'être un jour la victime de comportements par lesquels d'autres entreprises ou organismes abuseraient de leur pouvoir de marché, que ce soit individuellement (l'infraction prend alors la forme d'un abus de position dominante) ou en se mettant d'accord à cette fin (il s'agit alors d'une entente anticoncurrençuelle). Ils doivent aussi être protégés contre le risque qu'un opérateur devienne si puissant, par le biais d'une opération de concentration, qu'aucune contrainte ne pourrait plus l'empêcher de porter atteinte au bien-être des consommateurs. Les règles de concurrence sont donc un instrument au service d'une finalité plus

vaste, qui consiste à protéger la liberté des agents économiques et à leur donner les moyens d'être compétitifs.

Le droit sectoriel propre à l'agriculture et la politique agricole commune mise en place au niveau de l'Union européenne sont, pour leur part, le reflet du rôle central qu'a toujours joué ce secteur dans l'économie et des missions d'intérêt général plus larges auxquelles contribuent les agriculteurs, comme la sécurité alimentaire ou l'aménagement du territoire. Ils visent aussi à tenir compte des caractéristiques propres à ce secteur. À certaines contraintes anciennes pesant sur une partie des maillons de la chaîne de valeur agricole (liées par exemple aux aléas climatiques ou à la périssabilité des produits) est venue s'ajouter la situation nouvelle créée par l'ouverture des marchés, la globalisation des échanges et, plus récemment, la volatilité des prix des matières premières. Les réformes législatives ou réglementaires intervenues au cours des vingt dernières années au niveau national ou européen ont cherché à tenir compte de ces mutations, en accompagnant et en guidant le monde agricole dans sa modernisation.

Un même objectif « transversal » guide l'action de l'Autorité de la concurrence, quel que soit l'outil auquel elle a recours : accompagnement des changements de structures dans le cas du contrôle préalable des projets de concentration intervenant aux différents stades de la chaîne de valeur ; travail d'explication, de pédagogie et de proposition quand elle rend des avis sur des questions générales de concurrence ou sur des projets législatifs ou réglementaires, comme elle l'a fait à la demande de la commission économique du Sénat dans son avis 09-A-48 relatif au fonctionnement du secteur laitier ; contrôle du comportement des acteurs quand ils posent question au regard de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante.

C'est le plus souvent à la suite de plaintes d'agriculteurs ou de saisines du ministre chargé de l'Économie que l'Autorité a été conduite à intervenir dans ce dernier domaine. En pareil cas, elle est conduite à effectuer chaque fois une analyse concrète des pratiques en cause, de leur incidence sur la concurrence, du contexte dans lequel elles interviennent et de leurs justifications possibles. Les règles de concurrence n'ont en effet pas vocation à s'appliquer de façon mécanique ou dogmatique ; leur mise en œuvre repose au contraire sur un examen circonstancié des données factuelles et économiques du dossier. Tout en rappelant clairement que l'entente anticoncurrentielle n'est une bonne solution ni du point de vue juridique ni surtout au plan économique, lorsqu'elle tend à fausser les prix ou à répartir artificiellement les marchés ou les clients, l'Autorité a ainsi mis en lumière, dans ses décisions comme dans ses avis, que d'autres formes de coopération légitimes et efficaces pouvaient permettre aux différents opérateurs agricoles (producteurs et transformateurs notamment) de s'adapter aux nouvelles conditions dans lesquelles ils sont appelés à remplir leurs missions. Elle a aussi proposé, à plusieurs occasions, des solutions novatrices et pérennes leur permettant de faire face aux crises qui secouent régulièrement le monde agricole. L'agriculture française, forte de ses traditions, de son savoir-faire et de son exigence de qualité, est un secteur qui a de nombreuses cartes à jouer si elle s'adapte avec succès aux mutations en cours.

Au-delà des plaintes dont elle a pu être saisie, l'Autorité a montré depuis sa création en mars 2009, au travers d'une riche activité, sa volonté d'aider les pouvoirs publics aussi bien que les acteurs économiques à réfléchir à un meilleur fonctionnement du secteur, d'une part, et aux moyens de lui permettre de s'adapter de la façon la plus appropriée aux chocs externes auxquels il peut être confronté, d'autre part. Les raisons de cette priorité donnée au secteur agricole depuis quatre ans sont multiples : en premier lieu, il s'agit de l'une des colonnes vertébrales de l'économie. En deuxième lieu, les produits alimentaires constituent un poste important de dépenses pour les ménages, en particulier les plus modestes. En troisième lieu et enfin, l'ensemble de la filière agricole et agroalimentaire traverse une phase d'adaptation qui dépasse les seules questions de concurrence et touche, par exemple, au fonctionnement du commerce international, à l'avenir de la politique agricole commune, au financement d'une partie des acteurs et à l'équilibre qui peut exister entre les différents maillons de la chaîne de valeur. La régulation concurrentielle n'est qu'un des – nombreux – outils de politique publique susceptibles d'être mobilisés pour répondre à ces mutations, mais l'Autorité a considéré qu'elle pouvait contribuer à éclairer utilement une partie des questions qu'elles suscitent. Cet investissement n'est pas isolé. Un travail analogue a été effectué au sein du Réseau européen de la concurrence (REC) réunissant les autorités nationales de concurrence des vingt-sept États membres de l'Union européenne et la Commission européenne¹. Le rapport publié en mai 2012 par ces autorités montre à la fois la richesse et la diversité de leurs interventions récentes dans le secteur agricole, qu'il s'agisse d'enquêtes sectorielles, d'avis ou encore de dossiers concernant des projets de concentration ou des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre aux différents stades du processus de production, de transformation ou de distribution de produits issus de l'agriculture².

Après avoir brièvement rappelé le cadre juridique dans lequel intervient la régulation concurrentielle du secteur agricole, l'étude qui suit présentera successivement les enjeux et la dynamique économiques de ce secteur, puis un panorama de l'action qu'y mène l'Autorité.

Le cadre juridique propre au secteur agricole

Le législateur a, de longue date, entendu préserver le rôle important du secteur agricole dans l'économie. Cette préoccupation s'est traduite par un cadre juridique adapté tant au niveau de l'Union européenne, où il se structure autour de la politique agricole commune (PAC), qu'à l'échelon national.

1. Voir, à ce sujet, les développements de la première partie du rapport annuel 2012 consacrés aux travaux du sous-groupe agroalimentaire du REC.

2. Rapport du 24 mai 2012 sur la mise en œuvre des règles de concurrence et la surveillance des marchés par les autorités européennes de concurrence dans le secteur alimentaire disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf.

Le droit de l'Union européenne

Le législateur de l'Union n'a pas soustrait le secteur agricole du champ d'application des règles générales destinées à assurer le bon fonctionnement de l'économie (règles sur le marché intérieur et sur la concurrence). Il a cependant cherché, de façon constante, à assurer une conciliation entre l'objectif poursuivi par ces règles et ceux impartis à la politique agricole commune. En pratique, cette conciliation se traduit aujourd'hui principalement, au sein de l'organisation commune des marchés, par la mise en place de dispositifs spécifiques d'exemption bénéficiant aux entreprises ou aux associations d'entreprises (telles que les organisations de producteurs ou leurs associations) opérant dans le secteur agricole, en plus du mécanisme d'exemption individuelle prévu par le droit commun de la concurrence. Les organisations interprofessionnelles bénéficient pour leur part d'un régime distinct.

La conciliation des règles de concurrence et de la politique agricole commune

L'activité agricole englobe la production, l'élevage ou la culture de produits agricoles, en ce compris la récolte, la traite et la détention d'animaux à des fins agricoles, ainsi que le maintien des terres dans de bonnes conditions agricoles et environnementales³.

Elle entre, de manière générale, dans le champ des activités économiques relevant du TFUE, conçu dès la création de la Communauté économique européenne (CEE) comme un Traité à vocation générale, à la différence des autres traités signés à l'époque (CECA puis Euratom).

Le TFUE prévoit ainsi, en son article 38, paragraphe 1, que « *[...]e marché intérieur s'étend à l'agriculture, à la pêche et au commerce des produits agricoles. Par produits agricoles, on entend les produits du sol, de l'élevage et de la pêcherie ainsi que les produits de première transformation qui sont en rapport direct avec ces produits* ». Cette définition est complétée par l'annexe I du TFUE, qui détermine de façon précise quels produits agricoles sont soumis aux dispositions des articles 39 à 44 du TFUE relatifs à la politique agricole commune (PAC). En dépit du caractère relativement exhaustif de cette liste, des difficultés d'interprétation quant à la notion de « première transformation » visée à l'article 38 ont donné lieu à plusieurs arrêts préjudiciables par lesquels la Cour de justice de l'Union européenne a précisée la portée de cette notion et donc le champ d'application des dispositions du Traité relatives à la PAC. La Cour de justice a considéré que la liste des produits figurant à l'annexe I du Traité était d'interprétation stricte et ne s'étendait donc pas aux matières auxiliaires à la production de produits agricoles⁴.

3. Voir l'article 2, c) du règlement (CE) n° 73/2009 du 19 janvier 2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs, modifiant les règlements (CE) n° 1290/2005, (CE) n° 247/2006 et (CE) n° 378/2007, et abrogeant le règlement (CE) n° 1782/2003, JO L 30 du 31 janvier 2009, p. 16.

4. Voir notamment CJUE, 25 mars 1981, Coöperative Stremsel en Kleuresfabriek/Commission, aff. 61/80, Rec. p. I-851, point 23.

En tant qu'activité économique, l'agriculture entre naturellement dans le champ d'application des règles de concurrence prévues par le TFUE. Dans l'affaire dite de la « viande bovine française », le Tribunal de l'Union européenne a, par exemple, rappelé que « *l'activité des exploitants agricoles, agriculteurs ou éleveurs, présente certainement un caractère économique. En effet, ceux-ci exercent une activité de production de biens qu'ils offrent à la vente contre rémunération. Les exploitants agricoles constituent, par conséquent, des entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE⁵.* ».

L'article 42 du TFUE précise cependant que « [l]es dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil [...], compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 ». Le Traité vise ce faisant à assurer une conciliation entre la nature économique des activités agricoles, qui ne justifie pas de les soustraire aux règles générales destinées à assurer le bon fonctionnement de l'économie (règles relatives au marché intérieur et à la concurrence), et les objectifs poursuivis par la PAC, dont il doit dans le même temps être tenu compte. Cet équilibre a été rappelé, dans un arrêt de principe, par la Cour de justice, qui a jugé que, « *s'il est vrai que l'article 36 CE [devenu l'article 42 du TFUE] a confié au Conseil le soin de déterminer la mesure dans laquelle les règles de concurrence communautaires sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles, afin de tenir compte de la situation particulière des marchés de ces produits, il n'en demeure pas moins que cette disposition établit le principe de l'applicabilité des règles de concurrence communautaires dans le secteur agricole⁶* ».

C'est donc au législateur de l'Union qu'il est revenu de préciser, par des actes de droit dérivé, les modalités d'articulation entre les différents types de règles (générales et spéciales) applicables au secteur agricole. Dès 1962, le Conseil européen a relevé que les objectifs poursuivis par la PAC et ceux impartis aux règles de concurrence n'étaient pas antagonistes. Il a au contraire considéré, dans le préambule du règlement n° 26, que les règles de concurrence devaient être rendues applicables à la production et au commerce des produits agricoles en vue d'éliminer les pratiques entravant le marché commun et nuisibles à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 du Traité⁷.

Le principe de l'application des règles de concurrence au secteur agricole étant ainsi posé par le législateur de l'Union, il lui fallait encore préciser la portée respective des objectifs poursuivis par la PAC et de ceux impartis aux règles de concurrence. Dans son arrêt *Maïzena*, la Cour de justice a, dans un premier temps, relevé à cet égard que « [l]es auteurs du Traité, [étaient] conscients de ce que la poursuite simultanée de ces deux objectifs pouvait se révéler, à certains moments et dans certaines circonstances, difficile [...]. Sont ainsi reconnus tout à la fois la primauté de la

5. Tribunal, 13 décembre 2006, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) e. a./Commission, T-217/03 et T-245/03, Rec. p. II-04987, point 53.

6. CJUE, 9 septembre 2003, Milk Marque Ltd., C-137/00, Rec. p. I-8005, point 58, voir aussi Tribunal, 13 décembre 2006, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)/Commission, T-217/03 et T-245/03, Rec. p. II-04987, point 86.

7. Règlement n° 26 du Conseil du 4 avril 1962 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, JO 30 du 20 avril 1962, p. 993/62.

politique agricole par rapport aux objectifs du Traité dans le domaine de la concurrence et le pouvoir du Conseil de décider dans quelle mesure les règles de concurrence trouvent à s'appliquer dans le secteur agricole⁸.

Souvent cité comme posant le principe de la primauté des règles de la PAC sur celles de la concurrence, cette jurisprudence doit toutefois être remplacée dans un contexte où le secteur agricole n'était pas encore soumis aux principes de l'économie de marché. Ce n'est en effet qu'ultérieurement, au milieu des années 1990 et notamment sous l'influence des règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), que la modernisation progressive de la PAC a visé à intégrer progressivement le secteur agricole dans le cadre d'une économie de marché. L'Union européenne et les États membres sont alors tombés d'accord pour considérer qu'un fonctionnement plus concurrentiel des marchés agricoles, assorti des mesures nécessaires pour assurer la pérennité des filières agricoles, contribuerait à résoudre le manque de compétitivité affectant certaines d'entre elles.

Cette évolution significative de la régulation des marchés agricoles a été rappelée par la Cour de justice dans l'arrêt *Milk Marque and National Farmers' Union*, dans lequel elle a estimé, que « *le maintien d'une concurrence effective sur les marchés des produits agricoles fait partie des objectifs de la politique agricole commune et de l'organisation commune des marchés en cause⁹* », même si celui-ci ne figure pas dans la liste des objectifs énumérés à l'article 39, paragraphe 1 du TFUE. La Cour de justice a également rappelé dans cet arrêt que « *les organisations communes des marchés des produits agricoles ne [constituent] pas un espace sans concurrence¹⁰* ».

Cette évolution s'est reflétée sur le droit dérivé applicable au secteur agricole, qui a été modifié à de nombreuses reprises sur différents aspects, sans que l'équilibre général sur lequel il repose depuis 1962 soit remis en cause. Comme l'a relevé la Cour de justice, avec le règlement n° 26, « *le Conseil a pris certaines dispositions générales à ce sujet, destinées à permettre une application limitée des règles de concurrence au secteur agricole; des dispositions spécifiques ont été prises ultérieurement, dans les divers règlements agricoles, en vue d'une application plus étendue des règles de concurrence dans les divers secteurs de marché¹¹* ».

Aujourd'hui, l'article 1^{er} du règlement n° 1184/2006¹², qui a remplacé et abrogé le règlement n° 26, précise que « *les articles 81 à 86 [devenus les articles 101 à 106 du TFUE] du Traité, ainsi que les dispositions prises pour leur application, s'appliquent à tous accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1 et à l'article 82 du Traité et relatifs à la production ou au commerce des produits énumérés à l'annexe I du Traité, sous réserve des dispositions de l'article 2 du présent règlement* ».

Pour sa part, le règlement portant organisation commune des marchés (dit règlement OCM unique), tel que modifié par le règlement (CE) n° 361/2008 du

8. CJUE, 29 octobre 1980, Maïzena c/ Conseil, C-139/79, Rec. p. 3393, point 23.

9. CJUE, 9 septembre 2003, Milk Marque, C-137/00, Rec. p. I-07975, point 57.

10. *Ibid.*, point 61.

11. CJUE, 26 juin 1979, Pigs and Bacon Commission, aff. 177/78, Rec. p. 2161, point 11.

12. Règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, JO L 214 du 4 août 2006, p. 7.

Conseil du 14 avril 2008, dispose en son article 175 que : « *sauf si le présent règlement en dispose autrement, les articles 81 à 86 du Traité [devenus articles 101 à 106 du TFUE] et leurs modalités d'application s'appliquent, sous réserve des dispositions des articles 176 et 177 du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82 du Traité se rapportant à la production ou au commerce des produits visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à k), et m) à u), et à l'article 1^{er}, paragraphe 3, du présent règlement*

Les exemptions prévues dans le cadre de l'organisation commune des marchés

Lorsqu'une activité agricole fait l'objet d'une organisation commune de marché, le comportement des acteurs concernés est à apprécier en premier lieu au regard des dispositions applicables à cette organisation commune de marché et non directement au regard des articles 101 ou 102 du TFUE. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet jugé que, « *dans le cas d'un litige portant sur un secteur agricole régi par une organisation commune de marché, il y a lieu d'examiner prioritairement le problème posé sous cet angle, compte tenu de la prééminence assurée par l'article 38, paragraphe 2, du Traité CE (devenu, après modification, article 32, paragraphe 2, CE) aux dispositions spécifiques prises dans le cadre de la politique agricole commune par rapport aux dispositions générales du Traité relatives à l'établissement du marché commun [...]*¹³ ».

Or la réglementation applicable à ces organisations communes de marché prévoit certaines exemptions spécifiques par rapport aux règles de concurrence, dont la mise en œuvre intervient sous le contrôle exclusif de la Commission européenne.

La compétence exclusive de la Commission européenne

En application de l'article 176, paragraphe 2, du règlement OCM unique, c'est à la Commission européenne qu'a été réservée la compétence exclusive pour constater, par voie de décision après notification par les parties, que des accords ou des pratiques remplissent les conditions prévues pour bénéficier de l'une des exemptions prévues par ce règlement¹⁴. Le bénéfice de ces exemptions ne peut donc être accordé que par la voie d'une décision de la Commission européenne, laquelle doit être prise dans les conditions prévues par l'article 2, paragraphe 2, dudit règlement, qui dispose que, « *[a] près avoir consulté les États membres et entendu les entreprises ou associations d'entreprises intéressées, ainsi que toute autre personne physique ou morale dont l'audition lui paraît nécessaire, [...] la Commission procède à cette constatation soit d'office, soit sur demande d'une autorité compétente d'un État membre ou d'une entreprise ou association d'entreprises intéressée*

Toutefois, cette compétence exclusive ne remet pas en cause l'obligation pour les juridictions nationales d'appliquer l'article 101 du TFUE à des affaires dans

13. CJUE, 26 mai 2005, Kuipers, C-283/03, Rec. p. I-4255, point 32.

14. Voir la décision 05-D-10, paragraphe 135.

lesquelles l'une des exemptions envisagées par l'article 2 du règlement n° 1184/2006 ou du règlement OCM unique précités serait invoquée, mais s'avérerait en réalité manifestement non remplie. Le Conseil d'État a en effet jugé, dans un arrêt du 12 juin 1996, Société Christ et fils, qu'*« il résulte clairement du deuxième paragraphe de l'article 2 du règlement n° 26/62 selon l'interprétation qu'en a donnée la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision précitée du 12 décembre 1995 [arrêt de la Cour du 12 décembre 1995, Hendrik Evert Dijkstra, C-319/93, C-40/94 et C-224/94, Rec. p. I-4497], que la compétence exclusive conférée par ces dispositions à la Commission ne trouve pas à s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, il est manifeste que les stipulations de l'accord méconnaissent [l'article 101 du TFUE] et ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier de la dérogation prévue par le règlement n° 26/62»*.

Pour leur part, les autorités nationales de concurrence demeurent compétentes pour appliquer les règles de concurrence prévues en droit interne, sous réserve qu'elles s'abstiennent de prendre des mesures qui pourraient porter atteinte au règlement OCM unique et aux objectifs qu'il poursuit. Comme l'a rappelé la Cour de justice, «*étant donné que le champ d'application des règles de concurrence communautaires n'est pas identique à celui des règles de concurrence nationales, la seule circonstance que, par l'article 36 CE [devenu l'article 42 du TFUE] et le règlement n° 26 [remplacé par le règlement n° 1184/2006], le législateur communautaire a opéré une conciliation entre les objectifs de la politique agricole commune et la politique communautaire de la concurrence n'a pas nécessairement pour conséquence que toute application du droit national de la concurrence entrerait en conflit avec l'article 36 CE et le règlement n° 26*¹⁵*».*

Les exemptions existantes

L'article 176, paragraphe 1 du règlement OCM unique, prévoit trois exemptions spécifiques en matière agricole. Ces exemptions concernent exclusivement les pratiques qui relèveraient, en l'absence d'une telle disposition, de l'article 101 du TFUE, autrement dit les pratiques d'entente. Aucune exemption n'est donc prévue en relation avec les comportements relevant de l'article 102 du TFUE.

La disposition précitée prévoit que :

« L'article 81, paragraphe 1, du Traité [devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 168 du présent règlement qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du Traité [devenu article 39 du TFUE].

En particulier, l'article 81, paragraphe 1 du Traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles, d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou

¹⁵. CJUE, 9 septembre 2003, Milk Marque, aff. C-137/00, Rec. p. I-07975, point 66 ; CJUE, 1^{er} octobre 2009, Compañía española de comercialización, aff. C-505/07, Rec. p. I-8963.

la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du Traité sont mis en péril».

La première des trois exemptions prévues par ce texte, relative aux organisations nationales de marché, est aujourd’hui d’une portée très limitée puisque la quasi-totalité des produits agricoles sont couverts par une organisation commune de marché qui s'est substituée aux organisations de marché opérant antérieurement au niveau national. Parmi la liste des produits agricoles figurant à l’annexe I du TFUE, seule la pomme de terre est encore régie par des organisations nationales de marché. C'est d'ailleurs pour ce produit qu'a été rendue l'unique décision d'exemption accordée à ce jour par la Commission européenne¹⁶.

La deuxième exemption prévue concerne les accords nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC énoncés à l'article 39 du TFUE¹⁷. Pour que des accords ou des pratiques contraires à l'article 101, paragraphe 1 du TFUE puissent être considérés comme nécessaires à la réalisation de ces objectifs, la jurisprudence de l'Union impose cependant un standard exigeant, en considérant que l'exemption n'est applicable que si l'ensemble des objectifs énoncés à l'article 39 du TFUE sont remplis cumulativement¹⁸.

En outre, le juge de l'Union rappelle que, lorsqu'un produit visé par l'annexe I du TFUE relève d'un règlement établissant une organisation commune de marché, ce règlement a lui-même vocation à mettre en œuvre de façon exhaustive les objectifs de l'article 39 du TFUE, de sorte que la validité des accords ou des pratiques en cause dépend, en principe, de leur compatibilité avec les mesures prévues par ce règlement¹⁹. À titre d'exemple, la Cour de justice a ainsi estimé qu'un organisme national imposant aux producteurs des normes différentes, et même plus exigeantes, par le biais de sanctions ou de pressions sur les producteurs, que celles prévues par l'organisation commune de marché, enfreignait le règlement OCM fruits et légumes²⁰.

Plus récemment, dans l'affaire de la « viande bovine française » précitée, le juge de l'Union a considéré qu'un accord conclu entre des éleveurs de bovins dans le cadre d'une fédération professionnelle et visant à garantir des prix minimaux était susceptible de répondre à l'objectif consistant à assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, mais ne répondait pas aux quatre autres objectifs visés par l'article 39 du TFUE et était préjudiciable à l'établissement de prix raisonnables

16. Voir la décision de la Commission européenne du 18 décembre 1987, Pommes de terre primeur, JO n° L 59 du 4 avril 1988, p. 25.

17. Les objectifs poursuivis par la PAC sont au nombre de cinq : accroître la productivité (1), assurer un niveau de vie équitable à la population agricole (2), stabiliser les marchés (3), garantir la sécurité des approvisionnements (4) et assurer des prix raisonnables aux consommateurs (5).

18. CJUE, 12 décembre 1995, Oude Luttkhuis, C-399/03, Rec. p. I-4515, points 22 à 27; Tribunal, 14 mai 1997, Florimex/Commission, T-70/92, Rec. p. II-00693, point 153.

19. Arrêts Florimex/Commission précité, point 148, et FNCBV/Commission précité, point 207.

20. CJUE, 13 décembre 1983, Apple and Pear Development Council, C-222/82, Rec. p. 4083, points 23 et 24.

dans les livraisons aux consommateurs²¹. Il en a conclu qu'il n'était pas permis d'appliquer la deuxième dérogation prévue par l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 1184/2006.

La troisième dérogation prévue par le règlement OCM unique s'applique à certains accords conclus entre les exploitants agricoles ou au sein de leurs associations. Elle vise à favoriser le développement des coopératives agricoles, dont certaines clauses statutaires pourraient *prima facie* paraître restrictives de concurrence, notamment lorsqu'elles stipulent des obligations d'approvisionnement ou d'achat exclusif entre les membres et la coopérative. En dépit de l'expression « *en particulier* » figurant dans le texte du règlement, la Cour de justice a souligné qu'il s'agissait d'une exemption à part entière²² et que celle-ci était subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives : « *Il y a lieu, dans le cadre de cette dérogation, de vérifier d'abord que les accords en question concernent des coopératives ressortissant à un seul État membre, ensuite qu'ils ne portent pas sur le prix mais visent plutôt la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de ces produits, et enfin qu'ils n'excluent pas la concurrence ni ne mettent en péril les objectifs de la politique agricole commune*²³. »

En premier lieu, l'accord doit être conclu entre des exploitants agricoles ou au sein d'associations d'exploitants agricoles ressortissant à un seul État membre, notamment des coopératives agricoles, ce qui exclut, d'une part, les accords transfrontaliers et, d'autre part, ceux conclus avec des acteurs autres que des exploitants agricoles, comme des négociants, des transformateurs ou des distributeurs²⁴. L'objectif du législateur européen est donc de faciliter la conclusion d'accords entre exploitants conclus au niveau national ou infranational.

En deuxième lieu, ces accords doivent concerner la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, d'une part, et ne doivent pas comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, d'autre part. La Commission européenne a rappelé l'importance de cette condition dans l'affaire de la « viande bovine française » précitée en constatant que l'exemption invoquée était « *doublement exclue en l'espèce. D'une part, l'accord implique des parties autres que des exploitants agricoles, à savoir des fédérations d'abatteurs. D'autre part, il comporte précisément une obligation de pratiquer un prix déterminé*²⁵ ».

En ce qui concerne la troisième condition prévue pour bénéficier de cette exemption, la Cour de justice a, par exemple, jugé qu'« *il ne saurait être exclu qu'une accumulation de clauses statutaires liant les membres à la coopérative durant de longues périodes et les privant ainsi de la possibilité de s'adresser à des opérateurs concurrents*.

21. Arrêt FNCBV/Commission précité, point 206.

22. CJUE, 13 avril 1994, Commission/Luxembourg, C-313/93, Rec. p. I-1279 ; 12 décembre 1995, Dijkstra, C-319/93, C-40/94 et C-224/94, Rec. p. I-4471.

23. Arrêt Oude Luttikhuis précité, point 27.

24. Décision de la Commission européenne du 26 novembre 1986, affaire IV/31.204, Meldoc, JO L 348 du 10 avril 1986, p. 50 ; voir aussi la décision du 2 avril 2003, affaire COMP/C.38.279/F3, « viande bovine française », JO L 209 du 19 août 2003, p. 12.

25. Voir la décision « viande bovine française » précitée, point 137.

Étude thématique

mettre en péril l'un des objectifs de la politique agricole commune, à savoir, comme l'a relevé M. l'avocat général au point 38 de ses conclusions, le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture, dans la mesure où ces derniers ne pourront pas bénéficier de la concurrence sur les prix d'achat de la matière première pratiqués par les différentes entreprises transformatrices²⁶. ». Cette analyse illustre concrètement que les objectifs de la PAC et ceux du droit de la concurrence ne sont pas antagonistes mais se rejoignent, notamment, dans la mesure où la préservation du revenu des agriculteurs membres de coopératives est liée aux coûts et aux conditions d'achat auxquels ils font face.

Outre ces trois exemptions de portée transversale prévues par le règlement OCM unique, le règlement n° 361/2008 précité a inséré dans ce règlement un article 176 bis visant spécifiquement le secteur des fruits et légumes²⁷. Cet article dispose que « *l'article 81, paragraphe 1, du Traité [devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues, ayant pour objet l'exercice des activités visées à l'article 123, paragraphe 3, point c) du présent règlement* ». Les activités visées par cet article 123, paragraphe 3, point c), renvoient, entre autres, à une meilleure coordination de la mise sur le marché des productions, à l'élaboration de contrats-types, et à la valorisation des produits en termes de qualité et de protection de l'environnement. De tels accords doivent, eux aussi, être préalablement notifiés à la Commission européenne et ne peuvent comporter de fixation de prix, ni engendrer des distorsions de concurrence disproportionnées par rapport aux objectifs de la PAC.

L'ensemble de ces exemptions, instituées par le législateur de l'Union dans le but de permettre une meilleure organisation du secteur agricole et de favoriser le renforcement des exploitations agricoles, tend donc à assurer un équilibre entre les objectifs spécifiques poursuivis par la PAC et l'objectif général d'efficacité économique qui sous-tend les règles de concurrence. La conciliation ainsi opérée garantit aux acteurs concernés un certain nombre de flexibilités, tout en leur rappelant les limites dans lesquelles elles s'inscrivent.

La pérennité de cet équilibre ne peut cependant être garantie qu'à deux conditions. D'une part, comme le rappelle la jurisprudence constante de l'Union, il n'appartient pas à un État membre d'adopter des mesures contraires aux objectifs poursuivis par une OCM « *du moment que la Communauté a adopté [...] une réglementation portant établissement d'une organisation commune de marché dans un secteur déterminé, les États membres sont tenus de s'abstenir de toute mesure qui serait de nature à y déroger ou à y porter atteinte*²⁸ ». D'autre part, il n'est pas davantage envisageable que les acteurs économiques eux-mêmes prennent des mesures allant

26. Arrêt Oude Luttkhuis précité, point 28.

27. Parallèlement à l'adoption du règlement OCM unique n° 1234/2007, le Conseil de l'Union européenne a procédé à une réforme de la réglementation applicable au secteur des fruits et légumes transformés en adoptant le règlement (CE) n° 1182/2007 du 26 septembre 2007. L'OCM fruits et légumes n'a été intégrée dans le règlement OCM unique qu'ultérieurement, avec l'adoption du règlement n° 361/2008 du 14 avril 2008, modifiant le règlement (CE) n° 1234/2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM unique »), JO L 121 du 7 mai 2008.

28. CJUE, 18 mai 1977, Officier de justice en Hollande, aff. 111/76, Rec. p. 901, point 13.

au-delà de ce que prévoient les exemptions décrites précédemment, notamment en fixant ensemble des prix à un niveau artificiel. C'est ce qui a conduit l'Autorité, par exemple, à constater l'inapplicabilité de ces dispositions à une pratique mise en œuvre par une commission interprofessionnelle regroupant divers organismes de producteurs et de collecteurs de maïs, qui avait diffusé auprès des fédérations, des coopératives et des négociants, un barème de prix portant sur les frais de séchage du maïs²⁹.

Le dispositif d'exemption individuelle prévu par le droit commun de la concurrence

Le droit applicable

L'article 101, paragraphe 3, du TFUE prévoit que, sous réserve du respect de certaines conditions, une pratique relevant de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE puisse faire l'objet d'une exemption individuelle. Pour bénéficier de cette exemption, l'opérateur qui s'en prévaut doit, selon la jurisprudence, démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les quatre conditions requises pour en bénéficier sont réunies³⁰, à savoir l'existence d'un progrès économique ou technique ou plus largement d'un gain d'efficacité résultant directement de la pratique (i), le caractère indispensable de la restriction de concurrence en cause pour obtenir cet avantage (ii), l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs (iii) et l'absence d'élimination de toute concurrence (iv). Un régime analogue est prévu en droit interne. À l'inverse, ne peuvent être interdits des accords ou des pratiques concertées qui satisfont aux conditions énoncées au paragraphe 3 dudit article.

La première condition visée par cette disposition est déterminante, puisque c'est celle qui conduit à se pencher sur les avantages qu'une pratique tombant dans le champ du paragraphe 1 de cette disposition pourrait dans le même temps entraîner. La Cour de justice a jugé à ce propos que, « *pour être exempté au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE [devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE], un accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Cette contribution s'identifie non pas à tous les avantages que les entreprises participant à cet accord en retirent quant à leur activité, mais à des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients qui en résultent pour la concurrence*³¹ ». En outre, bien que l'article 101, paragraphe 3, du TFUE n'exclue, *a priori*, aucun type d'accords de son champ d'application, la communication de la Commission européenne portant lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE (devenu l'article 101, paragraphe 3,

29. Décision 07-D-16 du 9 mai 2007 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales, paragraphes 73 et 74.

30. CJUE, 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services e. a./Commission, C-501/06 P, Rec. p. II-09291, point 82, et cour d'appel de Paris, 14 décembre 2011, Compagnie Emirates; et 31 janvier 2013, société Pierre Fabre Dermocosmétique, 2008/23812.

31. Arrêt GlaxoSmithKline Services e. a./Commission précité, point 92.

du TFUE), précise qu'il « est fort peu probable que de graves restrictions de la concurrence puissent remplir les conditions de [cet] article³² ».

C'est cette jurisprudence qui explique que, à la différence des formes de coopération exemptées par le règlement OCM unique ou des regroupements qui pourraient être admis au bénéfice d'une exemption individuelle (comme ceux prévoyant la mise en commun d'équipements de production ou de stockage), la fixation de prix en commun soit considérée tant par le législateur que par les juridictions et les autorités de concurrence comme une ligne à ne pas franchir. Une telle pratique n'est en effet porteuse d'aucun avantage objectif susceptible de bénéficier à la collectivité dans son ensemble et de compenser les atteintes qu'elle porte aux partenaires commerciaux et aux clients des entreprises qui se sont entendues pour relever les prix à leur seul bénéfice³³.

La section qui suit présente un certain nombre d'enjeux et de questions de nature générale rencontrés à ce jour dans la pratique décisionnelle ou consultative de l'Autorité en matière agricole, lors de l'examen des trois premières conditions d'exemption prévues par les textes. La quatrième condition, relative à l'absence d'élimination de la concurrence, n'appelle en revanche pas d'observations spécifiques concernant ce secteur.

L'application de l'exemption individuelle en matière agricole

Comme cela a été rappelé dans la section qui précède, le progrès économique tel que l'entendent les juridictions et les autorités de concurrence dépasse le seul avantage que les opérateurs eux-mêmes retirent de leur accord. Il doit s'agir d'un progrès pour la collectivité dans son ensemble, ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé dès 1994 dans une décision rendue dans le domaine de la production et de la commercialisation du veau³⁴, où les exploitants avaient uniquement invoqué la pérennité de leur entreprise et le maintien de leurs parts de marché au titre du progrès économique³⁵.

Dans le secteur agricole, la notion de progrès économique s'articule essentiellement autour de deux objectifs complémentaires : la satisfaction des consommateurs et l'amélioration de la qualité des produits mis sur le marché, ainsi que des conditions de production. Dans sa décision 05-D-10 du 15 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne, le Conseil de la concurrence a par exemple considéré que de véritables ventes à

32. JOUE 2004, C 101, p. 97, point 46.

33. Voir, à cet égard, CJUE, 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd, C-209/07, Rec. p. I-08637.

34. Décision 94-D-61 du Conseil de la concurrence du 29 novembre 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production et de la commercialisation du veau.

35. Voir également la décision de la Commission européenne du 8 janvier 1975 (affaire IV/27 039 – Conserves de champignons, JOCE L 29, p. 26), dans laquelle il a été considéré que des concertations « de prix de vente à l'intérieur du marché commun entre les principaux protagonistes d'un secteur de l'industrie alimentaire ne vont pas dans le sens et ne sauraient se trouver à l'origine d'améliorations telles que celles visées à l'article [101, paragraphe 3, TFUE], qu'elles ne sauraient pas davantage contribuer à promouvoir le progrès technique ou économique et qu'en tous cas, elles ne peuvent jouer qu'au détriment des intérêts des consommateurs »; voir aussi la décision de la Commission européenne « viande bovine française » précitée.

terme garanties par un contrat pouvaient constituer un réel progrès économique – lorsqu'elles étaient réalisées dans des conditions de marché – dans la mesure où elles constituaient une assurance contre l'excessive fluctuation des cours. Plus récemment, le Conseil de la concurrence a admis, dans son avis 08-A-07 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, que la limitation du caractère aléatoire de l'offre et des phénomènes entraînant artificiellement la volatilité des prix à la production était de nature à contribuer au progrès économique. Il a toutefois précisé que le progrès économique recherché devrait être identifié de façon claire, objective et mesurable, de sorte qu'il soit possible de vérifier *ex post* l'atteinte de l'objectif annoncé³⁶.

Pour bénéficier d'une exemption individuelle, l'accord qui permet la réalisation d'un tel progrès économique doit cependant aussi réservier aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte. La notion d'« utilisateur » englobe tous les acteurs, directs ou indirects, de la chaîne des produits couverts par l'accord, y compris les transformateurs, les distributeurs, mais également, dans le cas de biens destinés à être largement commercialisés, les consommateurs finals. Selon les lignes directrices de la Commission européenne précitées, « [I] a deuxième condition de l'article [101, paragraphe 3, du TFUE] intègre une échelle mobile. Plus la restriction de concurrence constatée au regard de l'article [101, paragraphe 1, du TFUE] est grande, plus les gains d'efficacité et leur répercussion sur les consommateurs doivent être importants. Cette approche de l'échelle mobile suppose que si les effets restrictifs d'un accord sont relativement limités et les gains d'efficacité substantiels, il y a de fortes chances qu'une partie équitable des réductions de coûts soit répercutée sur les consommateurs. C'est pourquoi, dans ce cas, il n'est en principe pas nécessaire de se lancer dans une analyse détaillée de la deuxième condition de l'article [101, paragraphe 3, du TFUE] sous réserve toutefois que les trois autres conditions d'application de cette disposition soient remplies» (point 90).

La Commission de la concurrence, dans un avis 81/14 rendu sur le vin de Cahors, a ainsi considéré qu'un accord, au sein d'une filière entre producteurs et négociants sur un prix plancher du vin vendu en vrac aux négociants, dès lors qu'il n'était pas accompagné d'un prix conseillé ou imposé de revente au consommateur, permettait de garantir et d'améliorer la qualité des vins offerts au consommateur. Par ce raisonnement, la Commission a tenu compte des bénéfices que les différentes catégories d'« utilisateurs », au sens des textes, pouvaient retirer de l'accord : consommateurs finals, mais aussi utilisateurs intermédiaires et participants à la chaîne de valeur. Cette position a été reprise par le Conseil de la concurrence à plusieurs reprises³⁷.

Il faut, en troisième lieu, qu'il soit démontré que le progrès économique invoqué et le bénéfice qui en résulte pour les utilisateurs ne puissent être obtenus par un moyen moins restrictif de concurrence que celui prévu par l'accord. Selon les lignes directrices de la Commission européenne précitées, « l'accord restrictif doit

36. Paragraphes 50 et 64 de l'avis.

37. Voir les décisions du Conseil de la concurrence 94-D-41 du 5 juillet 1994 relative au secteur des volailles sous label et 95 D-15 du 14 février 1995 relative au secteur de la pomme de terre de conservation.

s'abstenir d'imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficacité créés par l'accord en cause. Cette condition implique un double critère : d'une part, l'accord restrictif proprement dit doit être raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité; d'autre part, chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité» (point 73).

Dans son avis 09-A-48 relatif au fonctionnement du secteur laitier, le Conseil de la concurrence a par exemple souligné, au sujet de recommandations de prix au niveau national ou régional, qu'il serait sans doute difficile de démontrer que la restriction de concurrence est nécessaire à la réalisation de l'objectif visé et puisse donc rentrer dans le champ de l'exemption prévue par l'article 101, paragraphe 3, du TFUE³⁸. C'est au regard de ce même impératif que le Conseil avait déjà estimé, dans son avis 08-A-07 précité, qu'il était nécessaire de vérifier qu'il n'existaient pas d'autres moyens moins restrictifs de concurrence pour obtenir le progrès économique, incitant, en l'espèce, à recourir à la contractualisation entre producteurs et distributeurs ainsi qu'aux mécanismes d'assurance. C'est par un raisonnement analogue que, dans sa décision 95-D-78 du 15 décembre 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'expédition des huîtres dans le bassin de Marennes-Oléron, le Conseil avait considéré que les consignes tarifaires, qui consistaient notamment en des recommandations de prix minimum, n'étaient pas indispensables pour atteindre le progrès économique invoqué, à savoir le souci de garantir la qualité des huîtres labellisées, car il existait d'autres possibilités d'actions moins restrictives de concurrence.

La reconnaissance du rôle spécifique des interprofessions agricoles

En droit de l'Union, une interprofession agricole se définit comme une organisation reconnue par un État membre et constituée à l'initiative des représentants des activités économiques liées à la production, au commerce et/ou à la transformation de certains produits agricoles.

Dans le cadre de l'OCM unique, cinq secteurs sont visés : les fruits et légumes³⁹, le tabac, le vin, l'huile d'olive et le coton. Chacun dispose d'une ou plusieurs organisations interprofessionnelles ayant un but précis. Celles-ci peuvent consister, entre autres, à concentrer et coordonner l'offre et la commercialisation des produits des producteurs membres (i), à adapter la production et la transformation aux exigences du marché (ii), et à promouvoir la rationalisation et l'amélioration de la production et de la transformation de ces produits (iii)⁴⁰.

Les États membres ont cependant la possibilité de reconnaître des organisations interprofessionnelles dans d'autres secteurs sur le fondement de leur droit interne. Ces organisations interprofessionnelles doivent respecter les exigences de l'OCM

38. Paragraphe 86 de l'avis.

39. Article 125 duodecies du règlement (CE) n° 1234/2007 précité.

40. Voir l'article 123, c) du règlement (CE) n° 1234/2007 précité.

unique (article 124 du règlement)⁴¹ et ne peuvent exercer leurs activités sur plusieurs États membres sauf à ce que la Commission européenne décide de leur octroyer un tel statut. En France, ce fut à l'origine le cas, par exemple, de l'organisation interprofessionnelle laitière regroupant les producteurs et les transformateurs dans le cadre du Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (ci-après le « CNIEL »).

La Commission européenne considère que les organisations interprofessionnelles ne rentrent pas dans la catégorie des « *associations d'exploitants agricoles ou associations de ces associations* » au sens de l'article 176, paragraphe 1, du règlement OCM unique, ce qui signifie qu'en l'absence de dérogations spécifiques prévues dans le cadre de ce règlement, à l'instar de celles évoquées précédemment, l'article 101 du TFUE s'applique à ces organisations interprofessionnelles. Par conséquent, les accords et pratiques mis en œuvre par une organisation interprofessionnelle sont à analyser au regard de l'article 101 du TFUE et de la disposition correspondante du droit interne⁴², et non au regard des dispositions du règlement OCM unique.

En droit interne

À l'instar du droit de l'Union, le livre IV du Code de commerce consacre des dispositions au contrôle des pratiques anticoncurrentielles (titre II), dont il sera plus particulièrement question dans les développements qui suivent, et au contrôle des concentrations économiques (titre III), qui seront abordées dans la troisième partie de cette étude. Il comprend aussi des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, qui ne seront pas évoquées dans la présente étude (titre IV).

Les dispositions sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ont une portée analogue à celle des règles du droit de l'Union, sous réserve de quelques spécificités qui seront brièvement rappelées ci-après. Toutefois, le 1^o du titre I de l'article L. 420-4 du Code de commerce prévoit en outre un dispositif d'exemption en vertu d'un texte législatif ou réglementaire, tandis que le titre II de l'article L. 420-4 du Code de commerce prévoit des exemptions par catégories spécifiques. Pour leur part, les organisations interprofessionnelles bénéficient, comme en droit de l'Union, d'un régime adapté.

L'application des règles de concurrence au secteur agricole

Aux termes de l'article L. 311-1 du Code rural « [s] ont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère

⁴¹. L'article L. 632-3 du Code rural précise que : « *Les accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue peuvent être étendus, pour une durée déterminée, en tout ou partie, par l'autorité administrative compétente dès lors qu'ils prévoient des actions communes ou visant un intérêt commun conformes à l'intérêt général et compatibles avec la législation de l'Union européenne.* »

⁴². Commission européenne, document de travail publié le 16 février 2010, *The Interface between EU Competition Policy and the Common Agricultural Policy (CAP) : Competition rules applicable to cooperation agreements between farmers in the dairy sector*, p. 25 ; disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/working_paper_dairy.pdf

végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent [...]». Le droit interne ne connaît donc pas d'énumération analogue à celle qui existe en droit de l'Union.

Par ailleurs, eu égard à la conciliation opérée au niveau de l'Union entre la politique agricole commune et les règles de concurrence, le droit interne n'octroie pas, *a priori*, un régime particulier à l'agriculture. L'article L. 410-1 du Code de commerce dispose ainsi que «*les règles définies au présent livre [livre IV : De la liberté des prix et de la concurrence] s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques*». Ainsi, les activités de production, de distribution et de services dans le secteur agricole, quelles que soient la forme sociale sous laquelle elles sont exercées et la personne qui les exerce – entreprises ou organismes publics ou privés – relèvent des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

L'article L. 420-4 du Code de commerce prévoit toutefois la possibilité, pour les pratiques visées par ces dispositions, de bénéficier d'une exemption individuelle. Si les conditions auxquelles est subordonné le bénéfice d'une telle exemption sont analogues à celles rappelées plus haut s'agissant du droit de l'Union, sa portée est donc plus large puisqu'elle englobe aussi bien les pratiques unilatérales relevant de l'article L. 420-2 du Code de commerce que les pratiques d'entente visées par l'article L. 420-1 de ce Code.

En outre, cette disposition identifie en particulier l'une des formes de progrès technique pouvant justifier l'octroi d'une exemption individuelle dans le secteur agricole, si les autres conditions prévues par la loi sont réunies. Elle prévoit en effet que ne sont pas soumises aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce les 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*». Cette disposition de l'article L. 420-4 I-2^e du Code de commerce, qui vise notamment les «signes de qualité» (labels, appellations d'origine, etc.), a été introduite par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Les pouvoirs publics souhaitaient alors que la concurrence puisse être «*animée par des entreprises indépendantes de petite taille et non uniquement par de grandes entreprises qui seraient seules capables d'affronter la concurrence internationale ou de prendre certains marchés si les PME ne pouvaient pas se regrouper*⁴³».

Pour autant, lorsque les pratiques pour lesquelles l'exemption individuelle est demandée sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, cette disposition ne pourrait, en vertu du principe de primauté du droit

43. Rapport n° 2801 de l'Assemblée nationale du 21 mai 1996, p. 31.

de l'Union⁴⁴ et des dispositions du droit dérivé, conduire à prendre une décision qui serait contraire à la solution devant être retenue sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, tel qu'interprété par les juridictions de l'Union.

Les exemptions au titre d'un texte législatif ou réglementaire

En vertu du droit interne, certaines pratiques peuvent aussi être exemptées au titre d'un texte législatif ou réglementaire, en application de l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce. Pour que le bénéfice d'une telle exemption puisse être reconnu, le texte invoqué doit être directement à l'origine de la pratique et celle-ci ne doit résulter que de la mise en œuvre de ce texte. Dans le secteur agricole, ce dispositif bénéficie essentiellement, ainsi que cela sera exposé ci-après, aux accords interprofessionnels étendus relevant du titre III du livre VI du Code rural et de la pêche maritime (ci-après «Code rural»).

Dans son avis 02-A-12 relatif à une demande d'avis du ministre chargé de l'Économie sur un contrat-cadre relatif à la situation du marché de la pêche et de la nectarine en situation de crise conjoncturelle⁴⁵, le Conseil a ainsi rappelé, lorsqu'il a évalué la compatibilité de ce type de contrat adopté sur le fondement de l'article L. 611-4 du Code rural avec les règles de concurrence, et notamment la possibilité qu'il bénéficie d'une exemption sur le fondement de l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce, que cette disposition était d'interprétation stricte : seules les pratiques qui sont «*la conséquence directe et inéluctable de textes législatifs ou de textes réglementaires*» pris pour leur application peuvent prétendre au bénéfice de cette exemption. Le Conseil a également précisé qu'il se réservait la possibilité d'apprécier si les atteintes à la concurrence qui résulteraient de l'application de ce type d'accord ne sont pas manifestement excessives au regard de ce qui apparaîtrait nécessaire pour faire face à la gestion de la crise à laquelle il entend répondre. En l'espèce, le Conseil a constaté que plusieurs dispositions du contrat-cadre ne résultait pas directement de l'article L. 611-4 du Code rural, dans la mesure où ces dispositions, d'une part, s'écartaient du soutien des cours par l'adaptation de l'offre en qualité et en volume et, d'autre part, ne visaient pas à fixer un prix de cession au premier acheteur mais à maintenir un écart de prix minimal entre deux qualités de fruits.

À la différence du contrat en cause dans cette affaire, les accords interprofessionnels étendus sur le fondement de l'article L. 632-3 du Code rural sont reconnus comme bénéficiant d'une exemption au regard de l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce (voir les développements sur les accords interprofessionnels agricoles étendus *infra*).

44. Arrêt de la Cour de justice du 13 février 1969, Walt Wilhelm, 14/68, Recueil 1969, p. 1, point 6; arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin, affaire T-203/01, Recueil 2003, p. II-04071, point 166.

45. Avis 02-A-12 du 1^{er} octobre 2002 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie sur un contrat-cadre relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine.

Les exemptions par catégorie

Indépendamment du dispositif général qui vient d'être évoqué, certaines catégories d'accords ou certains accords peuvent faire l'objet de décrets d'exemption après avis conforme de l'Autorité de la concurrence, et ce en application de l'article L. 420-4 II du Code de commerce. Les premiers décrets adoptés sur le fondement de cette disposition concernent précisément des pratiques mises en œuvre dans le secteur agricole. Il s'agit, d'une part, du décret n° 96-499 du 7 juin 1996 concernant les accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole, qui autorise les accords passés entre producteurs bénéficiant d'un même label agricole et qui vise à adapter l'offre à la demande par un développement coordonné de la production (voir les développements consacrés à cette question), et, d'autre part, du décret n° 96-500 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise, qui autorise les accords destinés à résorber la surcapacité pour rétablir l'équilibre du marché⁴⁶. Le décret n° 96-499 du 7 juin 1996 prévoit qu'au sein des filières d'AOC, de labels agricoles ou débouchant sur la mention « agriculture biologique » (hors vins et eaux-de-vie d'AOC), des accords écrits d'une durée maximale de trois ans, visant à adapter l'offre à la demande par un développement coordonné de la production, sont réputés, après notification aux ministres chargés de l'Économie et de l'Agriculture, conformes à l'article L. 420-4 du Code de commerce si aucune partie ne détient une position dominante sur le marché concerné et si ces accords ne comportent pas d'autres restrictions de concurrence que celles limitativement énumérées.

Il s'agit, pour les accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité, d'une programmation prévisionnelle et coordonnée de la production en fonction des débouchés, et d'une limitation des capacités de production ; en ce qui concerne les produits bénéficiant d'un label, il s'agit d'une restriction temporaire à l'accès des nouveaux opérateurs selon des critères objectifs et appliqués de manière non discriminatoire et enfin de la fixation de prix de cession ou de prix de reprise des matières premières (article 2 du décret n° 96-499). Toutefois, si l'une ou plusieurs des parties à l'accord détiennent une position dominante sur le marché concerné, l'exemption ne s'applique pas (article 3 de ce même décret). Quant aux accords concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise, ils peuvent également viser à « *une réduction durable des capacités de production* » et une « *limitation temporaire des quantités produites ou mises sur le marché* » mais ne peuvent « *en aucun cas comporter de dispositions portant sur les prix* » (article 3 du décret n° 96-500).

Les décrets adoptés sur le fondement du titre II de l'article L. 420-4 du Code de commerce visent ainsi davantage les accords entre exploitants agricoles que les accords entre des groupements et des organisations professionnels qui relèvent essentiellement des exemptions du titre I dudit article. Des dispositions du Code

⁴⁶. Les décrets ont été publiés dans la rédaction proposée par le Conseil de la concurrence en annexe de son avis 96-A-06 du 7 mai 1996 concernant deux projets de décret pris en application du dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

rural complètent ces règles générales, en particulier celles figurant dans le titre III du livre VI (« Productions et marchés ») relatif aux accords conclus dans le cadre des organisations interprofessionnelles agricoles et plus spécialement celles concernant l'organisation interprofessionnelle laitière.

La reconnaissance du rôle des interprofessions agricoles

Les organisations interprofessionnelles ont été créées en 1964, puis renforcées par plusieurs lois d'orientation agricole depuis 1975. Elles rassemblent les organisations professionnelles d'une même filière, par produit ou par groupe de produits, et permettent, de la production à la transformation, voire jusqu'à la commercialisation, de définir des règles applicables aux relations entre leurs membres et de mener des actions d'intérêt commun. Elles peuvent assumer un rôle réglementaire sous le contrôle de l'État. Ce sont des personnes morales de droit privé, en général des associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901. La profession agricole y est représentée par des organisations spécialisées et représentatives pour le produit considéré. Leurs actes de gestion, comme leurs créances et cotisations, y compris lorsqu'elles sont étendues, sont soumis au droit privé.

Les organisations interprofessionnelles agricoles reconnues par les pouvoirs publics le sont par secteur : aquaculture et coquillages (CIPA) ; bois et forêt (FBF) ; fruits et légumes, productions végétales spécialisées regroupant les organisations interprofessionnelles pour les fruits et légumes frais et transformés (ANIFELT, ICF, INTERFEL), les pommes de terre (CNIPT et GIPT), l'horticulture (VALHOR), le tabac (ANITTA) et les huiles essentielles (CIHEF) ; grandes cultures et semences regroupant les organisations interprofessionnelles reconnues pour les céréales (Intercéréales), les protéagineux (UNIP), les oléagineux (ONIDO, SIDOC), le lin (CIPALIN), le sucre (AIBS, CIPS, CIRT DOM, CPCS, IGUACANNE), ainsi que les semences et les plants (GNIS, Interchanvre) ; lait et produits laitiers (AILPLBPA, ANICA, CGPLBIR, CIF, CNIEL et ILOCC) ; viandes et productions animales spécialisées (AMIV, ARIBEV, ARIV, CIDEF, CIFOG, CIP, CLIPP, CNPO, FGE, IGUAVIE, INAPORC, INTERBREV et INTERPROCHASSE) ; vins, spiritueux et autres boissons regroupant les interprofessions reconnues pour les vins à appellation d'origine protégée (AOP), vins à indication géographique protégée (IGP), vins sans AOP ni IGP, spiritueux avec ou sans AOP⁴⁷.

Le régime des exemptions prévu à l'article L. 420-4 du Code de commerce, auquel renvoient les articles L. 632-1 à L. 632-14 du Code rural, permet d'apporter des réponses adaptées à l'application au secteur de la règle générale d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. Les articles L. 632 et suivants du Code rural concernent bien les organisations interprofessionnelles agricoles. Deux éléments doivent être mis en évidence : les accords interprofessionnels agricoles étendus ainsi que l'exemple spécifique de l'organisation interprofessionnelle laitière.

⁴⁷. Pour la liste détaillée des organisations interprofessionnelles reconnues dans ce secteur, voir la liste répertoriée par le ministère de l'Agriculture à l'adresse suivante : <http://agriculture.gouv.fr/vins-spiritueux-et-autres-boissons>

Les accords interprofessionnels agricoles étendus

En vue de renforcer l'organisation économique des marchés, des producteurs et des filières dans le souci d'une répartition équitable de la valorisation des produits alimentaires entre les agriculteurs, les transformateurs et les entreprises de commercialisation⁴⁸, le législateur a autorisé, dès 1980, la conclusion d'un certain nombre d'accords dans le cadre des organisations interprofessionnelles reconnues. Aux termes de l'article L. 632-1 du Code rural, ces accords peuvent notamment viser à «*favoriser l'adaptation de l'offre à la demande*» et à «*contribuer à la gestion des marchés*». En application de l'article L. 632-2-1 du Code rural tel qu'inséré par la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP), ils peuvent contenir des contrats-types intégrant des clauses-types relatives aux modalités de détermination des prix, aux calendriers de livraison, aux durées de contrat, au principe d'un prix plancher, aux modalités de révision des conditions de vente en situation de fortes variations des cours des matières premières agricoles, ainsi qu'à des mesures de régulation des volumes dans le but d'adapter l'offre à la demande.

L'article L. 632-3 du Code rural précise que les accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue peuvent être étendus pour une durée déterminée par l'autorité administrative compétente dès lors qu'ils prévoient des actions communes ou visent un intérêt commun conforme à l'intérêt général et qu'ils sont compatibles avec la législation de l'Union européenne. En application de l'article L. 632-4 du Code rural, les accords interprofessionnels incluant des contrats-types sont ainsi soumis, en vue de leur extension, à l'avis préalable de l'Autorité de la concurrence qui dispose d'un délai de deux mois pour statuer sur ces accords⁴⁹. Ils deviennent alors obligatoires pour l'ensemble des opérateurs de la filière qui sont membres de l'organisation interprofessionnelle. Plus de cinquante accords interprofessionnels sont ainsi étendus chaque année⁵⁰.

Ces accords bénéficient d'une exemption. Ils sont en effet mentionnés expressément à l'article L. 632-5 du Code rural⁵¹ comme relevant des dispositions du 1^o de l'article 10 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (aujourd'hui codifié à l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce). L'article L. 632-5 du Code rural dispose également que les organisations interprofessionnelles reconnues peuvent demander à l'autorité administrative compétente de prendre les décrets mentionnés en vertu du titre II de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Ainsi, une lecture croisée de ces deux dispositions met en évidence une hypothèse particulière de mise en œuvre

48. Article 2 de la loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole et article 1^{er} de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole.

49. Voir, à titre d'exemple, les avis de l'Autorité de la concurrence 11-A-12 et 11-A-14.

50. Voir, par exemple, l'accord interprofessionnel conclu le 11 juillet 2006 dans le cadre de l'association interprofessionnelle des fruits et légumes frais Interfel et relatif aux poires guyot et williams étendu par arrêté conjoint du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et du ministre de l'Agriculture et de la Pêche en date du 8 août 2006. Cet accord avait pour objet de réguler le marché et d'améliorer la qualité des poires d'été destinées aux consommateurs.

51. Issu de la loi n° 95-95 du 1^{er} février 1995 de modernisation de l'agriculture.

du régime des exemptions par décret : la confirmation ou la consolidation d'un accord interprofessionnel agricole étendu de mécanismes contractuels conformes aux objectifs énumérés à l'article L. 632-3 du Code rural.

Enfin, s'agissant plus particulièrement des accords adoptés à l'unanimité au sein d'une organisation interprofessionnelle reconnue spécifique à un produit et visant à adapter l'offre à la demande⁵², le titre II de l'article L. 632-2 du Code rural prévoit que ces accords peuvent comporter des restrictions de concurrence, limitativement énumérées, telles qu'*« une programmation prévisionnelle et coordonnée de la production en fonction des débouchés », « une limitation des capacités de production »* ou encore *« la fixation de prix de cession par les producteurs et de prix de reprise des matières premières »*. Les mesures que ces accords mettent en œuvre sont exemptées sur le fondement de l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce, sous réserve qu'aucune des parties à l'accord ne détienne une position dominante sur le marché du produit concerné.

Le cas particulier de l'organisation interprofessionnelle laitière

L'organisation interprofessionnelle constituée à l'initiative des producteurs de lait fait l'objet de trois articles spécifiques du Code rural, dont l'article L. 632-14 qui autorise désormais le CNIEL à *« élaborer et à diffuser des indices de tendance, notamment prévisionnels, des marchés laitiers, ainsi que tout élément de nature à éclairer la situation des acteurs de la filière laitière »*. Les centres régionaux interprofessionnels de l'économie laitière peuvent quant à eux élaborer et diffuser des valeurs qui entrent dans la composition du prix de cession du lait aux collecteurs ou aux transformateurs, en s'appuyant notamment sur les indices diffusés par le CNIEL. L'ensemble de ces données peut ensuite être utilisé par les opérateurs de la filière laitière dans le cadre de leurs relations contractuelles. Aux termes du quatrième alinéa de l'article L. 632-14 du Code rural, ces pratiques ne sont pas soumises aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Il ne s'agit pas d'un dispositif transitoire, contrairement à celui, évoqué plus haut, qui a été mis en œuvre en cas de crise dans le secteur des fruits et légumes. Toutefois, comme l'a souligné l'Autorité dans son avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles, la référence à l'article L. 632-14 du Code rural qui autorise la diffusion d'indices de tendance, notamment prévisionnels, *« ne peut être maintenue que si elle dissuade clairement les acteurs de la filière, appelés à contracter entre eux, d'appliquer purement et simplement les recommandations de l'interprofession, que ce soit en prix de départ ou en indicateurs de tendance*⁵³ ». En outre, dans son avis 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier⁵⁴, l'Autorité a rappelé que, même exemptées en droit interne, des pratiques d'émission de recommandations de prix ou d'évolution de

⁵². Ces accords sont notifiés, dès leur conclusion et avant leur entrée en application, au ministre de l'Agriculture, au ministre chargé de l'Économie et à l'Autorité de la concurrence.

⁵³. Voir le point 37 de l'avis 10-A-28.

⁵⁴. Voir les points 74 à 95 de l'avis 09-A-48.

prix générales qui affectent le commerce entre États membres restent soumises aux règles européennes de concurrence et sont dès lors susceptibles d'être interdites.

À cet égard, le Parlement européen et le Conseil ont adopté en 2012 le règlement (UE) n° 261/2012 du 14 mars 2012 (JO L 94, p. 38) modifiant le règlement n° 1234/2007 en ce qui concerne les relations contractuelles dans le secteur du lait et des produits laitiers. Ce texte prévoit que l'article 101, paragraphe 1, du TFUE ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues aux fins de l'exercice des activités consistant, en particulier, à améliorer la connaissance et la transparence de la production et du marché « *au moyen, notamment, de la publication de données statistiques relatives aux prix, aux volumes et à la durée des contrats précédemment conclus pour la livraison de lait cru ainsi que la réalisation d'études sur les perspectives d'évolution du marché au niveau régional, national ou international*⁵⁵ ». Il y est toutefois précisé que de tels accords sont incompatibles avec les règles de l'Union s'ils « *impliquent la fixation de prix*⁵⁶ ».

L'article 126 quater du règlement OCM unique précise également les conditions de négociation contractuelle dans le secteur laitier, notamment par les OP avec ou sans transfert de propriété au nom des producteurs. Trois conditions doivent être réunies dans ce cadre : il faut que le volume de lait cru faisant l'objet de ces négociations n'excède pas 3,5 % de la production totale de l'Union, 33 % de la production nationale de l'État membre dans lequel le lait cru est produit et 33 % de la production nationale de l'État membre où est livré le lait cru. Cette limite de 3,5 % de la production correspond en pratique à la production d'un grand bassin laitier français comme la Bretagne.

Ainsi, l'objet de ces OP dépasse celui des regroupements actuels. Une OP reconnue pourra négocier le contrat de vente avec l'industriel transformateur au nom des agriculteurs qui en sont membres, qu'il y ait, ou non, transfert de propriété du lait. Elle pourra à cet égard négocier un prix identique ou différent pour la production des producteurs membres de l'OP. Pour que les négociations aient lieu dans le cadre d'une OP sans transfert de propriété, l'éleveur doit avoir donné, de façon formelle, mandat à l'OP de négocier en son nom⁵⁷. Une OP doit justifier soit d'un nombre minimal de deux cents membres producteurs, soit d'un volume minimal de 60 millions de litres de lait commercialisé.

⁵⁵. Article 177 bis, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 123, paragraphe 4, sous c), i), du règlement n° 1234/2007. En application de l'article 177 bis, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1234/2007, les accords, décisions et pratiques concertées doivent être notifiés à la Commission pour bénéficier de cette exemption.

⁵⁶. Article 177 bis, paragraphe 4, sous d), du règlement précité. Ces dispositions, qui ont été adoptées afin de stabiliser le marché et les revenus des producteurs de lait dans le contexte particulier de la suppression des quotas laitiers programmée pour 2015 et à la suite de l'effondrement des prix en 2008-2009 sur le marché du secteur du lait et des produits laitiers, ont vocation à s'appliquer pendant une durée limitée, à savoir jusqu'au 30 juin 2020.

⁵⁷. La mise en place des OP est prévue en France par le décret n° 2012/512 du 19 avril 2012 relatif à l'organisation économique dans le secteur du lait de vache, JORF n° 94 du 20 avril 2012, p. 7108

Conclusion

Tout en étant soumis, comme l'ensemble de l'économie, aux règles de concurrence, le secteur agricole bénéficie, tant à l'échelle de l'Union qu'au niveau interne, d'une législation spécifique destinée à permettre aux acteurs d'opérer certaines formes de regroupement porteuses d'efficacité économique et commerciale. C'est au vu des caractéristiques économiques concrètes du secteur et des opérateurs, qui seront examinées dans la deuxième partie de cette étude, que les autorités de concurrence sont conduites à mettre en œuvre les différents outils prévus par le droit de la concurrence, présentés en troisième partie de l'étude.

L'analyse économique des marchés agricoles

À la base de l'alimentation, l'agriculture joue un rôle central dans le budget des ménages. Selon les chiffres de l'Insee, l'alimentation est en effet le troisième poste de dépenses des ménages (13 % du budget) après le logement et le transport. L'agriculture est également importante pour l'économie française puisqu'elle employait 966 300 actifs permanents en 2010⁵⁸, soit 3,4 % de la population active, et contribue directement et indirectement à une part substantielle du PIB, bien que celle-ci puisse varier du fait des fluctuations que connaissent les cours des matières premières agricoles.

L'agriculture française est la première de l'Union européenne par la valeur de sa production hors subventions sur les produits, qui atteignait 71,4 milliards d'euros en 2011⁵⁹. Sur les dix dernières années, la France est, au sein de l'Union, le premier producteur végétal (36 milliards d'euros, soit 19,5 % de la production végétale totale de l'Union) et animal (23 milliards d'euros, soit 16,8 % de la production animale totale de l'Union). Elle est parallèlement le 3^e exportateur mondial de produits agroalimentaires (59 milliards d'euros). Au-delà de cette mise en perspective à caractère général, l'analyse économique des marchés agricoles nécessite de considérer deux caractéristiques qui influencent leur fonctionnement.

Tout d'abord, l'offre agricole est le plus souvent atomisée et fait face, pour ce qui concerne la majeure partie de ses débouchés, à l'industrie agroalimentaire et à la grande distribution qui sont relativement plus concentrées. Pour autant, la taille des exploitations s'est accrue ces deux dernières décennies et les rapprochements, notamment sous la forme de coopératives permettant des gains de productivité et un rééquilibrage des rapports de force, se sont multipliés⁶⁰. Beaucoup d'exploitations françaises demeurent toutefois de taille limitée au regard des entreprises de dimension parfois internationale auprès desquelles elles commercialisent une part de plus en plus importante de leur production ou se fournissent en intrants

58. Source : Agreste – Recensements agricoles – Données provisoires pour 2010.

59. <http://agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/comptenational2012.pdf>

60. Une coopérative est une société à capital variable sans but lucratif agréée par le Haut Conseil de la coopération agricole dont les statuts prévoient un objet social particulier, le principe de l'exclusivisme du sociétariat sauf dispositions législatives et réglementaires particulières, et reposant sur le principe d'une gestion démocratique «un homme, une voix».

Étude thématique

(produits d'agrofourniture, nutrition animale, etc.). De tels regroupements sont vraisemblablement appelés à se poursuivre et à jouer un rôle de plus en plus important. Ils ne sont pas pour autant la seule forme d'évolution envisageable et d'autres stratégies sont possibles. Dans certains cas, les agriculteurs ont par exemple la possibilité de s'orienter vers les circuits courts de commercialisation ou encore d'opter pour une montée en gamme de leur production.

Deuxièmement, la difficulté de stocker certains produits (périsposables) et le décalage de temps entre la mise en culture et la récolte font que l'offre agricole est peu élastique à court terme. Pour autant, cette offre peut fluctuer en raison notamment des aléas climatiques qui gouvernent pour une grande partie les volumes de production. Le prix étant de ce fait la principale variable d'ajustement entre offre et demande, les cours agricoles sont volatiles et incitent à l'utilisation d'instruments financiers de couverture permettant de garantir les revenus des agriculteurs, ou bien encore à la contractualisation. Le recours à ces solutions serait de nature à stabiliser les cours et donc les revenus des agriculteurs.

L'analyse économique du fonctionnement des marchés agricoles doit donc prendre en compte ces deux caractéristiques que sont, d'une part, les déséquilibres structurels du secteur et, d'autre part, les crises conjoncturelles récentes.

Analyse structurelle

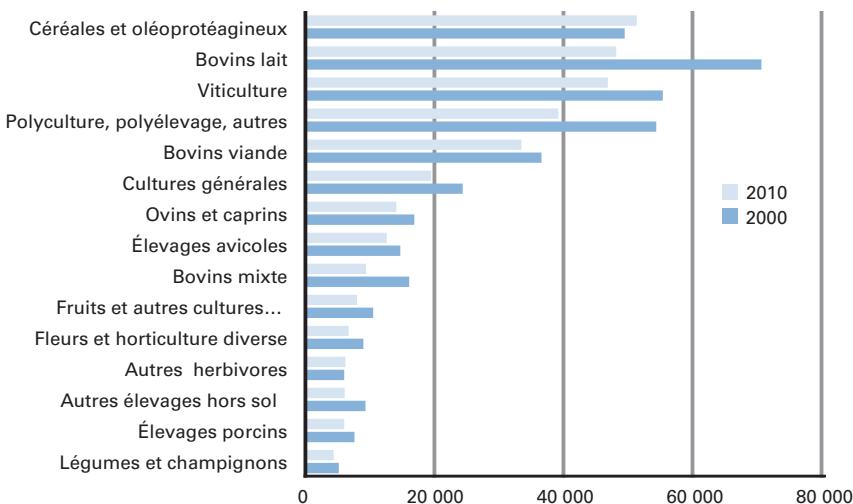
La diversité du monde agricole rend difficile l'identification de caractéristiques structurelles communes à l'ensemble des offreurs, comme à celui des demandeurs, qui permettraient de dresser un tableau d'ensemble parfaitement représentatif. Que ce soit entre les différents marchés agricoles, par exemple les céréales, les fruits et légumes ou encore le lait, ou bien à l'intérieur d'un même marché où différents types d'exploitations sont représentés, des disparités structurelles importantes existent. L'étude ciblera les déséquilibres les plus fréquents, même s'il faut garder à l'esprit qu'ils ne sont pas nécessairement applicables à l'ensemble des marchés agricoles et des agriculteurs.

Un constat global peut néanmoins être fait : en dépit d'une concentration croissante, il existe encore d'importants déséquilibres structurels. La dynamique en cours tend cependant à leur réduction.

Un monde agricole en mutation qui reste encore atomisé

Constats

Nombre d'exploitations en France par orientation en 2000 et 2010



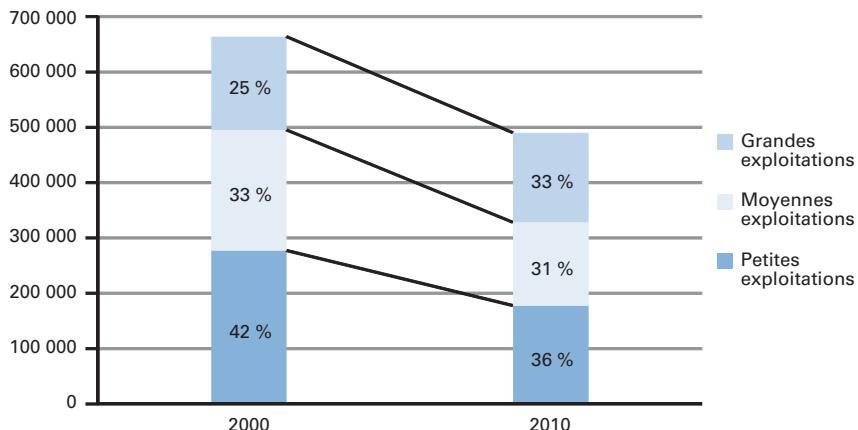
Source : Agreste – Recensements agricoles – 2010 provisoire.

Le nombre d'exploitations agricoles diminue en France. Ainsi, selon le recensement agricole de l'Agreste⁶¹, une exploitation sur quatre a disparu entre 2000 et 2010 (voir graphique ci-contre). Globalement, cette évolution s'inscrit dans la moyenne européenne. Les principaux secteurs concernés par cette consolidation de l'offre sont ceux de l'élevage bovin et de la production laitière (diminution du nombre d'exploitations de 32 % entre 2000 et 2010, soit 22 500 exploitations sur 70 700) – notamment du fait d'une faible rentabilité, d'une insuffisante organisation et d'une volatilité des prix comme le relevait l'avis 11-A-03 –, les élevages hors sols (-34 %) et la polyculture (-28 %). Seuls les marchés des céréales et des oléoprotéagineux, qui occupent ensemble près des deux tiers des terres arables et représentent plus du tiers de la production végétale en valeur⁶², ont connu une progression – qui reste modeste (+4 %) – du nombre d'exploitations.

61. http://agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf_primeur266.pdf

62. *Tableaux de l'économie française*, édition 2012.

Dynamique des exploitations françaises – 2000-2010



Source : Agreste – Recensements agricoles – Données provisoires pour 2010.

Alors qu'il existait environ 660 000 exploitations en 2000, leur nombre total se montait à moins de 500 000 en 2010. Les petites et moyennes exploitations ont été les principales concernées par cette évolution, le nombre de grandes exploitations s'étant maintenu et ayant même progressé pour les plus grandes. Ainsi, en 2010, les grandes exploitations représentaient le tiers des exploitations contre un quart en 2000. Dans le même temps, la superficie moyenne de l'ensemble des exploitations a augmenté, passant de 42 à 55 hectares⁶³, progression qui reste néanmoins inférieure à celle de l'Allemagne. Globalement, les moyennes et grandes exploitations concentrent 93 % de la surface agricole utilisée (SAU), 86,7 % de la main-d'œuvre totale et 97,2 % de la production en valeur. Au cours de la dernière décennie, les marchés agricoles français, principalement composés de petites et moyennes exploitations, se sont donc sensiblement consolidés.

Le secteur agricole *stricto sensu* ne peut toutefois pas être appréhendé en faisant abstraction du reste de la filière à laquelle il appartient. Pendant la période qui vient d'être évoquée, le principal débouché des quelque 500 000 exploitations agricoles, à savoir l'industrie agroalimentaire, s'est affirmé comme la première industrie française. Avec 147 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2009⁶⁴, elle valorise 70 % de la production agricole. Selon l'Observatoire économique des industries agroalimentaires et de l'agro-industrie⁶⁵, on ne compterait qu'environ 10 000 entreprises agroalimentaires. Toutefois, environ 95 % du chiffre d'affaires et de la valeur ajoutée de l'industrie agroalimentaire sont générés par à peine 30 % de ces entreprises (soit les 3 000 entreprises de 20 salariés ou plus, ou réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 5 millions d'euros)⁶⁶. Si l'industrie agroalimentaire

63. http://agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf_primeur266.pdf

64. <http://agriculture.gouv.fr/industries-agroalimentaires>

65. <http://observatoire-iaa.alimentation.gouv.fr>

66. Ministère de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche (<http://alimentation.gouv.fr/panorama-iaa>) – Enjeux des industries agroalimentaires 2010.

est composée à 90 % de petites et moyennes entreprises (PME) et à 70 % de très petites entreprises (TPE) de moins de 20 salariés⁶⁷, elle compte donc également de grands groupes mondiaux tels que Danone, Lactalis, Pernod-Ricard, Bongrain mais aussi des groupements coopératifs verticalement intégrés qui sont présents aux stades de la production et de la transformation comme Terrena et In Vivo, et dont certains sont d'envergure mondiale⁶⁸. Beaucoup d'exploitants agricoles sont membres de coopératives actives dans le secteur de l'agroalimentaire, ce qui leur permet de monter dans la chaîne de valeur pour se rapprocher des secteurs les plus créateurs de valeur ajoutée.

Un autre débouché important des marchés agricoles est celui de la grande distribution, qui concentre plus des deux tiers des achats en produits alimentaires des ménages⁶⁹. Si en nombre, les fournisseurs de la grande distribution sont en grande majorité des PME, celles-ci ne représentent qu'une minorité des références et du chiffre d'affaires, qui sont concentrés par les grands groupes agroalimentaires⁷⁰. Dans son avis 08-A-07, le Conseil relevait à cet égard que la demande s'était déjà fortement concentrée entre 1997 et 2006, puisque les achats directs de fruits et légumes des centrales de la grande distribution avaient augmenté de 70 % sur cette période. La grande distribution représentait à cette époque 74 % du chiffre d'affaires des ventes de fruits et légumes au détail, les cinq premières enseignes représentant à elles seules la moitié de la distribution totale.

Ce contexte de concentration de la demande, que ce soit de l'industrie agroalimentaire ou de la grande distribution, et d'atomicité de l'offre, se traduit par un pouvoir de négociation naturellement plus fort du côté le plus concentré du marché, et donne donc un avantage important aux acheteurs. Ceux-ci peuvent tirer parti de leur poids relatif dans les débouchés des offreurs en négociant des prix qui ne permettent qu'aux plus efficaces de se maintenir durablement sur le marché. Se pose donc la question du degré d'efficacité relative de l'organisation actuelle des agriculteurs, surtout sur les marchés les plus atomisés, et des différents moyens qui leur permettraient de se renforcer.

Dans son avis 08-A-07 précité, le Conseil constatait, par exemple, qu'en dépit du fait que le nombre d'exploitations agricoles avait baissé d'un tiers environ entre 1996 et 2005, le secteur des fruits et légumes comptait encore 26 337 exploitations en 2005. Si ces exploitations se sont en partie regroupées en OP⁷¹, celles-ci demeurent modestes puisqu'en 2007 elles représentaient seulement 55 % de la production totale. Dans le secteur du lait, un constat similaire avait été fait s'agissant des relations entre producteurs et acheteurs de l'industrie agroalimentaire, l'avis 09-A-48 relevant que, si « *certaines éleveurs ont des relations commerciales pouvant sembler équilibrées avec un collecteur, 70 % d'entre eux se trouvent dans*

67. <http://www.franceagroalimentaire.com/agroalimentaire-francais/l-industrie-agroalimentaire/industrie-agroalimentaire-france>

68. http://panorama-iaa.alimentation.gouv.fr/IMG/pdf/101006-IAA-FR6102010_cle09198f.pdf

69. http://panorama-iaa.alimentation.gouv.fr/IMG/pdf/101006-IAA-FR6102010_cle09198f.pdf
70. Voir notamment G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Paris, La Documentation française, 2004.

71. <http://agriculture.gouv.fr/Organisations-de-producteurs>

des situations où leur acheteur compte en moyenne au moins 500 autres producteurs. Le rapport de force devient donc très déséquilibré. À titre d'exemple, Danone reconnaît avoir 3 900 producteurs de lait».

Pour autant, les difficultés qu'ont les agriculteurs à valoriser leur production et à pérenniser leur activité ne se traduisent pas intégralement dans les prix. Le pouvoir de marché des grands distributeurs et des industriels de l'agroalimentaire sur les marchés en aval limite en effet la répercussion sur les prix finaux des meilleures conditions d'achat que leur puissance d'achat leur permet d'obtenir. Par conséquent, il apparaît que le pouvoir d'achat des consommateurs aurait pu progresser plus vite qu'il ne l'a fait. Selon une étude de Butault (2008)⁷², si, sur la période 1978-2005, on observe une baisse de 50% des prix réels (*i. e.* corrigés de l'inflation générale) des produits agricoles⁷³, cette baisse des prix à la production ne s'est traduite que par une modeste baisse des prix à la consommation, inférieure à 10%. De ce fait, si les gains de productivité du secteur agricole ont été près de trois fois supérieurs à ceux de l'industrie, notamment et surtout durant les années 1980, leur contribution à la baisse des prix à la consommation n'a été que modeste.

Deux éléments peuvent expliquer ce constat. Tout d'abord, les prix des produits agricoles ne sont qu'une composante parmi d'autres des coûts des distributeurs, si bien qu'il n'y a pas de raison pour que leur évolution entraîne mécaniquement une variation identique des prix offerts aux consommateurs (voir à cet égard le rapport au Parlement de l'Observatoire des prix et des marges, 2012). Ensuite, la relative stagnation des prix à la consommation des produits agricoles consommés par les familles s'explique en partie par l'augmentation des marges des intermédiaires. Par exemple, comme le mentionne l'étude de Butault (2008) précitée, les marges du commerce ont significativement augmenté depuis la fin des années 1970. Pour autant, en prenant en compte l'ensemble des coûts⁷⁴, les taux de marge opérationnelle des grands distributeurs français sont modestes, tout du moins en comparaison avec ceux des industries de l'agroalimentaire. Le rapport de l'Observatoire des prix et des marges précité indique notamment que, dans le cadre de son suivi de la formation de la valeur dans les principales filières des produits alimentaires «frais», le taux de marge nette moyen de la grande et moyenne distribution dans le rayon fruits et légumes est compris entre +1 et +6% selon les enseignes⁷⁵; ce taux est d'environ 2% pour les produits laitiers⁷⁶, tandis que la marge peut être négative (entre -1,9 et +2,8%) pour le rayon boucherie⁷⁷, rayon qui présente en moyenne la plus faible marge nette rapportée au chiffre d'affaires. Pour sa part, le rayon volailles est le rayon dégageant le taux de marge nette le plus

72. J.-P. Butault (2008), «La relation entre prix agricoles et alimentaires», *Revue française d'économie*, vol. XXIII.2, p. 215-241.

73. Cette baisse des prix à la production a été en partie compensée par le versement d'aides directes aux agriculteurs consécutives aux réformes de la PAC de 1992, 1999 et 2003.

74. Voir Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires. Rapport au Parlement, octobre 2012, p. 39.

75. *Ibid.* p. 103.

76. *Ibid.*, p. 202.

77. *Ibid.*, p. 251.

élevé (+5,9 %)⁷⁸. Le rapport met à cet égard en exergue le poids des charges spécifiques (manutention, réfrigération, réassortiment, découpe, pertes, etc.) impactant les taux de marge nette de la GMS. Les rayons des fruits et légumes et de la boucherie sont, par exemple, souvent ceux dont les charges rapportées au chiffre d'affaires sont les plus élevées (26-27 % en moyenne)⁷⁹. Le rapport conclut toutefois que « *les branches amont de la filière agroalimentaire concourent pour moins de 20 % à la valeur de notre alimentation : moins de 8 % de la valeur des dépenses alimentaires revient à l'agriculture ; cette part est de 11,3 % pour les IAA ; en revanche, le poids du commerce et des services est considérable : près de 41 % de la dépense finale alimentaire revient à ces branches (en y incluant le transport)*⁸⁰ ».

Le rapport de la commission présidée par M. Canivet (2004) indiquait par ailleurs que, concernant les produits de grande consommation distribués en grande surface, « *les grands groupes ne représentent que 3 % des fournisseurs mais 56 % des références et 59 % du chiffre d'affaires* ». Ainsi, les trois premiers fournisseurs de céréales représentaient à eux seuls 72 % des ventes en grande surface tandis que les deux premiers fournisseurs de conserves de légumes représentaient 74 %. La transformation et la distribution des produits de l'agriculture auraient donc absorbé une partie des gains de productivité opérés par les exploitants, limitant la baisse des prix à la consommation que l'on pouvait en attendre.

Les dynamiques à l'œuvre

Face à ces déséquilibres structurels, des options s'offrent aux agriculteurs et permettent de penser que si une poursuite du mouvement de concentration engagé dans certains secteurs, outre qu'elle apparaît inéluctable, serait porteuse d'efficacité et de croissance, ce n'est pas le seul horizon possible pour les agriculteurs, loin de là.

Dans certains secteurs, le développement des circuits courts de commercialisation peut en premier lieu apparaître comme une réponse alternative efficace du monde agricole pour mieux valoriser sa production. Ces circuits permettent aux agriculteurs « *d'améliorer la captation de valeur au bénéfice de la production*⁸¹ ». En effet, du point de vue économique, ils permettent de limiter le nombre d'intermédiaires entre producteurs et consommateurs ainsi que les coûts de transport qui sont autant de sources d'économies et donc d'augmentation potentielle des marges des agriculteurs. En permettant aux agriculteurs de renforcer et de rendre plus directs leurs liens avec les clients finals, les circuits courts satisfont en outre une demande grandissante des consommateurs à la recherche de davantage de proximité et de traçabilité.

Les différentes formes de circuits courts de commercialisation envisageables distinguent les ventes directes (collectives, aux marchés, en tournée, à distance ou à domicile) des ventes indirectes (à un restaurateur ou à un commerçant) qui

78. *Ibid.*, p. 341.

79. *Ibid.*, p. 104 et 252.

80. *Ibid.*, p. 387.

81. <http://agriculture.gouv.fr/circuits-courts>

limitent le nombre d'intermédiaires et améliorent la traçabilité. La vente directe, de plus en plus fréquente (21% des exploitants vendent en circuit court d'après le recensement agricole de 2010), concerne toutes les filières mais surtout celles des fruits et légumes, de l'horticulture, de la viticulture et des filières animales. Selon le ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt, en 2010, « *4% des fruits et légumes achetés le sont en vente directe, ce pourcentage atteint 7% si l'on prend en compte l'ensemble des formes des circuits courts. Plus généralement, 16,3 % des exploitations agricoles font de la vente directe, dont 47% qui transforment les produits* ». Les circuits courts de commercialisation demeurent toutefois complémentaires aux autres types de commercialisation. Il faut donc aussi y voir un mode de diversification des activités agricoles permettant d'accroître les revenus des agriculteurs, mais également de satisfaire une demande des consommateurs d'acheter des produits locaux.

En second lieu, certains agriculteurs ont la possibilité d'opérer une remontée de filière en étant présents à différents niveaux de la chaîne de valeur et/ou de monter en gamme en ciblant des productions agricoles à plus forte valeur ajoutée, c'est-à-dire en privilégiant la concurrence en qualité. Différentes options s'offrent alors à eux, par exemple la production biologique, qui a l'avantage de limiter la consommation d'intrants ou de conférer des signes de qualité permettant une meilleure identification par les consommateurs. Une telle différenciation de l'offre peut être porteuse d'efficacité pour de nombreux produits tels les fruits et légumes ou la viande à destination tant du marché domestique que des marchés étrangers. Dans un secteur de plus en plus ouvert à la concurrence internationale, l'agriculture française dispose à cet égard d'un avantage comparatif au travers de produits de qualité et à forte valeur ajoutée. Elle peut ainsi miser sur une concurrence par la qualité et la variété des produits plutôt que sur une concurrence fondée uniquement sur les prix. Une telle démarche répond à la demande des consommateurs soucieux de la qualité des produits qu'ils achètent.

Or, c'est l'absence de segmentation qui se traduit le plus souvent par une pression accrue sur les prix. Les exploitations agricoles engagées en agriculture biologique, qui sont de plus en plus nombreuses⁸² et répondent à une demande croissante des consommateurs, sont l'illustration inverse d'une segmentation et d'une montée en puissance réussies. Avec 3,91 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2011, la consommation de produits « bio » équivaut à 2,3% du marché alimentaire total. Pour autant, si en Autriche 19,6% de la SAU étaient dédiés à l'agriculture biologique et 5,9% en Allemagne en 2010, elle n'atteignait que 3,1% en France. Parallèlement, le développement des labels, en garantissant aux consommateurs la traçabilité et la qualité des produits, rend plus efficace la différenciation qualificative de la production agricole. Cette démarche a été validée par l'Autorité à de nombreuses reprises (voir *infra* les développements consacrés aux labels). Par ailleurs, les agriculteurs ont également la possibilité de mieux valoriser leur production par un marketing ciblé et la création de marques distinctives. Dans cette

82. *L'Agriculture biologique, chiffres clés*, édition 2012.

tendance, la multifonctionnalité est une autre opportunité pour les agriculteurs. L'agritourisme ou agrotourisme permet notamment de diversifier les activités des agriculteurs et donc d'accroître potentiellement leurs revenus. Il s'agit en outre d'un moyen de mettre en valeur leur savoir-faire et de préserver leur patrimoine. Ce potentiel est d'autant plus important que la France est la première destination touristique au monde⁸³ et que des mécanismes européens d'aide existent, par exemple le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader)⁸⁴.

En troisième et dernier lieu, face à la puissance d'achat des grands distributeurs ou de l'industrie agroalimentaire, d'une part, et aux quelques grands groupes agro-industriels de dimension mondiale auprès desquels les agriculteurs négocient l'achat de leurs intrants, d'autre part, les regroupements d'agriculteurs – sous la forme d'organisation de producteurs ou de rapprochements entre coopératives agricoles – sont amenés à jouer un rôle important dans la dynamique du secteur (voir les développements consacrés aux concentrations de coopérative agricole *infra*). En effet, sur des marchés où le prix des produits varie en fonction du volume des commandes, les groupements coopératifs d'achat peuvent également, en fonction du nombre de leurs membres, constituer un contre-pouvoir à la puissance contractuelle des entreprises de taille mondiale, en réduisant les coûts de production des agriculteurs membres, et *in fine* améliorer leurs marges⁸⁵.

À cet égard, il existe deux types de structures permettant de massifier l'offre des producteurs, selon que le producteur transfère ou non la propriété de sa production à la structure. En cas de transfert, la structure (coopérative, organisation de producteurs (OP) avec transfert de propriété⁸⁶) est considérée comme un acheteur et doit proposer un contrat à ses producteurs. En l'absence de transfert (organisation de producteurs sans transfert de propriété⁸⁷), le contrat doit être proposé au producteur par un acheteur auprès de qui la structure, agissant comme un mandataire, commercialise la production. La logique qui préside au fonctionnement des coopératives agricoles est donc tout à fait différente de celle des ententes anticoncurrentielles. Ces dernières, loin de permettre des gains de productivité,

83. <http://agreste.maapar.lbn.fr/ReportFolders/ReportFolders.aspx> enquête structure des exploitations, ensemble des exploitations, tableaux thématiques déclinés par région, indicateurs divers en 2005.

84. Voir notamment le règlement (CE) n° 1968/2005 du Conseil du 20 novembre 2005 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural, JO L 277 du 21 octobre 2005, p. 1, art. 55 ; et la décision du Conseil du 20 février 2006 relative aux orientations stratégiques de la Communauté pour le développement rural (période 2007-2013), JO L 55 du 15 février 2006, p. 20.

85. Voir, à cet égard, la résolution adoptée le 21 décembre 2012 par les présidents des autorités nationales de concurrence dans le cadre de la réforme de la PAC, disponible (en anglais) à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/resolution_nca_en.pdf

86. L'article D. 551-23 du Code rural précise que : « *L'organisation de producteurs est dite commerciale lorsqu'elle vend en tant que propriétaire la production de ses adhérents. Ses capacités financières doivent lui permettre de prendre des participations dans les entreprises d'aval de la filière. Les éleveurs adhérents s'engagent à livrer à l'organisation de producteurs dite commerciale au moins 75 % en volume de leur production et à souscrire au capital social de l'organisation de producteurs.* »

87. L'article D. 551-24 du Code rural précise que : « *[...] L'organisation de producteurs dite non commerciale organise la mise en marché des animaux provenant de ses producteurs adhérents auprès des acheteurs adhérents, sans en être propriétaire ni en assurer la vente, dans le cadre d'une commission de mise en marché dont le rôle est d'analyser les prévisions de vente et d'achat et de proposer les modalités d'adaptation de l'offre à la demande. Elle peut agir comme mandataire pour la commercialisation des produits de ses adhérents en application d'un mandat écrit et non cessible qui est donné par chaque producteur portant sur tout ou partie de sa production. Ce mandat est établi sur la base d'un mandat-type qui figure dans le règlement intérieur de l'organisation et comporte au moins les clauses prévues par arrêté du ministre chargé de l'Agriculture. Les dispositions des deux alinéas précédents ne peuvent conduire à un accord collectif sur le prix des produits concernés.* »

ne protègent qu'artificiellement – et temporairement – les agriculteurs de réalisations économiques indéniables (prix mondiaux notamment). Les rapprochements coopératifs leur offrent au contraire la possibilité d'affronter le marché avec des forces supérieures. Le règlement OCM unique prévoit également la possibilité de mettre en place des associations d'organisations de producteurs (AOP), aptes à «exercer toute activité d'une organisation de producteurs» avec ou sans transfert de propriété⁸⁸.

Des charges pesant sur la compétitivité des exploitations agricoles

Les coûts de production des agriculteurs sont constitués de charges spécifiques et de charges de structure. Les charges spécifiques (ou coûts variables) comprennent, pour les productions végétales, les dépenses de semence, d'engrais et amendements, de produits de protection des cultures (phytosanitaires) et de produits pétroliers (carburants, lubrifiants et combustibles) et, à titre principal, en ce qui concerne les productions animales, des dépenses en aliments pour animaux et en frais de vétérinaire. Les charges de structure (ou coûts fixes) comprennent le coût foncier, composé des fermages payés, des impôts fonciers et des intérêts des emprunts contractés pour l'acquisition des terres, l'amortissement, l'entretien et les assurances du matériel ainsi que des bâtiments, des plantations et améliorations foncières, tous les impôts, taxes et intérêts payés hors foncier, et tout un ensemble de biens et services divers.

Les charges spécifiques : les rapports entre fournisseurs et agriculteurs

Les agriculteurs rencontrent des difficultés à maîtriser leurs charges spécifiques, notamment parce que l'offre de certains intrants est relativement concentrée. Pour d'autres intrants, comme l'alimentation du bétail ou l'énergie, les fluctuations des cours posent des difficultés lorsqu'ils n'évoluent pas en parallèle avec ceux de la production de ces exploitations (ce problème peut être d'ailleurs résolu par la contractualisation, voir *infra*).

Le poids des consommations intermédiaires de la branche agricole a sensiblement progressé durant ces deux dernières décennies. Toutefois, cette évolution traduit plus une évolution des prix qu'une augmentation des volumes consommés. Les chiffres de l'Insee⁸⁹ montrent que les indices en volume de productions agricoles et de consommations intermédiaires ont été corrélés ces trente dernières années. En d'autres termes, le rapport entre volumes de productions agricoles et de consommations intermédiaires est resté relativement constant. Tout au plus constate-t-on ces dernières années une diminution du volume de consommations intermédiaires. À production donnée, les exploitations agricoles tendraient donc à consommer légèrement moins de biens intermédiaires en 2010 qu'en 2005.

⁸⁸. Article 34, paragraphe 2 du règlement n° 1580/2007 précité.

⁸⁹. http://agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf_dossier13_consommation.pdf

Il apparaît cependant que depuis les années 2000 les prix des consommations intermédiaires ont progressé plus vite que ceux de la production agricole, ce qui implique un accroissement des charges pour les exploitants et donc une diminution de leurs revenus nets. Ainsi, si les prix agricoles à la production sont restés relativement stables sur la période 2000-2010, n'étant jamais supérieurs de plus de 10% aux prix de 2000, le prix des consommations intermédiaires a quant à lui progressé sur la même période de manière presque continue de 40%.

Les prix des produits agricoles évoluent à l'évidence moins vite que les coûts des intrants servant à les fabriquer, en particulier les engrains et amendements. Au final, l'Insee observe qu'en France, comme dans l'Union européenne, le résultat agricole diminue sous l'effet conjugué de la hausse du prix des intrants et de la baisse du prix de la production⁹⁰. Cet effet «ciseau», expression utilisée dans l'avis 09-A-48 pour caractériser la conjugaison d'une baisse du prix du lait avec une hausse du prix des aliments du bétail, peut en partie s'expliquer par le fait que l'offre d'agrofourniture est parfois concentrée. Dès 1992, le Conseil de la concurrence relevait, dans sa décision 92-D-29 relative à des pratiques d'entente relevées dans le secteur des produits phytosanitaires, que la «*production mondiale de produits phytosanitaires est largement dominée par de puissants groupes internationaux de la chimie et de la pharmacie*». C'est compte tenu de ce diagnostic que, dans sa récente décision 12-DCC-42 concernant la fusion des groupes coopératifs agricoles Champagne céréales et Nouricia, l'Autorité a veillé, au travers des engagements qui ont conditionné l'autorisation de cette opération de concentration, à ce que les agriculteurs gardent une liberté de choix entre au moins deux fournisseurs de produits d'agrofourniture (semences, engrains, produits phytosanitaires) afin qu'ils soient en mesure de négocier les prix de leurs intrants.

Une autre problématique est celle de la durée des cycles de production qui conduit à une immobilisation longue des produits d'agrofourniture achetés aux distributeurs. Cette immobilisation est pénalisante pour les agriculteurs qui doivent faire face à des charges récupérées ultérieurement lors de la vente de leur production. À la demande du ministre de l'Économie, l'Autorité a rendu un avis sur un accord dérogatoire en matière de délai de paiement maximal, en principe fixé à quarante-cinq jours fin de mois ou à soixante jours nets pour les transactions entre entreprises (09-A-37). Ce type d'accord est en effet susceptible d'affecter les conditions de concurrence, du fait de son impact sur la compétitivité de l'acheteur qui en bénéficie relativement aux autres. En effet, des délais rallongés sont à même d'accorder une plus grande souplesse de fonctionnement aux acheteurs, en l'espèce aux agriculteurs. Ils peuvent alors payer leurs consommations intermédiaires d'agrofourniture au moment où ils sont eux-mêmes payés de leur récolte ou de leurs livraisons en fonction des cycles de production. L'Autorité a donc rendu un avis favorable à l'accord dérogatoire prévoyant une transition par paliers vers le cadre commun, ajoutant toutefois qu'il était «*souhaitable, pour éviter toute distorsion de*

90. http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=0&ref_id=ip1247

concurrence, d'étendre l'accord aux opérateurs non adhérents à COOP de France et à la FNA, placés dans une situation comparable quant à l'exercice de leur activité».

Les charges de structure

Outre leurs charges spécifiques, les agriculteurs supportent également des charges de structure qui comptent pour l'essentiel le coût foncier et les amortissements. La surface agricole utilisée décroît lentement mais régulièrement en France depuis l'après-guerre. Cette diminution est à l'origine d'une pression sur les prix du foncier agricole. Entre 1997 et 2010, les prix des terres et des prés, libres comme loués, ont ainsi augmenté d'environ 25 % en euros constants⁹¹. La pression sur les prix du foncier agricole est d'ailleurs d'autant plus importante que les surfaces agricoles sont susceptibles de voir leur usage évoluer lorsqu'elles sont situées près des zones urbaines. Les acheteurs potentiels accordent en effet une plus-value aux surfaces qui pourraient devenir résidentielles et ainsi générer un revenu régulier plus élevé que les terres agricoles. Le ministère de l'Agriculture a constaté à ce sujet qu'en dépit d'une baisse de la demande résultant d'une baisse des revenus des agriculteurs les prix du foncier agricole montent plus vite que l'inflation depuis une quinzaine d'années⁹².

La concurrence de l'urbanisation et de l'agriculture pour l'utilisation des terres est la principale explication à l'augmentation du prix du foncier agricole relevée dans les travaux de Cavailhès et Wavresky (2002)⁹³. Les auteurs montrent que les effets d'une telle augmentation sur l'activité des agriculteurs sont cependant contrastés. Pour les propriétaires des terres qu'ils cultivent, elle accroît les ressources nécessaires à l'achat des terrains et elle leur garantit des revenus plus importants lorsqu'ils revendront ces terrains. Dans le même temps, la hausse des prix du foncier augmente les charges de structure qui pèsent sur les agriculteurs locataires. Or, selon l'étude de Courleux (2011)⁹⁴ près des deux tiers de la surface agricole sont cultivés par des agriculteurs qui n'en sont pas propriétaires mais qui la louent en fermage, c'est-à-dire contre une rémunération fixe. Cette proportion résulte d'une progression commencée dans les années 1980, qui traduit l'allongement de la durée d'inactivité des retraités agricoles, la faible activité sur le marché foncier des anciens agriculteurs ainsi que la concentration des exploitations et le développement des formes sociétaires évoquées précédemment.

De façon générale, l'augmentation des coûts du foncier pour les exploitants en fermage et l'augmentation des investissements liés à l'acquisition de terres qui en découle réduisent leur capacité d'investissement. Les financements nécessaires à

91. http://agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf_primeur265.pdf

92. <http://www.agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Gaf07p032.pdf> et http://agreste.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf_primeur265.pdf

93. Cavailhès J. et Wavresky P. (2002), « L'influence urbaine sur le prix des terres agricoles périurbaines », *Espace rural*, vol. 72, p. 9-11. Cavailhès J. et Wavresky P. (2003), « Urban influences on periurban farmland prices », *European Review of Agricultural Economics*, vol. 30, p. 333-357. Voir également Jean Cavailhès, Annie Mesrine et Céline Rouquette, « Le foncier agricole : une ressource sous tensions », *Économie et statistique*, février 2012, n° 444-445 http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=98&id=3584

94. Courleux, F. (2011), « Augmentation de la part des terres agricoles en location : échec ou réussite de la politique foncière ? », *Économie et statistique*, n° 444-445, 2011.

l'acquisition de terres ou à leur location pouvant limiter les investissements de productivité, l'accroissement du prix du foncier est donc susceptible de nuire à l'efficacité productive des exploitants⁹⁵.

Les coûts environnementaux

L'agriculture, notamment parce qu'elle occupe plus de la moitié du territoire, est fortement concernée par les problématiques environnementales, que ce soit sur le plan de la consommation d'eau (44% des eaux prélevées en Europe sont utilisées dans le cadre d'activités agricoles)⁹⁶ ou encore du bon usage des produits phytosanitaires. Or, les politiques foncières à partir de l'après-guerre ont longtemps privilégié l'amélioration de la productivité de l'agriculture, sans prendre en compte les effets dommageables pour l'environnement (appauvrissement des sols, gestion de la ressource en eau, pollution, etc.).

Face à ce constat, les différentes réformes de la PAC ont progressivement pris en compte ces questions environnementales dans leurs objectifs. Face aux crises sanitaires des années 2000 (encéphalopathie spongiforme bovine, fièvre aphteuse et plus récemment grippe aviaire), la PAC a intégré parmi ses objectifs la nécessité de mieux répondre aux nouvelles demandes sociétales en matière de préservation de l'environnement et de qualité des produits. Un accord sur sept textes a été signé le 26 juin 2003⁹⁷ avec une série de nouveaux principes parmi lesquels le découplage des aides par rapport aux volumes produits et un mécanisme incitatif de respect des règles environnementales. Deux préoccupations s'affirment : la garantie d'un mode de production durable et respectueux de l'environnement et l'adoption de mesures incitatives pour le promouvoir⁹⁸. Les principes du pollueur-payeur et de la participation volontaire ont été intégrés sous la forme de deux mécanismes. Tout d'abord, le principe de conditionnalité⁹⁹ selon lequel le respect d'un certain nombre d'obligations réglementaires (environnement, santé publique, bien-être des animaux, etc.) conditionne les paiements de la PAC, les contrevenants étant sanctionnés par une réduction de ces paiements. Ensuite, les agriculteurs fournissant des biens et services respectueux de l'environnement au-delà des exigences requises par les « seuils de référence » sont rémunérés. L'adaptation des modes de production nécessite toutefois des investissements qui seront d'autant plus lourds à assumer que l'exploitation est modeste. Par exemple, l'entrée en vigueur des nouvelles normes minimales relatives à la protection des porcs le 1^{er} janvier 2013 a induit des surcoûts substantiels pour certains élevages¹⁰⁰. Ces derniers ne peuvent être rentables qu'à condition que les producteurs puissent répercuter dans leurs prix de vente à la distribution ou à l'industrie agroalimentaire les coûts de leurs

95. Boinon, J.-P. (2012), « Les politiques foncières agricoles en France de depuis 1945 », *Économie et statistique*, n° 444-445, 2012. http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=0&id=3583

96. http://ec.europa.eu/agriculture/envir/water/index_fr.htm

97. Règlements (CE) n° 1782/2003 à (CE) n° 1788/2003, JO L 270 du 21 octobre 2003.

98. http://ec.europa.eu/agriculture/envir/cap/index_fr.htm

99. http://ec.europa.eu/agriculture/envir/cross-compliance/index_fr.htm

100. Directive 2001/88/CE du Conseil du 23 octobre 2001 modifiant la directive 91/630/CEE établissant les normes minimales relatives à la protection des porcs, *Journal officiel* n° L 316 du 1^{er} décembre 2001 p. 1.

investissements. Ces contraintes justifient d'autant plus l'attention que l'Autorité porte aux conditions d'achat d'intrants des agriculteurs (voir *supra*).

Les crises conjoncturelles

La volatilité des prix fragilise certaines sociétés agricoles

La production agricole est largement cyclique. Les aléas climatiques, les difficultés à stocker – liées au caractère périssable de la production – ou encore le décalage entre la mise en production et la mise sur le marché rendent l'offre peu élastique aux variations de la demande à court terme. Dès lors, le prix est la principale (sinon l'unique) variable d'ajustement, ce qui peut engendrer une grande volatilité des prix. Cette volatilité des prix dans le domaine agricole est une spécificité que l'Autorité a soulignée à plusieurs reprises et qui appelle des réponses adaptées afin qu'elle ne nuise pas aux producteurs, aux acheteurs et plus largement à l'efficacité et à la productivité des filières. La volatilité des prix à la production peut être illustrée par plusieurs exemples sur lesquels s'est penchée l'Autorité afin de fournir des réponses¹⁰¹. Parmi ces réponses figure la mise en place de nouveaux outils : l'Autorité a notamment préconisé puis accompagné le recours à la contractualisation, qui offre de la visibilité à tous les acteurs et favorise l'investissement des producteurs.

À titre d'exemple, l'incertitude sur les volumes produits et par conséquent la volatilité des prix font que, pour la seule année 2011, ont pu être déclarés en crise par le ministère de l'Agriculture les secteurs des pêches et nectarines, du melon, de la poire, de la prune, de la tomate, du concombre ou encore de l'artichaut. Pour ces produits, les prix à la production ont été inférieurs de 15 à 45 % à la moyenne des cinq années précédentes. Le cours du blé a quant à lui augmenté de près de 50% pendant l'année 2006, puis de plus de 60% au milieu de 2007, avant d'effacer la quasi-intégralité de ces gains en à peine six mois pendant l'année 2008. À nouveau, le cours du blé a quasiment doublé entre mi-2010 et début 2011. La situation pour le maïs est très comparable à celle du blé. Enfin, s'agissant du sucre, des mouvements brusques ont pu être observés, à la hausse (plus de 50% de hausse en quelques mois au début 2006, doublement des cours en 2009) comme à la baisse (plus de 30% de baisse au premier trimestre 2010, 25% de baisse au troisième trimestre 2011). Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont constaté, notamment dans l'avis 08-A-07 précité, que plusieurs éléments peuvent expliquer une telle volatilité des prix agricoles à la production. Tout d'abord, comme cela a déjà été mentionné, l'offre de produits agricoles est peu élastique à court terme, ce qui rend alors difficile la mise en œuvre de mesures qui permettraient d'ajuster le volume de production. L'offre agricole est également aléatoire, du fait de l'influence importante de facteurs exogènes, tel le climat, sur la production.

101. Avis 09-A-48 et 08-A-07.

Les conséquences remarquables des périodes de sécheresse sur les quantités de céréales produites en sont une illustration.

Ensuite, la demande de produits agricoles est, au moins pour certains d'entre eux, aléatoire. Certains fruits et légumes ne sont pas consommés de la même façon chaque année. Pour ne prendre qu'un exemple, en 2011, alors que la tomate était déclarée en crise en France, des représentants des producteurs soulignaient que la météo du moment avait limité la demande, la tomate étant un légume consommé davantage par beau temps. Dans ces périodes de demande réduite, et lorsque le produit concerné est périssable et ne peut être stocké durablement, les prix peuvent être d'autant plus fortement tirés à la baisse que les producteurs préfèrent vendre leur production à prix réduit plutôt que de risquer de la perdre. Le rapport de la commission présidée par M. Canivet¹⁰² évoquait sur cet aspect la « *psychose de la non-vente* » pour les producteurs.

Comme l'a relevé l'avis 09-A-48 sur le secteur laitier, la volatilité des prix engendre, par nature, une incertitude sur les recettes des producteurs et sur les coûts des acheteurs, industries agroalimentaires, transformateurs ou distributeurs. Elle peut aussi créer une incertitude sur les coûts des producteurs eux-mêmes, lorsqu'ils utilisent certaines productions comme intrants pour leur activité. Tel est le cas, par exemple, des céréales pour l'alimentation du bétail. Dans tous les cas, cette incertitude est néfaste à plusieurs titres. Elle rend les décisions d'investissement plus délicates pour les producteurs, pour qui la difficulté d'anticipation des revenus futurs peut rendre impossible un emprunt nécessaire à l'investissement. En outre, des périodes de prix particulièrement bas peuvent également mettre en péril des entreprises. Compte tenu des préoccupations soulevées par la volatilité des prix, au-delà du mouvement de concentration de coopératives agricoles suivi par l'Autorité et dont le caractère vertical répond en partie à ces problèmes (voir *infra* les développements consacrés au contrôle des concentrations), l'Autorité a, à plusieurs reprises, été conduite à donner des indications aux acteurs des filières agricoles sur les outils pouvant être mobilisés pour réduire les risques causés par la volatilité des prix agricoles, comme une meilleure coordination de l'offre (par exemple sur la programmation de la production), la mise en place de marchés à terme ou encore la contractualisation.

S'agissant de la coordination de l'offre, l'Autorité a souligné dans son avis 08-A-07 que « *la mise en œuvre de pratiques dont l'objet [est] de réduire le caractère aléatoire de l'offre ne [pouvait] être que bénéfique à l'efficacité économique* ». Dans cet avis, l'Autorité a étudié l'intérêt éventuel des AOP de gouvernance envisagées par le ministère de l'Agriculture. Ces AOP de gouvernance par produit ou groupe de produits organiseraient un échange d'informations entre leurs membres sur les volumes et les prix passés, et diffuseraient des préconisations en matière de calendrier de production, de variétés et de volumes.

102. G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Paris, La Documentation française, 2004.

Spéculation sur les matières premières

Le poids de la spéculation dans la flambée des cours des matières premières agricoles a souvent été pointé du doigt. La Commission européenne indique toutefois que, si la corrélation entre les positions prises sur les marchés dérivés et les prix des matières premières elles-mêmes ne fait pas de doute, il demeure néanmoins difficile d'établir le lien de causalité entre spéculation et montée des cours. Elle insiste sur la nécessité d'évaluer de manière globale les interactions et l'impact des mouvements des marchés dérivés sur la volatilité des marchés physiques sous-jacents. Pour beaucoup d'observateurs, la montée des cours agricoles s'expliquerait surtout par le recul des terres arables, l'augmentation de la demande (due notamment à la production de biocarburants¹⁰³⁾ et les aléas climatiques. Pour autant, le lien entre spéculation et – non plus hausse mais – volatilité des cours agricoles apparaît moins discutable. En effet, dans les phases de hausse des prix succédant à une élévation de la demande, les spéculateurs peuvent amplifier la hausse des cours en achetant des matières agricoles dans le but de réaliser des plus-values lors de leur revente, ce qui peut précipiter et amplifier la baisse des cours de ces mêmes matières agricoles. En d'autres termes, en anticipant et en amplifiant les variations de demande et d'offre de matières agricoles, la spéculation a pour effet d'amplifier les variations de prix sans toutefois influencer leur niveau moyen.

Ces amplifications de variations de cours ne sont toutefois pas neutres pour les agriculteurs, qui sont susceptibles d'être fortement pénalisés lorsqu'ils achètent des intrants durant les phases de hausse des cours ou lorsqu'ils vendent leur production dans les phases de baisse qu'ils n'auront pas pu prévoir. En effet, quand bien même les agriculteurs peuvent également profiter de ces variations de cours, en vendant leur production dans des phases de hausse et en achetant des intrants dans des phases de baisse, le caractère difficilement prévisible des variations et de leur ampleur induit des risques rendant peu prévisibles leurs revenus et limitant d'autant leurs capacités d'endettement et donc d'investissement. L'Autorité a donc envisagé les marchés à terme comme solution permettant de réduire les effets néfastes de la volatilité des prix dans les secteurs qui s'y préteraient compte tenu de leurs caractéristiques (voir *infra* les développements consacrés aux marchés à terme).

Conclusion

En tenant compte des caractéristiques économiques des marchés agricoles qui viennent d'être évoquées, et notamment des évolutions structurelles et conjoncturelles abordées *supra*, l'Autorité, qui est chargée de veiller au bon fonctionnement concurrentiel de l'économie, a mobilisé l'ensemble de la palette d'instruments prévus à cette fin par le législateur, tout en cherchant, par ses avis et ses préconisations, à fournir des éléments de réponse aux mutations du secteur agricole, dans l'intérêt tant des agriculteurs et des autres opérateurs que des consommateurs.

103. L'International Food Policy Research Institute estime que 30 % de la hausse de la demande de maïs, de canne à sucre, et des huiles végétales (soja, colza, tournesol) découle de la demande croissante d'agro-carburants. Dans une certaine mesure donc, l'augmentation des cours du pétrole influence le cours des céréales car elle impose aux agriculteurs de faire des arbitrages en faveur des biodiesel.

La régulation concurrentielle des marchés agricoles

La prise en compte des réalités du secteur agricole par l'Autorité se traduit, en amont de l'analyse, par une approche pragmatique et concrète des marchés pertinents. En aval, elle conduit l'Autorité à évaluer le comportement des acteurs au cas par cas et à « trier le bon grain de l'ivraie » en sanctionnant, de façon proportionnée, les ententes anticoncurrentielles sur les prix, les débouchés ou la production, qui sont injustifiables à la différence d'autres formes de coordination susceptibles d'engendrer un progrès économique. Dans le même temps, elle amène l'Autorité à soutenir les regroupements entre coopératives agricoles, qui permettent de renforcer le pouvoir de négociation des coopérateurs, tout en veillant à ce qu'ils ne portent pas atteinte à la concurrence. Enfin, par sa fonction consultative, l'Autorité promeut certains outils à même d'accompagner les mutations du secteur agricole.

La définition des marchés pertinents

Le marché se définit comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux¹⁰⁴. La définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit en effet permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels et/ou potentiels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. La définition des marchés pertinents constitue dès lors une étape essentielle dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier le pouvoir de marché détenu par ces entreprises.

La délimitation du marché pertinent doit se fonder, dans chaque affaire, sur l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de la structure de la demande et de l'offre. L'Autorité tient compte de ces données, et plus largement de la nature des produits en cause, d'une part, et de la structure particulière de l'offre et de la demande, d'autre part, dans la délimitation des marchés pertinents agricoles. D'un point de vue géographique, il existe une corrélation positive entre la taille du marché et le niveau des échanges, étant souligné que les produits transformés sont davantage susceptibles d'être échangés que les produits bruts, fragiles, frais ou périssables, qui ne peuvent être transportés sur de longues distances. Cet élément, conjugué à d'autres données objectives mises en lumière par l'analyse de l'Autorité, comme les coûts de transport de certains produits, explique que les marchés agricoles restent encore souvent des marchés de dimension locale, en particulier au stade de la production. Aux stades ultérieurs de la chaîne de valeur, ils peuvent en revanche être plus larges, là encore

104. Cour d'appel de Paris, 17 juin 1992, Compagnie générale de vidéocommunication et autres.

pour des raisons objectives qui sont détaillées ci-après. Qu'elle concerne les produits en cause ou la dimension géographique à prendre en compte, la définition des marchés opérée aux fins de la mise en œuvre des règles de concurrence s'effectue donc en fonction d'éléments économiques, qu'ils se rapportent aux caractéristiques concrètes de la demande, des modalités de distribution ou encore des coûts. Cette démarche garantit à la fois l'absence de discrimination dans l'analyse et une application objective, fondée sur la réalité concrète des dossiers, des règles de concurrence.

D'autres facteurs peuvent avoir une incidence sur la définition des marchés pertinents dans le secteur agricole sous l'angle tant du marché de produits que du marché géographique. C'est par exemple le cas de l'existence de signes de qualité distinctifs, en particulier depuis que la loi d'orientation agricole (LOA) de 2006 a modifié l'article L. 640-2 du Code rural afin d'accroître la valorisation des produits agricoles par l'obtention de signes d'identification (label rouge, AOC, AOP, IGP, AB) ou de mentions valorisantes (« montagne », « fermier », « produits pays »)¹⁰⁵. Par exemple, dans la décision 92-D-30, le Conseil a estimé que le cantal AOC était un marché en soi, appréciation qui a été confirmée par la cour d'appel de Paris et par la Cour de cassation¹⁰⁶. De même, dans la décision 97-D-16 relative à des pratiques sur le marché de l'installation de fromageries fabriquant du reblochon, le Conseil a considéré que les obligations faites aux producteurs en vue de bénéficier de l'AOC permettaient de retenir un marché pertinent spécifique pour le matériel de fabrication de ce fromage. Le caractère non substituable du reblochon avec d'autres fromages a été déduit des conditions à remplir pour bénéficier de l'AOC « Reblochon » ou « Petit Reblochon »¹⁰⁷. Pour autant, dans la décision 07-D-10, le Conseil a rappelé que le simple fait, pour un produit, de bénéficier d'une AOC ne signifie pas nécessairement que ce produit constitue *in abstracto* un marché à lui seul¹⁰⁸.

La section qui suit présentera succinctement les principaux types de marchés agricoles examinés par l'Autorité.

Il convient au préalable de signaler que, si la méthode suivie pour définir les marchés pertinents est la même dans le cadre de l'examen de projets de concentration et de dossiers de pratiques anticoncurrentielles, la place qu'occupe cet exercice n'est pas en tous points identique dans les deux cas.

La jurisprudence européenne et interne (et à sa suite la pratique décisionnelle de l'Autorité) considère en effet que, lorsque les pratiques qui font l'objet d'une notification des griefs sont examinées au regard des articles L. 420-1 et/ou 101 du TFUE, il n'est pas toujours nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en

¹⁰⁵. En matière de contrôle des concentrations, voir la décision 11-DCC-150 dans laquelle l'Autorité a considéré que, sur le marché de la collecte des pommes, l'existence de cidres commercialisés sous les IGP « Cidre de Normandie » et « Cidre de Bretagne » (qui représentent plus de 50% de la production nationale), la provenance géographique des fruits revêtait une importance notable, de nature à restreindre la dimension géographique du marché (paragraphe 38).

¹⁰⁶. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 décembre 1992, et Cass. 29 novembre 1994.

¹⁰⁷. Rapport annuel 2001 du Conseil de la concurrence, p. 98.

¹⁰⁸. Décision du 28 mars 2007 relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté.

matière d'abus de position dominante ou lors de l'examen d'un projet de concentration. En présence d'un comportement susceptible de constituer une entente prohibée par son objet même, il suffit ainsi que le secteur soit identifié avec assez de précision pour permettre d'en apprécier la portée sur la concurrence. Ce n'est que lorsque les effets actuels ou potentiels d'une telle pratique doivent être examinés qu'il convient de définir plus précisément le marché en cause.

À titre d'exemple, dans la décision 12-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, l'Autorité a constaté que, s'il existe une faible substituabilité entre les endives et les salades pour une utilisation crue, ainsi qu'entre les endives et d'autres légumes d'hiver pour une utilisation cuite, le mode de production et de commercialisation ainsi que la formation du prix leur confèrent des spécificités telles qu'il convient de considérer qu'elles constituent à elles seules un marché pertinent¹⁰⁹. En revanche, elle a laissé ouverte la définition de la délimitation géographique du marché – qui recouvre au moins le territoire national – cette question n'ayant pas à être précisée plus avant du fait de la nature des pratiques en cause, qualifiées d'ententes par leur objet même.

Par ailleurs, lorsqu'elle appréhende le marché à l'occasion de l'examen d'un projet de concentration, l'Autorité ne s'en tient pas à une démarche statique consistant à «photographier» l'état de ce marché à un moment donné. Elle effectue au contraire une analyse prospective, qui tient compte des évolutions en cours ou anticipées pouvant affecter le fonctionnement du marché en cause dans un horizon raisonnable. Si l'opération examinée n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur l'un des marchés identifiés, les autorités de concurrence européenne et nationales préfèrent laisser la question de la délimitation des marchés ouverte. Pour autant, la pratique décisionnelle très vaste accumulée par la Commission européenne et l'Autorité à ce jour, a permis de préciser très largement les contours de nombreux marchés agricoles et, de manière plus générale, d'expliciter en détail la méthode à suivre pour déterminer ces marchés.

Les agriculteurs sont directement actifs sur deux types de marchés : en tant qu'acheteurs, ils se fournissent sur les marchés de l'agrofourniture en divers intrants, généralement auprès des coopératives agricoles dont ils sont adhérents ou auprès de négociants ; en tant que vendeurs, ils commercialisent leurs produits sur les marchés de la collecte, principalement auprès des coopératives et des grossistes, plus rarement directement auprès des industries alimentaires et des distributeurs. Sur les marchés de l'agrofourniture, c'est principalement le pouvoir de marché des fournisseurs qui est susceptible de poser des problèmes de concurrence. En revanche, sur les marchés de la collecte, c'est la puissance d'achat des coopératives et des grossistes qui fait l'objet d'un examen.

¹⁰⁹. Décision 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, paragraphe 335.

Étude thématique

Sur les marchés de l'agrofourniture, la pratique décisionnelle nationale¹¹⁰ distingue la distribution de semences, la distribution d'engrais, la distribution de produits de nutrition animale, la distribution de produits phytosanitaires et la distribution d'autres matériels agricoles. Les autorités de concurrence nationales ont également envisagé, pour chaque famille de produits, une segmentation en fonction des types de cultures (maraîchage, polyculture). En outre, s'agissant de la distribution de semences, les autorités de concurrence nationales ont considéré l'existence d'un segment particulier constitué des semences destinées à l'agriculture biologique. La pratique décisionnelle nationale s'est aussi interrogée sur l'existence d'un marché distinct s'agissant de la distribution de produits pour le vignoble, celui-ci pouvant être sous-segmenté de la manière suivante : i) matériel de palissage des vignes, ii) matériel d'œnologie, iii) matériel de conditionnement, iv) engrais et v) produits phytosanitaires.

S'agissant d'une éventuelle segmentation par canal de distribution, distinguant la distribution des produits d'agrofourniture par l'intermédiaire des coopératives agricoles et celle par l'intermédiaire des négociants, l'Autorité a considéré qu'elle ne se justifiait pas. Ces deux types de distributeurs s'approvisionnent en effet eux-mêmes auprès de fournisseurs, souvent très concentrés et d'envergure internationale, tels que les semenciers Limagrain, Pioneer, Syngenta, ou les firmes agro-pharmaceutiques Bayer Cropscience ou Basf Agro. Si des différences importantes entre ces deux types d'acteurs (statuts, fiscalité, nature des relations contractuelles avec l'agriculteur) peuvent subsister, l'Autorité a estimé que celles-ci ne suffisent pas à retenir l'existence de deux marchés de produits distincts¹¹¹. En effet, tant les coopératives agricoles que les négociants ont mis en place des centrales d'achats ou de référencement afin de mutualiser leurs achats auprès de ces fournisseurs et fournissent aux agriculteurs une offre similaire du point de vue de la qualité du conseil technique, de la gamme, de la diversité et du prix des produits.

S'agissant de la dimension géographique de ces marchés, la pratique décisionnelle retient généralement une dimension locale, l'analyse étant effectuée au niveau départemental. À l'occasion de décisions récentes, la question de l'élargissement de ces marchés s'est posée au motif que les distributeurs cherchaient de plus en plus à rationaliser la livraison des marchandises à partir de plates-formes et lieux de stockage moins nombreux, d'une part, et que la distance moyenne séparant les exploitations agricoles et les sites d'approvisionnement tendrait à s'accroître, d'autre part. Toutefois, à l'exception d'une seule décision relative à la distribution de produits d'agrofourniture dans une région spécifique (région montagneuse de l'Auvergne), l'analyse concurrentielle a toujours été menée à un niveau départemental.

110. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial, 10-DCC-84 du 16 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Compas par la société coopérative agricole Champagne Céréales et 09-DCC-37 du 13 août 2009 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Euralis Semences et Sud Céréales, ainsi que les lettres du ministre de l'Économie n° C2007-129 du 21 janvier 2008 aux conseils de la société Terrena, relatives à une concentration dans le secteur de la distribution de produits pour le jardinage, le bricolage et pour l'agriculture.

111. Décision 11-DCC-150 précitée.

Sur les marchés de la collecte, la pratique nationale et européenne retient une segmentation des marchés de la collecte dans l'agriculture et l'élevage en fonction du type de produits collectés. Les différentes catégories de produits ne sont pas considérées comme substituables entre elles. Par exemple, dans ses décisions 11-DCC-110 et 10-DCC-150, l'Autorité a rappelé que la pratique décisionnelle européenne et nationale considère que les marchés de la collecte de lait doivent être distingués selon le type de lait concerné (lait de vache, lait de brebis, etc.). D'autres segmentations plus fines, distinguant le lait issu de l'agriculture biologique de celui destiné à la fabrication de produits sous AOC, ont été envisagées mais la question a pour le moment été laissée ouverte¹¹².

Dans le secteur de la viande, il a été considéré qu'il existait autant de marchés distincts que d'espèces d'animaux abattus, les différences de poids et de taille nécessitant un matériel spécifique. En ce qui concerne les porcins, les autorités de concurrence européenne et nationales ont envisagé une segmentation entre les porcs et les truies, ces dernières correspondant aux porcs de réforme devenus inaptes à la reproduction. En effet, les truies sont plus lourdes que les porcs, ce qui implique l'utilisation de chaînes d'abattage différentes, et leur viande est essentiellement utilisée pour la fabrication de produits élaborés.

L'Autorité a également distingué, s'agissant des pommes, d'une part, le marché de la collecte de pommes destinées à une consommation en état comme produit frais (appelé aussi pomme de table, pomme à couteau, ou encore pomme de bouche) et, d'autre part, le marché des pommes destinées à être transformées en compotes, purées, pommes au sirop, confitures, jus ou encore boissons alcoolisées (cidre, pommeau, calvados). En revanche, elle a laissé ouverte la question de savoir si, au sein des pommes destinées à être transformées, la collecte de pommes à cidre constituait un marché distinct¹¹³.

En ce qui concerne la dimension géographique de ces marchés, les contraintes liées aux différentes catégories de produits sont prises en compte. Sur le marché de la collecte d'animaux vivants en vue de l'abattage, l'Autorité prend par exemple en compte le fait que les éleveurs ne peuvent livrer leurs animaux, pour des raisons techniques, sanitaires et de qualité de la viande et de coût de transport, qu'à un nombre restreint d'abattoirs. Selon la pratique décisionnelle, les marchés de la collecte de bovins et de veaux en vue de l'abattage revêtent ainsi une dimension régionale. Les éleveurs tendent à privilégier la vente de leur bétail à des abattoirs situés près de leurs sites d'élevage, soit dans un rayon de 100 à 300 km autour de leur localisation¹¹⁴. Dans le cas du marché de l'abattage et de la découpe de porcs, un

112. Décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial et décision 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal; lettre du ministre de l'Économie du 22 décembre 2004 Lactalis/Pochat, C2004-16; lettre du ministre de l'Économie du 11 décembre 2006, aux conseils du groupe Lactalis relative à une concentration dans le secteur des produits laitiers. Décision de la Commission européenne n° COMP/M.4344 – Lactalis/Nestlé/JV, JO C 199 du 24 août 2006.

113. Décision 11-DCC-150 précitée.

114. Décision 11-DCC-68 du 26 mai 2011 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Poujol Frères et Poujol Froid par la société Arcadie Sud-ouest; lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi du 17 février 2009, au conseil de la société Bigard, relative à une concentration dans le secteur de la viande, C2008-100.

même constat peut être fait puisque les abattoirs achètent 90 % des porcs vivants dans un rayon de 150 à 200 km autour de leurs installations¹¹⁵. Pour la viande de volaille, la pratique décisionnelle nationale retient des zones d'une heure et demie autour des sites d'abattage¹¹⁶. Dans chaque cas, la dimension – locale ou régionale – du marché est ainsi le reflet des conditions objectives de fonctionnement de ce marché et des caractéristiques de l'offre et de la demande, et donc du comportement respectif des différents opérateurs présents sur ce marché.

En ce qui concerne la collecte de lait, la Commission européenne a estimé à plusieurs reprises, au vu du même type de paramètres (rayonnement des acteurs, distances parcourues, flux des produits, etc.), que ce marché avait une dimension plus large, régionale voire nationale.

De même, sur les marchés des céréales, on distingue les marchés amont de la collecte des céréales auprès des agriculteurs – lesquels sont locaux – de ceux de la commercialisation par les organismes collecteurs, qui sont au moins de dimension nationale voire supranationale¹¹⁷. En effet, la collecte des céréales nécessite la proximité du lieu de production par rapport au silo du collecteur, de sorte que la concurrence entre organismes collecteurs ne s'exerce que dans une zone relativement restreinte autour de leurs installations. En revanche, pour la commercialisation des céréales par les collecteurs, les acheteurs sont localisés dans le monde entier, et les prix de vente des céréales françaises font l'objet de cotations, elles-mêmes influencées par les cours sur l'ensemble des places de vente des céréales¹¹⁸.

Sur les marchés aval, la commercialisation des produits agricoles aux divers stades de transformation est analysée sur divers marchés en fonction du nombre d'étapes de transformation et d'intermédiaires. *In fine*, les produits sont commercialisés auprès de différents circuits : grandes et moyennes surfaces (GMS), industries agroalimentaires (IAA) et restauration hors foyer (RHF). Ces marchés peuvent être analysés soit pour y mesurer le pouvoir de marché des offreurs, soit pour y mesurer la puissance d'achat de certains acheteurs (on parle alors de «marchés d'approvisionnement»).

À titre d'exemple, pour évaluer la puissance d'achat de PenguinLutosa (actif dans le secteur des légumes surgelés) sur les marchés sur lesquels il se fournit en légumes, l'Autorité a rappelé que le marché de l'approvisionnement en légumes frais met en présence les producteurs de différents légumes et l'ensemble des acheteurs de légumes frais pour leur transformation, et ce quel que soit le mode de transformation (conserves, produits appétisés, produits surgelés ou plats cuisinés). Si les autorités de concurrence n'excluent pas qu'il soit nécessaire de segmenter selon

¹¹⁵. Décision 10-DCC-22 du 8 mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Spanghero par la société coopérative Lur Berri.

¹¹⁶. Décision 10-DCC-34 du 22 avril 2010 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Arrivé Nutrition animale, Arrivé Division Petfood, Arrivé Bellanné et Cap élevage par la coopérative interdépartementale des agriculteurs du Bocage.

¹¹⁷. Décision 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales.

¹¹⁸. Décision 07-D-16, précitée, paragraphes 12 et 13; décision 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri, paragraphe 13.

le type de légumes, la question est, à ce jour, largement demeurée ouverte¹¹⁹. De même, elles n'ont pas tranché la question de la dimension géographique des marchés de l'approvisionnement.

En revanche, pour mesurer le pouvoir de marché de PinguinLutosa en tant que vendeur de produits surgelés aux grandes surfaces alimentaires, l'Autorité a considéré, conformément à la pratique décisionnelle nationale et européenne, que les gammes de produits distinguées par les professionnels du secteur pouvaient constituer autant de marchés de produits pertinents. Elle a ainsi identifié les cinq marchés suivants : les fruits et légumes frais (1^{re} gamme), les fruits et légumes appertisés (2^e gamme), les fruits et légumes surgelés (3^e gamme), les fruits et légumes frais, crus, lavés et épluchés (4^e gamme) et enfin les fruits et légumes stérilisés et pasteurisés sous vide (5^e gamme). Une telle segmentation se fonde sur l'existence de différences observables de prix et de modes de conservation et d'utilisation entre ces différents types de produits¹²⁰. En ce qui concerne la dimension géographique du marché pertinent, l'Autorité a rappelé dans son avis 08-A-07 que « *la dimension géographique d'un marché pertinent dépend du produit considéré et pourrait donc ne pas être identique pour tous les fruits et légumes*¹²¹ ».

Pour évaluer la puissance d'achat de la grande distribution alimentaire, la pratique décisionnelle européenne¹²² et nationale¹²³ distingue habituellement autant de marchés qu'il existe de familles ou groupes de produits. S'agissant des produits alimentaires frais, les familles de produits suivantes peuvent être distinguées : les produits laitiers (lait, beurre, œufs, fromage, produits lactés tels que les yaourts) ; la charcuterie et les produits de traiteur ; les produits de la mer ; les fruits et légumes ; le pain et la pâtisserie fraîche ; les produits carnés.

Enfin, la délimitation du marché pertinent soulève un enjeu particulier pour les organisations interprofessionnelles reconnues en tant qu'AOP. La constitution d'une AOP permet de regrouper la production de ses membres en vue de sa commercialisation et de favoriser l'adaptation de cette production aux exigences du marché. Dans un contexte caractérisé par un rapport des forces inégal entre les agriculteurs et leurs partenaires commerciaux en amont et aval, il peut donc s'avérer bénéfique d'encourager les producteurs à se regrouper afin de peser davantage dans les relations commerciales, ce qui permettent les AOP de commercialisation. Les AOP

119. Décision du 6 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif des activités « fruits et légumes surgelés » de l'Union fermière morbihannaise par PinguinLutosa. Cependant, dans la décision 10-DCC-21 du 15 mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Champiloire SA par la société Bonduelle SA, l'Autorité a distingué le champignon appertisé des autres légumes de cette gamme ; d'autres précisions ont été apportées par la décision 13-DCC-23 du 28 février Agrial/Bakkavör.

120. Lettres du ministre de l'Économie n°C2008-24 du 31 mars 2008 au conseil de la société Geest Foods Limited relative à une concentration dans le secteur des salades préparées ; n°C2008-24 du 23 avril 2008, au conseil de la société Transgourmet France, relative à une concentration dans le secteur du commerce en gros de légumes, de fruits et de produits frais de la mer ; n°C2008-67 du 4 septembre 2008 relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation et n°C2008-103 du 28 octobre 2008, aux conseils de la société Compagnie fruitière de Paris SAS, relative à une concentration dans le secteur des fruits et légumes.

121. Avis 08-A-07, paragraphe 39.

122. Voir par exemple la décision de la Commission européenne n° COMP/M.2115 Carrefour/GB du 28 septembre 2000.

123. Décisions 09-DCC-50 du 1^{er} octobre 2009, 10-DCC-43 du 25 mai 2010 et 10-DCC-158 du 22 novembre 2010.

peuvent également améliorer la mise en valeur commerciale de tous les produits agricoles et déterminer des règles communes de production et de mise en marché.

Pour être reconnues, les AOP doivent satisfaire certaines conditions et, en premier lieu, engager la procédure de reconnaissance prévue, s’agissant du droit interne, aux articles D. 551-1 et suivants du Code rural, applicables aux AOP de tous les marchés agricoles. Cette reconnaissance est cependant subordonnée dans le cas du secteur des fruits et légumes au respect des conditions prévues, au niveau européen, par les articles 125 ter et 125 quater du règlement OCM unique, qui disposeront qu’une OP ou une AOP ne peut être reconnue par un État membre que si elle « *ne détient pas une position dominante sur un marché déterminé, à moins que cela ne soit nécessaire à la poursuite des objectifs visés à l'article 33 du Traité* ». Pour établir si une AOP est ou non en position dominante, il convient d’analyser, conformément à l’article D. 551-53 du Code rural et de la pêche, les éléments « *sur le ou les marchés pertinents sur lesquels les membres sont actifs, en termes de produits et de dimension géographique : notamment, définition géographique du marché concerné (local, régional, national, communautaire), présentation de la structure de la clientèle du groupement (degré de concentration, typologie des clients), ainsi que détermination de la part que représentent les principaux clients dans le chiffre d'affaires du groupement* ». Il revient donc aux autorités compétentes des États membres de s’assurer de l’absence de position dominante avant de reconnaître une OP ou une AOP dans le secteur des fruits et légumes, en procédant au préalable à la délimitation de la dimension géographique pertinente du marché en cause, au vu de ses caractéristiques concrètes.

Conclusion

Les exemples de marchés pertinents évoqués ci-dessus attestent la richesse et la variété de la pratique décisionnelle nationale et européenne. Ils montrent aussi que l’Autorité procède, dans chaque affaire qu’elle traite, à une définition attentive des marchés de produits et appréhende leur dimension géographique en fonction de leurs conditions concrètes de fonctionnement, et en particulier du comportement des différents acteurs intervenant sur ces marchés (offreurs, clients). C’est ce qui explique que la prise en compte d’un même paramètre (par exemple l’examen des distances parcourues pour collecter un produit) contribue, selon les cas, à asseoir une définition locale, régionale, nationale ou même européenne ou internationale du marché. C’est aussi ce qui explique que la pratique décisionnelle ne soit pas figée, mais au contraire susceptible d’évoluer avec le temps en fonction de la modification des conditions de marché et des préférences des acteurs.

Ces deux caractéristiques de l’approche des autorités de concurrence – circonspect et évolutive – font obstacle à une définition *a priori* de tous les marchés des produits agricoles, qui serait par trop mécanique, abstraite et, par conséquent, préjudiciable aux opérateurs eux-mêmes. Elles n’interdisent pas pour autant de réfléchir aux moyens de procurer à ces derniers une plus grande lisibilité en la matière, par exemple en envisageant la publication d’un document pédagogique et synthétique relatif à la définition des marchés dans le secteur agricole. Une

réflexion en ce sens a été initiée récemment par l'Autorité, en concertation avec les ministères chargés de l'Économie et de l'Agriculture, dans la mesure où elle est de nature à aider les acteurs du secteur à s'autoévaluer, en particulier dans l'hypothèse de la constitution d'une AOP.

Les ententes sur les prix, les marchés ou à la production sont une mauvaise solution appelant des sanctions

L'interdiction des ententes anticoncurrentielles est nécessaire pour garantir à tous les opérateurs économiques (producteurs, distributeurs, consommateurs) le bénéfice d'une économie qui ne soit pas faussée par des comportements tendant à fixer artificiellement les prix, à répartir les clients ou les marchés, ou encore à limiter la production au bénéfice de quelques-uns.

L'Autorité de la concurrence et les juridictions de contrôle rappellent donc régulièrement que ces types d'ententes anticoncurrentielles sont interdits, qu'ils portent préjudice aux consommateurs ou à certains acteurs de la chaîne de production et de transformation agricole elle-même, à la différence d'autres formes de coordination susceptibles d'engendrer un progrès économique et justifiant, pour ce motif, un examen au cas par cas.

Comme toute pratique anticoncurrentielle, ces ententes ne sont pas sanctionnées de façon mécanique. Elles donnent au contraire lieu au prononcé de sanctions motivées, individualisées et proportionnées, dans chaque affaire, à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation des contrevenants.

Le traitement des ententes

L'Autorité n'a pas, dans sa pratique récente, été conduite à sanctionner de pratiques d'entente verticale ou d'abus de position dominante, à la différence de bon nombre d'autres autorités de concurrence d'Europe. Les cas d'application des règles de concurrence sur lesquels elle s'est penchée au cours des dernières années sont donc essentiellement des affaires d'ententes horizontales entre concurrents, voire de cartels secrets. Cela ne signifie pas que d'autres types de pratiques ne sont pas susceptibles d'exister sur le territoire français, mais seulement que l'activité de l'Autorité s'est, jusqu'ici, concentrée sur les premières en raison des plaintes d'opérateurs et des saisines du ministre chargé de l'Économie qui lui sont parvenues.

Par ailleurs, ces affaires ont concerné des produits variés à différents stades de la chaîne de valeur agricole : production et commercialisation d'endives, abattage de porcs, distribution de farine en sachets, etc.

Elles ont conduit l'Autorité à réserver un traitement différent aux ententes anticoncurrentielles injustifiables entre opérateurs, selon qu'elles portent sur la fixation en commun des prix ou certaines pratiques d'exclusion, ou qu'elles concernent d'autres formes de coordination entre agriculteurs ou opérateurs agricoles, dont la compatibilité avec les règles de concurrence fait alors l'objet d'un examen au cas par cas.

L’interdiction des ententes anticoncurrentielles et des pratiques d’exclusion

L’article 101, paragraphe 1, du TFUE interdit les accords entre entreprises, les décisions d’associations d’entreprises et les pratiques concertées susceptibles d’affaiblir le commerce entre États membres et qui consistent à «*fixer de façon directe ou indirecte les prix d’achat ou de vente ou d’autres conditions de transaction*». L’article L. 420-1 du Code de commerce prévoit une interdiction similaire, puisqu’il prohibe les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites entre entreprises, notamment «*lorsqu’elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse*». Sont ainsi concernées, en premier lieu, les pratiques visant à l’établissement d’un prix unique ou minimal de vente des produits agricoles. De même, l’adoption de barèmes de prix, même indicatifs, peut avoir pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence, puisque de tels dispositifs introduisent une rigidité dans le mécanisme de détermination des prix.

Les pratiques anticoncurrentielles, et notamment les ententes de fixation de prix, de répartition des marchés ou des clients, ou encore de fixation de quotas de production, sont des solutions illusoires qui, loin d’apporter une réponse économique efficace et pérenne aux problèmes de compétitivité et de rentabilité que peuvent rencontrer certaines exploitations, repoussent de façon artificielle des ajustements pourtant nécessaires. Les agriculteurs sont d’ailleurs bien souvent les premières victimes de pratiques anticoncurrentielles de ce type, qu’elles soient mises en œuvre par des partenaires commerciaux plus puissants situés en aval (voir par exemple le cas des abattoirs dans la décision 13-D-03) ou en amont (voir par exemple le cas des fournisseurs de produits phytosanitaires dans la décision 92-D-09).

En revanche, les règles de concurrence ne s’opposent pas à d’autres formes de regroupement ou de coopération entre agriculteurs, pour autant qu’elles soient porteuses de progrès économique. À titre d’exemple, l’Autorité a été conduite à se pencher, dans le cadre de l’affaire des endives déjà citée, sur le cas de la SAS Groupe Perle du Nord, qui appliquait une politique tarifaire commune aux endives de marque Perle du Nord produites par ses six OP associées. Cette politique avait été mise en place à compter du 1^{er} décembre 2009 dans le cadre de la nouvelle organisation de Perle du Nord, caractérisée par un transfert de propriété conforme au schéma d’une AOP de commercialisation¹²⁴. Elle n’a en aucun cas été mise en cause par l’Autorité, à la différence de l’entente de prix dénoncée par les services du ministre chargé de l’Économie et sanctionnée dans la décision.

Le Conseil – puis l’Autorité – a été amené à sanctionner régulièrement des ententes de fixation de prix, de partition des marchés ou de quotas notamment dans le secteur des fraises (2003), des choux-fleurs (2005), des céréales (2007), des endives et des farines alimentaires (2012)¹²⁵. Dans cette dernière affaire, l’Autorité a sanctionné France Farine et Bach Mühle, deux structures communes constituées entre

124. Décision 12-D-08, paragraphe 589.

125. Décisions 03-D-36, 05-D-10, 07-D-16, 12-D-08 et 12-D-09.

des meuniers français, pour avoir mis en œuvre une entente consistant notamment à fixer un prix de vente unique de la farine en sachets vendue à la grande et moyenne distribution ainsi qu'aux enseignes du *hard discount* en France, entre 1965 et 2001. La majorité des meuniers français a fait le choix de se regrouper au sein de deux sociétés communes qui assurent, pour leur compte et à titre de mandataires, la commercialisation de leur production. Les entreprises communes ne sont pas interdites de façon générale, car elles peuvent être le siège de gains d'efficacité et contribuer à rationaliser certains segments de production ou de commercialisation des produits. Mais en l'occurrence, France Farine et Bach Mühle avaient, comme l'a montré l'analyse de leur organisation et de leur fonctionnement, un objet identique à celui d'une entente sur le prix de la farine et la répartition des clients entre les différents meuniers.

L'Autorité a donc rappelé qu'une entreprise commune ou un accord de commercialisation entre concurrents ne constitue pas, en soi, une restriction de concurrence, mais peut être contraire aux articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. À cet égard, il est important de vérifier que des entreprises concurrentes, en organisant une partie de leur activité sous la forme d'une entreprise commune, ne mettent pas en réalité en place des mécanismes qui auraient le même objet ou les mêmes effets qu'une entente de fixation de prix, de répartition des clients et des marchés, ou encore de limitation de la production. Pour déterminer si une entreprise commune visant un objectif de vente en commun constitue ou non une entente, il faut donc examiner la manière dont les entreprises en cause ont exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, en tenant compte tant des modalités de constitution et d'organisation mêmes de cette entreprise commune que du comportement ultérieur de celle-ci et de ses membres. Cet examen peut conduire à prendre également en considération ses statuts¹²⁶.

L'Autorité a également sanctionné, en mars 2012, des producteurs d'endives à la suite d'une plainte du ministre chargé de l'Économie. Elle a constaté que plusieurs groupements de producteurs avaient mis en œuvre un plan global de gestion du marché afin de soustraire la fixation du prix des endives au jeu naturel de la concurrence. Cette pratique, dont la forme et les modalités ont évolué pendant les quatorze années de sa mise en œuvre, s'est traduite notamment par la définition d'un prix minimal de vente pour chaque catégorie d'endives, la mise en place d'un système d'échanges d'informations sur les prix pratiqués par les producteurs – qui a été détourné de son objet initial et utilisé pour s'assurer de la bonne application de l'entente – ainsi que par des menaces de sanctions en cas de non-respect de la politique tarifaire fixée en commun. L'Autorité a examiné les différents arguments invoqués par les participants pour expliquer cette infraction, et constaté qu'elles n'étaient pas de nature à la justifier. Elle a en particulier relevé que les membres de

¹²⁶. Voir, par exemple, décision 72/68/CEE de la Commission européenne du 23 décembre 1971 relative à une procédure au titre de l'article 85 du Traité CEE (IV/595 – Nederlandse Cement-Handelmaatschappij NV), point 7.

l'entente étaient conscients du caractère illicite de la politique tarifaire commune après qu'un syndicat agricole eut consulté la DGCCRF à cet égard¹²⁷.

Entrent également dans le champ de la prohibition des ententes, en deuxième lieu, les pratiques consistant à entraver l'accès à des marchés, par exemple, par des accords d'exclusivité ayant un effet de verrouillage, à l'instar de celles qui ont été mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne¹²⁸. De même, des pratiques visant à restreindre ou à réservier à quelques producteurs l'accès à des signes de qualité sont également interdites. Dans son avis 07-A-04 du 15 juin 2007 relatif à la possibilité de réservier aux producteurs d'une filière de qualité agricole ou alimentaire certains produits intermédiaires, le Conseil a ainsi rappelé que des pratiques d'exclusivité à l'égard d'un label peuvent dans certaines circonstances être anticoncurrentielles.

De même, le droit de la concurrence prohibe toute pratique consistant à restreindre la liberté des agriculteurs quant au choix d'un prestataire de services. Plusieurs entreprises de découpe et de commercialisation de viande ont ainsi été condamnées pour avoir mis en place un système discriminatoire d'accès à l'abattoir de Laval¹²⁹.

Enfin, à la suite d'une saisine par quatre éleveurs porcins d'Ille-et-Vilaine, complétée par une saisine d'office, l'Autorité a, dans sa décision 13-D-03 du 13 février 2013, sanctionné à hauteur de 4,5 millions d'euros cinq grands abatteurs bretons pour avoir fixé de manière concertée leurs quantités de porcs achetées sur la principale zone de production porcine dans le but, notamment, de faire baisser le prix du porc payé aux éleveurs¹³⁰.

Ce dernier exemple illustre le fait que les règles de concurrence ne visent pas spécialement, comme il est parfois indiqué, à protéger les consommateurs vis-à-vis des producteurs ou des distributeurs. Tout acteur économique et tout maillon de la chaîne de valeur agricole peut être victime d'une pratique anticoncurrentielle mise en œuvre par des opérateurs intervenant en amont ou en aval de lui. Les règles de concurrence ne tendent qu'à préserver l'ordre public économique, au bénéfice de toutes les catégories de personnes susceptibles d'être les victimes de telles pratiques. Celles-ci peuvent être le fait d'opérateurs français aussi bien qu'étrangers, de fournisseurs tels les fabricants de semences, de produits phytosanitaires et vétérinaires ou d'aliments pour animaux aussi bien que d'acheteurs situés en aval de la production, comme les grossistes, les transformateurs ou encore les distributeurs.

La pratique d'autres autorités de concurrence fournit de nombreuses illustrations de cette réalité. Par exemple, sur le marché britannique du sucre industriel et du sucre au détail, la Commission européenne a sanctionné, à hauteur de 50 millions d'euros, une entente entre des transformateurs et des négociants puissants opérant

^{127.} Décision 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, paragraphe 419.

^{128.} Décision 05-D-10 du 15 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du chou-fleur de Bretagne.

^{129.} Décision du Conseil de la concurrence 04-D-49 du 28 octobre 2004 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine.

^{130.} Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours.

sur un marché concentré¹³¹. Ces derniers s'étaient entendus pour fixer ensemble les prix afin de limiter le niveau des importations, notamment de sucre produit en France par Béghin Say à partir de betteraves, dans la mesure où ces importations ne leur permettaient pas d'écouler leur production à l'intérieur du marché national. De même, en 2010, treize sociétés spécialisées dans la production de phosphates destinés à l'alimentation animale¹³², dont deux sociétés françaises, ont été condamnées par la Commission européenne à des amendes de plus de 175 millions d'euros pour avoir mis en place une entente anticoncurrentielle pendant plus de trente ans¹³³. Cette dernière a eu pour objet et pour effet de maintenir les prix des phosphates destinés à l'alimentation animale, vendus ensuite aux fabricants d'aliments, à un niveau artificiellement élevé. Ces derniers ont ensuite répercuté le surprix sur leurs clients, en augmentant le prix de vente des aliments vendus aux éleveurs. L'activité de sanction de l'Autorité a donc ciblé, au cours des années récentes, exclusivement les pratiques réputées les plus graves et les plus dommageables pour l'économie et les consommateurs (ententes injustifiables), et non des pratiques d'entente verticale ou d'abus de position dominante.

Les groupements spécifiques d'entreprises dans le secteur agricole au regard du principe de la prohibition des ententes

À la différence des pratiques décrites dans la section précédente, le fait pour des producteurs de se regrouper au sein d'une coopérative qui, tout en définissant une politique commerciale commune, leur permet de conserver leur autonomie sur les marchés agricoles, ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence¹³⁴. Deux situations doivent être distinguées : d'une part, les rapports entre agriculteurs et coopératives et, d'autre part, les rapports entre coopératives.

Dans le premier cas, il a admis qu'une interdiction de double appartenance peut produire des effets positifs sur la concurrence si elle n'exclut pas totalement la possibilité de s'approvisionner en dehors de la structure à laquelle un exploitant agricole appartient¹³⁵. Dans la décision 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales, le Conseil a pour sa part rappelé que l'existence d'une clause de non-concurrence n'est pas en elle-même nécessairement illicite, si elle est strictement proportionnée aux objectifs licites à atteindre. Toutefois, en l'espèce, la clause de non-concurrence

131. Décision 1999/210/CE de la Commission, du 14 octobre 1998 relative à une procédure d'application de l'article 85 du Traité CE (Affaire IV/F-3/33.708 — British Sugar plc, affaire IV/F-3/33.709 — Tate & Lyle plc, affaire IV/F-3/33.710 — Napier Brown & Company Ltd, affaire IV/F-3/33.711 — James Budgett Sugars Ltd) (JO 1999, L 76, p. 1998), confirmée sur pourvoi par la Cour de justice (arrêt du 29 avril 2004, C-359/01 P, British Sugar e. a./Commission, Rec. p. 1-4933).

132. Les phosphates destinés à l'alimentation animale sont des composés chimiques qui entrent dans la composition des aliments pour animaux, tels que bovins, porcins, volailles, poissons et animaux de compagnie.

133. Décision de la Commission européenne du 20 juillet 2010 relative à une procédure d'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/38866 – Phosphates pour l'alimentation animale).

134. Voir, par analogie, la décision du Conseil de la concurrence 92-D-38 du 9 juin 1992 relative à des pratiques anticoncurrentielles constatées au sein des groupements des commerçants détaillants de produits électroménagers.

135. CJCE, 15 décembre 1995, Göttrup-Klim e. a. Growwareforeninger/Dansk Landbrugs Growwareselskab, Rec. 1994, p. I-5641, points 30 à 35.

jouait au moment où les agriculteurs disposaient de la possibilité de changer de coopérative à l'issue de la période d'engagement, ce qui tendait à restreindre cette possibilité. Ce type de clause peut être considéré comme interdisant à une coopérative d'inciter un coopérateur d'une autre coopérative à lui vendre tout ou partie de sa part libre de production pendant sa période d'engagement, si l'engagement qu'il a souscrit vis-à-vis de sa coopérative ne porte pas sur l'intégralité de celle-ci. Cette pratique tend, dans les faits, à limiter les débouchés des différentes coopératives et de leurs membres et à répartir les sources d'approvisionnement¹³⁶.

Par ailleurs, l'Autorité vérifie que le pouvoir de sanction contractuelle (indemnité de sortie) d'une coopérative à l'encontre des agriculteurs associés n'est pas disproportionné, empêchant ou rendant extrêmement difficile la sortie de la coopérative avant la fin de la durée prévue dans les statuts. La Commission européenne a eu l'occasion de s'exprimer sur cette question lors de l'examen d'une demande d'exemption formulée par une coopérative laitière néerlandaise au sujet d'une clause statutaire prévoyant que la sortie n'était possible qu'après un préavis prenant effet à la fin de l'année comptable et moyennant une indemnité de 10 % du revenu annuel moyen par le producteur concerné. Elle avait pour conséquence de placer pour une durée indéterminée les membres dans l'obligation de principe de livrer toute leur production de lait exclusivement à leur coopérative. Elle tendait donc à restreindre non seulement la liberté économique des membres de cette coopérative, mais également les possibilités pour les concurrents d'avoir accès au lait produit par ceux-ci. La coopérative a proposé de nouvelles règles statutaires que la Commission européenne a considérées comme constituant des restrictions acceptables compte tenu de son absence de position dominante, avec, entre autres, la possibilité de retrait de la coopérative à trois dates précises par an sans indemnité¹³⁷.

Dans le second cas – celui des rapports entre coopératives et non plus celui des rapports agriculteurs/coopératives –, l'Autorité estime qu'une union de coopératives agricoles agissant comme mandataire de ses membres, regroupant leurs commandes et se rémunérant sous forme de commissions, exerce une activité conforme au droit de la concurrence, sauf si, sous couvert de ce mandat, elle met en œuvre des pratiques ayant pour objet et pouvant avoir pour effets d'empêcher ses adhérents de fixer librement leurs prix de vente¹³⁸. Sans aller jusqu'à fusionner entre elles, certaines coopératives peuvent ainsi mettre en place une structure commune telle qu'un groupement d'achat central ou de commercialisation sous la forme d'un GIE. Si des coopératives membres d'une union peuvent donc adopter une stratégie globale commune pour réduire le coût de leurs achats ou leurs coûts logistiques, cette coordination ne saurait limiter la liberté commerciale de chacune en matière d'approvisionnement, d'expansion et de prix lorsque ces coopératives ou leurs membres se situent sur les mêmes zones statutaires. À titre d'exemple, l'introduction par quatre coopératives agricoles d'une clause de non-concurrence dans

136. Décision 07-D-16, paragraphes 84 à 86.

137. Voir le XXI^e rapport sur la politique de concurrence, 1991, p. 80, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html

138. Décision 92-D-29 relative à des pratiques relevées dans le secteur des produits phytosanitaires.

le règlement intérieur du GIE qu'elles avaient constitué interdisant aux coopératives de démarcher les coopérateurs des autres coopératives a été sanctionnée en ce qu'elle empêchait les agriculteurs parvenus à la fin de leur engagement dans une coopérative de changer pour une coopérative plus performante¹³⁹.

Enfin, l'Autorité considère que, si des clauses de résiliation ne sont pas anticoncurrentielles en elles-mêmes, elles peuvent le devenir si elles tendent en réalité à assurer le respect de clauses anticoncurrentielles sous la menace d'une éventuelle rupture de contrat¹⁴⁰. Pour sa part, la modification unilatérale des relations commerciales par un fournisseur, si elle peut engager la responsabilité de son auteur devant le juge compétent sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, ne relève de l'examen de l'Autorité que si elle se rattache à une action concertée à caractère anticoncurrentiel ou à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique¹⁴¹.

La politique de sanction

Les sanctions imposées en cas d'entente anticoncurrentielle, qui peuvent concerner les différents organismes agricoles ayant pris part à ces pratiques et non seulement les opérateurs eux-mêmes, sont systématiquement proportionnées à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation individuelle des contrevenants.

Le traitement des interprofessions et des syndicats agricoles

Comme le rappellent tant les juridictions de contrôle¹⁴² que l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, une pratique anticoncurrentielle peut résulter de différents actes émanant des organes d'un groupement professionnel, tels qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire. L'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents peuvent en effet révéler l'existence d'une entente, d'une action concertée ou d'une décision d'association d'entreprises contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce – et à l'article 101 du TFUE si les conditions d'applicabilité de cette disposition sont réunies – si ces actes ont pour objet ou pour effets actuels ou potentiels d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

En application de cette jurisprudence, les organisations professionnelles agricoles peuvent être sanctionnées lorsqu'elles outrepassent les limites de leurs missions et de leurs compétences, telles que définies par la loi, ainsi que les dispositions de leurs statuts leur permettant d'intervenir, selon les cas, sur les marchés agricoles

139. Décision 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales.

140. Décision 98-D-76 du 9 décembre 1998 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque.

141. Avis 06-A-09 du 14 avril 2006 relatif à une saisine de l'Union des expéditeurs et exportateurs en fruits et légumes du Finistère (UEEFL), point 127.

142. Voir, par exemple, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 octobre 2000, Syndicat des ambulanciers de montagne.

au stade de la production de produits de base (groupements de producteurs, etc.), de la commercialisation (organismes délivrant des signes de qualité, etc.) ou sur l'ensemble d'une filière (interprofessions relevant du livre VI du Code rural), en prêtant leur concours à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, voire en les encourageant, alors que leur rôle consiste au contraire, notamment, à dissuader leurs adhérents de violer la loi.

À plusieurs reprises, des syndicats, des comités interprofessionnels ou d'autres organismes du secteur agricole, y compris investis de missions particulières par les pouvoirs publics, ont eu à répondre de telles pratiques¹⁴³, que ce soit par la fixation de prix minimum, l'élaboration et la diffusion de barèmes de prix ou d'informations chiffrées à leurs membres, l'insertion de clauses de non-concurrence ou encore la mise en place de dispositifs de surveillance ou de sanction destinés à assurer le respect de prix prédéterminés.

Ces entités sont alors sanctionnées sur la base d'un dispositif spécifique, la loi prévoyant un maximum légal de 3 millions d'euros pour de tels organismes à la différence du maximum légal de 10 % du chiffre d'affaires prévu dans le cas des entreprises. À cet égard, l'Autorité impose le plus souvent, dans le secteur agricole, des sanctions très inférieures à ce maximum, même lorsque les pratiques sont d'une gravité notoire et ont causé un dommage certain à l'économie, cela pour deux raisons.

En premier lieu, ces organisations professionnelles et ces syndicats agricoles ne sont pas présents directement sur les marchés affectés et n'ont donc pas de chiffre d'affaires. Dans ces conditions, pour donner une traduction chiffrée à l'appréciation qu'elle porte sur les différents paramètres prévus par le Code de commerce, l'Autorité peut retenir comme assiette, pour la détermination du montant de base de leur sanction pécuniaire, le montant des cotisations professionnelles qu'ils perçoivent au titre de la défense des intérêts des producteurs. Ces montants sont généralement très inférieurs au chiffre d'affaires réalisé par chacun des membres ou adhérents de ces organismes.

En second lieu, indépendamment des cotisations qu'ils perçoivent, ces organismes ont souvent, dans le secteur agricole, une capacité contributive limitée, à la différence de ce qui peut être le cas d'autres organisations professionnelles.

Pour ces raisons, les sanctions imposées aux organismes agricoles condamnés par l'Autorité sont, avant comme après la publication du communiqué du 16 mai 2011 sur la méthode de détermination des sanctions, très modérées. À titre d'exemple, dans la décision 07-D-16 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales, l'Autorité a prononcé des sanctions équivalentes à 0,5 % du chiffre d'affaires réalisé par chacune des quatre coopératives sanctionnées. La cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 17 septembre 2008, Coopérative agricole l'Ardéchoise, confirmé les sanctions prononcées. Elle a par ailleurs précisé «*qu'il résulte de l'article 464-2 du Code de commerce qu'aucune*

^{143.} Décisions 90-D-17, 90-D-20, 94-D-23, 94-D-61, 95-D-15, 95-D-77, 95-D-78, 96-D-59, 96-D-60, 98-D-54, 03-D-36, 03 D-96 et 12-D-08.

distinction ne doit être opérée quant aux branches d'activité de l'entreprise concernée», de sorte que l'Autorité n'est pas tenue de prendre en compte la faible proportion que représente l'activité concernée par rapport au total du chiffre d'affaires de la coopérative mise en cause¹⁴⁴.

Il convient cependant de noter que, conformément à la jurisprudence, les sanctions imposées à de tels organismes peuvent tenir compte du fait que, au-delà de leur propre capacité contributive, de tels organismes ont la possibilité de faire appel à leurs membres afin de faire face au paiement de la sanction qui leur est imposée¹⁴⁵.

Enfin, cette situation n'interdit pas de tenir compte de l'existence d'une réitération lorsqu'elle est avérée. Par sa nature même, une telle situation révèle que la sanction précédemment imposée à l'intéressé n'a pas suffi à le dissuader de mettre en œuvre une nouvelle pratique anticoncurrentielle. Elle conduit donc à majorer sensiblement la seconde sanction qui lui est infligée, dans la limite de sa capacité contributive et le cas échéant au vu de l'aide qui peut lui être apportée par ses membres. Par exemple, dans l'affaire des endives déjà citée, l'Autorité a majoré de 25 % la sanction du CERAFEL au titre de la réitération dans la mesure où cet organisme avait déjà été sanctionné par le Conseil pour des pratiques similaires de fixation de prix des choux-fleurs de Bretagne¹⁴⁶.

Le niveau des sanctions

L'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit que les sanctions imposées en cas d'entente ou d'abus de position dominante doivent être motivées, individualisées et proportionnées à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation individuelle des contrevenants, ainsi qu'à la réitération s'il y a lieu. Elles ne peuvent par ailleurs dépasser un maximum légal de 10 % du chiffre d'affaires des entreprises ou, lorsqu'elles appartiennent à un groupe, de l'entité consolidante ou combinante, ce maximum ayant été prévu par le législateur dans le but d'assurer la proportionnalité des sanctions.

Selon la jurisprudence, les sanctions péquéniaires prononcées en vertu de ces dispositions doivent viser tant à réprimer les infractions aux règles de concurrence qu'à dissuader de façon non seulement individualisée et proportionnée, mais également « *effective* », les opérateurs économiques de se livrer à de telles pratiques, y compris lorsqu'elles concernent le secteur agricole¹⁴⁷.

Dans ce contexte, les sanctions imposées en cas d'entente horizontale entre concurrents tiennent compte de la gravité des faits, elle-même fonction non seulement de la nature même de ces pratiques, mais aussi des circonstances concrètes dans lesquelles elles interviennent. Elles sont également déterminées au vu de l'importance du dommage causé à l'économie par ces pratiques.

¹⁴⁴. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 septembre 2008, la coopérative agricole l'Ardéchoise (C. A. A.), 2007/10371.

¹⁴⁵. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008, le syndicat l'Union française des orthoprotéthistes (UFOP), 2007/04524.

¹⁴⁶. Décision 12-D-08, paragraphes 718 et suivants.

¹⁴⁷. Cour de cassation, arrêt de non-lieu à renvoi du 18 septembre 2012, Société Séphora e. a. (n°12-14.401 e. a.).

Au cours de l'année 2012, l'Autorité a ainsi sanctionné à hauteur de 3,6 millions d'euros une entente de longue durée intervenue sur le marché de la production et la commercialisation des endives et infligé des sanctions pécuniaires à un ensemble d'entreprises et organismes. Les pièces du dossier montraient qu'ils avaient conscience du caractère anticoncurrentiel de leurs actes, qui leur avait par ailleurs été signalé par l'administration¹⁴⁸. Elle a, pour autant, tenu compte de plusieurs spécificités propres à la situation de certains des participants – notamment le caractère peu diversifié de l'activité de certains d'entre eux et la faible capacité contributive d'une partie des intéressés quand cela était justifié. Dans ce cas particulier, les producteurs ont fait valoir, sur la base de l'article L. 464-8 du Code de commerce, devant le premier président de la cour d'appel de Paris, une modification de leur situation financière postérieure à la décision, liée notamment à la nécessité de rembourser des aides d'État versées illégalement. Cette situation a conduit au prononcé d'ordonnances de sursis à exécution¹⁴⁹.

Au début de l'année 2013, l'Autorité a également sanctionné à hauteur de 4,5 millions d'euros sept entreprises d'abattage et deux organisations professionnelles pour diverses pratiques mises en œuvre sur le marché de la production et de la commercialisation de porc charcutier dont une visait en particulier à faire baisser le prix du porc payé aux éleveurs grâce à une coordination des quantités abattues.

Dans ces deux décisions, l'Autorité a adapté la méthode de détermination des sanctions décrite dans le communiqué du 16 mai 2011, comme elle s'en est réservée la possibilité lorsque les données propres à un dossier particulier ou des motifs d'intérêt général le justifient, afin d'adapter, notamment, l'assiette retenue pour asséoir les sanctions. Dans le cas des producteurs d'endives, elle a en effet constaté que la valeur des ventes n'était pas un indicateur pertinent du poids économique relatif de chaque OP, compte tenu des subventions publiques perçues par ces dernières au titre de la PAC¹⁵⁰; dans le cas des abatteurs, l'Autorité a pris en compte la nature particulière de l'infraction (entente de réduction de capacité de production visant à réduire les quantités achetées sur le marché amont du porc, intervenant donc sur un marché amont et non sur un marché aval comme c'est le plus souvent le cas) en appliquant une décote forfaitaire, favorable aux entreprises, à la valeur des ventes réalisées sur le marché aval des produits issus de l'abattage de porcs dans la zone Uniporc Ouest¹⁵¹. Ces décisions illustrent, plus largement, la façon dont la détermination des sanctions est adaptée, dans chaque dossier, afin de tenir compte des caractéristiques concrètes de chaque cas d'espèce et de la situation individuelle de chaque contrevenant. Dans la décision 12-D-08 précitée, l'Autorité a par exemple tenu compte, dans le cadre de l'appréciation du dommage causé à l'économie, de la puissance d'achat et du contre-pouvoir exercé par la grande distribution qui a permis de limiter l'effet recherché par la fixation d'un prix minimal des endives, atténuant ainsi la gravité concrète

148. Décision 12-D-08.

149. Ordonnances du 26 juin 2012, n°s 12/08904, 12/08905, 12/08906

150. Décision 12-D-08, paragraphe 603

151. Décision 13-D-03, paragraphe 317.

de l'entente¹⁵². De même, dans la décision 13-D-03 précitée, l'Autorité a considéré que la gravité concrète de la concertation entre abatteurs était à tempérer compte tenu du contexte factuel particulier marqué par le positionnement intermédiaire des abatteurs sur la chaîne de valeur, laquelle est caractérisée par un fort contre-pouvoir en aval au stade de la distribution, d'une part, et du contexte économique difficile affectant les opérateurs de la filière, d'autre part.

Les concentrations et autres formes de regroupement : de bonnes solutions

Si elle rappelle fréquemment les raisons pour lesquelles les ententes horizontales portant sur les prix ou la production ne constituent une bonne solution ni du point de vue économique ni du point de vue juridique, l'Autorité s'est en revanche constamment souciée d'encourager les regroupements entre acteurs du monde agricole, notamment lorsqu'ils étaient destinés à renforcer le pouvoir de négociation des producteurs ou à réunir des exploitations agricoles en OP. D'autres possibilités législatives et réglementaires existent cependant pour les producteurs souhaitant demeurer indépendants.

Le contrôle des concentrations

L'Autorité soutient le mouvement de consolidation et de regroupements au sein du secteur agricole, et s'est montrée notamment ouverte aux concentrations impliquant des coopératives agricoles. En effet, comme elle l'a relevé dans son avis 09-A-48 précité, s'agissant du secteur laitier, la concentration et l'intégration verticale favorisées par le regroupement des coopératives et leurs acquisitions d'actifs dans les secteurs de la distribution et de la transformation permettent de renforcer le pouvoir de négociation des producteurs et de mieux valoriser leurs produits. L'Autorité demeure toutefois attentive à ce que le pouvoir de marché acquis par les coopératives au fur et à mesure de leurs regroupements et de leurs acquisitions ne s'exerce pas au détriment des agriculteurs dont elles collectent les produits et fournissent en intrants. Aujourd'hui, les regroupements de coopératives agricoles rassemblent de plus en plus d'agriculteurs qui, par le cumul des chiffres d'affaires et des activités, créent des opérateurs importants. Sur les quinze dernières années les coopératives ont gagné cinq points de part de marché dans l'agroalimentaire français. En 2011, les trois quarts des agriculteurs adhéraient à une coopérative au moins. Les coopératives les plus importantes sont des opérateurs intégrés vers l'aval, qui ont une activité agro-industrielle importante et dont les chiffres d'affaires atteignent plusieurs milliards d'euros.

D'après une étude dédiée aux coopératives agricoles en Europe¹⁵³, les groupes coopératifs agricoles français sont des acteurs majeurs de l'agroalimentaire européen.

152. Décision 12-D-08, paragraphe 627.

153. Selon COOP de France et l'étude de PwC disponible à l'adresse suivante : <http://www.pwc.fr/les-cooperatives-agricoles-francaises-renforcent-leur-position-en-europe1.html>

Sur les vingt coopératives agricoles européennes les plus importantes, huit sont françaises. In Vivo, la première d'entre elles, est la sixième coopérative d'Europe avec un chiffre d'affaires de 6,1 milliards en 2011. Cette comparaison illustre le fait que les dynamiques de consolidation et d'intégration verticale en cours en France sont appelées à se poursuivre.

Entre la création de l'Autorité le 2 mars 2009 et mars 2013, quarante-huit opérations de concentration ont été notifiées à l'Autorité par des coopératives agricoles. Elles ont porté soit sur des regroupements entre coopératives, soit sur l'acquisition par une coopérative d'entreprises commerciales actives au stade de la distribution ou de l'industrie agroalimentaire.

L'Autorité examine les effets de ces opérations liés à l'addition de parts de marché sur les marchés de la collecte des produits et sur les marchés de la fourniture d'intrants. Elle veille à ce que ces opérations ne suppriment pas toute concurrence sur ces marchés, de façon à ce que les agriculteurs gardent des alternatives pour l'écoulement de leurs produits et leurs achats d'agrofourniture¹⁵⁴. Si les regroupements de coopératives peuvent offrir à leurs membres un accès privilégié aux intrants, le Conseil notait déjà, dans la décision 92-D-29, que les deux tiers des produits phytosanitaires étaient distribués par des coopératives. Il convient de s'assurer que les adhérents puissent trouver d'autres débouchés pour leurs produits ou d'autres sources d'approvisionnement en intrants. Cette analyse est faite au cas par cas et de façon concrète en fonction des caractéristiques des marchés en cause.

Dans cette analyse, les spécificités des liens unissant les coopératives à leurs adhérents sont prises en compte. Il peut ainsi être noté que les bénéfices des opérations réalisées par les coopératives avec leurs adhérents leur sont redistribués¹⁵⁵. L'Autorité examine cependant de façon concrète et au cas par cas les incitations des coopératives à répercuter d'éventuelles baisses de coûts d'approvisionnement ou hausses de prix des produits qu'elles commercialisent. Elle analyse également si la coopérative peut ou non choisir sa zone de collecte (qui est déterminée par ses statuts), si les adhérents ont droit au renouvellement de leur adhésion, si la coopérative est tenue de faire l'acquisition de la production de ses adhérents et si ceux-ci sont ainsi assurés d'avoir des débouchés pour leurs produits¹⁵⁶.

L'Autorité vérifie également que ces concentrations ne limitent pas de façon excessive la concurrence sur les marchés aval de la commercialisation de produits

154. Voir par exemple la décision 12-DCC-02 du 12 janvier 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Hubau et Sicapa par le groupe coopératif Unéal (point 26 : analyse du marché des produits d'agrofourniture dans le Pas-de-Calais).

155. Lors de l'examen de l'opération M.1313, Danish Crown précitée, la Commission européenne a noté au paragraphe 192, en se prononçant sur les marchés amont de l'achat de porcs vivants, que les coopératives parties à la concentration étaient détenues par leurs propres membres et que la plus grande part des bénéfices annuels des abattoirs avait été, dans le passé, distribuée aux membres, proportionnellement aux livraisons effectuées par chacun d'entre eux. Par conséquent, en raison de cette structure coopérative particulière, la Commission a considéré que les abattoirs n'avaient pas la possibilité d'exploiter leurs membres-fournisseurs en tant qu'acheteur dominant, dans le sens traditionnel du terme.

156. Voir par exemple la décision 10-DCC-122 du 17 septembre 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Gastronomie Condom par les sociétés Euralis COOP, SCA Vivadour, Terrena et Maïsadour (point 51) et la décision 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodaial (point 84).

bruts ou transformés à destination des divers circuits (GMS, IIA, RHF). Dans cette analyse, elle tient notamment compte de la puissance d'achat de ces différentes catégories d'acheteurs et notamment de celle de la grande distribution à dominante alimentaire.

À ce jour, elle a pu vérifier que les regroupements en cours ne soulevaient pas de problèmes de concurrence : la quasi-totalité des opérations a été autorisée sans engagements et aucune n'a été interdite.

L'Autorité a ainsi autorisé la fusion de nombreuses coopératives. Par exemple, la décision 12 DCC-104 relative à la fusion entre les coopératives Gascova et Terres de Gascogne, a autorisé le rapprochement de deux coopératives réalisant un chiffre d'affaires de 150 millions d'euros et rassemblant dix-huit mille agriculteurs auprès desquels elles commercialisent des produits d'agrofourniture et font la collecte, l'achat et la revente de céréales, d'oléagineux et de protéagineux.

En ce qui concerne les acquisitions d'actifs industriels par des coopératives, la prise de contrôle exclusif de la société Financière du Forest par la société Centrale coopérative agricole bretonne CECAB¹⁵⁷ a créé un groupe agroalimentaire pesant plus de 1,3 milliard d'euros. La nouvelle entité est présente notamment dans les secteurs des céréales, des légumes, des œufs, des animaux destinés à l'abattage (bovins, veaux, volailles), ainsi qu'au stade de la collecte, de la transformation (produits frais et appétisés) et de l'agrofourniture.

De même, l'Autorité a autorisé l'acquisition par le groupe coopératif Cooperl, actif dans les secteurs du porc et de la volaille, de plusieurs actifs industriels visant à sécuriser ses débouchés et à renforcer sa présence dans le secteur des produits de charcuterie salaison : la société Brocéliande (2009)¹⁵⁸, le groupe Défi Viandes (2011)¹⁵⁹ et la société Charcupac (2012)¹⁶⁰. Dans cette dernière décision, l'Autorité a constaté que le groupe Cooperl restait confronté à des concurrents tels que Herta (groupe Nestlé), Aoste (groupe Campofrio), Fleury Michon ou encore Madrange (Turenne Lafayette), en mesure de proposer une gamme de produits aussi large et possédant sur le marché de la charcuterie salaison des marques notoires (Herta, Fleury Michon, Aoste, Justin Bridou).

Le groupe coopératif Sodiaal, actif dans la collecte du lait et sa transformation au travers de nombreux actifs industriels dans lesquels il a des participations (Candia, la Compagnie des Fromages et RichesMonts, Régilait SAS, Yoplait), a été autorisé à faire l'acquisition du groupe Entremont, important fabricant de produits fromagers¹⁶¹.

Dans un petit nombre de cas, il s'est cependant avéré nécessaire que les parties prennent des engagements pour résoudre les problèmes concurrentiels engendrés par l'opération et en permettre l'autorisation. Deux de ces cas mettent en évidence

¹⁵⁷. Décision 11-DCC-154.

¹⁵⁸. Décision 09-DCC-52.

¹⁵⁹. Décision 11-DCC-80.

¹⁶⁰. Décision 12-DCC-178.

¹⁶¹. Décision 10-DCC-110.

la volonté de l'Autorité de trouver un équilibre garantissant, d'une part, une certaine liberté de choix dans l'approvisionnement en intrants des agriculteurs, tout en préservant, d'autre part, l'attractivité du modèle coopératif.

Dans la décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial, l'Autorité a constaté que l'opération risquait de limiter significativement la concurrence sur les marchés de la fourniture d'intrants aux agriculteurs dans les départements du Calvados, de l'Orne et de la Manche dans la mesure où l'opération conférait à Agrial une forte position sur ces marchés et où celle-ci, dans ses statuts, liait le fait pour les éleveurs de livrer leur lait et de s'approvisionner en intrants auprès de la coopérative pour au moins 80 % de leurs achats. L'Autorité a en effet constaté que les adhérents n'avaient pas d'autre choix que de choisir Agrial pour la collecte de lait¹⁶² et seraient donc contraints de s'approvisionner aussi en produits d'agrofourniture auprès de la coopérative, créant ainsi une barrière à l'entrée artificielle sur ce marché pour les autres fournisseurs. Elle a noté que les recommandations établies par les arrêtés du 23 avril 2008 et du 25 mars 2009 portant homologation des statuts-types des sociétés coopératives agricoles en France ne prévoyaient pas ce type de clause. L'opération a donc été autorisée sous réserve qu'Agrial s'engage à modifier ses statuts pour ne plus lier les deux prestations.

L'Autorité n'a pas, à cette occasion, remis en cause le principe de la fidélité coopérative, mais a tenu à concilier ce principe avec la nécessité de ne pas rendre les agriculteurs captifs des coopératives. Cette absence de captivité ne dépend pas uniquement des dispositions statutaires régissant la durée de l'engagement des adhérents, mais aussi des débouchés et des sources d'approvisionnement alternatifs offerts aux agriculteurs qui choisiraient de quitter la coopérative.

Dans la décision 10-DCC-84, l'Autorité a validé la prise de contrôle exclusif du groupe Compas par Champagne Céréales, l'opération ne comportant ni risques unilatéraux, ni risques verticaux sur les marchés concernés (agrofourniture, collecte locale de céréales, oléagineux et protéagineux et leur commercialisation au niveau national). Deux années plus tard, la décision 12-DCC-42 a en revanche conduit à relever que, grâce à la fusion avec Nouricia, deuxième coopérative agricole dans la région Champagne-Ardenne, Champagne Céréales renforcerait significativement sa position de cinquième plus importante coopérative agricole en France en termes de chiffre d'affaires. Elle regroupe en effet plus de onze mille agriculteurs implantés dans le quart nord-est de la France. L'Autorité a également validé cette opération de concentration entre coopératives agricoles, mais cette fois sous réserve d'engagements. Elle a une nouvelle fois pointé la nécessité, en ce qui concerne les marchés locaux mettant en présence les coopératives et les agriculteurs, que ceux-ci puissent à la fois choisir localement entre au moins deux fournisseurs de produits d'agrofourniture (semences, engrains, produits phytosanitaires) afin d'être en mesure de négocier les prix de leur intrants et conserver

¹⁶². L'Autorité a cependant considéré que la puissance d'achat d'Agrial serait limitée du fait de son statut de coopérative en vertu duquel elle ne maîtrise pas son approvisionnement, les adhérents bénéficiant d'une sécurisation de leurs débouchés.

un choix en ce qui concerne la collecte des céréales qu'ils produisent. À cet effet, compte tenu de la situation concurrentielle rencontrée sur le marché de la vente de produits d'agrofourniture pour cultures dans le département de la Haute-Marne, les parties se sont engagées à revoir les modalités des relations de coopération qui les unissaient à leur principal concurrent EMC2 sur ce marché local, afin d'éliminer les risques identifiés d'affaiblissement de la pression concurrentielle exercée par ce dernier.

Dans deux autres cas, l'Autorité a constaté que l'opération notifiée portait atteinte à la concurrence sur les marchés aval de la commercialisation de produits bruts ou transformés, dans les secteurs du sucre et du cidre.

La décision 10-DCC-51 a ainsi autorisé sous conditions la prise de contrôle de Quartier français par Tereos (contrôlée exclusivement par une union de coopératives). Elle a considéré que la situation de monopole résultant de la fusion au sein du même groupe des deux sociétés commercialisant le sucre produit sur l'île de La Réunion à destination des distributeurs et des industriels locaux risquait de conduire à une hausse des prix du sucre pour les consommateurs réunionnais. Tereos s'est donc engagé à céder les actifs liés à la commercialisation du sucre (la marque Mascarin notamment) mais également l'unité de stockage et de conditionnement du port appartenant au distributeur dont il a fait l'acquisition.

En ce qui concerne le cidre, l'Autorité a constaté dans la décision 11-DCC-150 précitée que l'acquisition des actifs d'Elle & Vire dans le secteur du cidre, qui faisait suite à plusieurs autres rachats d'actifs dans le même secteur, avait conféré à Agrial une part de marché de l'ordre de 80 à 90 % sur le marché de la commercialisation de cidre aux grandes surfaces alimentaires et lui donnait la possibilité d'augmenter ses prix de vente. L'opération notifiée n'a donc été autorisée que sous réserve de la cession des deux cidreries acquises auprès d'Elle & Vire, lesquelles ont été cédées à Val de Rance, une autre coopérative.

Les organisations de producteurs

Indépendamment des opérations de regroupement par rachat ou par fusion, les agriculteurs peuvent se réunir au sein d'organisations de producteurs (OP). Tant la Commission européenne que l'Autorité ont considéré à plusieurs reprises que, face à une demande de plus en plus concentrée, le regroupement de l'offre au sein de ces organisations pouvait être porteur d'efficacité économique, notamment dans la mesure où il permet de renforcer la position des producteurs face aux acheteurs.

L'élément central à la formation d'une OP est la mise en commun de la totalité de la production des producteurs, ce qui va dans le sens d'une massification de l'offre en vue d'atteindre une taille critique suffisante pour peser face aux acheteurs.

Il existe deux types d'OP selon que les producteurs transfèrent ou non la propriété de leur production à l'organisation. En cas de transfert de propriété, les producteurs livrent cette production à l'organisation, telle une coopérative agricole. En tant que membres de l'OP, ils participent notamment à la détermination d'un mécanisme de partage des revenus issus de la vente de l'ensemble des

productions. Toutefois, il n'y a pas de négociation commerciale entre le producteur et l'OP, et encore moins entre le producteur et l'aval. Il s'agit d'un simple mécanisme de concentration de l'offre, dans lequel les différents producteurs se comportent comme s'ils constituaient une unique entreprise. En revanche, lorsque les producteurs ne transfèrent pas la propriété de leur production à l'OP, ils restent en prise avec le marché, mais *via* l'OP. Dans ce cas, l'OP commercialise la production pour le compte des producteurs en fonction d'un mandat de commercialisation. La vente est réalisée par la structure associative, les volumes sont donc regroupés par rapport à des producteurs indépendants, mais le prix de cession est bien un prix individualisé entre chaque producteur et l'aval.

En droit interne, les OP sont régies par les articles L. 551-1 à L. 551-8 du Code rural. L'article L. 551-1, 1^o du Code rural précise que lorsqu'elles sont reconnues par l'autorité administrative en tant qu'OP, ces structures peuvent, dans le cadre de leur compétence et de leurs pouvoirs légaux, édicter des règles destinées à « *adapter la production à la demande des marchés, en quantité et en qualité, en respectant des cahiers des charges et en établissant des relations contractuelles avec leurs partenaires de la filière ; instaurer une transparence des transactions et régulariser les cours [...]*

Le règlement OCM unique et l'article L. 551-2 du Code rural prévoient également la possibilité de mettre en place des AOP aptes à exercer toute activité d'une organisation de producteurs. À cet égard, l'article 34, paragraphe 2 du règlement d'application n° 1580/2007 dispose qu'« *une association d'organisations de producteurs peut être reconnue [...] et exercer les activités d'une organisation de producteurs, même lorsque les produits concernés continuent à être commercialisés par ses membres*¹⁶³ ». Il est donc possible que des OP se regroupent au sein d'une structure qui n'a pas la charge de la commercialisation, pour poursuivre les mêmes objectifs que ceux assignés aux OP. Il ne s'agit donc plus de concentration de l'offre, mais bien de concertation entre entités qui restent des concurrents sur le marché final. Il peut notamment s'agir de diffusion de dates d'arrivée à maturité des produits des différents producteurs ou zones de production, de volumes estimés ou de préconisations en termes de date de démarrage de campagne. En revanche, des pratiques consistant à fixer directement les prix sont inacceptables et outrepassent la dérogation au droit de la concurrence édictée par le règlement OCM unique selon laquelle les OP et AOP peuvent « *régulariser les prix à la production* ». En tout état de cause, lorsque les producteurs se regroupent au sein d'une OP sans transfert

¹⁶³. Règlement (CE) n° 1580/2007 de la Commission du 21 décembre 2007 portant modalités d'application des règlements (CE) n° 2200/96, (CE) n° 2201/96 et (CE) n° 1182/2007 du Conseil dans le secteur des fruits et légumes, JO L 350 du 31 décembre 2007, p. 1, abrogé et remplacé par le règlement d'exécution (UE) n° 543/2011 de la Commission du 7 juin 2011 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil en ce qui concerne les secteurs des fruits et légumes et des fruits et légumes transformés, JO L 157 du 15 juin 2011, p. 1.

de propriété, le contrat doit être proposé au producteur par un acheteur auprès duquel la structure, agissant comme un mandataire, commercialise la production.

Les possibilités législatives et réglementaires offertes aux producteurs indépendants

Certains opérateurs font le choix de rester indépendants, sans s'interdire d'explorer les voies d'une meilleure coordination avec leurs pairs. Trois possibilités leur permettant de regrouper leurs forces, sans s'exposer au risque attaché à la mise en œuvre d'une entente anticoncurrentielle, seront rappelées ci-après : la mise en commun des équipements de production et de stockage, le recours à un courtier commun pour le compte des producteurs et enfin la mise en œuvre de négociations collectives entre producteurs lors du lancement d'un produit nouveau ou d'une nouvelle marque.

La mise en commun des équipements de production et de stockage

Les coopératives d'utilisation de matériel agricole (CUMA) regroupent au minimum quatre agriculteurs qui investissent ensemble dans du matériel agricole et s'organisent pour utiliser ces équipements afin de faciliter le développement de leur activité économique et améliorer leurs résultats grâce à un partage des coûts de production. Une CUMA permet ainsi de réduire les coûts de la mécanisation en augmentant la productivité du matériel agricole moderne par son utilisation partagée.

D'après les données les plus récentes disponibles, on comptait 13 400 CUMA en 2009, pour 224 600 adhérents, soit un nombre moyen d'adhérents par CUMA de 17 agriculteurs. On estime que 40 % des agriculteurs français sont membres d'une CUMA¹⁶⁴.

Le recours à un courtier commun ou à un négociant

Dans son avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles, l'Autorité a souligné que, dans le cadre de la négociation des contrats, se pose la question de l'identité de l'interlocuteur avec lequel l'acheteur négocie le contenu des contrats, car, en l'absence de transfert de propriété (OP sans transfert de propriété, exploitants indépendants), le contrat doit être proposé au producteur par un acheteur auprès duquel la structure, agissant comme un mandataire, commercialise la production.

La question de la négociation des contrats relatifs à des produits commercialisés *via* une OP sans transfert de propriété est susceptible de soulever des questions au regard des règles de concurrence. En effet, lorsque l'OP commercialise la production pour le compte des producteurs en fonction d'un mandat de commercialisation, la vente est réalisée par la structure associative, les volumes sont donc regroupés par rapport à des producteurs indépendants, mais le prix de cession est

¹⁶⁴. Source « Les CUMA en chiffres », édité par la Fédération nationale des CUMA, enquête disponible à l'adresse suivante : <http://www.france.cuma.fr/lescuma/dchiffresles/les-cuma-en-chiffres-edition-2011>

bien un prix individualisé entre chaque producteur et l'aval. La nature du mandat doit alors être examinée pour s'assurer qu'il ne peut être considéré comme un mécanisme permettant à des producteurs autonomes de s'entendre pour restreindre la concurrence¹⁶⁵. Les producteurs peuvent faire appel à un agent commercial qui est défini par l'article L. 134-1 du Code de commerce comme « [...] un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux ».

En droit européen, ce type d'accord constitue, en principe, un contrat d'agence dont la compatibilité avec l'article 101 du TFUE est traitée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne¹⁶⁶. Un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou services pour le commettant ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant. Le facteur déterminant pour apprécier si l'article 101, paragraphe 1, du TFUE s'applique à un contrat d'agence est le risque commercial ou financier que supporte l'agent dans le cadre des activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents dans ce contexte : tout d'abord, les risques directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks ; ensuite, les risques liés aux investissements spécifiques au marché ; enfin, les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques. L'accord sera considéré comme un véritable contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, et s'il n'est donc pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus et des services qui peuvent en découler¹⁶⁷. Si le courtier commun ou le négociant supporte un ou plusieurs risques mentionnés dans les lignes directrices précitées, l'accord ne constituera pas un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE ; l'accord liant les producteurs au courtier commun ou au négociant relèvera dudit article comme tout autre accord vertical, qui peut, en principe, bénéficier des seuils prévus par le règlement d'exemption n° 330/2010 sur les accords verticaux¹⁶⁸.

165. Avis 09-A-48 précité, point 119 ; avis 10-A-28, point 41.

166. Commission européenne, lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010 n°C/130, 19 mai 2010, p. 1.

167. Voir en particulier le paragraphe 16 des lignes directrices précitées.

168. Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102, 23 avril 2010, p. 1.

Les négociations collectives entre producteurs lors du lancement d'un produit nouveau ou d'une nouvelle marque

Dans des cas exceptionnels, par exemple pour assurer le lancement d'un nouveau produit ou d'une nouvelle marque, des négociations collectives entre producteurs peuvent enfin être envisageables, dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer une promotion limitée dans le temps et où elles répondent aux conditions permettant d'obtenir le bénéfice d'une exemption individuelle sur le fondement des articles L. 420-4 du Code de commerce et/ou 101, paragraphe 3, du TFUE.

L'activité consultative et les autres préconisations de l'Autorité au service du monde agricole

Indépendamment de son intervention au cas par cas dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions relatives au contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité est de plus en plus fréquemment conduite à faire usage, de sa propre initiative ou à la demande des pouvoirs publics (gouvernement ou commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence), voire à la demande de certaines organisations habilitées à la saisir, de la compétence lui permettant de se prononcer sur des questions générales de concurrence, de rendre des avis sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, ou encore d'examiner la situation concurrentielle d'un secteur ou d'un marché donné.

Cet outil est stratégique à plusieurs égards. D'abord, parce qu'il permet à l'Autorité de porter son attention sur des questions ou sur des secteurs ciblés, en raison de leur importance pour l'économie ou les consommateurs, ou des préoccupations qu'ils soulèvent. Ensuite, parce qu'il lui offre la possibilité d'apporter une réponse d'ensemble à ces interrogations : elle peut par exemple mettre en lumière l'existence de barrières réglementaires à l'entrée ou d'autres dysfonctionnements structurels, sans être limitée à l'examen du seul comportement des opérateurs présents sur le secteur. Enfin, parce qu'elle peut accompagner son diagnostic concurrentiel de préconisations destinées tant aux pouvoirs publics et aux personnes qui la saisissent qu'aux acteurs économiques concernés.

La mise en œuvre de cet outil dans le secteur agricole a revêtu depuis la création de l'Autorité, en mars 2009, des formes variées, allant d'avis rendus sur des projets de décrets soumis par le gouvernement, à l'étude de secteurs plus vastes, comme dans le cas du secteur laitier déjà mentionné. Ces différentes interventions ont permis à l'Autorité de mettre en exergue un certain nombre de pistes susceptibles, en fonction des marchés agricoles concernés et du stade de la chaîne de valeur où opèrent les acteurs, de contribuer à un meilleur fonctionnement du secteur, et donc de stimuler sa création de valeur et sa compétitivité. Si certaines de ces pistes peuvent soulever des questions, et si d'autres ne sont pas forcément adaptées à tous les marchés agricoles, il n'en est pas moins utile, du point de vue de l'Autorité, de les explorer compte tenu des potentialités qu'elles recèlent. C'est aux acteurs eux-mêmes qu'il revient d'examiner plus avant ces questions, le cas

échéant en sollicitant, dans le cadre de leur réflexion, le concours des administrations concernées.

Parmi ces différentes pistes, six instruments permettraient d'agir sur les prix des produits agricoles et les revenus des producteurs : la contractualisation volontaire ou obligatoire, le recours plus fréquent à des échanges d'informations conformes avec les règles de concurrence, le recours aux assurances publiques, la mise en place de marchés à terme, la promotion de produits de qualité protégés et identifiables par les consommateurs et le rééquilibrage des relations contractuelles.

La contractualisation volontaire ou obligatoire

Pour garantir aux producteurs une meilleure anticipation de leurs revenus en leur permettant de gérer au mieux la volatilité des cours, l'Autorité a, dès 2008, préconisé et encouragé le recours à la contractualisation, comme outil de régulation des marchés, fondée sur l'idée d'un partenariat gagnant-gagnant entre, d'un côté, les producteurs et, de l'autre, les transformateurs et les distributeurs. Il s'agit d'un mécanisme de partage du risque entre le vendeur et l'acheteur, le premier s'assurant notamment contre les situations où les cours sont au-dessous du prix mentionné dans le contrat, le second s'assurant contre les situations inverses. La formalisation de leurs relations contractuelles est de nature à constituer un gage de prévisibilité économique et de sécurité juridique accru. La contractualisation est, dans cette mesure, de nature à permettre aux agriculteurs de réagir aux variations brutales des cours et de mieux prévoir le niveau de leurs revenus sur une période de un à cinq ans. Elle peut aussi, en fonction du niveau des garanties retenus, constituer un élément de rééquilibrage du pouvoir de négociation contractuelle entre l'amont et l'aval, en réintroduisant une certaine équité contractuelle dans une logique proconcurrentielle¹⁶⁹.

Pour certains marchés, il n'apparaît pas possible de mettre en place des mécanismes d'assurance entre producteurs d'un même produit, qui sont, par nature, soumis aux mêmes aléas. Dans ce cas, seul un mécanisme d'assurance intertemporel tel que le contrat apparaît efficace. La contractualisation dans le secteur agricole peut, dès lors, favoriser la stabilisation des prix et permettre aux producteurs d'avoir une meilleure visibilité sur leurs débouchés. En permettant la massification de l'offre sur des marchés sur lesquels la production est particulièrement atomisée, la contractualisation permet aussi de garantir aux producteurs des prix de cession davantage rémunérateurs sur des marchés marqués par une forte dissymétrie des pouvoirs de marché.

Le succès de la contractualisation pour les producteurs concernés dépend fortement des modalités de négociation et pose la question de l'identité de l'interlocuteur avec lequel l'acheteur négocie le contenu des contrats. En effet, l'une des principales difficultés de la contractualisation tient à la puissance d'achat des groupes industriels privés du secteur laitier ou des enseignes de la grande distribution

169. Avis 07-A-08, point 44.

sur le marché des fruits et légumes, d'une part, et à la multiplicité des vendeurs, d'autre part. Il est donc nécessaire de déterminer avec qui l'acheteur devra négocier le contenu des contrats. Si une négociation des prix de l'ensemble des acteurs au niveau national risque fort d'être contraire au droit de la concurrence, l'extrême inverse, à savoir une négociation de chaque acheteur avec chaque producteur, limiterait inévitablement les bénéfices à attendre de la contractualisation en termes de restauration du pouvoir de négociation des producteurs.

Dans ce contexte, deux mécanismes de contractualisation différents sont prévus par la loi. Quel que soit le mécanisme choisi par l'interprofession, l'autorité administrative sollicitée pour l'extension doit, en vertu de l'article L. 632-4, alinéa 4 du Code rural, consulter pour avis l'Autorité qui dispose d'un délai de deux mois pour statuer sur cet accord.

En premier lieu, l'article L. 632-2-1 du Code rural, institué par la loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006 et complété par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (loi Chatel), permet aux organisations interprofessionnelles de définir et de conclure, dans le cadre d'accords interprofessionnels, des contrats-types intégrant des clauses-types relatives aux modalités de détermination des prix, au calendrier de livraison, à la durée des contrats, au principe du prix plancher, aux modalités de révision des conditions de vente en situation de fortes variations des cours des matières premières agricoles, ainsi que des mesures de régulation des volumes dans le but d'adapter l'offre à la demande. Elles peuvent également prévoir les modalités de suivi des contrats exécutés en application des contrats-types et établir des guides de bonnes pratiques qui ne peuvent pas faire l'objet d'une extension. Les contrats-types conclus en vertu de cette disposition ne deviennent obligatoires que lorsque les parties décident volontairement de contractualiser leurs relations professionnelles ; il ne leur est nullement imposé une obligation de contractualisation par les pouvoirs publics. À titre d'exemple, l'accord interprofessionnel dans le secteur de la dinde, objet de l'avis 11-A-12, relève de ce mécanisme de contractualisation.

En second lieu, l'article 12 de la LMAP a introduit un nouveau mécanisme de contractualisation sous l'article L. 631-24 du Code rural, qui ne concerne que les contrats de vente de produits agricoles¹⁷⁰ et qui dispose que « *la conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-1 [sociétés coopératives agricoles et leurs unions, les sociétés d'intérêt collectif agricole, les associations entre producteurs agricoles régies par les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique régis par les dispositions du livre II du Code de commerce], propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation* ». Ces contrats écrits comportent

¹⁷⁰. Le II de l'article 12 de la LMAP prévoit que « *la liste des produits pour lesquels la proposition écrite de contrat est obligatoire est arrêtée avant le 1^{er} janvier 2013* ».

obligatoirement des clauses relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de collecte ou de livraison des produits, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture. Ces clauses prévoient, en principe, l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison.

La LMAP prévoit également la possibilité pour les cocontractants de saisir un médiateur sur tout litige né à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat de vente relevant d'une obligation de contractualiser en application de l'article L. 631-24 du Code rural. À cet égard, le décret n° 2011-2007 du 28 décembre 2011 a élargi les compétences du médiateur en l'autorisant à émettre des avis sur toute question relative aux relations contractuelles, notamment à la demande des organisations interprofessionnelles, des organisations professionnelles et syndicales ou des chambres consulaires¹⁷¹. Le régime des sanctions encourues en cas de non-respect de l'obligation de conclure un contrat de vente écrit est prévu par l'article L. 631-25 du Code rural, qui dispose qu'*« [...] est sanctionné par une amende administrative, dont le montant ne peut être supérieur à 75 000 € par producteur ou par opérateur économique mentionné au premier alinéa de l'article L. 551-1 et par an, le fait pour un acheteur : de ne pas remettre au vendeur une proposition de contrat écrit ; ou de ne pas inclure dans la proposition de contrat écrit une ou plusieurs clauses obligatoires ; ou de rédiger ces clauses en méconnaissance du I de l'article L. 631-24 »*.

Depuis 2010, l'Autorité a rendu plusieurs avis relatifs à la mise en œuvre de la contractualisation dans diverses filières agricoles, ce qui témoigne de l'intérêt de cet outil par les opérateurs concernés, en premier lieu les interprofessions représentant les agriculteurs¹⁷². Pour l'Autorité, l'effectivité de cette démarche dépend fortement de l'adhésion des acteurs au dispositif retenu et son efficacité économique est subordonnée au contenu des contrats ainsi qu'aux modalités de leur négociation. À cet égard, elle rappelle que le strict respect des contrats, sous l'autorité du juge, constitue la toute première des conditions permettant leur fonctionnement efficace.

Dans ses avis, l'Autorité a toutefois mis en évidence la difficulté de parvenir à un terrain d'entente entre les principaux acteurs quant au contenu des contrats, sur la base des projets de décret ou d'accords interprofessionnels, certains les jugeant trop peu contraignants tandis que d'autres les considèrent comme trop directifs. En particulier, l'Autorité a constaté que les points d'achoppement à la conclusion de ces contrats concernent surtout la durée et les critères relatifs aux volumes et aux prix. Elle a ainsi relevé que la revalorisation périodique du prix fixée par le contrat nécessite que les cocontractants soient d'accord sur un partage du risque.

¹⁷¹. Pour un premier bilan du rôle du médiateur, voir le *Rapport sur la contractualisation dans le secteur agricole*, ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt/CGAEE, rédigé par Jean-Baptiste Danel, Georges-Pierre Malpel, Pierre-Henri Texier/rapport n°12100, p. 19.

¹⁷². Avis 10-A-28, avis 11-A-03, avis 11-A-11, avis 11-A-12 et avis 11-A-14.

Plus le contrat est long, plus le risque est fort, et plus il est difficile de trouver une formule d'indexation convenant aux deux parties¹⁷³.

De manière générale, la durée d'un contrat renvoie, en termes d'efficacité économique, à un arbitrage entre la sécurisation des parties – qui ont besoin d'une visibilité à moyen terme pour ajuster leurs investissements – et la fermeture du marché induite par l'engagement pris par les parties pendant cette durée. Les durées des contrats doivent refléter la réalité des marchés concernés sans toutefois obérer la fluidité du marché ou figer les relations commerciales entre les parties sur une période excessive.

Les différents avis adoptés sur cette question témoignent d'une approche pragmatique de l'Autorité. Dans le cadre de l'avis 11-A-03 précité, l'Autorité a considéré que la durée du contrat, fixée à une année, était adaptée au cycle de production ovin et au besoin du marché. Dans le cadre de l'avis 11-A-14 relatif à un accord interprofessionnel portant sur les vins de la région de Bergerac, l'Autorité a considéré que la durée minimale de deux ans imposée pour les contrats pluriannuels correspondait aux réalités du marché viticole, qui fonctionne sur des campagnes annuelles successives par le biais de contrats ponctuels (contrats dits « spot »). Enfin, dans le cadre de l'avis 10-A-28 précité, l'Autorité a attiré l'attention, d'une part, des opérateurs du secteur laitier et, d'autre part, de ceux du secteur des fruits et légumes, sur la nécessité que les contrats-types conclus conservent une certaine souplesse dans leur durée, notamment par le moyen de clauses de rendez-vous, de manière à ce que cet engagement, sans rebouter certains acteurs, puisse s'adapter aux caractéristiques des marchés concernés et notamment à l'ampleur des investissements imposés au producteur, sans pour autant verrouiller les marchés. En ce qui concerne le secteur laitier, l'Autorité a par exemple considéré qu'une durée minimale trop longue était susceptible de nuire à l'effectivité de la démarche¹⁷⁴. De même, dans le secteur des fruits et légumes, l'Autorité a considéré que la durée minimale de trois ans applicable à tous les fruits et légumes frais était en décalage avec les réalités et particularités propres aux différents marchés concernés, qui fonctionnent principalement sur des logiques annuelles (*i. e.* une campagne) et qu'elle pourrait sembler *prima facie* de nature à verrouiller un certain nombre de marchés en imposant un passage quasi obligé par des intermédiaires, ce qui serait potentiellement nuisible au concept de « circuit court » défendu par les détaillants et les expéditeurs, lesquels privilégient des relations ponctuelles avec les vendeurs. De fait, l'Autorité accueille favorablement la possibilité d'intégrer dans des contrats pluriannuels des clauses de revoyure – par exemple après chaque campagne pour les fruits et légumes – permettant d'adapter les modalités des contrats aux réalités des marchés¹⁷⁵.

173. Avis 09-A-48.

174. Dans le secteur laitier, les contrats ont été rendus obligatoires en vertu du décret n° 2010-1753 du 30 décembre 2010.

175. Dans le secteur des fruits et légumes frais (à l'exception de la pomme de terre et de la banane), les contrats ont été rendus obligatoires en vertu du décret n° 2010-1754 du 30 décembre 2010.

À cet égard, l'Autorité rappelle que les décrets n° 2010-1753 et n° 2010-1754 du 30 décembre 2010 pris pour application de l'article L. 631-24 du Code rural au secteur du lait et des fruits et légumes frais prévoient la possibilité de décliner les volumes sur des sous-périodes, ainsi que la possibilité d'introduire des clauses de revoyure. Dans son avis 10-A-28 précité, l'Autorité n'avait pu que constater la difficulté de mettre en place un tel mécanisme dans le secteur des fruits et légumes. L'une des raisons de ce constat était l'existence de la pratique dite du « prix après-vente » (PAV), consistant à écouler une marchandise dont le prix n'est pas fixé au départ, en dépit d'un transfert de propriété. Cette relation commerciale qui ne repose pas sur un accord sur le prix de vente entre acheteurs et vendeurs, fondement de la rencontre de l'offre et de la demande, nuisait à la contractualisation. La LMAP a encadré cette pratique, ce qui devrait favoriser l'émergence de la contractualisation.

La question des modalités de détermination du prix est également fondamentale pour la contractualisation, et donc pour les bénéfices qu'elle est susceptible d'engendrer. La difficulté est double, car, s'il faut trouver un mécanisme de partage du risque relatif à la volatilité des prix entre les deux acteurs, il est impératif que les acteurs disposent d'informations suffisantes sur ces risques en amont. Cela nuit donc fortement à la capacité des acteurs à se mettre d'accord sur une clause de prix. Dès lors, la diffusion d'indicateurs objectifs pourrait permettre de caler les anticipations des deux parties.

Dans son avis 10-A-28, l'Autorité s'est penchée longuement sur la question des modalités de détermination du prix émanant des organisations syndicales et professionnelles agricoles ; cette question étant fondamentale pour la contractualisation, et donc pour les bénéfices qu'elle est susceptible d'engendrer. Or, la difficulté est double pour les secteurs concernés : il faut certes trouver un mécanisme de partage du risque relatif à la volatilité des prix entre les deux acteurs, mais il faut, avant cela, que les acteurs disposent d'informations suffisantes sur ces risques. C'est, pour certains acteurs, à l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires mis en place en 2010 par la LMAP que pourrait revenir la charge de publier de tels indicateurs.

Cependant, l'Autorité a rappelé dans son avis 11-A-11 précité que « *les clauses de détermination du prix, même si elles peuvent prendre en compte l'évolution d'indicateurs objectifs ou si elles peuvent fixer des modalités de calcul destinées à lutter contre une volatilité excessive, ne doivent jamais aboutir à un accord collectif sur les niveaux de prix pratiqués par des opérateurs concurrents* ». Échappent toutefois à cette interdiction, conformément au titre II de l'article L. 631-24 du Code rural, les cas où « *le contrat prévoit la fourniture à l'acheteur des avantages mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1 du Code de commerce, il comporte pour les produits mentionnés au même article¹⁷⁶ des clauses relatives aux modalités de détermination du prix en*

¹⁷⁶. La liste des produits concernés est codifiée à l'article D. 441-2 du Code de commerce, qui dispose : « *les produits agricoles auxquels s'appliquent les dispositions de l'article L. 441-2-1 du Code de commerce 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* ».

fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier. Dans ce cas, et lorsque la conclusion de contrats de vente fait l'objet d'une contractualisation obligatoire, les avantages mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1 du Code de commerce ne peuvent être octroyés par le vendeur qu'à la condition que ces contrats comportent les clauses susmentionnées¹⁷⁷. En dehors de ces dérogations expressément prévues par la loi, l'Autorité considère qu'aucun prix fixe ne doit figurer de manière uniforme dans les contrats. En tout état de cause, la diffusion d'indicateurs de référence ne doit pas s'assimiler à des recommandations de prix, même si les producteurs peuvent espérer que la contractualisation aboutisse à des prix *minima* garantis par l'interprofession.

Quant aux clauses relatives aux volumes, l'Autorité considère que celles-ci méritent d'être traitées avec une relative souplesse. En effet, la production de certains produits ne peut être anticipée avec précision par l'exploitant agricole, et son caractère saisonnier, tout particulièrement pour les fruits et légumes frais, nécessite une réflexion spécifique. Dans le cadre de sa fonction consultative, l'Autorité a suggéré aux opérateurs économiques de prévoir dans les contrats deux types de volumes : un volume dit « de base » pour lequel le prix serait fixé pour une durée de plusieurs mois, et un volume dit « de pointe » dont le prix serait celui du marché connecté avec les cours des marchés aval, comme c'est le cas actuellement pour certaines coopératives laitières.

Par ailleurs, l'Autorité a rappelé que la fixation et la variation des volumes de production dans un contrat conclu entre un acheteur et un producteur ne sont compatibles avec le droit de la concurrence que pour autant qu'elles traduisent la liberté de négociation des parties et ne visent pas à restreindre le jeu de la concurrence dans le marché intérieur, en favorisant notamment la commercialisation de la production française¹⁷⁸. En effet, la contractualisation étant imposée pour des livraisons réalisées sur le territoire français, il n'est pas exclu que les acheteurs soient tentés d'échapper à cet encadrement, en recourant à des importations ou, dans les secteurs du lait et de la viande, en délocalisant des usines de l'autre côté de la frontière lorsque cela est possible. Là encore, l'effectivité du dispositif dépend de son appropriation par les acheteurs.

Le recours à des échanges d'informations ne portant pas atteinte aux règles de concurrence

L'appréhension des échanges d'informations entre entreprises concurrentes au regard des règles de concurrence avait fait l'objet d'une étude thématique dans le rapport annuel pour 2009, qui expliquait en détail l'approche des autorités de

¹⁷⁷. L'article L. 441-2-2 du Code de commerce a introduit une exception en matière de fruits et légumes frais, en supprimant, pour l'achat de ces produits, le droit de bénéficier de remises, ristournes ou rabais depuis le 28 janvier 2011.

¹⁷⁸. Avis 11-A-03.

concurrence et des juridictions de contrôle sur ce sujet¹⁷⁹. Cette étude n'abordait toutefois pas la question spécifique des échanges d'informations dans le contexte économique et juridique propre au secteur agricole.

L'Autorité rappelle ne pas être défavorable, sur le principe, aux échanges d'informations sur les marchés agricoles au regard, notamment, de la volatilité des prix. Ces échanges d'informations doivent toutefois s'inscrire dans le cadre juridique rappelé à de nombreuses reprises par le Conseil puis l'Autorité dans sa pratique décisionnelle et consultative.

Les échanges d'informations proconcurrentiels sur les marchés agricoles

Dans son avis 02-A-12 précité, le Conseil avait relevé que la restriction de concurrence prévue au 1^o de l'article L. 611-4 du Code rural en vigueur, à savoir « *une programmation des mises en production ou des apports* », impliquait nécessairement des échanges d'informations. Il semble en effet nécessaire que les AOP, pour mettre en œuvre les missions qui leur échoient au titre de l'OCM unique, notamment « *assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, notamment en quantité et en qualité* », puissent mettre en place des échanges d'informations « *techniques* », notamment sur les volumes.

Au sein du monde agricole, les producteurs disposent du service des nouvelles des marchés (SNM) piloté par l'Établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer), un service à compétence nationale du ministère de l'Agriculture rattaché à la direction générale des politiques économiques, européennes et internationales. Ce service est chargé d'assurer la transparence des marchés des produits agricoles et alimentaires par la connaissance des prix et l'analyse de la conjoncture. Les cotations diffusées par le SNM sont établies à tous les stades de la commercialisation, de la production à la distribution. Toutefois, ces statistiques, payantes, sont parfois jugées insuffisantes par certains professionnels, car élaborées sur la base de déclarations volontaires, ce qui leur paraît nuire à la fiabilité de ces informations. La qualité de l'information y est généralement limitée, soit parce que les cotations sont peu représentatives, soit parce que les prix se forment à l'aval, entre collecteur-conditionneur-transformateur et les enseignes de la grande distribution, tout particulièrement dans le secteur des fruits et légumes frais. En outre, la très forte volatilité des prix constatée ces dernières années sur le marché des céréales et le marché des fruits et légumes frais est un facteur de déséquilibre qui nuit à la gestion de l'offre et à la stabilité des revenus des agriculteurs.

Dans ce contexte, le Conseil a indiqué dans son avis 08-A-07 ne pas être défavorable par principe à la mise en œuvre de pratiques ayant pour objet de limiter le caractère aléatoire de l'offre et les phénomènes entraînant la volatilité artificielle des prix à la production, considérant que de telles pratiques peuvent, en principe, être de nature à contribuer au progrès économique. Toutefois, dans cet avis,

179. Rapport annuel pour 2009, p. 105-147.

l'Autorité a rappelé le principe cardinal qui doit guider la mise en place d'échanges d'informations : les informations données en matière de prix ne doivent pas avoir pour effet actuel ou potentiel de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts, ce qui leur permet de fixer leurs prix, individuellement, ou collectivement lorsqu'elles agissent au travers d'une coopérative, d'une société les réunissant en tant qu'entité économique unique ou d'une association agissant sous mandat.

Sur les marchés agricoles, l'objectif de régularisation des prix (faire face à la forte volatilité) peut justifier la diffusion de mercuriales rendant compte de l'évolution du marché. En revanche, la diffusion de prix recommandés, et à plus forte raison obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels sont incontestables. *A contrario*, un organisme professionnel diffusant des informations sur l'évolution de la conjoncture et des coûts enregistrés n'outrepasse pas sa vocation naturelle, laquelle consiste à défendre les intérêts collectifs de ses membres, et à les informer des questions générales susceptibles d'affecter leur activité.

Les organisations interprofessionnelles peuvent jouer un rôle clé en facilitant le dialogue entre acteurs de la chaîne d'approvisionnement et en agissant en faveur de la promotion des meilleures pratiques ainsi que de la transparence des marchés. L'Autorité ne se montre donc pas défavorable, par principe, à la mise en œuvre de telles pratiques par les AOP de gouvernance. Il peut notamment s'agir de diffusion de dates d'arrivée à maturité des produits des différents producteurs ou zones de production, de volumes estimés, de préconisations en termes de date de démarrage de campagne.

Cadre juridique applicable

En dehors des cas où ils poursuivent un objet anticoncurrentiel, les échanges d'informations doivent donc être appréhendés au cas par cas au vu de leurs effets actuels ou potentiels sur la concurrence, selon une grille d'analyse tenant compte de deux principaux éléments : la situation spécifique de la concurrence sur le marché concerné, d'une part, et les caractéristiques des informations échangées et les modalités de l'échange, d'autre part¹⁸⁰. L'Autorité considère que tout échange d'informations stratégiques, confidentielles, récentes et insuffisamment désagrégées, qui n'ont pas un caractère public et ne peuvent pas être obtenues par les entreprises autrement que par l'échange, est susceptible d'avoir un effet restrictif sur la concurrence.

Sur le premier point, l'Autorité considère que la transparence accrue d'un marché résultant des échanges d'informations entre entreprises concurrentes a un impact différent en fonction du nombre d'entreprises présentes sur le marché, de leurs forces commerciales respectives et de l'intensité de la compétition les opposant.

¹⁸⁰. Voir, récemment, avis 12-A-12 du 15 mai 2012 relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité avec les règles de concurrence des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers réalisées par les entreposataires agréés.

Sur les marchés sur lesquels sont présentes un grand nombre de petites entreprises, situation fréquente dans le secteur agricole, l'Autorité considère que le risque d'interactions stratégiques entre elles est faible. Cependant, elle estime qu'un effet « prescripteur » ou de coordination volontaire par des organismes professionnels sectoriels n'est pas à exclure, les opérateurs étant incités à calquer leur politique commerciale sur les informations reçues, ce qui peut avoir pour objet et pour effet de « discipliner » la concurrence¹⁸¹. Le fait que les échanges d'information interviennent directement entre les entreprises intéressées ou passent par l'intermédiaire d'un organisme professionnel, qui ne serait pas lui-même un opérateur économique, est sans incidence sur la licéité de cet échange¹⁸².

Sur le second point, de manière générale, l'Autorité considère que l'échange de données historiques statistiques ou d'études de marché sectorielles ne pose pas de problème de concurrence, à condition que ces données ne permettent pas l'identification des stratégies individuelles des concurrents. À cet égard, l'Autorité estime que des informations présentent un caractère individuel, même si elles ne sont pas directement associées au nom d'un concurrent, dès lors que ce dernier peut être facilement identifié compte tenu des autres données du marché. Cette situation est d'autant plus probable que le marché est étroit, les membres d'un oligopole disposant de moyens de recouvrement efficaces pour identifier leurs concurrents¹⁸³. L'Autorité insiste de façon constante sur le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations concernant les prix de vente des opérateurs. Des échanges d'informations portant sur les prix dans une occurrence de temps qui permettrait, par exemple, aux opérateurs de surveiller en temps réel le comportement de leurs concurrents, peuvent avoir pour effet de les inciter à aligner leurs comportements sur le marché. De même, les données relatives aux volumes des ventes des opérateurs sont considérées comme étant des informations confidentielles qui peuvent être déterminantes pour la stratégie commerciale des opérateurs et, comme telles, ne doivent pas faire l'objet d'un échange si elles sont désagrégées et suffisamment détaillées.

Dans son avis 11-A-11 précité, l'Autorité a été sollicitée par le ministre chargé de l'Économie sur la possibilité de prévoir des clauses de « lissage de prix » dans les contrats commerciaux, en cas de forte volatilité du prix des matières premières agricoles dans le coût de la nutrition animale. Dans son avis, l'Autorité a relevé que dans le secteur agricole, du fait de la nature des produits et des usages commerciaux, le prix est souvent seulement « déterminable » au sens de l'article 1592 du Code civil, c'est-à-dire susceptible de détermination au jour de son règlement en fonction d'informations convenues au jour de sa conclusion. En l'espèce, dans les filières de la nutrition animale, les relations des organismes stockeurs et des fabricants d'aliments, d'une part, et des fabricants d'aliments et des éleveurs, d'autre part, se développent dans le cadre de marchés de cotations hebdomadaires qui se

181. Avis 06-A-18 du 5 octobre 2006 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, paragraphe 16.

182. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 février 2000, Académie d'architecture.

183. Avis 06-A-18 précité.

réfèrent à des « prix spot ». Le vendeur peut également décider d'opter pour un prix « ferme », un prix « indexé » ou un tunnel de prix compris entre deux bornes. L'Autorité a rappelé que, quelle que soit la formule choisie, pour que le contrat soit considéré comme licite au regard du droit de la concurrence, chaque entreprise doit fixer ses prix librement en tenant compte de son propre coût de revient et de sa situation individuelle sur le marché.

À cet égard, l'Autorité a rappelé dans l'avis précité ainsi que dans son avis 11-A-03 qu'aucun prix fixe ne devrait figurer de manière uniforme dans les contrats. Si beaucoup de producteurs espèrent que la contractualisation débouche sur des prix *minima* garantis par l'interprofession, l'Autorité considère que les indicateurs de référence diffusés par les interprofessions ne doivent pas présenter un caractère normatif qui les rendrait assimilables à des recommandations de prix¹⁸⁴. Il convient également d'éviter que des entreprises concurrentes s'échangent des informations sur des données individuelles, par exemple par la communication réciproque des quantités produites et vendues, des prix et des conditions concernant les remises, les majorations ou réductions de prix et les ristournes des conditions générales de vente, de livraison et de paiement. De même, la diffusion d'une grille tarifaire commune fixant des indices de prix de vente relatifs par rapport à un produit de base serait prohibée, puisqu'elle empêcherait l'entreprise plus efficace de baisser ses prix de manière à ce qu'ils reflètent ses coûts propres. En revanche, les références qui comportent des indications élémentaires permettant aux entreprises de faciliter le calcul de leur coût de revient ou celles qui expriment des prix constatés lors de transactions non individualisées, intervenues antérieurement et dans des conditions de concurrence normales (les mercuriales), ou encore celles qui sont établies à titre d'exemples et à partir de chiffres fictifs, sont licites¹⁸⁵.

En ce qui concerne le caractère récent des informations, il convient de préciser qu'il doit être apprécié de manière concrète, en fonction des caractéristiques du marché, de la nature des informations en cause et du rythme auquel elles deviennent caduques. Ainsi, l'Autorité considère que ne sont, en principe, pas restrictives de concurrence les données collectées *a posteriori* et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation, pour ne pas permettre aux entreprises de connaître et surveiller en temps réel la politique commerciale de leurs concurrents¹⁸⁶. Elle considère aussi que la conformité de la publication des statistiques avec le droit de la concurrence doit être appréciée également au regard du cercle d'opérateurs auprès de qui ces données sont diffusées. La diffusion donnée aux informations échangées ne doit pas avoir pour objet ou pour effet d'évincer des opérateurs ou de leur rendre plus difficile voire impossible l'accès au marché en cause¹⁸⁷.

Par ailleurs, l'Autorité souligne qu'un accord interprofessionnel sur un niveau de prix ou sur des recommandations relatives à son évolution se heurte à deux

184. Avis 11-A-03 du 15 février 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin, point 85.

185. Avis 11-A-11 du 12 juillet 2011 relatif aux modalités de négociation des contrats dans les filières de l'élevage dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles, paragraphes 63 et 64.

186. Avis 06-A-18 précité, voir aussi la décision 05-D-65 précitée.

187. Avis 03-A-09 du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile.

difficultés : d'une part l'existence d'une concurrence internationale, d'autre part la complexité de l'exercice tendant à déterminer le niveau de prix lui-même. Un niveau de prix à la production ne peut être recommandé sans tenir compte des autres acteurs susceptibles de concurrencer les producteurs et les acheteurs concernés. Un prix trop élevé engendrerait une moindre compétitivité de la zone où il est pratiqué et ne pourrait qu'avoir un effet néfaste sur le développement du secteur. En outre, même si la question de la concurrence internationale ne se posait pas, la détermination du niveau de prix recommandé général serait en elle-même porteuse d'inefficacités économiques. En effet, sur un marché sur lequel se rencontrent une offre et une demande très hétérogènes, notamment en termes de qualité et de coûts, la détermination d'un prix indicateur est extrêmement complexe. Soit ce dernier est sous-estimé, ce qui entraîne une situation de sous-investissement pour la production et, à terme, une moindre diversité de l'offre ; soit il est surestimé, ce qui, effet contraire, permet aux producteurs d'accroître leur marge ou les incite à accroître leur production, entraînant ainsi un déséquilibre entre l'offre et la demande en donnant en outre de mauvaises incitations aux producteurs qui ne sont pas poussés à améliorer leur productivité.

Quoi qu'il en soit, la pratique décisionnelle de l'Autorité, qui reflète la grille d'analyse qui vient d'être rappelée, est claire : l'application pure et simple de recommandations de prix, notamment prévisionnels, diffusées par une interprofession, est incompatible avec le droit de la concurrence parce que manifestement contraire au principe d'individualisation des prix propres à chaque opérateur économique compte tenu de ses charges et de ses coûts divers, à l'exception de celles émises au sein du secteur laitier qui, en vertu de l'article L. 623-14 du Code rural, échappent aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce¹⁸⁸.

Outre les solutions qui pourraient déboucher sur la contractualisation, des solutions de marché classiques peuvent être envisagées pour remédier au problème de la volatilité des prix, comme les mécanismes d'assurance ou les marchés à terme qui permettent à la fois de sécuriser les revenus des agriculteurs et une meilleure prévisibilité des coûts.

Les mécanismes d'assurance publique (obligatoires ou non)

Les mécanismes d'assurance sont traditionnellement utilisés pour contrer la volatilité des prix, notamment en raison d'aléas climatiques subis par les exploitants agricoles. L'assurance permet en effet de mutualiser les risques non seulement entre les producteurs, mais également dans le temps, ce que ne permettent pas les simples regroupements d'offre en coopératives. Dans son avis 09-A-48 précité, l'Autorité a constaté que de tels mécanismes ne semblent pas pouvoir être mis en place dans tous les secteurs, et notamment pas dans le secteur laitier. En effet, la volatilité des prix est un phénomène qui touche l'ensemble des éleveurs, contrairement à des phénomènes climatiques plus circonscrits, ce qui empêche donc un

188. Voir avis 09-A-48, 10-A-28, 11-A-11, 11-A-12 et 11-A-14.

assureur de mutualiser les risques entre ses différents adhérents, ceux-ci étant touchés au même moment par une mauvaise conjoncture des prix.

La stabilisation du revenu des exploitants, dans un contexte de risques et d'aléas plus forts, de volatilité des prix et de concurrence accrue, est un objectif poursuivi par la LMAP¹⁸⁹, notamment par la formalisation d'un principe de mécanisme de réassurance publique « *en réponse à des circonstances exceptionnelles touchant le secteur agricole* » (article 27). Selon un rapport de la commission des finances du Sénat, un tel mécanisme pourrait être de nature à faciliter la diffusion des assurances privées¹⁹⁰. Une étude fournie à ce sujet par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie montre que la capacité de réassurance du secteur privé est aujourd'hui de l'ordre de 500 millions d'euros par an alors que les besoins de réassurance sont estimés entre 750 millions et 1,5 milliard d'euros dès 2013. Pour les grandes cultures, la viticulture et l'arboriculture, les moyens du secteur privé semblent certes suffisants, mais s'agissant de l'assurance fourrage, particulièrement suspendue au risque d'un sinistre d'une ampleur exceptionnelle, cette capacité n'est pas suffisante. Le coût budgétaire de la réassurance publique qui serait mise en place pourrait ainsi approcher un montant de 500 millions d'euros par an.

La mise en place de marchés à terme

L'Autorité a suggéré le développement de marchés à terme (ou marchés des « *futures* »), qui pourraient constituer, sur certains marchés agricoles, une piste pour lutter contre la volatilité des prix. Comme l'explique l'avis 09-A-48 sur le secteur laitier, le développement de ces marchés permettrait de « *mutualiser les risques non seulement entre les producteurs, mais également dans le temps, ce que ne permettent pas les simples regroupements d'offre en coopératives* ». Les marchés à terme permettent en effet de conclure à un moment donné une transaction, en définissant le volume et le prix des produits concernés, alors que le règlement de la transaction ou la livraison des produits, par exemple, ont lieu à une date ultérieure. Un exemple concerne les marchés à terme pour les céréales. Il existe ainsi des marchés à terme pour le blé à échéances variables, de un mois à plus de deux ans. De tels contrats peuvent aussi aider certaines exploitations à garantir une partie de leurs revenus futurs et donc potentiellement à sécuriser des investissements qui peuvent leur permettre d'améliorer leur rentabilité future¹⁹¹.

Pour les agriculteurs, il s'agit ainsi de vendre une partie de leur récolte en avance, afin de se couvrir des risques liés aux fluctuations des prix. La vente à l'avance de la production agricole dans le cadre d'un marché à terme permet en effet un transfert du risque inhérent aux possibles variations de prix entre deux types d'opérateurs : les acteurs de la filière (agriculteurs, organismes stockeurs, meuniers, tritrateurs, exportateurs, etc.) qui veulent se couvrir contre le risque de

189. Rapport public annuel 2012 de la Cour des comptes, « Les aides d'urgence en agriculture », p. 323 et suivantes.

190. Rapport général n° 107 (2011-2012) de MM. Yannick BOTREL et Joël BOURDIN, fait au nom de la commission des finances du Sénat, déposé le 17 novembre 2011.

191. Voir avis 09-A-48.

variation des prix, d'une part, et les intervenants financiers ou spéculateurs qui profitent de ces variations de prix, d'autre part. Un producteur peut ainsi sécuriser ses revenus en vendant plus d'un an avant, la future récolte de céréales qu'il s'apprête à semer. Les marchés à terme ont ainsi pour objectif d'offrir des instruments d'anticipation, de gestion de la volatilité et de contribuer à la rencontre entre l'offre et la demande.

Si, aux États-Unis, la quasi-totalité des producteurs de céréales utilise cet outil, en France, seuls deux à trois mille céréaliers disposaient d'un compte direct sur les marchés à terme en 2010. Par ailleurs, si un tel outil de gestion du risque devait être développé en France, il conviendrait de répondre au besoin important de formation des agriculteurs. Aux États-Unis, le Chicago Mercantile Exchange, surtout tourné vers les céréales, propose également des contrats sur le lait, le beurre et la poudre de lait. En Europe, il existe des marchés à terme (Euronext) pour le blé, le maïs, le colza, le sucre, le cacao, ainsi que pour la viande de porc, dont l'activité est cependant faible. Un marché à terme pour les produits laitiers, le European Milk Exchange, est actuellement en cours de réalisation : la poudre de lait écrémé est ainsi cotée sur le marché à terme des matières premières par NYSE Euronext depuis la fin 2010 ; deux autres produits dérivés du lait, le beurre et le lactosérum, font également l'objet de contrats à terme depuis 2011. Cependant, les marchés à terme ne sont pas envisageables dans tous les cas (modèle d'exploitation familiale ou industrielle, bio ou conventionnelle, élevage ou grandes cultures, etc.) et ils n'empêchent pas l'hyperspéculation sur les produits alimentaires avec ses effets dramatiques en particulier sur l'alimentation des pays en voie de développement. Pour être des instruments efficaces de couverture du risque prix, les marchés à terme doivent par conséquent respecter un certain nombre de conditions¹⁹².

Pour lutter contre les risques spéculatifs dans le secteur agricole, l'Union européenne a d'ailleurs envisagé, dès 2009-2010, des mesures de régulation telles que la transparence des prix « *from farm to fork* », des limites en montant aux interventions des opérateurs, ainsi qu'une information donnée aux marchés sur les catégories d'intervenants et sur le nombre de contrats qu'ils détiennent¹⁹³. Un tel système d'information visant à accroître la transparence est en vigueur aux États-Unis : depuis 2009, l'autorité de régulation des marchés à terme sur les matières premières (la CFTC) publie toutes les semaines un rapport sur les positions ouvertes détenues par les acteurs économiques sur la base des informations transmises par les places de marché (les « *commitments of traders* »).

¹⁹². Voir à cet égard le rapport d'étape *Prévenir et gérer l'instabilité des marchés agricoles* de MM. Jean-Pierre Jouyet, Christian de Boissieu et Serge Guillon, dans lequel il est exposé que les marchés à terme doivent être limités aux produits « standardisables », à savoir des produits de qualité homogène, des produits stockables, et transportables et livrables aisément à un point donné. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Nouveau_rapport_etape_Jouyet_Boissieu_Guillon.pdf

¹⁹³. « *Il faut mettre fin à l'hyperspéculation sur les produits agricoles* », discours prononcé le 20 septembre 2010 par Dacian Cioloș, membre de la Commission chargé de l'Agriculture et du Développement rural, dans le cadre d'une audition publique sur la révision de la directive concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID).

Promouvoir des produits de qualité : le rôle des signes de qualité

Une autre piste pouvant être explorée pour renforcer la compétitivité des produits agricoles est la promotion des produits bénéficiant d'un signe de qualité, en jouant donc sur une concurrence par la qualité. La différenciation des produits agricoles par la qualité est en effet un moyen à la fois de se positionner sur un segment du marché où s'exerce une moindre pression sur les prix, de manière à améliorer le revenu des agriculteurs, et de répondre à une attente forte de la part des consommateurs, de plus en plus soucieux de la qualité des produits qu'ils consomment¹⁹⁴.

En France, un décret-loi du 30 juillet 1935 a posé les principes du système des appellations d'origine contrôlée (AOC) telles qu'elles existent encore aujourd'hui. La première AOC reconnue dans ce cadre a été, en 1936, celle du vin d'Arbois. Initialement réservé aux vins et eaux-de-vie, le système a été étendu en 1990 à l'ensemble des produits agroalimentaires (saint-nectaire, noix de Grenoble, volaille de Bresse, etc.).

Les appellations d'origine et autres signes de qualité agricoles ou alimentaires sont largement encadrés au niveau européen¹⁹⁵. Deux signes de qualité sont plus particulièrement mis en avant : l'appellation d'origine protégée (AOP), qui désigne la dénomination d'un produit dont la production, la transformation et l'élaboration doivent avoir lieu dans une aire géographique déterminée avec un savoir-faire reconnu et constaté¹⁹⁶, et l'indication géographique protégée (IGP), qui désigne des produits agricoles et des denrées alimentaires dont les caractéristiques sont étroitement liées à une zone géographique dans laquelle se déroule au moins leur production, leur transformation ou leur élaboration. La première vise donc les produits entièrement fabriqués dans la zone considérée, alors que la seconde vise des produits pour lesquels seule une étape importante de la fabrication a eu lieu dans celle-ci. De plus, la qualité ou les caractères d'un produit AOP doivent résulter essentiellement des facteurs de cette zone, alors que pour un produit IGP, seules une qualité déterminée, la réputation ou d'autres caractéristiques doivent leur être attribuées.

Conformément au dispositif national, et en dehors des vins, qui sont encadrés par des règlements particuliers, les AOC font l'objet d'une demande systématique d'enregistrement en tant qu'AOP. Si le produit se voit refuser par la Commission

194. Voir l'article L. 640-1 du Code rural relatif à la valorisation des produits agricoles qui fixe quatre objectifs à atteindre, dont : « [...] renforcer l'information des consommateurs et satisfaire leurs attentes ; renforcer le développement des secteurs agricoles, halieutiques, forestiers et alimentaires et accroître la qualité des produits par une segmentation claire du marché ; [...] assurer le maintien de l'activité économique notamment en zones rurales défavorisées par une valorisation des savoir-faire et des bassins de production ; répartir de façon équitable les fruits de la valorisation des produits agricoles, forestiers ou alimentaires et des produits de la mer entre les producteurs, les transformateurs et les entreprises de commercialisation ».

195. Voir le règlement (CE) n° 510/2006 du Conseil, du 20 mars 2006, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 93, p. 12) et le règlement (CE) n° 509/2006 du Conseil, du 20 mars 2006, relatif aux spécialités traditionnelles garanties des produits agricoles et des denrées alimentaires (JO L 93, p. 1).

196. Cette appellation est décernée à certains produits agricoles et alimentaires autres que les vins et spiritueux (ces derniers font l'objet d'un dispositif spécifique).

européenne le bénéfice de l'AOP, il perd celui de l'AOC qui lui a été reconnue (article L. 641-10 du Code rural).

Les signes d'identification de la qualité et de l'origine d'un produit sont – outre les AOP, AOC, et IGP – le label rouge attestant d'une qualité supérieure, les spécificités traditionnelles garanties (STG) et la mention « agriculture biologique ». Les STG protègent la composition traditionnelle d'un produit ou son mode de production traditionnel¹⁹⁷.

Le Code de la consommation (article L. 115-1 et suivants), le Code de la propriété intellectuelle (article L. 721-1 relatif aux appellations d'origine) et le Code rural (article L. 640-1 et suivants), qui y renvoient, constituent au niveau national le cadre législatif et réglementaire applicable aux signes de qualité agricoles et alimentaires dont font partie les AOC. Les signes officiels concernent aujourd'hui 91 AOC agroalimentaires, plus de 350 AOC viticoles, 105 IGP agroalimentaires, 75 IGP viticoles, ainsi que plus de 450 cahiers des charges label rouge, soit plus de 1 000 produits en France.

La loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole a renforcé les compétences des organisations interprofessionnelles au titre des labels et autres signes de qualité protégés. Ainsi, lorsqu'elles sont reconnues spécifiques à un produit sous signe officiel d'identification, les interprofessions peuvent compléter l'action des organismes qui les gèrent de façon spécifique en définissant à leur intention des orientations précises sur le ou les marchés en cause et obtenir à cette fin le concours des pouvoirs publics grâce à l'extension des accords qu'elles concluent en leur sein. Elles peuvent également, à l'instar de toute autre interprofession, demander le bénéfice d'un décret d'exemption sur le fondement de l'article L. 420-4 II du Code de commerce (articles L. 632-2 et suivants du Code rural).

À plusieurs reprises, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion d'examiner des restrictions de concurrence liées à la production ou à la commercialisation de produits agroalimentaires faisant l'objet de signes de qualité. En substance, des restrictions de concurrence peuvent être admises lorsqu'elles permettent effectivement d'atteindre une qualité qui ne serait autrement pas offerte sur le marché et qu'elles ne compromettent pas la concurrence au niveau de l'offre au consommateur sur le marché considéré. Dans son avis 07-A-04 du 15 juin 2007 relatif à la possibilité de résérer aux producteurs d'une filière de qualité agricole ou alimentaire certains produits intermédiaires, le Conseil a ainsi rappelé que la protection légale des signes de qualité sur le fondement de l'article L. 420-4 I-2° du Code de commerce devait se limiter strictement à ce qui est nécessaire : elle vise en effet seulement à prévenir la diffusion, en dehors de la filière, de produits agricoles bénéficiant des améliorations qualitatives apportées par l'organisme professionnel ou interprofessionnel aux conditions de fabrication ou de transformation ou aux modalités de fourniture des produits intermédiaires et éviter ainsi la survenance de risques réels de déstabilisation du marché.

197. Article L. 641-13 du Code rural.

Tel n'est pas le cas lorsque les mesures visent à lutter contre des pratiques déloyales entretenant la confusion avec les produits de la filière, dès lors qu'il existe des actions légales spécifiques. En revanche, une restriction de concurrence mise en place pour lutter contre un parasitisme s'inscrit dans une démarche de sauvegarde à condition que les investissements qui ont été faits, bien que principalement extérieurs à la filière, aient été fournis dans le but précis de développer celle-ci. En dehors de cette hypothèse, la proportionnalité de la mesure sera difficile à établir et aucune exemption ne pourra être accordée au titre de l'article L. 420-4 I-2^o du Code de commerce.

Ainsi, le Conseil a admis, dans le secteur des volailles sous label, des mesures de régulation de la production et même des mesures d'harmonisation des prix à différents stades du processus de production au sein de différentes filières labellisées, qui permettaient d'améliorer la qualité, dès lors qu'existaient une concurrence sur le marché entre les labels de volaille¹⁹⁸. Le Conseil a également eu l'occasion de rappeler qu'une démarche collective de qualité, par exemple la constitution d'un label de qualité ou d'un système d'identification professionnelle conduisant à sélectionner des entreprises en fonction de certains critères de qualité, formalisait certes un accord entre les entreprises qui adhèrent à cette démarche, mais que celui-ci ne pouvait *a priori* être considéré comme anticoncurrentiel lorsqu'il tendait à améliorer la qualité des produits et des services rendus aux consommateurs finals¹⁹⁹. Il pourrait cependant l'être si les critères d'attribution de ce label – dont la détention est indispensable pour accéder au marché en cause et exercer une activité – n'étaient pas suffisamment objectifs et clairs et se prêtaient à une application discriminatoire, permettant ainsi d'évincer des concurrents du marché concerné par le label par des moyens autres que ceux fondés sur les mérites des entreprises ou encore si la charte régissant le label contenait des clauses de prix imposés ou des restrictions territoriales absolues.

De même, le Conseil a déclaré contraires aux règles de concurrence des partages d'approvisionnement au sein même de chaque filière labellisée qui n'apportaient rien à la qualité, ainsi que des mécanismes imposant des prix de revente minimaux au niveau des consommateurs. Dans le secteur de la production du comté, le Conseil a sanctionné des décisions de limitation de la production qui affectaient l'ensemble de la filière, c'est-à-dire qui limitaient la concurrence sur tout le marché concerné, le comté ayant été considéré comme constituant à lui seul un marché pertinent compte tenu de son caractère non substituable aux autres fromages²⁰⁰, alors que dans le cas des labels de volaille le marché s'étendait à l'ensemble des volailles sous label. S'agissant du marché du vin de Cahors, la Commission de la concurrence avait, pour sa part, considéré comme justifiable au regard des objectifs de qualité, la fixation de prix plafond à la production pour la vente en vrac

198. Voir la décision 94-D-41 du 5 juillet 1994 relative au secteur des volailles sous label.

199. Décision 05-D-22 du 18 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par l'association « Agriculture et tourisme en Dordogne-Périgord » dans le secteur de l'accueil touristique des agriculteurs sur leur exploitation.

200. Décision 98-D-54 du 8 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production de gruyère de Comté.

sortie propriété, mais ni le fait de réserver à certains négociants la commercialisation du produit, ni la fixation de prix plafonds pour la vente en bouteille qui faisait obstacle à l'abaissement du prix de revente au consommateur²⁰¹.

Des actions possibles contre les pratiques restrictives

Dans son étude consacrée en 2010 à la grande distribution à dominante alimentaire, l'Autorité a rappelé que ses pouvoirs de décision et de propositions étaient sans préjudice des autres outils pouvant être mobilisés en faveur des producteurs²⁰².

Depuis lors, pour renforcer la position des producteurs de fruits et légumes frais, la LMAP a durci le régime des conventions agricoles et des rémunérations relatives aux produits agricoles périssables en supprimant toute possibilité pour les distributeurs et prestataires de bénéficier de remises, rabais et ristournes pour l'achat de fruits et légumes frais (article L. 441-2-2 du Code de commerce). Alors que l'application de l'article L. 631-24 du Code rural est exclusive de l'application de l'article L. 441-2-1 du Code de commerce, une exception a été introduite pour les fruits et légumes frais. Le fait pour un acheteur ou un distributeur de bénéficier de tels avantages financiers constitue ainsi une infraction passible de sanction en vertu de l'article L. 442-6-I-13° du Code de commerce. Plus largement, les organisations professionnelles et syndicales du monde agricole peuvent saisir, sur le fondement de l'article L. 440-1 du Code de commerce, la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) créée par la loi NRE de mai 2001 afin que celle-ci formule des avis ou des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis et peut également décider d'adopter des recommandations sur les questions portant notamment sur le développement de bonnes pratiques commerciales.

Conclusion générale

La pratique décisionnelle et consultative abondante de l'Autorité de la concurrence en matière agricole illustre concrètement un certain nombre d'équilibres caractérisant la mise en œuvre du droit et de la régulation concurrentiels dans ce secteur.

En premier lieu, les règles de concurrence s'appliquent à l'agriculture aussi bien qu'à tous les autres secteurs de l'économie, mais leur mise en œuvre au cas par cas reflète un certain nombre de particularités propres à ce secteur : particularités juridiques tenant, notamment, aux marges de flexibilité reconnues par le législateur européen et français pour stimuler un certain nombre de coopérations porteuses d'efficacité économique dans les cas où les acteurs ne souhaitent pas unir leurs forces au sein d'une même entreprise ; mais aussi particularités économiques,

201. Avis sur la situation de la concurrence sur le marché du vin de Cahors (avis 81/14, rapport 1981, p. 279).

202. Rapport annuel 2010, p. 115.

comme la persistance d'une structure de marché assez atomisée aux stades primaires de la chaîne de valeur, confrontée en aval à des transformateurs et des distributeurs souvent plus puissants.

En deuxième lieu, ces particularités, pour importantes qu'elles soient, ne justifient pas d'exceptions aux principes cardinaux qui structurent la mise en œuvre des règles de concurrence dans le reste de l'économie, et en particulier pas le recours à des ententes de prix, de répartition des marchés ou des clients, ou encore de fixation de quotas de production. Pour autant elles se retrouvent dans les conséquences que peut tirer l'Autorité d'infractions à ces règles, notamment lorsqu'elle impose des sanctions. Si des opérateurs de taille importante ne sont naturellement pas traités différemment de la façon dont ils le seraient s'ils intervenaient sur d'autres secteurs, comme l'illustre le cas des grands abatteurs sanctionnés dans l'affaire du porc charcutier, les nombreuses entreprises de plus petite taille et associations professionnelles qui sont présentes dans le secteur agricole font l'objet, lorsqu'elles sont condamnées, de sanctions tenant compte de leur capacité contributive souvent plus limitée que dans d'autres domaines de l'économie.

En troisième et dernier lieu, et c'est sans doute une tendance lourde, l'Autorité est de plus en plus fréquemment conduite à intervenir en amont ou en dehors du contentieux, en adressant, dans le cadre des opérations de concentration qui lui sont soumises ou à l'occasion des avis et des recommandations qu'elle publie, des signaux destinés à orienter les opérateurs agricoles sur la voie d'une plus grande création de valeur économique. De ce point de vue, la création d'entreprises de taille plus importante est certainement une des voies à privilégier pour répondre à l'ouverture et à la globalisation des marchés. Mais d'autres voies de substitution ou complémentaires, notamment coopératives, existent lorsque cette solution n'est pas envisageable ou souhaitée.

Même si certaines de ces pistes peuvent soulever des interrogations, elles méritent d'être examinées, au premier chef par les acteurs concernés eux-mêmes. Le secteur agricole joue en effet de longue date, pour des raisons qui dépassent largement la sphère économique, un rôle central dans le modèle de développement français et européen. Son bon fonctionnement concurrentiel, gage de la qualité et de la variété des produits agricoles, est donc, au même titre que la préservation des missions d'intérêt général auxquelles participent les agriculteurs, un enjeu important pour tous ceux qui s'y investissent aussi bien que pour les consommateurs.

Pratique de l'Autorité de la concurrence



Avertissement

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions de l'Autorité 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 2012 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 de l'Autorité de la concurrence.

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 l'Autorité de la concurrence 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.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés	151
Le marché pertinent de produits ou de services	152
La substituabilité de la demande	153
La substituabilité de l'offre	160
Le marché géographique	160
Dimension régionale ou locale	161
Dimension nationale	161
Dimension supranationale	162
Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles	163
Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure	163
Le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	163
La prescription	170
Le déroulement de la procédure	171
Les ententes	178
Les concours de volontés	178
Les différentes restrictions de concurrence	184
Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE)	201
Pratiques abusives	204
Abus de position dominante	205
Abus de dépendance économique	210
L'imputabilité	211
L'imputabilité du comportement de la filiale à la société mère	211
La modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques	213
L'imputabilité des pratiques à un organisme collectif	216

Les mesures adoptées	216
Les mesures conservatoires	216
Les décisions d'engagements	216
Les décisions d'infraction	224
 Le contrôle des concentrations	252
La procédure en contrôle des concentrations	252
La réalisation d'une opération sans notification	252
Notion de concentration	254
Contrôlabilité des opérations immobilières	255
Compétence territoriale	255
Contrôle exclusif négatif	256
Capacité de la tête d'un réseau commercial à exercer une influence déterminante sur les membres du réseau	256
Les seuils de contrôle	258
Analyse concurrentielle	259
Les effets horizontaux	259
Les concentrations verticales	269
Les concentrations conglomérales	271
L'exception de l'entreprise défaillante	275
Les mesures correctives	276
Les autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements	277
Les autorisations soumises à des mesures correctives imposées par l'Autorité de la concurrence	282
 Activité consultative	284
Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de la distribution alimentaire à Paris (12-A-01 du 11 janvier 2012)	286
Le degré élevé de concentration du marché de la distribution à dominante alimentaire à Paris	286
Les recommandations permettant l'amélioration de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris	288
Avis relatif au cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit (12-A-02 du 17 janvier 2012)	289

Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique (12-A-20 du 18 septembre 2012)	291
Le commerce électronique, facteur d'animation de la concurrence	292
Les limites au développement du commerce électronique	293
Avis relatif aux secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange (12-A-21 du 8 octobre 2012)	295
La protection des pièces visibles au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur	296
Les freins à la commercialisation de pièces par les équipementiers	298
Les limites à l'accès des opérateurs indépendants aux informations techniques	299
Contrats de garantie et d'extension de garantie	301
L'utilisation de prix de vente conseillés par l'ensemble des opérateurs de la filière de l'après-vente automobile	301
Avis rendus dans le secteur de la santé	302
Avis relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain (12-A-18 du 20 juillet 2012)	302
Avis relatif au commerce en ligne de médicaments (12-A-23 du 13 décembre 2012)	303

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés

La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'y apprécier, d'une part, leur pouvoir de marché, c'est-à-dire leur capacité à augmenter leurs 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 actuels ou potentiels des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre.

Aux fins des règles de concurrence, le marché pertinent est le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts. Cette substituabilité est définie comme l'interchangeabilité des produits ou services en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

La délimitation du marché pertinent se fonde donc sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut ainsi varier au fil du temps, ainsi que l'a rappelé l'Autorité dans sa décision **12-D-14**, 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, l'Autorité apprécie le marché dans la situation contemporaine des pratiques. Une dimension prospective peut néanmoins être prise en considération, en particulier dans le cadre de l'appréciation des projets de concentrations.

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, l'Autorité identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché ; dans un second temps, elle définit la zone géographique concernée.

Lors de la définition du marché pertinent de produit ou de service, l'Autorité de la concurrence tiendra compte, lors de l'évaluation, de la substituabilité de la demande,

de l'identité des demandeurs, de la nature du produit concerné, de ses modalités de distribution, du positionnement commercial des produits, des différences de prix et de l'environnement juridique. Si la substituabilité du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent (**12-D-13**; **12-D-04**), l'Autorité s'appuie parfois aussi sur des indices relatifs à la substituabilité de l'offre, c'est-à-dire les possibilités d'entrée sur le marché.

Lors de la définition du marché géographique, l'Autorité délimite la zone sur laquelle le marché de produits est opérant, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question. Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de marché 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 et la demande de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes (**12-D-10¹**; **12-D-04**). Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable (**12-D-10**). Ce marché peut avoir une dimension locale, nationale, européenne ou même mondiale.

Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence européenne et interne, et de la pratique décisionnelle de l'Autorité, lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont examinées au regard de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision dès lors que le secteur a été suffisamment identifié pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre (**12-D-02²**; **12-D-08³**).

Enfin, il convient de noter que les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne préfèrent, lorsque la segmentation d'un marché n'apporterait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée et sur les effets sur la concurrence, laisser la question ouverte (**12-D-09⁴**).

Le marché pertinent de produits ou de services

La délimitation du marché pertinent se fonde sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

-
1. Un recours a été formé contre cette décision.
 2. Un recours a été formé contre cette décision.
 3. Un recours a été formé contre cette décision.
 4. Un recours a été formé contre cette décision.

La substituabilité de la demande

Si la substituabilité de différents biens ou services entre eux s'apprécie, en principe, au regard 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. L'Autorité les appréhende 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).

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, qui peut différer d'un groupe de demandeurs à l'autre, modifiant ainsi les structures du marché.

Cette appréciation doit être de nature à justifier une spécificité du marché telle que le bien ou service ne saurait être remplacé par un autre. Ainsi, dans sa décision **12-D-02⁵**, l'Autorité a estimé que le simple fait que les prestations d'ingénierie des loisirs de la culture et du tourisme soient réalisées pour des donneurs d'ordre privés ou pour des donneurs d'ordre publics ne saurait suffire à établir l'existence de deux marchés distincts, la commande publique ne présentant pas de spécificité justifiant une délimitation entre les prestations offertes.

À l'inverse, l'Autorité a conclu à l'absence de substituabilité des aliments pour chiens et chats en raison de la spécificité de leurs besoins nutritionnels respectifs, tout en précisant qu'il convient par ailleurs de distinguer entre aliments secs et humides (**12-D-10⁶**).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon (**12-D-06**), l'Autorité a réitéré sa pratique antérieure en estimant que la commande publique en matière de marchés de travaux publics, hors construction d'ouvrages, est structurée autour de trois types de chantiers : les travaux de terrassement et de voirie et réseaux divers, le renforcement d'ouvrages maritimes et la fourniture d'enrobés pour la réfection du réseau routier. En effet, les caractéristiques de la demande ont conduit, au cas d'espèce, à identifier, d'une part, un marché spécifique pour les enrochements, qui sont des blocs rocheux massifs de 500 kg à 6 t, utilisés après simple opération de triage pour les travaux de renforcement des ouvrages maritimes, dont ils représentent

5. Un recours a été formé contre cette décision.

6. Un recours a été formé contre cette décision.

l'essentiel des composants, et, d'autre part, les agrégats de plus petite taille (agrégats concassés ou granulats) qui, après opération de concassage, sont destinés à être utilisés, en fonction de leurs propriétés et de leur calibre, soit en l'état comme remblai pour les travaux de terrassement ou de sous-couche d'accrochage pour la préparation des enrobés (pierres concassées 1/100), soit en étant incorporés pour la fourniture d'un produit nécessitant l'association d'autres agrégats (sable, pierres concassées 31/5) ou d'autres composants (ciment ou bitume), comme pour le béton ou les enrobés. Enfin, s'agissant des enrobés, il a déjà été retenu par le passé (voir notamment 01-D-02) l'existence d'un marché spécifique à ces produits.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, dans sa décision **12-DCC-92** relative à une opération de concentration dans le secteur du vin, l'Autorité a constaté que, si par le passé l'observation des comportements des consommateurs avait conduit à une nette distinction entre les vins sans indication géographique (SIG ou vins de table) et les vins bénéficiant d'une indication géographique protégée (IGP ou vins de pays), l'évolution de ces comportements et aussi de la nature des produits eux-mêmes ne justifiait plus aujourd'hui qu'ils soient considérés comme appartenant à des marchés distincts.

En effet, l'Autorité a constaté que les consommateurs de vins SIG, et pouvant être considérés comme attachés à ce type de produit (âgés de plus de cinquante ans, ayant une consommation régulière, voire quotidienne de vin, aux revenus relativement modestes et donc particulièrement sensibles aux prix), étaient aujourd'hui marginalisés au sein de l'ensemble des consommateurs de vin. La proportion de consommateurs réguliers a ainsi diminué fortement au profit de consommateurs occasionnels plus jeunes et qui consomment du vin dans des contextes plus festifs. Le fort recul des ventes de vins SIG de marque confirme l'évolution des habitudes de consommation.

S'agissant de la nature des produits en cause, les vins SIG peuvent provenir de diverses origines françaises ou étrangères qui peuvent être mélangées, alors que les vins IGP sont produits à partir de raisins dont au moins 85 % proviennent de la zone géographique considérée et dont la production est limitée à la zone géographique désignée. Néanmoins, ces deux catégories de vins font l'objet d'un processus de fabrication similaire : les vins sont achetés en vrac et font ensuite l'objet d'une préparation, d'un embouteillage et d'un conditionnement dans des conditions très comparables. Elles ne font pas l'objet d'un vieillissement en bouteille, comme cela peut être le cas pour les vins AOP de milieu de gamme, et, depuis le 1^{er} août 2009, les vins SIG peuvent faire figurer le nom du cépage sur les bouteilles, tout comme les vins IGP, les vins SIG avec mention de cépage représentant depuis près du quart des ventes totales des vins SIG.

Dans cette affaire, la partie notifiante a présenté une étude quantitative réalisée à partir de données fournies par la société Kantar Worldpanel qui analyse les transferts de consommation entre les différentes catégories de vins entre 2010 et 2011 constatées sur des données d'achat en grande surface d'un panel de consommateurs suivi dans le temps. Cette étude montrait un transfert de la consommation de vins SIG vers des vins de gamme supérieure mais l'Autorité a considéré que,

Pratique de l'Autorité de la concurrence

compte tenu des limites méthodologiques de ce type d'étude, aucune conclusion définitive ne pouvait en être tirée.

La distinction entre marché amont et marché aval

L'existence de groupes distincts de demandeurs aux différents stades de la chaîne de valeur est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Les appels d'offres et le marché pertinent

S'agissant des pratiques d'entente relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée le plus souvent comme un marché pertinent, la demande du donneur d'ordres étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges. Par ailleurs, qu'il s'agisse de marchés publics ou privés, chaque marché passé sur appel d'offres constitue un marché pertinent, sur lequel se rencontrent la demande du donneur d'ordres et les propositions des candidats qui soumissionnent à l'appel d'offres.

Cependant, cela n'interdit pas à l'Autorité d'appréhender globalement les pratiques visant ces différents marchés quand elles relèvent d'une stratégie globale. De même, lors 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. Au contraire, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant de la rencontre d'un appel d'offres et des soumissions déposées en réponse, mais le marché plus général sur lequel sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné.

Ainsi, dans une décision **12-D-06**, en dépit de l'unicité de chaque appel d'offres auquel les entreprises en cause participent, l'Autorité a estimé que les pratiques reposaient sur une ligne d'action commune entre les entreprises membres du GIE et le GIE lui-même, qui se fondait à la fois sur une stratégie durable d'intégration de l'activité de production et de commercialisation des agrégats et sur un mécanisme général de compensation, justifiant ainsi de délimiter le marché sans tenir compte de l'attribution par appel d'offres.

En revanche, certains marchés, s'ils ne font pas l'objet d'un appel d'offres, peuvent être considérés comme tels en raison de leur fonctionnement. Il en va ainsi pour le marché de la cession des dépôts de presse, sur lequel les transactions sont peu nombreuses puisque le dépositaire ne peut céder le fonds de commerce qu'à un candidat dépositaire, un dépositaire existant ou à une société liée à une messagerie (**12-D-16**).

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.

L'Autorité a ainsi eu l'occasion de préciser sa définition des marchés des services météorologiques dans une décision **12-D-04**. Dans cette décision, l'Autorité a distingué, au sein du marché de l'information météorologique générale, le marché de l'information fournie aux particuliers de celui à destination des professionnels. Si les particuliers demandent des prestations dites « standard », c'est-à-dire des productions finalisées à faible valeur ajoutée unitaire en l'absence d'adaptation selon les demandes des clients, les professionnels exigent des prestations dites « à façon », c'est-à-dire créées sur mesure dans le cadre de réponses à des consultations ou à des appels d'offres de clients en fonction de leurs besoins précis.

Dans une décision **12-D-13**, l'Autorité a défini le marché du contrôle technique des poids lourds comme un marché local puisque l'immobilisation du véhicule affecte le chiffre d'affaires de l'entreprise propriétaire du véhicule qui, face au caractère incompressible de la durée du contrôle, ne peut que faire varier le temps de déplacement jusqu'au centre de contrôle. La préférence pour la proximité du contrôle se trouve renforcée par deux éléments additionnels. Tout d'abord, le contrôle technique présente nécessairement une probabilité de détection d'un ou de plusieurs défauts, ce qui peut se traduire par une immobilisation du véhicule et pousse ainsi les intéressés à réaliser les contrôles techniques en dehors du cadre d'un déplacement commercial. Par ailleurs, pour que le contrôle technique s'effectue dans des conditions satisfaisantes, le poids lourd doit être chargé au moins aux deux tiers de son poids total roulant autorisé. Afin d'atteindre ce poids optimal, les transporteurs chargent les véhicules avec des poids, plus pratiques qu'un chargement commercial. Par conséquent, cet impératif pousse les transporteurs à effectuer le contrôle technique avec un poids lourd se rendant au centre de contrôle chargé de gueuses ou d'un chargement commercial dont le poids est adéquat. Par conséquent, la nature même du service conditionne le caractère local du marché, bien que des facteurs tels que le prix ou la qualité du service influent sur le choix final du centre.

Dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, l'Autorité a estimé que, s'il existe une substituabilité marginale entre les endives et les salades pour une utilisation crue, ainsi qu'entre les endives et d'autres légumes d'hiver pour une utilisation cuite, le mode de production et de commercialisation ainsi que la formation du prix leur confèrent des spécificités propres telles qu'il convient de considérer qu'elles constituent un marché propre (**12-D-08⁷**).

Dans une autre affaire, l'Autorité a constaté que la farine de blé tendre à consommation humaine, qui ne saurait être substituée par la farine de blé dur ou de maïs au regard de leurs usages respectifs, peut être considérée comme constituant un marché pertinent, notamment dans la mesure où sa production requiert des capacités de production spécialisées (usines d'ensachage) et où sa commercialisation répond à une demande spécifique, celle exprimée par les enseignes de la distribution

7. Un recours a été formé contre cette décision.

(12-D-09⁸). Si le marché comprend trois catégories de produits, tous sont manufacturés par les mêmes offreurs et vendus en grande surface : la farine en sachets dite « classique », les mixes (préparations sucrées ou salées à base de farine prêtes à l'emploi pour le consommateur) et la farine à pain (intégrant farine et levure pour l'utilisation des machines à pain à domicile), l'Autorité n'a néanmoins pas jugé utile de préciser plus avant la délimitation du marché pertinent, les pratiques constatées touchant indistinctement à ces trois catégories de produits.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, dans sa décision **12-DCC-84**, l'Autorité a considéré que la différence de qualité entre eaux de source et eaux minérales était insuffisante pour qu'il soit pertinent de délimiter deux marchés distincts. En effet, dans les deux cas, il s'agit d'eau naturelle d'origine souterraine, dont l'exploitation est soumise à un agrément des autorités compétentes et qui ne font pas l'objet d'un traitement chimique, de désinfection biologique ou d'une quelconque adjonction de produits. Les eaux minérales présentent en sus des caractéristiques définies par la loi (composition physico-chimique stable et qualité). De même, une délimitation entre eaux « entrée de gamme » et eaux « haut de gamme » ne peut s'appuyer sur une différence déterminante de qualité entre les eaux en cause, contrairement à ce qui peut être constaté pour d'autres marchés de produits pour lesquels une segmentation en termes de niveaux de qualité a été effectuée (cosmétiques, habillement).

Dans le secteur de la messagerie, l'Autorité a procédé à une segmentation en fonction du poids des colis sur le marché de la messagerie express domestique de colis BtoB. Dans sa décision **12-DCC-153**, elle a en effet considéré qu'une segmentation entre les colis de plus de 30 kg et les colis de moins de 30 kg était pertinente, la limite de 30 kg se justifiant par le fait qu'au-delà de ce poids il est nécessaire de disposer d'appareils de manutention, les charges supérieures à 30 kg ne pouvant être manutentionnées manuellement. De plus, le tri des colis de moins de 30 kg peut être entièrement automatisé contrairement à celui des colis d'un poids supérieur. Le traitement des envois plus lourds est moins automatisé, les envois étant transportés par le biais de chariots roulants posés au sol, qui sont chargés et déchargés manuellement sur des quais. La prise en charge de colis de tous poids et celle de colis d'un poids limité à 30 kg reposent ainsi sur des modèles opérationnels différents. Certains opérateurs sont ainsi spécialisés sur l'activité des petits colis tandis que d'autres proposent des services express sans limite de poids.

Dans sa décision **12-DCC-179**, l'Autorité a noté que l'exploitation d'une marque était une activité distincte, pouvant être exercée sur un marché situé en amont de celui de la fabrication et de la commercialisation des produits concernés, la marque constituant un des intrants de cette activité. Ainsi, l'acquisition par la société fabriquant sous licence les vêtements de marque Lacoste de la marque elle-même, auparavant détenue par une autre société, a été analysée pour ses éventuels effets verticaux.

8. Un recours a été formé contre cette décision.

Modalités de distribution

Le type de produits vendus est l'un des critères les plus importants pour délimiter les marchés dans le domaine du commerce de détail. La pratique décisionnelle⁹ avait déjà relevé, d'une manière générale, que lorsque plus d'un tiers du chiffre d'affaires d'un magasin provient de produits alimentaires, le commerce est réputé à dominante alimentaire. L'Autorité a précisée cette pratique dans sa décision **12-DCC-112**, en considérant que les magasins Schlecker ne relevaient pas de la catégorie des magasins à dominante alimentaire, compte tenu du fait qu'il s'agissait de drogueries, commercialisant essentiellement des produits non alimentaires (en moyenne, 32 % du chiffre d'affaires des magasins Schlecker provient de la vente de produits alimentaires). De plus, ces magasins ne vendent pas de produits frais (fruits, légumes, viande). De surcroît, le code NAF de Schlecker n'est pas celui des commerces de détail en magasins non spécialisés à prédominance alimentaire (47.11) mais celui des autres commerces de détail (47.52A).

Le positionnement commercial des produits et l'image de marque

L'Autorité a considéré que parmi les aliments secs pour chiens et chats, les produits haut de gamme, distincts des produits disponibles en grande surface alimentaire, sont distribués sur les seuls circuits spécialisés au sein desquels les produits de gamme inférieure ne sont pas commercialisés (**12-D-10**¹⁰).

Sur les marchés de la commercialisation de produits alimentaires en GMS, la question d'une segmentation entre les produits vendus sous la marque du distributeur (MDD) et les produits vendus sous la marque des fabricants (MDF) se pose dans la mesure où ce sont des éléments importants à apprécier pour évaluer la substituabilité du point de vue de la demande entre un produit MDD et un produit MDF.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, dans sa décision **12-DCC-84**, l'Autorité a constaté que, comme cela est le cas sur les autres marchés de produits alimentaires, les modalités d'approvisionnement du circuit GMS sont différentes entre les eaux vendues sous MDD et celles vendues sous MDF. En effet, l'eau vendue sous MDD est produite à partir d'un cahier des charges provenant de l'acheteur et détaillant les caractéristiques attendues du produit. Dans ce cadre, le fournisseur n'intervient qu'en application du cahier des charges et n'a aucun rôle dans la définition des stratégies commerciales de ces marques (décisions de lancement de nouveaux produits, politique de communication, etc.), contrairement aux fournisseurs de MDF. L'identité d'un opérateur qui approvisionne une enseigne pour ses MDD n'est ainsi pas connue par le consommateur final. Par ailleurs, les GMS peuvent procéder à leurs achats de MDD par la voie d'appels d'offres, formalisés par la signature de contrats, d'une durée souvent très courte (un an) ou à durée indéterminée avec possibilité d'y mettre un terme à tout moment sous réserve de

⁹. Voir notamment l'avis 97-A-04 du Conseil de la concurrence du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution ainsi que l'avis 07-A-06 du Conseil de la concurrence 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.

¹⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

préavis. À l'opposé, les achats de MDF font l'objet d'un contrat de référencement dans le cadre de négociations de gré à gré où la marque et les efforts promotionnels liés à celle-ci jouent un rôle important.

Cependant, l'Autorité a relevé conformément à sa pratique antérieure que l'appartenance des MPP/MDD et des MDF à un même marché de produits en amont ou à des marchés distincts dépend également de facteurs autres que le processus d'approvisionnement. Il convient notamment de regarder si, du côté de l'offre, les principaux opérateurs fournissent les deux catégories de produit. De même, si l'analyse de l'opération concerne exclusivement le marché amont de l'approvisionnement, la pression concurrentielle que peuvent éventuellement exercer les uns sur les autres les producteurs de MDF et de MDD/MPP est étroitement influencée par le comportement des consommateurs sur les marchés aval mettant en relation les GMS avec les clients, et donc par la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. Les négociations entre les GMS et leurs fournisseurs prennent donc place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de qualité, de prix ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants.

D'une façon générale, un taux de pénétration élevé des MDD peut indiquer que les consommateurs les considèrent comme largement substituables aux MDF.

En l'espèce, sur le segment des eaux plates, le taux de pénétration des MDD était peu élevé par rapport à ce qui peut être constaté pour d'autres produits alimentaires puisqu'il représentait environ 15 % en valeur et 20 % en volume des ventes d'eau embouteillées réalisées auprès de la GMS. L'Autorité a toutefois considéré que ce critère devait être relativisé, car une grande partie des acteurs interrogés a insisté sur le rôle de Cristaline, MDF dont le prix particulièrement bas est égal voire inférieur aux eaux plates vendues sous MDD. Par conséquent, l'Autorité a considéré que cette spécificité était susceptible d'influencer le taux de pénétration des MDD sur le marché de l'eau en bouteille en France.

Concernant la différence de prix des eaux vendues sous MDD et celles vendues sous MDF, l'Autorité a considéré qu'elle devait également être relativisée. En effet, Cristaline est vendue à un prix inférieur à certaines MDD. Les eaux de marque « haut de gamme » plus chères font à l'inverse l'objet de promotions régulières les rameant fréquemment à un niveau de prix équivalent à celui des marques de distributeurs. L'Autorité a relevé que, dans un contexte de forte baisse du marché en 2007 et sa relative stagnation depuis, les MDF ont intensifié leur politique promotionnelle afin de redynamiser leurs ventes. Ainsi, les distributeurs programment tous les sept à dix jours un catalogue promotionnel au sein duquel la présence des eaux en bouteille est quasi systématique, alternant d'une MDF à l'autre selon les plans marketing de la grande distribution. Ce phénomène conduit à la présence quasi permanente dans les rayons de la grande distribution d'offres d'eau de grande marque à prix réduits qui positionnent en réalité ces marques au même niveau de prix que les MDD.

S'agissant des réseaux de vente, l'Autorité a constaté que les marques d'eau « haut de gamme » étaient commercialisées auprès de toutes les enseignes de distribution,

y compris le *hard discount* pour la plupart, de la même façon que les MDD et les MDF « entrée de gamme ».

L'Autorité a conclu à l'existence d'une réelle pression concurrentielle entre les eaux vendues sous MDD et celles vendues sous MDF, qu'elles soient « entrée de gamme » ou non. Par conséquent, elle a considéré qu'une distinction entre MDD et MDF n'était pas pertinente.

Dans sa décision **12-DCC-92**, l'Autorité a constaté une spécificité des vins premiers prix (MPP), et ce quelle que soit la catégorie de vins (SIG ou IGP), qui, du point de vue du prix et de la qualité, se démarquent fortement de l'ensemble des autres vins vendus sous MDD ou sous MDF.

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. *A contrario*, une différence minime de prix entre produits ou services peut accréditer leur substituabilité et leur coexistence sur un même marché pertinent.

Dans la décision **12-D-07**, l'Autorité a ainsi considéré que la proximité des prix des cagettes en bois, d'une part, avec ceux des plateaux ou caisses en carton ou en plastique, d'autre part, en faisait des produits substituables et pourrait permettre de considérer que les emballages, tous matériaux confondus, de fruits et légumes, au stade de leur première commercialisation à destination des négociants, pourraient constituer un même marché.

L'environnement juridique

Dans une décision **12-D-16**, l'Autorité a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur le secteur de la diffusion de la presse, qui se subdivise, du fait du cadre juridique, en différents niveaux de services qui constituent autant de marchés pertinents. Dans cette décision, l'Autorité a rappelé la distinction entre les deux marchés que sont celui de la distribution de la presse par les messageries (niveau 1) et celui des dépositaires de presse (niveau 2), livrés par les messageries et chargés de la distribution des titres auprès des points de vente qui leur ont été attribués.

La substituabilité de l'offre

L'Autorité 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. Celle-ci peut être locale, nationale ou supranationale (européenne voire mondiale).

Dimension régionale ou locale

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à délimiter, à un niveau local, le marché géographique pertinent.

Le marché géographique des cagettes de bois est, par exemple, conditionné par les coûts de transport. Par conséquent, les organisations professionnelles, sauf autres exigences de leur clientèle, privilégient la proximité immédiate du fournisseur, qui réagira directement en fonction des conditions météorologiques. Il s'agit donc d'un marché régional (**12-D-07**).

Il en va de même pour les marchés du secteur des agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon (**12-D-06**) qui, à l'exception de certaines catégories d'agrégats faisant l'objet d'importation (la pierre à béton et le sable), constituent un marché géographique limité à l'archipel, notamment en raison des coûts de transport.

Sous l'angle du contrôle des concentrations, conformément à sa pratique antérieure, l'Autorité a, dans ses décisions **12-DCC-41** (marchés du négoce de produits de sanitaires, chauffage et climatisation), **12-DCC-46** (marché du négoce de matériaux électriques) et **12-DCC-107** (marché du négoce de matériaux de toiture), défini des marchés locaux basés sur la provenance effective et réelle des consommateurs à travers les informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients. La zone de chalandise réelle d'un point de vente peut ainsi être assimilée à celle qui regroupe les consommateurs représentant un certain pourcentage du chiffre d'affaires de ce point de vente, soit un certain pourcentage de l'ensemble des clients de ce point de vente, étant précisé que le critère retenu dépend des données disponibles. L'application de cette méthode «d'empreinte réelle» permet d'obtenir une photographie précise des clients sur lesquels le magasin exerce une attraction. La pratique décisionnelle de l'Autorité retient généralement que la zone de chalandise du magasin peut être limitée à celle où résident 80% de ses clients. Le pourcentage de consommateurs non retenu pour l'analyse est assimilé à une clientèle ponctuelle et non significative, parfois très éloignée du point de vente : il peut notamment s'agir de clients «de passage» et non réguliers.

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.

L'Autorité a ainsi déduit de l'organisation de la distribution sur le marché des aliments secs haut de gamme pour chiens et chats que le marché géographique

était national, de tels circuits de distribution spécialisés (magasins spécialisés, éleveurs et vétérinaires) n'existant pas dans les autres États européens (**12-D-10¹¹**).

Dans la décision **12-D-08¹²** relative au secteur de la production et la commercialisation des endives, l'Autorité a détaillé un certain nombre d'éléments susceptibles d'accréditer l'existence d'un marché géographique plus large que le seul marché français, notamment en raison de l'importance des exportations dans l'Union européenne et de la faible pression concurrentielle des producteurs européens. Elle en a déduit que le marché géographique pertinent correspondait au moins au marché français, sans qu'il soit nécessaire de trancher la question dans l'affaire en cause compte tenu de la nature des pratiques relevées.

S'agissant de la dimension géographique du marché de la farine en sachets (**12-D-09¹³**), l'Autorité a expliqué, de même, qu'elle était à tout le moins nationale. Du point de vue de la demande, les usages et les habitudes en matière de consommation de farines sont les mêmes sur l'ensemble du territoire français. Par ailleurs, les centrales d'achat de la grande et moyenne distribution procèdent généralement à leur approvisionnement par le biais d'appels d'offres sur une base nationale pour couvrir l'ensemble de leurs besoins annuels. Cependant, l'Autorité n'a pas exclu que la délimitation du marché géographique puisse être, si ce n'est européenne, au moins supranationale. En effet, plusieurs éléments pourraient attester l'existence d'un marché plus vaste s'agissant de la farine en sachets. D'une part, des importations conséquentes de farine en sachets sont effectuées en France. D'autre part, des appels d'offres pour la farine en sachets sont lancés annuellement par certaines centrales d'achat, en particulier des enseignes du *hard discount*, sur une base européenne. Les fournisseurs sélectionnés par les enseignes du *hard discount* livrent leurs plates-formes situées dans différents États membres, comme la France, l'Allemagne ou l'Espagne.

Enfin, l'Autorité s'est appuyée sur le caractère national des marchés sur lesquels intervenaient les récipiendaires du service de fourniture d'informations météorologiques aux professionnels pour déduire la dimension nationale de ce service (**12-D-04**).

Dimension supranationale

Enfin, pour certains marchés, les offreurs se font concurrence sur une zone qui ne se limite pas aux frontières nationales mais peut s'étendre à l'Europe entière, voire au reste du monde.

Ainsi, l'Autorité a estimé que le marché des serveurs haut de gamme pour entreprises est à tout le moins européen, sans pour autant exclure qu'il puisse être mondial. Quant au marché des systèmes de gestion de bases de données relationnels, elle s'est appuyée sur la pratique décisionnelle de la Commission européenne

11. Un recours a été formé contre cette décision.

12. Un recours a été formé contre cette décision.

13. Un recours a été formé contre cette décision.

pour conclure à l'existence d'un marché géographique de dimension mondiale (**12-D-01**).

Sous l'angle du contrôle des concentrations, s'agissant du marché du sucre, l'Autorité avait maintenu, dans sa décision 10-DCC-51, une dimension nationale du marché, et ce malgré l'entrée en vigueur de la réforme de l'OCM sucre en 2006, l'intensification des échanges intracommunautaires n'ayant, à ce stade, pas été suffisamment significative. Dans sa décision **12-DCC-06**, elle a considéré que, si la dimension nationale du marché ne devait pas être remise en cause, il y avait lieu de tenir compte de la pression concurrentielle exercée par les producteurs situés aux frontières du nord et de l'est de la France compte tenu, d'une part, d'un accroissement des échanges entre pays excédentaires et pays déficitaires et, d'autre part, qu'il ne pouvait être exclu que les producteurs belges ou allemands, disposant de quotas excédentaires et situés aux frontières de la France, exercent une certaine pression concurrentielle sur le marché français.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure

Le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence

L'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*».

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits (T. Confl., 18 octobre 1999, n° 99 03.174, Aéroports de Paris) et par la Cour de cassation (Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Société Les Oliviers), l'Autorité de la concurrence peut sanctionner les personnes publiques, dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services. En revanche, les décisions par lesquelles ces dernières assurent la mission qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Les marchés publics et les délégations de service public

Dans la décision **12-D-03**, l'Autorité a rappelé que, lorsqu'elles déposent des offres en réponse à un appel d'offres public, les entreprises exercent une activité, qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par l'Autorité et les juridictions qui la contrôlent. Elle a précisé que l'Autorité est ainsi compétente dès lors que les actes en cause ne constituent pas des actes administratifs, ne concernent pas

la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'implique aucune appréciation de la validité des actes administratifs.

Dans la décision **12-D-13**, l'Autorité a considéré que les décisions par lesquelles le ministre de l'Économie a attribué des lots de centres de contrôle des véhicules lourds à des réseaux agréés qui se sont portés candidats à la suite d'un avis d'appel public à la concurrence ne sont pas des actes détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, mais, au contraire, des actes administratifs, pour le contrôle desquels le juge administratif s'est déjà expressément reconnu compétent, excluant ainsi la compétence de l'Autorité.

Dans la même décision, l'Autorité a également décliné sa compétence pour connaître de la légalité de l'attribution d'agréments à de nouveaux centres de contrôle, postérieurement à la vente des centres des directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement, s'agissant d'actes administratifs – les agréments des installations des centres de contrôle – délivrés par le préfet du département où est implanté le centre, sur le fondement de l'article R. 323-14 du Code de la route.

Enfin, l'Autorité a considéré qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur les allégations des entreprises saisissantes relatives au fonctionnement du comité français d'accréditation ou aux modalités d'accréditation des centres de contrôle, s'agissant d'actes réglementaires pris par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique dont il appartenait aux parties saisissantes, si elles s'y croyaient fondées, de saisir le juge administratif.

Le secteur de la santé

Dans la décision **12-D-03**, l'Autorité a rappelé que, si l'activité professionnelle libérale de soins médicaux a un caractère spécifique en ce que le choix du patient est dicté par des considérations personnelles où l'aspect financier n'est pas nécessairement prioritaire, elle n'est pas pour autant exclue du champ d'application du droit de la concurrence dès lors qu'elle s'analyse comme une activité de service, permettant la rencontre, moyennant paiement, d'une demande de la part des malades et d'une offre de la part des médecins.

Dans le cas d'espèce, l'activité en cause était relative au traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse exercée par l'AURAL, établissement de santé relevant du secteur privé associatif. L'Autorité a relevé que cet établissement exerçait une activité de services permettant la rencontre d'une demande de la part des malades souffrant d'insuffisance rénale chronique et de l'offre de soins qu'il propose.

La production et commercialisation de produits agricoles

Dans une décision **12-D-08**¹⁴, l'Autorité a reconnu sa compétence pour apprécier la licéité des pratiques d'entente mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives au regard des règles de concurrence,

¹⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

en tenant compte du cadre juridique lié notamment à la réglementation relative à l'organisation commune des marchés (« OCM ») dans le secteur fruits et légumes.

Concernant l'applicabilité de l'article 101 du TFUE, l'Autorité a rappelé que la compétence exclusive confiée à la Commission européenne par l'article 176, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1234/2007 (dit « règlement OCM unique ») pour constater, par voie de décision, quels sont les accords et pratiques « *nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du Traité* [devenu article 39 TFUE] », ne remet pas en cause l'obligation pour les autorités nationales d'appliquer l'article 101 du TFUE à des affaires dans lesquelles l'exemption au titre de l'article 2 du règlement n° 1184/2006 – qui peut être invoquée lorsque les accords en cause sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC – n'a été ni demandée ni accordée, et ne paraît par ailleurs pas opérante. L'Autorité a précisé que, pour que les accords en cause puissent bénéficier de cette disposition, la jurisprudence de l'Union impose un standard élevé, l'ensemble des objectifs énoncés à l'article 39 du TFUE devant être remplis cumulativement, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Concernant l'applicabilité des règles internes de droit de la concurrence, l'Autorité a rappelé que sont interdits, y compris dans le cadre des activités agricoles, les accords sur les prix faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, sous deux réserves : les exemptions prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce, d'une part, et les dispositions applicables aux accords interprofessionnels définissant des contrats-types intégrant des clauses relatives aux modalités de détermination des prix pour lesquels l'Autorité doit être obligatoirement saisie pour avis en vertu de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche maritime, d'autre part.

L'affectation du commerce intra-Union européenne

Les règles de concurrence de l'Union européenne (articles 101 et 102 du TFUE) sont applicables, parallèlement aux règles prévues par le droit interne (Code de commerce), si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les pratiques en cause. Ainsi, s'agissant des ententes, l'article 81 du Traité CE, devenu article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du Traité de Lisbonne, dispose que « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ». S'agissant des abus de position dominante, l'article 82 du Traité CE, devenu article 102 du TFUE, dispose qu'« *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* ».

Se fondant sur le Traité, la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité (devenus

101 et 102 TFUE) (JO 2004 C 101, p. 81), l'Autorité de la concurrence apprécie plusieurs éléments pour déterminer si cette condition d'application du droit de l'Union est remplie :

- S'il existe un commerce entre États membres¹⁵.

Sur ce point, l'Autorité rappelle que la notion de commerce englobe non seulement les échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services¹⁶, mais aussi, plus largement, toute activité économique et, en particulier, les cas où les accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. En particulier, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur du marché unique en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles de concurrence européennes¹⁷.

- Si les pratiques reprochées sont susceptibles d'affecter actuellement ou potentiellement, directement ou indirectement, le commerce entre États membres¹⁸.

L'Autorité a rappelé à cet égard que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour de cassation, les termes « *susceptible d'affecter* » énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce entre États membres (**12-D-08¹⁹, 12-D-24²⁰**).

- Si cette possible affectation a un caractère sensible.

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07) et à la jurisprudence des juridictions de l'Union, l'Autorité a rappelé que des ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres et qu'il existe une forte présomption que ce type de pratiques soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges entre États membres (**12-D-08, 12-D-09²¹, 12-D-10²², 12-D-16, 12-D-18²³, 12-D-23²⁴, 12-D-24**).

L'Autorité a également rappelé, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour de cassation, que, dans le cas où les pratiques anticoncurrentielles sont commises sur une partie seulement d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels les

15. Voir décision 08-D-30 confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

16. Voir point 19 des lignes directrices.

17. Voir point 20 des lignes directrices.

18. Voir décision 08-D-30 confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

19. Un recours a été formé contre cette décision.

20. Un recours a été formé contre cette décision.

21. Un recours a été formé contre cette décision.

22. Un recours a été formé contre cette décision.

23. Un recours a été formé contre cette décision.

24. Un recours a été formé contre cette décision.

principaux sont la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position des entreprises en cause. L'examen du volume des ventes global concerné par rapport au volume national ne constitue qu'un élément parmi d'autres pouvant être pris en compte au titre de cette analyse (**12-D-08²⁵, 12-D-09²⁶**).

En 2012, l'Autorité a fait application du droit de l'Union à de nombreuses reprises, concernant tant des ententes (**12-D-08, 12-D-09, 12-D-10²⁷, 12-D-23²⁸**) que des abus de position dominante (**12-D-01, 12-D-24²⁹, 12-D-25³⁰**).

Dans la décision **12-D-01**, l'Autorité a considéré que des pratiques reprochées à la société Oracle, initiées aux États-Unis, étaient susceptibles d'affecter sensiblement des produits commercialisés dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Elle a notamment relevé, d'une part, que tant les serveurs de l'entreprise que les systèmes de bases de données relationnels sont caractérisés par de faibles coûts de transport, ce qui permet de faciliter les flux d'échanges entre États membres et, d'autre part, que la société Oracle est une entreprise multinationale ayant des filiales établies dans de nombreux États membres de l'Union européenne, dont le chiffre d'affaires est important.

Dans la décision **12-D-08**, l'Autorité a considéré que le commerce entre États membres était susceptible d'être affecté de manière sensible par des pratiques d'entente d'ampleur nationale mises en œuvre par plusieurs organismes de producteurs et associations dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives. L'Autorité a relevé, en premier lieu, que les volumes d'échange d'envides de France à destination d'autre États membres sont significatifs et attestent l'existence d'échanges entre États membres. Elle a relevé, en deuxième lieu, que les pratiques en cause couvraient plus de 95 % de la production nationale d'envides, et s'étendaient à l'ensemble du territoire français ainsi qu'à certains États membres limitrophes. Elle a considéré, en dernier lieu, que, compte tenu du territoire concerné et des acteurs impliqués, les pratiques en cause étaient de nature à affecter les échanges de manière sensible.

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a considéré qu'une pratique d'entente secrète visant à limiter les importations réciproques de farine en sachets, de tous types et concernant tous canaux de distribution entre la France et l'Allemagne, est, par sa nature et son objectif mêmes, susceptible d'affecter les échanges entre États membres. L'Autorité a souligné que cette affectation était en l'occurrence sensible, dans la mesure où les pratiques concernaient l'ensemble des marchés français et allemand de la farine en sachets et où les entreprises qui y avaient participé représentaient une partie substantielle de l'offre sur chacun d'entre eux.

Dans la même décision, l'Autorité a considéré que des pratiques de fixation des prix de revente, de répartition des clients et des marchés concernant la vente

25. Un recours a été formé contre cette décision.

26. Un recours a été formé contre cette décision.

27. Un recours a été formé contre cette décision.

28. Un recours a été formé contre cette décision.

29. Un recours a été formé contre cette décision.

30. Un recours a été formé contre cette décision.

de farine en sachets s'appuyant sur des entreprises de commercialisation communes qui opèrent sur l'ensemble du territoire français, voire sur certains autres États membres limitrophes, sont susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. L'Autorité a souligné que cette affectation était là encore sensible dans la mesure où les entreprises en cause représentaient, à l'époque des faits, une part très substantielle de la production de farine en sachets en France.

Dans la décision **12-D-10**³¹, l'Autorité a conclu que les pratiques en cause, qui consistaient en des accords verticaux conclus dans le cadre de systèmes de distribution exclusive portant notamment sur la liberté tarifaire des distributeurs d'aliments pour chiens et pour chats, et leur capacité à se livrer à des ventes passives, étaient susceptibles d'affecter les échanges entre États membres de manière sensible. Elle a retenu, à cet égard, que les pratiques avaient été mises en œuvre par les principaux opérateurs du secteur et couvraient l'ensemble du territoire national. Afin d'apprécier le caractère sensible de cette affectation, l'Autorité s'est fondée sur la circonstance que les trois fabricants concernés par les pratiques représentaient ensemble, à l'époque des faits, la majeure partie de l'offre d'aliments pour chiens et chats sur le marché français.

Dans la décision **12-D-16**, l'Autorité a accepté les engagements pris par la société Presstalis afin de répondre à des préoccupations de concurrence relatives à l'existence d'une éventuelle situation de dépendance économique des dépositaires de presse à son égard. L'Autorité a considéré que les éventuelles pratiques en cause étaient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres dans la mesure où Presstalis est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la presse au numéro, de dimension nationale. Elle a précisé que les stipulations contractuelles en cause comportaient certaines ambiguïtés de nature à dissuader les dépositaires indépendants vis-à-vis des messageries sur le marché de la distribution de la presse et les marchés connexes de la cession des dépôts, et qu'il ne pouvait par ailleurs être exclu que Presstalis ait le moyen de favoriser ses propres dépôts, voire d'interdire l'accès au marché des concurrents.

Dans la décision **12-D-18**³², l'Autorité a accepté les engagements pris par la société France Télécom afin de répondre aux préoccupations de concurrence relatives à l'existence d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire dénoncées par un concurrent concernant les prestations d'accès aux abonnés d'Orange dans le cadre des contrats liés avec des PSI. L'Autorité a considéré que ces pratiques étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres dans la mesure où, d'une part, elles couvraient l'ensemble du territoire français – partie substantielle du marché commun – et, d'autre part, les entreprises susceptibles d'être lésées étaient d'envergure européenne. Quant au caractère sensible de cette affectation, l'Autorité a relevé, en s'appuyant sur le point 96 des lignes directrices de la Commission européenne précitées, qu'une pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national, comme en l'espèce, était à considérer comme affectant sensiblement le commerce.

31. Un recours a été formé contre cette décision.

32. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **12-D-23**³³, l'Autorité a conclu que les pratiques en cause – qui consistaient en une interdiction absolue de vente par Internet imposée aux membres du réseau de distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema de la société Bang & Olufsen – étaient susceptibles d'affecter les échanges entre États membres de manière sensible. En premier lieu, elle a relevé que plusieurs des distributeurs agréés sont implantés dans des départements frontaliers avec l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et l'Italie. En deuxième lieu, à la lumière des lignes directrices de 2000 de la Commission européenne sur les restrictions verticales (communication n° 2000/C 291/01) et de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama, n° 2006/17900), l'Autorité a souligné que la pratique en cause concernait la vente par Internet, qui constitue une modalité de commerce par nature propice au commerce transfrontalier. Enfin, cette pratique affectait le commerce de manière sensible eu égard à la position importante qu'occupe l'entreprise sur le secteur concerné.

Dans la décision **12-D-24**³⁴, l'Autorité a conclu que les pratiques en cause, qui consistaient en des pratiques tarifaires abusives (ciseau et différenciation tarifaires) sur le marché de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres de manière sensible. Après avoir rappelé que la Commission européenne avait elle-même déjà conclu à une telle affectation sensible dans plusieurs affaires relatives à des pratiques aux effets similaires mises en œuvre par des opérateurs de télécommunications dominants sur le territoire d'un seul État membre (voir le paragraphe 330), l'Autorité a constaté que les services en cause faisaient l'objet d'échanges entre États membres, que les pratiques étaient susceptibles d'entraver l'entrée ou l'expansion d'acteurs sur le marché national qui constituait une partie substantielle du marché commun et enfin que les entreprises susceptibles d'être lésées étaient d'envergure au moins européenne. Elle a, à cet égard, relevé qu'elles avaient été mises en œuvre par deux des plus importants opérateurs de téléphone mobile de détail en France.

Dans la décision **12-D-25**³⁵, l'Autorité a conclu que les pratiques abusives mises en œuvre sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif et sur les marchés des cours de marchandises étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Elle a premièrement relevé l'existence d'échanges entre États membres portant sur les services de fret ferroviaire notamment depuis l'ouverture à la concurrence de ces services en janvier 2006. Elle a également considéré que ces pratiques étaient susceptibles d'affecter les échanges eu égard à leur dimension nationale ; le caractère sensible de cette affectation sur le marché du transport ferroviaire de marchandise par train massif résultait notamment de la part de marché très importante détenue par la SNCF au niveau national. En outre, l'Autorité a souligné les effets potentiels de ces pratiques, qui étaient susceptibles de renforcer le cloisonnement du marché français du fret ferroviaire en

33. Un recours a été formé contre cette décision.

34. Un recours a été formé contre cette décision.

35. Un recours a été formé contre cette décision.

empêchant ou entravant l'entrée ou le développement d'entreprises concurrentes, notamment originaires d'autres États membres.

La 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* ».

L'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 que : « *L'Autorité ne peut être saisie 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*. »

L'alinéa 3 du même article dispose que, « *toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci* ».

Les pratiques continues

Dans la décision **12-D-08**³⁶, l'Autorité a rappelé que, dans le cas d'une infraction continue, le délai de prescription ne commence à courir qu'au jour où l'infraction a pris fin.

En l'espèce, l'Autorité a écarté la prescription décennale des faits reprochés, prévue à l'article L. 462-7, alinéa 3 du Code de commerce, dans la mesure où, notamment, certaines des pratiques en cause avaient toujours cours au jour où l'Autorité a été conduite à statuer.

Le régime de prescription applicable au défaut de notification d'une opération de concentration réalisée

Dans la décision **12-D-12**, l'Autorité a considéré qu'en l'absence de dispositions expresses portant sur l'existence d'une prescription spécifiquement applicable aux faits visés par le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce, qui ne pouvaient pas pour autant être considérés comme imprescriptibles, il convenait d'appliquer le régime de la prescription quinquennale prévue par le I de l'article L. 462-7 du Code de commerce. L'Autorité est parvenue à cette conclusion en relevant que cette disposition avait été codifiée dans le titre relatif à « *l'Autorité de la concurrence* », et non dans celui propre au seul contrôle des pratiques anticoncurrentielles, et que son libellé ne contenait aucun élément dont il devrait être déduit qu'il se limite aux seuls faits appréhendés au regard des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Enfin, l'Autorité a considéré qu'en présence d'un défaut de notification, la prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle.

³⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

Le déroulement de la procédure

La procédure suivie devant l'Autorité

Selon une jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence – qui est saisie *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas liée 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 elle a procédé à la suite de sa saisine et qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées ; elle peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine (voir arrêts CA Paris 22 février 2005, société JCDecaux, 30 janvier 2007, Le Foll TP, et 26 janvier 2012, Beauté Prestige International).

Dans la décision **12-D-10**³⁷, l'Autorité a rappelé ces principes pour constater que, contrairement à ce qui était soutenu, elle pouvait examiner des pratiques mises en œuvre par l'une des entreprises mises en cause sur les marchés de la vente d'aliments pour chiens et chats dans les circuits spécialisés, alors même que cette entreprise n'était pas explicitement visée par la saisine, dès lors que ces pratiques figuraient dans la notification des griefs.

L'examen de la recevabilité des mesures conservatoires

L'article R. 464-1 du Code de commerce 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 de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ».

L'instruction

La notification des griefs

Dans la décision **12-D-08**³⁸, l'Autorité a écarté les moyens par lesquels les organisations de producteurs mises en cause soutenaient que le grief qui leur a été notifié était imprécis concernant leur qualité exacte, les décisions qu'elles ont prises à l'origine de l'entente et les réunions auxquelles elles ont participé, ce qui ne leur aurait pas permis de connaître l'étendue exacte de leur participation à l'entente. L'Autorité a également écarté les arguments selon lesquels elle aurait eu recours à la notion d'*«infraction complexe et continue»* dans le seul dessein de masquer l'imprécision du grief. L'Autorité a rappelé que la notification des griefs constitue un document synthétique décrivant les faits reprochés, leur qualification juridique et leur imputabilité aux entreprises destinataires. Elle a considéré, en l'espèce, que la notification des griefs était sans équivoque sur les éléments de preuve établissant l'existence des pratiques en cause, la qualité de leurs auteurs

37. Un recours a été formé contre cette décision.

38. Un recours a été formé contre cette décision.

et la nature des pratiques, et qu'elle était dès lors suffisamment précise pour permettre aux entreprises mises en cause de se défendre, ce qu'elles ont d'ailleurs fait sur chacun des griefs.

La notification du rapport à un liquidateur judiciaire

Dans la décision **12-D-08**³⁹, l'Autorité a rejeté les critiques de l'une des organisations de producteurs mises en cause qui soutenait que son liquidateur judiciaire n'avait pas été destinataire du rapport. L'Autorité a relevé que l'entreprise concernée avait omis de faire part à l'Autorité de sa mise en liquidation, laquelle était intervenue avant que la rapporteuse adresse son rapport. Or, les entreprises destinataires des griefs sont tenues, en vertu de l'article L. 463-4 du Code de commerce, sous peine d'irrecevabilité, de signaler sans délai au rapporteur chargé du dossier, à tout moment de la procédure d'investigation, toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs peuvent lui être imputés.

Les droits de la défense

La durée de la procédure

L'Autorité de la concurrence rappelle fréquemment que le caractère raisonnable ou non de la durée d'une procédure doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure et que cette appréciation doit être faite en se référant à la durée de l'ensemble de la procédure, qui comprend également la phase non contradictoire pendant laquelle sont mis en œuvre les pouvoirs d'enquête, préalablement à la notification de griefs et donc à l'ouverture de la procédure d'instruction visée à l'article L. 463-1 du Code de commerce (voir Cass. com., 23 novembre 2010, n°09-72.031, Beauté Prestige International).

Par ailleurs, 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 dommage 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 *in concreto* (en ce sens, notamment, CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort SAS et CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied (NFVG)). Dans son arrêt du 23 novembre 2010 précité, la Cour de cassation a exigé que soit démontrée par les parties une «*atteinte personnelle, effective et irrémédiable*» à leur droit de se défendre. La charge de la preuve d'une telle atteinte aux droits de la défense repose donc sur les parties en cause.

Dans la décision **12-D-08**, l'Autorité a écarté les allégations par lesquelles certaines des entreprises mises en cause se bornaient à affirmer que la durée de la procédure avait été excessive, sans invoquer de circonstances précises de nature à

³⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

montrer concrètement en quoi il aurait été porté une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à leurs droits de la défense ou en quoi cette longueur excessive aurait entraîné la déperdition des preuves bien définies qui leur auraient permis de renverser les charges pesant sur elles.

Par ailleurs, l'Autorité a rappelé que, contrairement à ce que soutenaient les mises en cause, la date de début de la procédure à prendre en considération était celle ouvrant la procédure conduite par l'Autorité elle-même et non la phase préliminaire de réunion d'indices, conduite par les agents de la DGCCRF dans le cadre de leur mission de surveillance des marchés. L'Autorité en a déduit que la durée de la procédure, limitée à un peu plus de trois ans, n'apparaissait pas déraisonnable en l'espèce eu égard à l'ensemble des comportements en cause, à leur durée et au nombre d'entreprises et d'associations impliquées dans leur mise en œuvre.

L'Autorité a également rejeté l'argument des mises en cause tiré de l'impossibilité matérielle d'assurer leurs droits de la défense dans des conditions équitables en raison de l'ancienneté des faits. Elle a ainsi rejeté les allégations des requérantes selon lesquelles, d'une part, plusieurs de leurs responsables avaient changé au cours de la période en cause et, d'autre part, elles n'avaient pas conservé tous les éléments de preuve relatifs à la période couverte par l'infraction en cause, les intéressées n'expliquant pas en quoi, concrètement, ces circonstances les empêchaient de se défendre utilement. À cet égard, elle a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris selon laquelle un tel argument n'est pas recevable dès lors que le mis en cause « *ne justifie daucune circonstance concrète rendant alors impossible l'audition du personnel ayant quitté l'entreprise; [il] ne donne aucune précision sur la teneur et la portée des propos que ces personnes étaient susceptibles de tenir pour lui permettre d'exercer utilement ses droits de défense* » (voir en ce sens l'arrêt Beauté Prestige International précité).

L'accès au dossier

Sur les pièces soumises au contradictoire

Dans la décision **12-D-08**⁴⁰, l'Autorité a écarté la critique d'une des sociétés mises en cause qui s'était plainte, en séance, de ne pas avoir été destinataire de certaines preuves documentaires évoquées par la rapporteure lors de la séance. L'Autorité a relevé que la société mise en cause avait été destinataire tant de la notification des griefs que du rapport, mais n'avait fait usage de la faculté qui lui était donnée de répondre qu'au stade du rapport. Elle a également constaté que la procédure d'instruction s'était appuyée uniquement sur des pièces figurant au dossier, lesquelles avaient été portées à la connaissance des parties. Celles-ci avaient par conséquent eu l'opportunité de s'exprimer sur ces pièces contradictoirement et de faire valoir leurs droits de la défense. C'est sur le fondement de ces seules pièces que l'Autorité a statué.

40. Un recours a été formé contre cette décision.

Sur les modalités de consultation du dossier

Dans une décision **12-D-09**⁴¹, l'Autorité a écarté les allégations des sociétés mises en cause selon lesquelles leurs droits de la défense n'auraient pas été garantis en raison de difficultés particulières relatives à l'accès au dossier. Les entreprises soutenaient, en premier lieu, que l'envoi du dossier, au format CD-Rom annexé à la notification des griefs, était incomplet. Ce n'était qu'à leur demande que l'accès complet à l'ensemble du dossier, par envois successifs, leur aurait été donné. L'Autorité a rappelé qu'il est de jurisprudence constante que le droit d'accès au dossier est respecté dès lors que les parties ont pu user des facultés conférées par l'article L. 463-2 du Code de commerce et que celles-ci ont été mentionnées dans les courriers d'accompagnement de la notification des griefs et du rapport (arrêt CA Paris, 24 janvier 2006, Ordre des avocats du barreau de Marseille). S'agissant plus particulièrement des difficultés d'accès à certaines pièces résultant de la transmission du dossier sous forme de CD-Rom, l'Autorité a précisé que, conformément à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la transmission du dossier sous forme électronique au stade de la notification des griefs ne constitue qu'une faculté supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent la possibilité de venir consulter le dossier dans les locaux de l'Autorité et ne peut ainsi, en tout état de cause, pas caractériser par elle-même une atteinte au droit d'accès au dossier.

Dans la même décision, l'Autorité a rappelé que la seule circonstance de l'abondance de pièces compte tenu du nombre important d'entreprises mises en cause ne constitue pas, en tant que telle, une circonstance exceptionnelle justifiant l'octroi aux parties d'un délai supplémentaire pour consulter le dossier et produire leurs observations.

Sur l'absence de cotation de certaines pièces figurant au dossier

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a rappelé que, à la différence de l'obligation qui pèse sur le juge pénal, aucune disposition ne lui impose de procéder à une cotation systématique des pièces qui figurent dans le dossier. Elle en a déduit que l'absence de cotation des pièces en cause n'était pas de nature à avoir porté atteinte aux droits de la défense des parties ni à avoir obéré la validité desdites pièces.

Sur la question de la langue employée dans certaines pièces du dossier

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entente entre meuniers allemands et français visant à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne, d'une part, et deux ententes entre meuniers français visant à fixer le prix, à limiter la production et à répartir la clientèle d'acheteurs de farine en sachets, d'autre part. L'Autorité s'est notamment appuyée, pour établir l'existence de la première pratique, sur des pièces saisies par les agents du Bundeskartellamt, lors d'opérations de visites et saisies réalisées en Allemagne.

⁴¹. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité a rejeté les allégations de certaines des entreprises mises en cause relatives à la violation de leurs droits de la défense résultant de la présence au dossier de pièces en langue allemande, non accompagnées de traductions, versées après l'envoi de la notification des griefs. Il était soutenu que l'absence de traduction ne leur avait pas permis d'exercer leurs droits de la défense, en violation de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CESDH ») et de l'article 26 du règlement intérieur de l'Autorité.

Concernant les pièces en cause, l'Autorité a souligné qu'il ressort de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qu'il n'est pas exigé que l'ensemble des pièces versées au dossier de l'Autorité soit accompagné d'une traduction tant que les parties y ont accès dans les conditions prévues par la loi. En l'espèce, l'Autorité a considéré qu'il n'avait pas été porté atteinte aux droits de la défense des parties dans la mesure où les seules pièces en allemand figurant au dossier non accompagnées de traductions ou de résumés en français étaient issues de la demande de clémence et ne venaient pas au soutien de la démonstration des griefs par les rapporteurs. Elle a ajouté que les pièces en allemand communiquées par le Bundeskartellamt (procès-verbaux d'auditions de meuniers allemands), qui, elles, venaient en revanche au soutien des analyses avancées dans la notification des griefs ou dans le rapport, étaient accompagnées de résumés en français ou traduites *in extenso* en français.

L'Autorité a également rejeté les allégations par lesquelles deux des entreprises mises en cause, dont le siège social était situé en Allemagne, soutenaient que leurs droits de la défense avaient été violés dès lors que la notification des griefs leur avait été adressée uniquement en français.

L'Autorité a considéré que, dans la mesure où la décision n'intervenait pas au terme d'une procédure pénale proprement dite et ne visait pas des personnes physiques, mais des personnes morales disposant en règle générale de ressources plus importantes pour assurer leur défense, elle ne méconnaissait pas les exigences de l'article 6, paragraphe 3, alinéa a) de la CESDH dès lors qu'elle s'était assurée que les parties possédaient suffisamment le français pour saisir la portée des accusations formulées contre elles, ce qui était le cas en l'espèce.

L'Autorité a ainsi relevé que toutes les entreprises concernées s'étaient vu adresser une notification des griefs faisant état, de façon détaillée, des reproches que les services d'instruction formulaient à leur encontre au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce, ainsi que de l'article 101 du TFUE. Elle a également souligné que toutes les entreprises allemandes en cause avaient répondu à la notification des griefs et au rapport, en formulant parfois des observations très abondantes, témoignant de leur compréhension des reproches émis à leur encontre, sous le timbre d'un conseil qui les avait assistées dans leur rédaction. En outre, l'Autorité a relevé que toutes les entreprises concernées avaient été représentées par un conseil et accompagnées d'interprètes pour certaines d'entre elles, lors de la séance au cours de laquelle elles avaient fait part au collège de leurs observations sur les griefs qui leur avaient été notifiés.

Enfin, l'Autorité a rappelé qu'en l'espèce le délai imparti aux entreprises concernées pour répondre à la notification des griefs avait été prorogé précisément pour leur permettre d'effectuer des travaux de traduction de certaines pièces si elles le jugeaient pertinent.

Sur le versement de nouvelles pièces après la notification des griefs

Dans la décision **12-D-09**⁴², l'Autorité a considéré qu'aucune violation des droits de la défense ne résultait du versement de nouvelles pièces au dossier après la notification des griefs. L'Autorité a rappelé que si la phase contradictoire de la procédure prévue par l'article L. 463-1 du Code de commerce s'ouvre avec l'envoi de la notification des griefs, cela ne préjuge en rien de la possibilité pour les services d'instruction de verser de nouvelles pièces au dossier, postérieurement à cet envoi. S'agissant de pièces soumises par les services d'instruction aux parties postérieurement à une première notification des griefs, la cour d'appel de Paris a également jugé que leur versement au dossier ne contrevient pas aux droits de la défense si toutes les parties intéressées ont été en mesure de consulter le dossier et de présenter leurs observations à ce sujet. En l'espèce, le Bundeskartellamt a transmis à l'Autorité, en vertu de l'article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, des pièces saisies en Allemagne. L'Autorité a relevé que ces pièces n'incriminaient aucune nouvelle pratique, et ne venaient pas modifier les griefs en eux-mêmes. Par ailleurs ces pièces avaient été portées à la connaissance des parties en temps utile, celles-ci ayant disposé du délai de deux mois pour présenter des observations à leur sujet, conformément aux dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Sur l'utilisation de pièces transmises par une autre autorité nationale de la concurrence membre du réseau européen

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a rejeté les allégations selon lesquelles les pièces transmises par le Bundeskartellamt l'avaient été en contravention avec les principes indiqués au point 28 de la communication n° 2004/C 101/03 de la Commission européenne du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence. L'Autorité a en effet relevé qu'une communication portant sur une question de procédure n'est pas contraignante pour les autorités compétentes des États membres, comme l'a relevé la Cour de justice s'agissant de la communication sur le Réseau (CJUE, 14 septembre 2011, Pfleiderer/Bundeskartellamt, C-360/09, non encore publié au recueil, point 21). Elle en a déduit que c'est au regard des seules exigences posées par l'article 12 du règlement n° 1/2003 que devait s'apprécier la possibilité pour l'Autorité d'utiliser comme éléments de preuve les pièces communiquées par le Bundeskartellamt. En vertu de cette disposition, l'Autorité est en mesure d'utiliser tout élément de droit ou de fait – y compris des informations confidentielles – communiqué par une autorité de concurrence d'un autre État membre comme élément de preuve, en particulier pour fonder un constat d'infraction. L'Autorité a rappelé que les deux conditions

42. Un recours a été formé contre cette décision.

posées par cette disposition étaient remplies en l'espèce : les règles de concurrence de l'Union (article 101 ou 102 du TFUE) étaient applicables, d'une part, et les éléments de droit ou de fait utilisés par l'Autorité avaient bien le même objet que celui pour lequel ils avaient été collectés par le Bundeskartellamt, d'autre part.

Sur la nécessité pour les services d'instruction d'auditionner les entreprises mises en cause

Dans la décision **12-D-09**⁴³, l'Autorité a rejeté les arguments par lesquels certains des meuniers allemands mis en cause soutenaient que la circonstance qu'ils n'aient pas été entendus dans le cadre d'auditions lors de l'instruction constituait une atteinte à leurs droits de la défense ainsi qu'au principe du contradictoire. L'Autorité a rappelé que 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 et que l'absence d'audition d'entreprises mises en cause au cours de l'instruction, avant ou après l'envoi de la notification des griefs, n'entache pas d'irrégularité la procédure devant l'Autorité.

Dans une décision **12-D-11**⁴⁴, l'Autorité a de nouveau rappelé le principe selon lequel l'opportunité de procéder à l'audition de personnes intéressées est laissée à l'appréciation du rapporteur, précisant que ce principe s'applique invariablement, que l'Autorité rende une décision de sanction ou de non-lieu.

Le principe d'impartialité, de loyauté et l'instruction à charge et à décharge

Dans une décision **12-D-11**, l'Autorité a rejeté les critiques de la société saisisante qui alléguait que l'instruction avait été partielle, le rapporteur s'étant abstenu de prendre en compte des éléments à décharge. Elle a rappelé qu'il ressort de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris que l'appréciation de la partialité de l'instruction ne saurait résulter de la seule circonstance que le rapporteur n'a pas tenu compte, dans sa notification des griefs, d'éléments qui, selon les parties, viendraient au soutien de leur défense dès lors que les intéressées ont pu, comme en l'espèce, en faire état dans la discussion sur le bien-fondé des griefs en présentant toutes les observations et toutes les pièces qui leur paraissaient utiles à leur défense.

Le secret des affaires

Dans la décision **12-D-09**, l'Autorité a écarté l'argumentation de certaines entreprises mises en cause qui soutenaient que les décisions ordonnant le déclassement de certaines pièces classées en annexes confidentielles étaient irrégulières, ce qui devait entraîner la nullité de la procédure.

L'Autorité a aussi rappelé qu'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 – sauf s'il en résulte une atteinte irrémédiable et concrète aux droits

43. Un recours a été formé contre cette décision.

44. Un recours a été formé contre cette décision.

de la défense, la charge de la preuve appartenant à l'entreprise qui s'en plaint – mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice dans le cas où la communication de tels documents aurait créé un préjudice direct et certain aux entreprises.

En l'espèce, l'Autorité a constaté qu'au vu des documents produits, l'absence de déclassement des éléments en cause, par ailleurs couverts par l'engagement de confidentialité toujours en vigueur, aurait conduit à vider le débat contradictoire d'une grande partie de sa substance ; ainsi a-t-elle finalement estimé que les décisions de déclassement étaient proportionnées aux nécessités de l'instruction et que, en tout état de cause, les parties n'exposaient nullement en quoi la violation alléguée du secret des affaires aurait porté atteinte à leurs droits de la défense.

Les ententes

Les concours de volontés

Ainsi que l'écrivait la Commission de la concurrence, dans son rapport annuel pour 1980 (p. 223) : « *Toutes les ententes supposent un concours de volonté, quelle que soit la forme de cet accord [...] ; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination*

⁴⁵.

Deux éléments sont donc nécessaires pour démontrer l'existence d'une entente :

- l'existence de volontés indépendantes est un préalable nécessaire, ce qui recouvre l'indépendance des volontés entre elles et de chaque volonté prise isolément ;
- l'existence d'un concours de volontés.

L'existence de volontés indépendantes

- le concours de volontés suppose l'existence d'au moins deux volontés ;
- il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* » ;
- il doit avoir été librement consenti.

Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, émanant d’«entreprises»

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie en droit interne. En effet, alors que l'article 101 du TFUE (anciennement article 81 CE) vise expressément les « *accords entre entreprises* », l'article L. 420-1 du Code de commerce ne précise pas entre quelles parties se noue l'action concertée, la convention, l'entente expresse ou tacite ou la coalition.

Le sujet du droit de la concurrence est cependant, en droit interne aussi bien qu'en droit de l'Union, l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique ; elle n'est pas juridique. La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90), la définit ainsi : « [...] toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de

⁴⁵. Soulignement ajouté.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

cette entreprise et de son mode de financement». Or, «constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné [...]» (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36) ou encore toute «activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques» (Commission, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE, 20 juillet 1999).

Afin de caractériser la participation à l'entente des organismes et entreprises mis en cause, il a été fait application du standard de preuve déjà rappelé concernant les concertations se déroulant au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle⁴⁶. La participation à une seule réunion tenue dans un tel cadre est insuffisante pour démontrer l'adhésion d'une entreprise à l'entente, cette adhésion étant en revanche démontrée, notamment, si l'entreprise en cause donne son accord exprès à l'entente de prix, si elle diffuse des consignes arrêtées lors de la réunion ou encore si elle participe à une autre réunion ayant le même objet anticoncurrentiel. Tel était notamment le cas des organisations de production qui avaient participé à au moins deux réunions à caractère anticoncurrentiel des organismes collectifs auxquels elles appartenaient et appliqué les décisions prises au cours de ces réunions.

Le concours de volontés suppose que les participants soient au moins deux, juridiquement distincts et économiquement indépendants l'un de l'autre

Ainsi que le soulignait encore la Commission de la concurrence, dans son rapport pour 1984 (p. 11) : «Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres.»

Les décisions des organismes collectifs (syndicats, ordres professionnels, groupements...), qui se présentent comme des décisions unilatérales, sont en réalité des décisions qui émanent du concours de volontés de leurs membres (a).

Par ailleurs, les entreprises faisant partie d'un même groupe (b) ou les entreprises liées par un contrat d'agence ne sont pas économiquement et juridiquement indépendantes⁴⁷. Leurs accords ne sont donc pas issus de la rencontre de volontés indépendantes et ne peuvent relever du droit des ententes.

De même, lorsque les parties sont liées par des relations contractuelles impliquant certains liens de subordination d'une partie par rapport à l'autre, leurs accords ne relèvent pas du droit des ententes.

Le rôle des organisations et associations professionnelles

Certaines actions, en apparence unilatérales, révèlent, en réalité, une entente. Tel est le cas des pratiques commises par les syndicats, les groupements ou les ordres professionnels.

46. Décision 07-D-48, confirmée par CA Paris, 25 février 2009, société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations SAS, et Cass. Com., 7 avril 2010, n° C09-13.838.

47. En ce sens, ces entreprises (au sens commercial du mot) constituent une seule entreprise, une seule entité économique, au sens du droit de la concurrence.

Bien qu'émanant en apparence d'une seule personne morale et revêtant un caractère d'unilatéralité, les pratiques mises en œuvre par des syndicats, des ordres professionnels ou associations sont considérées comme constituant en réalité des concours de volontés entre leurs membres, comme le rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens) : « *un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et [...] une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, entre ses membres* ».

En droit de l'Union, ces entités sont qualifiées d'« *associations d'entreprises* » et elles constituent, au côté des « *accords* » et des « *pratiques concertées* », l'une des trois formes que peut revêtir le concours de volontés, selon l'article 81 du Traité CE (article 101 TFUE).

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et adoptent un comportement anticoncurrentiel, ces organismes accomplissent des actes d'ententes.

Par exemple, lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation inexacte de la législation applicable à son activité économique, de nature à exclure certains opérateurs du marché concerné, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce et se rend responsable d'une entente anticoncurrentielle.

Les accords intragroupes

Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (voir, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 140).

L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence. Les accords intragroupes entre une maison mère et sa filiale ne relèveront donc du droit des ententes que si la filiale est autonome.

Toutefois, ce principe d'immunité des accords intragroupes connaît, comme le rappelle une jurisprudence bien établie, une exception dans le domaine des marchés publics.

En effet, comme l'a expliqué le Conseil de la concurrence dans sa décision 06-D-26 du 15 septembre 2006 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, les mécanismes de concurrence à l'œuvre dans les procédures d'appel d'offres public ne sont pas les mêmes

que ceux d'un marché classique de biens de consommation : « [...] lors des procédures d'appel d'offres public, le mécanisme de formation des prix recherché et les règles de choix de l'acheteur public supposent en eux-mêmes, à l'égard de la prestation particulière qui est demandée, l'indépendance des offreurs qui formulent des offres distinctes et l'incertitude quant aux offres qui seront déposées. Dans ce contexte, sauf à ce que deux entreprises du même groupe constituent officiellement vis-à-vis du donneur d'ordres un groupement ou annoncent une sous-traitance entre elles, la formulation d'offres distinctes par de telles entreprises exige l'indépendance totale de l'élaboration de leurs offres, faute de quoi le mécanisme de formation du prix, ainsi que l'application de ces règles de choix sont nécessairement perturbés, que le donneur d'ordres ait été ou non informé de l'absence d'indépendance des offres en cause. Il y a alors coordination d'offres qui ont vocation à être élaborées de manière indépendante spécifiquement pour répondre à la demande particulière préalablement exprimée. La concurrence est faussée. En revanche, dans le cas d'un marché classique d'un bien de consommation, la coordination d'offres distinctes d'entreprises appartenant au même groupe et l'absence éventuelle de connaissance, par l'acheteur, de cette coordination ne perturbent normalement pas le mécanisme de formation des prix et le libre choix de l'acheteur entre des offres existant préalablement à la manifestation de son propre besoin. Les prix et le choix résultent alors simplement du degré de compétition sur le marché, de la capacité des produits offerts à satisfaire les acheteurs et donc de la confrontation au jour le jour de l'offre et de la demande. Dans ce cadre, le consommateur arbitre en comparant les produits substituables et s'il ne choisit pas le moins cher, c'est qu'il valorise d'autres caractéristiques, comme l'image de marque. Un groupe mènera ainsi une politique de deux marques concurrentes tant qu'elle lui permettra de maximiser son profit, c'est-à-dire tant que des consommateurs en nombre suffisant seront prêts à acheter des produits de l'une des deux marques, plutôt que de se reporter sur d'autres. Le fait que l'acheteur ne sache pas que deux marques relèvent d'un même groupe d'entreprises ne fausse pas la concurrence dans ces circonstances. Pour ces raisons, l'obligation qui pèse sur des entreprises d'élaborer de manière indépendante des offres distinctes dans le cas d'un appel d'offres public, sauf à annoncer la constitution d'un groupement ou d'une sous-traitance pour l'occasion, ne s'impose pas sur un marché classique de biens de consommation ».

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 et, à sa suite, l'Autorité, en ont 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.

Le concours de volontés doit avoir été librement consenti

En droit de l'Union comme en droit interne, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative⁴⁸. Dans un arrêt du 18 décembre 2001, Bajus, la cour d'appel de Paris a rappelé qu'« *une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet* ».

Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 101 et 102 du TFUE ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve en effet pas sa cause dans les comportements autonomes des entreprises (voir TPICE, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA, T-65/99, point 119, Rec. II-5433). En revanche, ces dispositions restent applicables s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par les comportements autonomes des entreprises⁴⁹. En droit interne, l'article L. 420-4, 1^{er} alinéa du Code de commerce constitue le pendant de cette jurisprudence. Il dispose : « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 : 1) les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire [...]* ».

Les entreprises peuvent donc invoquer, dans des cas de figure strictement délimités, « *l'exception tirée de l'action étatique* » ou « *l'autorisation de la loi* », lorsqu'elles sont conduites à enfreindre le droit de la concurrence par la législation nationale

48. CJCE, 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, Rec. p. 873, points 18 à 20; CJCE, 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, Rec. p. I-1223, point 55.

49. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewyck e. a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 126.

elle-même (voir « Les pratiques résultant d'un texte »). En pratique, cette exception est toutefois peu retenue, en droit de l'Union, comme en droit interne⁵⁰.

En revanche, une prétendue incitation, un encouragement ou encore une facilitation par la loi ou un texte réglementaire ne constituent pas des causes d'exonération des pratiques d'entente.

La forme du concours de volontés

L'entente naît de la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché, peu importe la forme d'expression de ces volontés.

L'objet du concours de volontés recouvre en réalité deux cas de figure qui peuvent largement se recouper avec les notions d'accord et de pratique concertée en droit européen.

En présence d'un accord, l'objet du concours de volontés consiste en un plan, une stratégie précise.

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit interne, l'objet du concours de volontés peut se limiter à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan.

L'accord de volontés dans le cadre d'une entreprise commune de commercialisation

Dans la décision **12-D-09**⁵¹ concernant le secteur des farines alimentaires, l'Autorité a rappelé que, pour déterminer s'il existe un accord de volontés pour des pratiques mises en œuvre par l'entremise d'une entreprise commune de commercialisation, il faut rapporter la preuve de l'adhésion des entreprises en cause aux modalités d'organisation et de fonctionnement de l'entreprise commune.

Au cas d'espèce, l'Autorité a relevé que la conjonction, pour chaque entreprise en cause, du statut d'actionnaire et de commettant de France Farine permettait de considérer qu'elle adhérait aux modalités d'organisation et de fonctionnement de France Farine, en ce qui concernait toute opération touchant à sa politique commerciale et à la manière dont elle fonctionnait sur le marché. Cette conclusion a concerné l'ensemble des actionnaires de France Farine qui se sont succédé depuis 1965, non pas en cette qualité en tant que telle, mais en raison du rôle que chacun a été amené à jouer, *via* les contrats de commission, dans la détermination de la stratégie de France Farine sur le marché conformément à ses statuts.

L'Autorité a également constaté que l'exploitation des marques « Francine » et affiliées, propriétés de France Farine, reposait depuis 1984 sur des contrats de licence de marque au profit des commettants de France Farine, qui ont le droit de sous-llicencier l'exploitation de ces marques à leurs filiales s'ils le jugent opportun. Ces

⁵⁰. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e. a./Commission, 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, Rec. p. 3831, points 27 à 29.

⁵¹. Un recours a été formé contre cette décision.

contrats de licence organisent, entre autres, l'exploitation territoriale des marques en fonction de zones géographiques exclusives ou partagées (dans la limite de deux commettants), annexées à chaque contrat de licence de marque. L'adhésion au système de répartition géographique visant à exploiter les marques de France Farine résultait de la signature du contrat de licence de marque, ou du contrat de sous-licence associé.

À la différence des autres entreprises visées, Grands Moulins de Strasbourg n'était pas actionnaire de France Farine, ni liée à elle par un contrat de commission. L'Autorité a donc considéré que l'adhésion de Grands Moulins de Strasbourg à l'accord n'était susceptible d'être caractérisée que dans la mesure où des indices, autres que la qualité d'actionnaire combinée à celle de commettant, permettaient d'en rapporter la preuve.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que la société mère de Grands Moulins de Strasbourg détenait 12,5 % du capital de France Farine. Or, c'est en s'appuyant sur cet élément que Grands Moulins de Strasbourg – qui est active dans le secteur de la farine en sachets contrairement à sa société mère – s'était, en pratique, présentée comme jouissant d'une situation analogue à celle d'un actionnaire commettant, notamment auprès des autres actionnaires commettants de France Farine. De son côté, France Farine considérait elle-même que Grands Moulins de Strasbourg était le titulaire du contrat de commission qui la liait au groupe GMS. Ensuite, la personne physique représentant le groupe GMS au sein des structures de contrôle ou d'organisation de France Farine était explicitement identifiée comme étant le représentant de l'entreprise Grands Moulins de Strasbourg. Enfin, Grands Moulins de Strasbourg était le titulaire en propre d'un contrat de sous-licence lui permettant d'exploiter les marques de France Farine.

L'Autorité en a conclu que l'ensemble de ces éléments constituait un faisceau d'indices démontrant que, sans être formellement actionnaire ou commettant de France Farine, Grands Moulins de Strasbourg avait participé directement au fonctionnement de France Farine.

Les différentes restrictions de concurrence

Le 1^o de l'article 101 TFUE réprime « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :*

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
- d) 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;*

e) 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».

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe de façon analogue le fait : « 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^o Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2^o Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3^o Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4^o Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

Selon qu'elles sont nouées ou non entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, les ententes revêtent la qualité d'ententes horizontales ou verticales, et sont sanctionnées sauf à être couvertes par la règle dite « *de minimis* ».

La règle *de minimis*

Conformément aux dispositions du TFUE et à la jurisprudence de l'Union, les restrictions qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'y occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction posée au paragraphe 1 de l'article 101 TFUE. La communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)⁵² définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont considérées comme insignifiantes et que la Commission européenne s'engage pour ce motif à ne pas poursuivre. Ce texte de « *soft law* » peut constituer un guide d'analyse utile pour les autorités nationales de concurrence, bien qu'il ne les lie pas, chacune d'entre elles pouvant avoir sa propre politique de poursuite. Sont considérés comme étant dépourvus de caractère sensible les accords conclus par des entreprises dont la part de marché ne dépasse pas 10% (entre concurrents) ou 15% (entre non-concurrents) sur aucun des marchés affectés par l'accord. Ces exonérations ne s'appliquent pas aux restrictions flagrantes (clauses noires), c'est-à-dire celles qui ont pour objet : « *la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients* ».

En droit interne, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce, inspiré du droit de l'Union, donne à l'Autorité la faculté de prononcer un non-lieu :

- lorsqu'un seuil de 10% n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises concurrentes sur un même marché,

^{52.} Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE, 22 décembre 2001, n° C 368/13.

- lorsqu'un seuil de 15 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises qui ne sont pas concurrentes sur un même marché,
- et ce sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce (identiques aux restrictions flagrantes au sein de l'Union).

Le non-dépassement de ces seuils n'exclut pas la possibilité pour l'Autorité de constater l'existence d'une infraction au regard du droit tant interne que de l'Union, si d'autres éléments de nature notamment qualitative attestent le caractère sensible des pratiques en cause.

En 2012, l'Autorité n'a pas eu à faire application de cette règle.

Les ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

Les concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Le Conseil et à sa suite l'Autorité ont rappelé à plusieurs reprises leur pratique décisionnelle 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 (CA Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport ; Cass. com., 12 janvier 1993, société Sogea, n° 91-11.623). 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 (CA Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA).»

Ces ententes peuvent revêtir différentes formes, comme celles rappelées ci-après.

L'offre de couverture

Il s'agit du dépôt, par une entreprise soumissionnaire, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue et dont l'offre devra apparaître comme la moins-disante, pour être déclarée attributaire du marché.

Sauf exception (les offres de principe), aucune entreprise soumissionnaire n'a, *a priori*, intérêt à se voir évincer d'un marché particulier et donc à accepter d'y présenter une offre de couverture. Dans les secteurs où un nombre restreint de groupes ou d'entreprises sont appelés à se retrouver fréquemment en situation de concurrence pour l'attribution de marchés publics (de même nature ou concernant des prestations connexes), le comportement de l'entreprise déposant une offre de couverture peut s'expliquer par les compensations qu'elle espère pouvoir obtenir pour des marchés ultérieurs et qui pourront prendre la forme d'offres de couverture en sa faveur.

Ainsi, le dépôt d'offres de couverture sur un marché particulier a deux effets. D'une part, il fausse le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par là même, prohibé par les dispositions sur les ententes restrictives de concurrence ; d'autre part, il porte en germe une altération du jeu de la concurrence lors d'autres appels d'offres. Il est certes possible que les contreparties espérées ne se matérialisent pas ou qu'elles ne puissent pas être établies par une instruction devant l'Autorité parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas immédiatement déterminé ou parce qu'il ne fait pas partie du champ de la saisine. Il n'en reste pas moins que le dépôt d'une offre de couverture a, en tout état de cause, un objet et un effet anticoncurrentiels immédiats sur le fonctionnement du marché sur lequel il est observé.

Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel qui, dans un arrêt du 27 février 1998, SA S. C. R., a jugé que « *la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...] est en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Les accords de partage de marchés

Dans la décision **12-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres ainsi que la société SSPT, pour avoir convenu d'une répartition de chiffres d'affaires s'agissant de la fourniture d'agrégats transformés au GIE et des travaux effectués en sous-traitance du GIE.

Les réponses en groupements

Le Conseil puis l'Autorité ont 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 d'entreprises candidates ou dissimulent une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessité technique et économique 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 la décision **12-D-06**, l'Autorité a condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres pour avoir convenu de présenter systématiquement la candidature unique du GIE sur les marchés publics d'enrobés et de travaux routiers. L'Autorité a relevé que le recours au GIE comme candidat unique ne trouvait pas sa justification dans l'importance des marchés concernés, leur technicité ou la recherche de l'optimisation des coûts mais reposait uniquement sur le choix qui avait été fait initialement de localiser l'investissement principal (la centrale à enrobés) au niveau du GIE. Dès lors, le recours au GIE comme candidat unique aux appels d'offres organisés pour attribuer les marchés publics relatifs à la fourniture d'enrobés avait pour objet d'éliminer toute concurrence par les prix entre les parties mais également de limiter le volume total des produits.

Les ententes et échanges d'informations sur les prix et marges

Dans la décision **12-D-02⁵³**, l'Autorité a sanctionné une pratique de consigne de prix mise en œuvre par le syndicat professionnel du secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme, le Géfil, et dix cabinets de conseil du secteur. Entre 2002 et 2010, cet organisme et ses membres ont élaboré et diffusé auprès des membres de la profession une fiche dénommée *Juste prix*, qui servait de référence aux propositions tarifaires déposées par les cabinets de conseil lors des appels à la concurrence lancés par les clients. L'Autorité a en outre constaté que le Géfil avait mis en place une police des prix consistant en des contrôles sur les tarifs pratiqués par ses adhérents lors des procédures d'appels d'offres, et exercé

⁵³. Un recours a été formé contre cette décision.

des pressions ou proféré des menaces de sanctions vis-à-vis de ceux qui refusaient de s'aligner sur cette consigne de prix.

Dans la décision **12-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres pour avoir fixé de façon concer-tée un barème commun de prix pour l'ensemble des agrégats revendus au GIE.

En effet, l'Autorité a relevé que le prix de vente des agrégats au GIE pratiqué par certains de ses membres était identique sur une longue période et se caractérisait par une parfaite stabilité entre 2003 et 2009, et que l'application de ce tarif unique concernait l'ensemble de la gamme des agrégats vendus au GIE.

L'Autorité a ainsi considéré que la fixation d'un barème commun de prix des agrégats revendus au GIE a eu pour objet d'éliminer toute concurrence par les prix entre les sociétés membres du GIE au stade de la fourniture d'agrégats transformés. Cette pratique était de nature à conduire à une rigidité et à un alignement des tarifs des prestations réalisées pour le compte du GIE par ces mêmes sociétés en aval, dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux publics. Elle a aussi été de nature à éliminer la concurrence pour une partie substantielle de la production d'agrégats dans l'archipel.

Dans la décision **12-D-08**⁵⁴, l'Autorité a sanctionné des pratiques mises en œuvre pendant plus de quatorze ans par des producteurs d'endives ayant pour objet la fixation d'un prix minimal de vente à la production des endives. Elle a estimé que les différentes pratiques reprochées pouvaient être qualifiées d'infraction unique et continue, en ce qu'elles avaient un objectif anticoncurrentiel unique.

L'Autorité a constaté que l'ensemble des dispositifs mis en place, qui consistaient notamment en la fixation de prix *minima*, l'encadrement des offres promotionnelles, la destruction d'endives avant leur conditionnement et la mise en place d'un système d'échange d'informations sensibles, devaient être considérés, en raison de leur objectif identique, comme faisant partie d'un plan global, visant à réduire l'intensité concurrentielle sur le marché de l'endive au stade de la production et de la commercialisation.

L'Autorité a ensuite analysé chacune des composantes relevant des pratiques reprochées pour caractériser leur objet anticoncurrentiel. Pour apprécier leur licéité, elle a également vérifié si les décisions des producteurs d'endives entraient dans le champ des activités spécifiquement autorisées par la réglementation de l'Union européenne relative à l'organisation commune de marché (OCM) fruits et légumes et les dispositions de droit interne.

S'agissant de la fixation collective de prix *minima*, l'Autorité a rappelé qu'une telle pratique constitue, aux termes d'une jurisprudence constante, une restriction patente de concurrence. Si le règlement « OCM unique » autorise les organismes professionnels à « *régulariser les prix à la production* », l'Autorité a rappelé que, « [s]i l'objectif de régularisation des prix doit pouvoir justifier la diffusion de

54. Un recours a été formé contre cette décision.

mercuriales rendant compte de l'évolution du marché, la diffusion de prix recommandés, voire obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels sont incontestables» (avis 08-A-07). Elle a également rappelé que «*les associations d'organisations de producteurs dites "de gouvernance", qui n'ont pas vocation à commercialiser la production, ne doivent pas constituer des lieux de concertation sur les prix*» (avis 10-A-28). L'Autorité en a déduit que les organisations professionnelles d'endiviers et leurs membres étaient sortis des limites de leur mission pour mettre en œuvre des pratiques de fixation de prix minimal ne figurant pas parmi les pratiques autorisées au regard de la réglementation OCM et du Code rural et de la pêche maritime.

S'agissant des concertations portant sur les quantités d'endives, l'Autorité a relevé que les pratiques de destruction d'endives mises en œuvre par les producteurs ne correspondaient pas à la définition des pratiques de retrait du marché autorisées et encadrées par la réglementation européenne. Le retrait, qui consiste à ne pas mettre en vente certaines quantités de produits, à certaines périodes, ne doit en effet pas servir de débouché de substitution au marché ni fausser les règles de concurrence⁵⁵. Au cas d'espèce, les producteurs avaient détruit des endives avant leur mise en vente dans le but de limiter le volume d'endives sur le marché afin d'éviter une chute des cours et de soutenir le prix minimal à la production.

Enfin, s'agissant des échanges d'informations relatives aux prix, l'Autorité a rappelé qu'il était «*uniquement admis qu'un organisme professionnel puisse diffuser des informations en matière de coûts ou de prix sous formes de mercuriales ou d'indices, c'est-à-dire des données passées, anonymes et suffisamment agrégées pour exclure l'identification d'un opérateur*» (avis 11-A-14). En l'espèce, les informations échangées par les producteurs d'endives portaient sur des prix échangés en temps réel, la confidentialité et l'anonymat des données échangées par le biais de l'outil Infocl@r n'étant par ailleurs pas assurés. L'Autorité a estimé que cet outil avait été détourné de son objectif, en étant utilisé pour mettre en place une police des prix.

Dans la décision **12-D-27** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a sanctionné trois distributeurs de billetterie, les sociétés FNAC, Réseau France Billet et Ticketnet, pour s'être entendus entre février 2004 et décembre 2008 sur la fixation du montant des commissions versées par les organisateurs de spectacles musicaux se déroulant sur l'ensemble du territoire national.

Elle a constaté l'existence d'échanges réguliers, non contestés par les parties, entre les responsables nationaux et locaux des entreprises mises en cause, dont l'objectif était de faire obstacle à la libre concurrence par les prix, en augmentant artificiellement le montant des commissions versées par les producteurs. En outre, l'Autorité a indiqué que l'entente avait pris place dans un contexte où les producteurs ne disposaient pas de canaux alternatifs pour la distribution de leur billetterie.

L'Autorité a estimé que les pratiques en cause avaient eu un objet et des effets anticoncurrentiels tendant à entraîner une augmentation des prix publics de vente des billets de spectacles.

⁵⁵. Règlement CE n° 2200/96, 28 octobre 1996, considérants 16 et 20.

Les entraves à l'accès au marché

L'accès à un groupement/sortie d'un groupement

Dans la décision **12-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a rappelé, s'agissant de la possibilité pour un GIE ayant un caractère « fermé » de réservé le statut de membres à certaines entreprises, qu'il ressort de la 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 « *qu'il est loisible à des entreprises de constituer entre elles des groupements et, le cas échéant, d'en limiter l'accès à leur gré, sous réserve de ne pas porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence; que la "fermeture" d'un groupement, c'est-à-dire le fait d'en réservé l'adhésion à ses fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement est la condition de l'accès au marché* ».

Cette analyse est confirmée par une jurisprudence constante, rappelée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 27 mai 2003, Chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meubles de France, selon lequel les conditions d'adhésion à une association professionnelle peuvent porter atteinte à la libre concurrence si cette adhésion est une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage concurrentiel et si ces conditions d'adhésion sont définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire.

L'Autorité a ainsi condamné le GIE « Exploitation des carrières » et ses membres pour avoir fixé des conditions d'adhésion et de fonctionnement du GIE limitant l'arrivée de nouveaux membres, et fermant ainsi l'accès de la carrière du « Fauteuil » aux tiers. L'Autorité a relevé que l'adhésion au GIE conditionnait l'accès à une part essentielle du marché des agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon.

En particulier, même si des ressources alternatives à la carrière du « Fauteuil » existaient sur l'archipel, leur rôle ne pesait que de façon très marginale sur la structure de l'offre d'agrégats. En outre, cette offre complémentaire était, dans une large mesure, le fait du GIE et de ses membres. Les éléments du dossier ainsi que les précisions apportées en séance par le représentant de la direction de l'équipement confortaient également l'idée que le recours aux importations du Canada n'était pas une véritable alternative pour les entreprises concurrentes.

Par ailleurs, les statuts du GIE ne contenaient aucune précision relative aux modalités d'admission d'un nouveau membre. L'absence de règlement intérieur amplifiait l'opacité de fonctionnement du GIE. Cette situation privait les entreprises concurrentes qui souhaitaient adhérer au GIE de précisions sur la consistance et la nature des obligations qui s'imposent aux membres. Compte tenu de la position de force du GIE et de ses membres sur le marché, l'absence de conditions d'adhésion objectives et transparentes au GIE était de nature à restreindre l'accès des entreprises concurrentes à la carrière du « Fauteuil ». Le caractère fermé du GIE contribuait, dans un contexte de marché lui-même déjà fermé, au verrouillage du marché amont, lequel tendait à restreindre la concurrence sur les marchés aval de

travaux publics. Dans ces conditions, il a été considéré comme contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Les accords de commercialisation en commun entre concurrents

Dans la décision **12-D-09**⁵⁶, l'Autorité a été amenée à examiner la validité au regard des règles de concurrence des accords de commercialisation en commun passés par des meuniers français.

Les lignes directrices n°2011/C 11/01 de la Commission européenne du 14 janvier 2011 sur l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (JOUE C 11 du 14 janvier 2011, p. 1) (ci-après « les lignes directrices de la Commission européenne sur la coopération horizontale ») définissent les accords de commercialisation en commun de la manière suivante :

« Les accords de commercialisation concernent la coopération entre concurrents pour la vente, la distribution ou la promotion de leurs produits de substitution. Les accords de ce type peuvent avoir une portée très différente, en fonction des éléments de la commercialisation sur lesquels porte la coopération. À l'une des extrémités du spectre couvert, on trouve les accords de vente groupée, qui peuvent conduire à une détermination en commun de tous les aspects commerciaux liés à la vente du produit, y compris le prix. À l'autre extrémité, on peut trouver des accords plus limités portant seulement sur un aspect particulier de la commercialisation, tel que la distribution, le service après-vente ou la publicité » (paragraphe 225).

Les accords de commercialisation en commun peuvent prendre la forme d'une entreprise commune ayant pour fonction d'assurer la vente, la distribution ou la promotion des biens ou services en question.

Une entreprise commune ou un accord de commercialisation entre concurrents ne constitue pas, en soi, une restriction de concurrence, mais peut être contraire aux articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. À cet égard, il est important de vérifier que des entreprises concurrentes, en organisant une partie de leur activité sous forme d'une entreprise commune, ne mettent pas en réalité en place des mécanismes qui auraient le même objet ou les mêmes effets qu'une entente de fixation de prix, de répartition des clients et des marchés, ou encore de limitation de la production. En effet, une entreprise commune, sous couvert d'une mise en commun de moyens, peut tendre à restreindre la concurrence. C'est donc une analyse réaliste et économique qui prime, et non une approche qui s'en tiendrait aux apparences que peut revêtir la pratique.

Pour apprécier le caractère anticoncurrentiel ou non d'un accord de commercialisation entre concurrents, il convient de s'attacher, comme pour d'autres clauses, à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (voir, par analogie, CJCE, 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services/Commission, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 58; voir également CJCE, 8 novembre 1983,

⁵⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

IAZ International Belgium e. a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 25, et du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, points 16 et 21). Pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique en cause soit concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence (CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands, C-8/08, Rec. p. I-4529, point 31).

Les lignes directrices de la Commission européenne sur la coopération horizontale indiquent que, du fait de la réduction de l'autonomie commerciale des entreprises sur le marché qu'ils peuvent être de nature à engendrer, en particulier en aval de la chaîne de valeur, de tels accords peuvent restreindre la concurrence de diverses manières, notamment en jouant de façon négative sur le niveau des prix des produits ou des services concernés, en limitant la production ou en influant sur la répartition des clients ou des marchés entre les concurrents (voir points 230 à 232 des lignes directrices).

Ces mêmes lignes directrices indiquent encore :

«La fixation des prix est un des problèmes de concurrence les plus importants que pose un accord de commercialisation entre concurrents. Les accords se limitant à la vente groupée ont généralement pour objet la coordination de la politique des prix des fabricants ou des fournisseurs de services concurrents. De tels accords peuvent ne pas seulement éliminer toute concurrence par les prix entre les parties pour les produits de substitution, mais ils peuvent également limiter le volume total des produits qui seront fournis par les parties dans le cadre du système de répartition des commandes. Il est donc probable que de tels accords restreignent la concurrence par objet. Cette appréciation reste identique si l'accord est non exclusif (c'est-à-dire lorsque les parties sont libres de vendre individuellement en dehors de l'accord), si l'on peut conclure que l'accord entraînera une coordination générale des prix facturés par les parties.

Un autre risque spécifique en matière de concurrence posé par les accords de distribution entre parties opérant sur des marchés géographiques différents est qu'ils peuvent être un instrument de cloisonnement des marchés. Si les différentes parties ont recours à un accord de distribution réciproque de leurs produits pour éliminer une concurrence effective ou potentielle entre elles en répartissant délibérément des marchés ou des clients, l'accord aura probablement pour objet une restriction de la concurrence. Si l'accord n'est pas réciproque, le risque de cloisonnement du marché est moindre. Toutefois, il convient d'analyser si l'accord non réciproque ne constitue pas la base d'un engagement mutuel de ne pas pénétrer sur leurs marchés respectifs» (points 234 à 236 des lignes directrices).

C'est au regard de cette grille d'analyse que l'Autorité a examiné les pratiques constatées dans le cadre des structures de commercialisation France Farine et Bach Mühle.

L'Autorité a relevé que ces deux entreprises communes poursuivaient le même objectif de commercialisation en commun de farine en sachets, la première sur le segment *hard discount* et la seconde à destination de la grande distribution, et de nature à engendrer des conséquences anticoncurrentielles semblables sur le marché.

S'agissant de France Farine, l'Autorité a retenu que les modalités d'organisation et de fonctionnement de cette structure avaient conduit les entreprises en cause à lui donner la prérogative de négocier pour leur compte avec les clients de la grande distribution, de fixer en commun le prix de la farine en sachets qu'elle a pour fonction de commercialiser (farines à marque, farines sous marques de distributeurs et farines premiers prix), ainsi que d'organiser un système de répartition des clients de la grande distribution en fonction d'une clé de répartition fixe consistant en l'attribution des commandes de ces clients à l'usine d'ensachage du commettant le plus proche du lieu de livraison de la commande.

Au regard notamment des caractéristiques contractuelles qui régissent la gestion et le fonctionnement de l'entreprise commune France Farine, et de certaines modalités de fonctionnement de cette dernière, que ses associés ont eux-mêmes définies, l'Autorité a constaté que celle-ci avait pour objet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la concurrence au sens des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. Par son fonctionnement et son intervention sur le marché, France Farine permettait en effet aux meuniers qu'elle réunissait d'éliminer de façon artificielle toute concurrence entre eux en ce qui concerne le prix de la farine en sachets – fixé en commun – et la livraison des clients – effectuée suivant une règle prédéfinie ensemble.

S'agissant de Bach Mühle, l'Autorité a appliqué *mutatis mutandis* un raisonnement analogue.

Ainsi, eu égard à son fonctionnement et à son intervention sur le marché, Bach Mühle a été considérée comme un véhicule permettant la mise en œuvre d'une entente généralisée sur les prix de la farine en sachets et sur l'allocation des marchés entre les meuniers qui y participaient. L'Autorité a relevé que cette entreprise commune de commercialisation fonctionnait de telle manière que les meuniers avaient éliminé de façon artificielle toute concurrence entre eux. Ces pratiques ont concerné la vente de la majeure partie de la farine vendue en sachets aux enseignes du *hard discount* en France.

En particulier, les modalités d'organisation et de fonctionnement de Bach Mühle ont conduit les entreprises mises en cause à donner concomitamment à l'entreprise commune la prérogative de négocier pour leur compte avec les clients du *hard discount*, de fixer en commun le prix de la farine en sachets qu'elle a pour fonction de commercialiser à destination de ces derniers, ainsi que d'organiser un système de répartition des clients du *hard discount* en fonction d'une clé de répartition prédéfinie consistant en l'attribution des commandes de ces clients à l'usine d'ensachage du meunier commettant la plus proche du lieu de livraison de la commande.

Les pratiques d'exclusion

Dans la décision **12-D-27** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a sanctionné trois distributeurs de billetterie pour s'être entendus entre janvier 2007 et décembre 2008 afin d'évincer du marché un nouvel entrant, la société Digitick.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

Après avoir rappelé que l'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe de façon explicite les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites entre les entreprises lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, l'Autorité a constaté que la stratégie d'éviction de la société Digitick reposait sur plusieurs comportements mis en œuvre par les entreprises en cause, et non contestés par ces dernières (notamment le refus de payer une redevance à Digitick pour la lecture de leurs propres billets électroniques et le refus ou la menace de refus de mettre en vente des spectacles d'organisateurs ayant négocié des partenariats ou des exclusivités avec Digitick).

L'Autorité a estimé que les sociétés en cause avaient mis en œuvre une entente anticoncurrentielle ayant eu pour objet et pour effet d'entraver le développement de Digitick sur le marché de la billetterie de spectacles.

Dans la décision **12-D-26** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs, l'Autorité a sanctionné une association pour avoir mis en œuvre une entente anticoncurrentielle visant à exclure ou limiter l'accès de certains installateurs-mainteneurs au marché français de l'installation et de la maintenance d'extincteurs portatifs.

Elle a rappelé en premier lieu que si les pratiques mises en œuvre par une association professionnelle émanent d'une seule personne morale et revêtent un caractère d'unilatéralité, elles sont présumées constituer des concours de volontés entre leurs membres. Ainsi, l'Autorité a estimé que l'élaboration d'un référentiel de certification constitue, de la part de l'association mise en cause, une décision d'association d'entreprises qui atteste un accord de volontés entre les membres d'une telle organisation professionnelle.

Elle a ensuite rappelé que, au regard d'une pratique décisionnelle constante, une démarche collective de certification constitue une entente entre les entreprises qui adhèrent à cette démarche, et qu'une telle entente est anticoncurrentielle si les critères d'octroi d'un label ou d'une qualification dont la détention est indispensable pour exercer une activité, ne sont pas suffisamment objectifs et clairs et se prêtent à une application discriminatoire, permettant ainsi d'évincer des concurrents du marché concerné par le label ou une autre qualification, par des moyens autres que ceux fondés sur les mérites des entreprises. Or, en l'espèce, la certification de services élaborée par l'association concernée apparaissait comme indispensable pour pouvoir exercer sur le marché français de l'installation et de la maintenance des extincteurs portatifs. L'Autorité a ainsi pu constater que le référentiel de certification de services pour l'installation et la maintenance des extincteurs portatifs mis en œuvre par l'association concernée comportait une exigence non justifiée (la marque NF) allant au-delà de ce qui était nécessaire au regard du cadre normatif national et qui avait pour objet ou pour effet d'entraver l'accès au marché français de produits non marqués NF mais disposant d'extincteurs détenteurs d'un certificat de conformité aux normes européennes délivré par un organisme certificateur accrédité dans un État membre de l'Union

européenne et légalement commercialisé au sein de l'Union, en conformité avec le cadre réglementaire national.

Répartition du marché

Dans la décision **12-D-09**⁵⁷, l'Autorité a sanctionné des meuniers allemands et français pour avoir, pendant plusieurs années, convenu d'un arrangement visant à limiter l'exportation de farine en sachets de part et d'autre de la frontière franco-allemande, sur la base d'un quota d'exportation réciproque de 15 000 tonnes annuelles.

L'Autorité a établi que les meuniers allemands et français s'étaient rencontrés, de façon régulière, dans le cadre de réunions tenues entre le mois de mai 2002 et la fin de l'année 2004, afin de mettre en place cette entente. Ils avaient institué un pacte de non-agression mutuelle, dont l'objet même consistait à substituer au libre jeu de la concurrence un accord visant à limiter l'accès réciproque à leurs marchés nationaux respectifs et à maîtriser les exportations franco-allemandes de farine en sachets en les maintenant à un niveau déterminé par avance. De plus, de manière plus ponctuelle, ils avaient réparti certains clients présents sur le territoire français ou s'approvisionnant par le biais d'appels d'offres à l'échelon européen et avaient convenu de principes de lissage des prix de la farine en sachets importée en France, aux fins de s'assurer du respect du quota convenu.

Les éléments présents au dossier montraient que les principes de limitation des importations, ainsi que les répartitions de volumes et de clients convenues ponctuellement entre les meuniers allemands et français, avaient fait l'objet d'une surveillance quant à leur mise en œuvre, à tout le moins par les meuniers français.

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.

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 CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (auquel s'est désormais substitué le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010), prévoyait une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 (article 101 TFUE) au bénéfice des 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 dépassait 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

⁵⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

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 ajoutait que n'étaient 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) définissait 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'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concer-tées reprend en grande partie celui de 1999, sous réserve de trois modifications :

- En ce qui concerne le seuil d'exemption, qui prend en compte également les parts de marché de l'acheteur

Le nouveau règlement fait dépendre le bénéfice de l'exemption des parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur. Il suffit désormais que la part de marché de l'un des deux dépasse 30 % pour exclure le bénéfice de l'exemption par catégorie. Quant aux marchés à prendre en compte, l'article 3 précise qu'il s'agit de celui sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels, ainsi que celui sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels.

En outre, l'exemption dont bénéficiaient les accords verticaux entre concurrents dès lors que le chiffre d'affaires de l'acheteur ne dépassait pas 100 millions d'euros est abandonnée (voir règl. n° 2790/1999, art. 2, point 4, sous a).

Enfin, l'article 3, point 2, du nouveau règlement couvre les accords multipartites. Il vise en effet l'hypothèse où « *une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord* ». Dans ce cas, « *la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché [de 30 %] [...], en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption [...] s'applique* ».

- En ce qui concerne la cession de droits de propriété intellectuelle

Comme le précédent règlement, le nouveau texte couvre les dispositions contenues dans les accords verticaux concernant la cession à l'acheteur, ou l'utilisation par l'acheteur, de droits de propriété intellectuelle, lorsque ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services (art. 2, point 3). La définition du droit de propriété intellectuelle est cependant étendue au savoir-faire (art. 1^{er}, point 1, sous f).

– En ce qui concerne le champ d'application du règlement

Alors que le règlement n° 2790/1999 s'appliquait à l'ensemble de la distribution, à l'exception du secteur de l'automobile, le nouveau règlement n° 330/2010 s'étend à la distribution des véhicules automobiles neufs, à l'issue d'une période de transition de trois ans.

Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, mais il prévoit une période de transition de un an : « *L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du Traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1^{er} juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) n° 2790/1999 (art. 9).* » Il expirera le 31 mai 2022.

L'Autorité a considéré que le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 constituait, dans le cadre de l'application du droit interne, un *guide d'analyse utile* (voir 00-D-82, 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d'impulsion, confirmée en appel le 7 mai 2002).

La mise en œuvre de cette méthode d'analyse

Les principes/l'organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs

La validité de principe des accords verticaux, qu'il s'agisse de distribution sélective ou non, a été consacrée, de façon générale et pour l'ensemble des accords verticaux, par le règlement n° 2790/1999 puis par le règlement n° 330/2010 précités. Toutefois, la présence de certaines clauses dans les contrats ou certaines pratiques s'insérant dans ces relations verticales peuvent leur donner une dimension anticoncurrentielle.

L'interdiction de prix imposés

Dans la décision **12-D-10**⁵⁸ du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, l'Autorité de la concurrence a sanctionné des pratiques de prix de revente imposés mises en œuvre par les sociétés Nestlé Purina Pet Care France (NPPF) et Royal Canin. L'Autorité a rappelé que les juridictions de l'Union comme les juridictions internes considèrent que de telles pratiques constituent des restrictions de concurrence par leur objet même⁵⁹. En l'espèce, l'Autorité a relevé que NPPF s'était entendue entre 2004 et 2008 avec ses distributeurs sur les prix de revente de ses produits destinés aux magasins spécialisés et aux éleveurs. De même, elle a constaté que Royal Canin s'était entendue pendant la même période avec ses grossistes-distributeurs sur les prix de revente de ses produits destinés aux magasins spécialisés appartenant à une enseigne.

58. Un recours a été formé contre cette décision.

59. TPICE, 13 janvier 2004, JCB/Commission, T-67/01, Rec., p. II-49 et CA Paris, 28 janvier 2009, Epsé Joué Club.

L'interdiction des ventes passives

Dans la décision **12-D-10**⁶⁰, l'Autorité de la concurrence a rappelé que, si les clauses visant à la concession, par un fournisseur, d'un territoire exclusif de vente à son distributeur ne sont pas anticoncurrentielles en elles-mêmes, les clauses visant à la restriction des ventes passives de ces mêmes distributeurs vers des territoires exclusifs peuvent revêtir le caractère de pratiques anticoncurrentielles par leur objet même⁶¹. Elle a par ailleurs souligné que les pratiques d'interdiction d'exporter ou de restriction des ventes passives ne sont pas susceptibles de bénéficier de l'exemption par catégorie, prévue par les règlements n° 2790/1999 et n° 330/2012 précités, s'agissant de restrictions caractérisées.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que NPPF et Royal Canin s'étaient entendues avec leurs distributeurs respectifs pour interdire à ces derniers de satisfaire la demande de détaillants situés en dehors de la zone géographique qui leur avait été assignée. Hill's s'était quant à elle entendue avec ses grossistes pour interdire les ventes passives de ses produits aux vétérinaires situés en dehors du territoire français.

Les clauses d'exclusivité

Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions de l'Union et des juridictions internes que les clauses d'exclusivité figurant dans les relations contractuelles entre un producteur et ses distributeurs ne constituent pas, en principe, des pratiques anticoncurrentielles par leur objet même⁶².

Toutefois, de telles clauses peuvent restreindre la concurrence en raison de leurs effets actuels ou potentiels, notamment lorsque ceux-ci tendent à restreindre l'accès des concurrents au marché concerné. À cet égard, il convient d'apprécier non seulement l'effet de l'accord ou de la clause en cause sur le jeu de la concurrence, mais également de prendre en compte l'existence sur le marché d'autres contrats de même type afin de déterminer si cet accord ou cette clause contribue à un effet cumulatif de fermeture du marché résultant d'un ensemble de contrats similaires. Les exclusivités contribuant de manière significative à l'effet cumulatif de verrouillage du marché relèvent de l'interdiction posée par les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce⁶³.

En pratique, l'effet actuel ou potentiel d'éviction ou de verrouillage que peuvent engendrer les clauses d'exclusivité dépend donc de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions de concurrence régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients ou des fournisseurs d'intrants⁶⁴.

60. Un recours a été formé contre cette décision.

61. TPICE, JCB/ Commission, précité et CA Paris, 4 mars 2008, José Alvarez.

62. Voir, par exemple, CJCE, 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, point 13.

63. Voir, notamment, TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 83 et CA Paris, 7 mai 2002, Masterfoods.

64. Voir, notamment, lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, 19 mai 2010, JO C 130, points 151 à 173.

Dans la décision **12-D-10**⁶⁵, l'Autorité de la concurrence a sanctionné trois types d'exclusivités accordées par les sociétés NPPF et Royal Canin à leurs distributeurs respectifs.

En premier lieu, l'Autorité a constaté que les exclusivités de clientèle mises en œuvre par ces sociétés avaient eu pour effet actuel ou potentiel de cloisonner les marchés concernés pour certaines catégories de produits. NPPF avait mis en place deux systèmes de distribution distincts et étanches de ses produits haut de gamme, destinés, d'une part, à la grande distribution et aux vétérinaires et, d'autre part, à la vente en gros aux éleveurs et aux magasins spécialisés. De même, Royal Canin avait mis en place deux systèmes de distribution distincts pour les produits destinés à la distribution spécialisée et aux éleveurs, d'une part, et aux centrales d'achat des vétérinaires, d'autre part.

En deuxième lieu, l'Autorité a constaté que NPPF et Royal Canin avaient mis en œuvre des stratégies de distribution monomarque pour leurs produits, destinées à leur garantir une exclusivité d'achat de la part de leurs distributeurs et qui s'appuyaient sur l'octroi de remises en contrepartie d'un approvisionnement exclusif auprès de ces producteurs.

En dernier lieu, l'Autorité a relevé que NPPF et Royal Canin avaient accordé des exclusivités territoriales à leurs distributeurs respectifs, qui ont pu contribuer au cloisonnement du marché de gros et affaiblir la concurrence intramarque, les détaillants ne pouvant faire jouer la concurrence entre des plates-formes de distribution situées dans un autre secteur que celui défini par le producteur.

L'Autorité n'a, en revanche, pas sanctionné les exclusivités accordées par Hill's à son distributeur Oxadis sur le segment des magasins spécialisés et des éleveurs. En effet, elle a considéré que ces accords bénéficiaient de l'exemption par catégorie prévue par l'article 2 du règlement n° 2790/1999 précité, dès lors, d'une part, qu'ils ne contenaient aucune stipulation susceptible d'être qualifiée de « *restriction caractérisée* » et, d'autre part, que les parts de marché détenues par la société sur les marchés des aliments secs pour chiens et chats étaient inférieures à 30%. L'Autorité a relevé qu'aucun élément ne permettait de considérer que les clauses d'exclusivité mises en place par Hill's aient eu des effets réels ou même potentiels suffisants pour pouvoir contribuer de façon significative à un éventuel effet cumulatif de verrouillage attribuable à des pratiques imputables aux autres opérateurs du secteur.

Les interdictions de revente sur Internet au sein d'un réseau de distribution selective

Dans la décision **12-D-23**⁶⁶, l'Autorité a sanctionné la société Bang & Olufsen pour avoir mis en place une entente verticale dans le secteur de matériels hi-fi et home cinema ayant consisté à interdire à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, de vendre des produits sur Internet.

⁶⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

⁶⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

En premier lieu, l'Autorité a rappelé que la Cour de justice avait jugé dans l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, non encore publié au recueil) qu'une clause interdisant *de facto* aux distributeurs agréés, membres d'un réseau de distribution sélective, toute forme de vente par Internet « réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur » (point 39). La Cour de justice avait également précisé que « l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet au sens de cette disposition si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée » (point 47).

L'Autorité a ensuite constaté que l'interdiction de la vente par correspondance stipulée dans le contrat liant Bang & Olufsen à ses distributeurs agréés s'étendait à la vente par Internet excluant ainsi *de facto* un canal de commercialisation qui aurait pu permettre aux distributeurs d'accéder à davantage de consommateurs et privant ces derniers du bénéfice d'un choix plus vaste, d'un accès aux produits plus aisés et de l'obtention de meilleurs prix. Elle a également constaté que les parties n'avaient avancé aucune justification objective à cet égard.

Enfin, l'Autorité a analysé la pratique sous l'angle d'une éventuelle exemption au regard du règlement n° 330/2010 précité. Elle a constaté que la pratique anticoncurrentielle en cause constituait une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010, ne pouvant bénéficier d'une exemption par catégorie.

Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE)

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

Les pratiques résultant d'un texte législatif ou réglementaire

Le I sous 1), 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.

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3^e de l'article 101 TFUE dispose : « *les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :* »

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;*
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence».*

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce 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».* »

Le progrès invoqué doit être effectivement démontré, à la fois dans sa nature et dans son *quantum*, par l'entreprise ou l'organisme qui l'invoque.

Il doit constituer un progrès objectif pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle ou plus largement individuelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, en outre, être établi que le progrès économique en question est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies moins restrictives de concurrence. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour compenser, d'un point de vue qualitatif et quantitatif, les atteintes à la concurrence relevées.

Sur tous ces points, il résulte de la jurisprudence de l'Union européenne que la personne qui se prévaut des dispositions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies (voir CJCE, GlaxoSmithKline/Commission, précité, point 82, et CJCE, 11 juillet 1985, Remia e. a./Commission, 42/84, Rec. P. 2545, point 45).

L'exemption de structures communes de commercialisation

Dans la décision **12-D-09**⁶⁷, l'Autorité a sanctionné des meuniers français pour avoir mis en place des sociétés communes de commercialisation anticoncurrentielles.

L'exemption de la société commune France Farine

Les parties faisaient valoir que la structure de commercialisation France Farine avait engendré un progrès économique partagé au profit des consommateurs puisqu'elle aurait permis d'offrir sur l'ensemble du territoire national des produits à des prix attractifs, en répondant aux besoins de la grande distribution de façon

⁶⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

centralisée au plan national et d'optimiser la logistique et les coûts de transport entre ses différents actionnaires en assurant une couverture rationalisée et homogène du territoire national en ce qui concerne les capacités d'ensachage. Les parties alléguait également que la marque « Francine » était, en tant que telle, un gain d'efficacité, dans la mesure où elle constituait un signal fort de qualité pour les consommateurs et un moteur pour l'innovation.

L'Autorité a cependant constaté que les gains d'efficacité invoqués en l'espèce par les parties n'étaient pas établis au regard des exigences probatoires issues de la jurisprudence de l'Union, hormis, dans une certaine mesure, celui relatif au développement de la marque « Francine ». Toutefois, en ce qui concerne ce dernier, les parties n'avaient pas rapporté la preuve que, dans le cadre de France Farine, d'une part, la fixation d'un prix unique par les associés et, d'autre part, la répartition systématique des clients à livrer conduisant à une limitation de la production, étaient nécessaires pour garantir le développement de la marque « Francine ».

L'exemption de la société commune Bach Mühle

Les parties faisaient en parallèle valoir que la structure de commercialisation Bach Mühle avait généré deux types de gains d'efficacité. D'une part, le groupement avait permis à ses commettants d'accéder au marché en répondant à la demande des enseignes du *hard discount* qui procèdent à des appels d'offres centralisés. D'autre part, des gains d'efficacité seraient avérés dans la mesure où une optimisation des coûts de transport et de logistique permettrait de proposer des prix plus bas.

L'Autorité a rappelé que les gains d'efficacité devaient être de nature objective et sensible. Il n'était pas démontré en l'espèce que la constitution d'un interlocuteur unique – dont il était allégué qu'elle serait souhaitée par les enseignes du *hard discount* – répondait à une réalité économique et constituait un gain d'efficacité objectif et sensible. S'agissant de l'optimisation des coûts de transport et de logistique, l'Autorité a relevé que Bach Mühle n'avait pas procédé, de quelque façon que ce soit, à la mutualisation des unités d'ensachage ni à aucune mesure de rationalisation dans la localisation de cette activité. Par ailleurs, aucun élément avancé par les entreprises n'indiquait que le libre jeu du marché n'aurait pas naturellement conduit à une affectation optimale des commandes aux différents meuniers.

L'Autorité en a conclu que les entreprises n'avaient pas apporté la preuve que les pratiques mises en œuvre par Bach Mühle engendraient des gains d'efficacité au regard des articles 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du Code de commerce et que ces derniers compensaient les restrictions de concurrence très significatives qui en résultait.

Les demandes d'exemption individuelle formulées par les entreprises en cause ont donc été rejetées.

Dans la décision **12-D-08⁶⁸**, l'Autorité a sanctionné plusieurs producteurs d'envides pour avoir mis en œuvre une série de pratiques s'inscrivant dans un plan global de fixation des prix de vente *minima* des endives. Les producteurs mis en cause

68. Un recours a été formé contre cette décision.

invoquaient le bénéfice de l'exemption en faisant valoir que ces pratiques étaient justifiées par la nécessité de programmer la production et d'adapter celle-ci à la demande. L'Autorité a rappelé qu'en matière agricole la notion de progrès économique s'articule principalement autour de deux objectifs complémentaires : la satisfaction des consommateurs et l'amélioration de la qualité des produits mis sur le marché, ainsi que les conditions de production. Elle a estimé que les arguments avancés par les producteurs d'endives ne permettaient ni d'apprécier l'existence d'un progrès économique concrètement défini, ni de le quantifier, ni, à plus forte raison, de vérifier le lien direct qui pourrait exister entre le progrès allégué et les pratiques en cause. En outre, l'Autorité a constaté que les parties ne démontraient pas le bénéfice que les acteurs situés en aval, particulièrement les consommateurs finals, avaient pu tirer des pratiques mises en œuvre.

L'Autorité a également rappelé qu'elle n'était pas hostile à d'éventuels accords fixant des prix minimaux à la production dans le secteur agricole en échange de l'apport d'une qualité particulière, si la concurrence entre filières de qualité reste suffisante et si la fixation des prix au niveau du consommateur reste libre (§ 583, voir aussi avis 08-A-07).

Ainsi, il a été considéré que les parties en cause n'avaient pas apporté la preuve que les conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE et à l'alinéa 2 de l'article L. 420-4 du Code de commerce étaient remplies.

Pratiques abusives

Aux termes de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) :

«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.»*

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. »

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 102 du TFUE, 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, il incombe de déterminer la position que cette (ou ces) dernière(s) occupe(nt) sur ce marché, puis dans un troisième temps, si la position dominante est caractérisée, d'examiner les pratiques en cause en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif ou non.

L'Autorité peut toutefois écarter d'emblée le caractère anticoncurrentiel d'une pratique, lorsque, quelles que soient la définition du marché ou la position de l'opérateur en cause sur celui-ci, ces pratiques ne sont, en tout état de cause, pas susceptibles de constituer un abus (**12-D-11**, rappelant la décision 04-D-77).

L'appréciation de l'existence d'une position dominante

La jurisprudence, tant interne que de l'Union, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est, compte tenu de sa puissance de marché, susceptible de s'abstraire des conditions de concurrence existant sur ce marché et donc d'agir indépendamment du comportement et de la réaction de ses concurrents (**12-D-24**⁶⁹).

Une telle position peut résulter de différents facteurs, comme la détention d'un monopole légal ou de fait sur une activité, ou de parts de marché substantielles, ou encore 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. Ces points font l'objet d'une analyse au cas par cas, au vu d'un faisceau d'éléments.

L'appréciation de la position dominante individuelle

Situation caractérisant ou susceptible de caractériser une position dominante

Monopole de droit ou de fait

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit généralement pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole.

Ainsi, à l'occasion de la décision **12-D-25**⁷⁰, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître de pratiques de la SNCF se déroulant en partie à une période où l'opérateur historique détenait la totalité des parts de marché en raison d'un monopole légal.

⁶⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

⁷⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un premier paramètre dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. Une part de marché correspond à la part des ventes réalisée par chacun des opérateurs sur le marché en cause.

S'il est parfaitement possible de tenir compte d'autres éléments afin d'apprécier l'existence d'un pouvoir de marché, l'Autorité a souligné dans la décision **12-D-25**⁷¹ qu'un opérateur ne peut invoquer utilement l'existence de pertes qui résulteraient de la pression concurrentielle pour remettre en cause l'existence d'une position dominante alors même qu'il dispose de parts de marché importantes au point de caractériser le maintien d'une position dominante. À cet égard, l'Autorité a rappelé que de nombreuses raisons peuvent expliquer qu'une entreprise dominante enregistre des pertes (et notamment l'organisation commerciale ou sociale de l'entreprise, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle).

Situation non constitutive d'une position dominante

L'Autorité a eu l'occasion de souligner qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la légalité d'un acte administratif duquel découle un supposé abus de position dominante, un tel contrôle relevant de la compétence exclusive du juge administratif (**12-D-21**, voir *supra* la partie relative à la compétence).

L'appréciation de la position dominante collective

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 d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs*

Ainsi que l'a souligné l'Autorité de la concurrence dans la décision **12-D-13** du 15 mai 2012 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du contrôle technique de véhicules lourds, la démonstration d'une position dominante collective suppose que soit mise en évidence l'adoption effective d'une ligne d'action commune sur le marché. Plusieurs entreprises présentes simultanément sur un même marché peuvent être considérées comme détenant conjointement une position dominante, s'il existe entre elles une interdépendance qui les conduit à adopter une stratégie explicitement ou implicitement coordonnée. En l'absence de liens structurels, la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective, dès lors que les trois critères cumulatifs dégagés par la jurisprudence sont réunis, notamment la transparence du marché concerné, la possibilité d'une coordination tacite et durable, et enfin la non-contestationabilité du marché. L'Autorité a estimé en l'espèce que la faiblesse des barrières à

⁷¹. Un recours a été formé contre cette décision.

l'entrée, illustrée par l'évolution du marché au cours des dernières années, ne permettait pas de conclure à l'existence d'une position dominante 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 102 TFUE. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient encore de rechercher si l'entreprise exploite ou non cette dominance d'une manière abusive.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusive au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 TFUE, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. À cet égard, il convient de souligner que, pour déterminer le caractère abusif d'une pratique, l'effet anticoncurrentiel de celle-ci sur le marché doit exister, mais il ne doit pas être nécessairement concret, étant suffisante la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise en position dominante (**12-D-24⁷²** et **12-D-25⁷³**). Les entreprises en position dominante peuvent cependant, pour écarter la qualification d'abus, démontrer que les pratiques sont objectivement justifiées ou qu'elles sont source de gains d'efficacité bénéficiant aux consommateurs (intermédiaires ou finals).

Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives

Les abus de position dominante regroupent les abus d'exclusion et les abus d'exploitation. L'Autorité de la concurrence a, cette année, été amenée à connaître à plusieurs reprises de dossiers concernant des pratiques d'exclusion.

Aux termes d'une jurisprudence constante, la notion d'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure ou le fonctionnement d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet actuel ou potentiel de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition par les mérites, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.

Si l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche, cette situation impose, selon la jurisprudence constante, à l'entreprise concernée une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée.

Dans une décision **12-D-25** du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître plusieurs pratiques relevant de l'abus d'éviction.

72. Un recours a été formé contre cette décision.

73. Un recours a été formé contre cette décision.

En premier lieu, la SNCF, qui, parallèlement à son activité principale, intervient comme gestionnaire d’infrastructure délégué pour le compte du régulateur sectoriel, a recueilli, à l’occasion des demandes d’attribution de sillons ou de visites de sites techniques par les nouvelles entreprises ferroviaires, des informations sensibles et confidentielles concernant la stratégie et les intentions commerciales de ses concurrents (notamment les clients démarchés, les appels d’offres concernés et les plans de transport envisagés par ses concurrents). La mise à disposition de ces informations à la « branche fret » de l’opérateur historique, qui les a utilisées dans son propre intérêt commercial, allant parfois jusqu’à adapter sa stratégie commerciale aux trafics spécifiquement visés par ses concurrents, a constitué un abus d’éviction.

En second lieu, l’Autorité a constaté un second abus d’éviction s’agissant des cours de marchandises, c’est-à-dire des terrains adaptés et reliés au réseau permettant de charger et décharger les marchandises entre le rail et la route. Ces infrastructures sont indispensables aux entreprises ferroviaires de fret, qui doivent pouvoir y accéder pour exercer leur activité. Pour de nombreux cours de marchandises, l’opérateur historique est à la fois utilisateur et gestionnaire de ces infrastructures, et en mesure de réguler l’accès des autres entreprises ferroviaires à ces infrastructures. Or, l’Autorité a constaté que, en dépit de ses obligations réglementaires et des interventions de RFF, la SNCF avait publié tardivement la liste de ces équipements et s’était abstenu d’en préciser, de façon transparente et suffisamment claire, les conditions d’utilisation et de tarification, obligeant les entreprises ferroviaires concurrentes à s’adresser à son guichet unique et les empêchant ainsi de démarcher utilement leurs clients en formulant des offres de façon crédible.

En troisième lieu, l’Autorité a estimé que la politique de surréservation des sillons – c’est-à-dire des capacités d’infrastructure requises pour faire circuler un train donné d’un point à un autre dans un créneau horaire précis – qui conditionne la capacité des concurrents de l’opérateur historique à offrir des services de transport ferroviaire sur le marché constituait un abus de position dominante, notamment au regard de l’importance du nombre de sillons concernés et de la restitution très tardive, voire de l’absence de restitution, des capacités inutilisées. Un certain nombre de concurrents ont en effet pu être dissuadés de concourir à certains appels d’offres ou se sont trouvés dans l’incapacité d’honorer des commandes d’ores et déjà reçues, voire contraints à recourir à des solutions alternatives qui ont dégradé la qualité du service offert aux chargeurs et augmenté leurs coûts.

Enfin, un dernier abus de position dominante a été constaté en relation avec la surréservation des wagons spécialisés pour le transport des gros tonnages, wagons dits « EX ». En 2006, au moment de l’ouverture du secteur du fret ferroviaire à la concurrence, le seul loueur de ce type de wagons en France était la société SGW (appartenant au groupe SNCF), à laquelle tous les propriétaires ou détenteurs de wagons EX avaient confié la gestion locative de leur parc. Or, il a été établi que la SNCF se réservait l’exclusivité d’utilisation de l’intégralité du parc de wagons EX disponibles géré par SGW, alors même qu’elle n’utilisait en réalité que partiellement ce parc. Durant les deux premières années d’ouverture à la concurrence du

Pratique de l'Autorité de la concurrence

marché, les wagons EX constituaient pourtant une ressource indispensable à court terme pour permettre aux concurrents de la SNCF de pénétrer sur le marché et de s'y développer. Cette pénurie a permis à la SNCF de retenir certains clients qui envisageaient de passer à la concurrence.

Dans une décision **12-D-24**⁷⁴ du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, l'Autorité de la concurrence a sanctionné des opérateurs de téléphonie mobile pour avoir abusé de la position dominante qu'ils détenaient sur le marché de leur terminaison d'appel respective, à travers le recours à des offres d'abondance. Celles-ci permettaient à leurs abonnés respectifs d'appeler sans limitation les interlocuteurs clients du même réseau. Les pratiques ont pris la forme d'une différenciation tarifaire dépourvue de justification entre les appels «on net» (passés sur leur propre réseau) et les appels «off net» (à destination d'un réseau concurrent).

Ces offres étaient devenues le cœur de l'offre postpayée proposée aux particuliers par Orange et SFR, qui les diffusaient à leurs clients souhaitant souscrire ou renouveler leur forfait entre 2005 et 2008. Si toutes ces offres se traduisaient par une différenciation tarifaire entre les appels «on net» et les appels «off net», l'avantage de l'abondance (à savoir la possibilité de communication illimitée) était réservé aux seuls appels «on net».

Ces offres ont non seulement eu un effet «tribu», mais aussi dégradé la fluidité du marché du fait de l'effet réseau.

S'agissant de l'effet «tribu», c'est-à-dire la propension des proches à se regrouper auprès d'un même opérateur, en incitant les consommateurs à changer d'opérateur pour rejoindre celui de leurs proches, il a eu un effet dommageable pour le secteur. Une fois les tribus constituées, ces offres ont retenu durablement les consommateurs auprès de leur opérateur en augmentant substantiellement les coûts de sortie encourus par les abonnés, comme par leurs proches, qui auraient pu souhaiter souscrire une nouvelle offre auprès d'un opérateur concurrent. Elles ont ainsi dégradé la fluidité du marché de détail, en rendant plus difficile la migration des clients vers un autre opérateur.

Ces offres ont également eu un effet de réseau, c'est-à-dire d'accroissement de l'attractivité des opérateurs disposant d'un grand nombre d'abonnés, ce qui a mécaniquement affecté l'attractivité des opérateurs de moindre envergure.

Orange et SFR n'ont pas été en mesure de démontrer que la différenciation tarifaire entre les appels «on net» et «off net» était objectivement justifiée, ni qu'elle serait indispensable à la réalisation de gains d'efficience qui compenseraient les effets anticoncurrentiels.

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

Dénigrement et concurrence déloyale

À l'occasion d'une décision **12-D-14** du 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France, l'Autorité a souligné que, sous certaines conditions, un acte de concurrence déloyale peut également

74. Un recours a été formé contre cette décision.

être constitutif d'un abus de position dominante. S'appuyant sur la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, l'Autorité de la concurrence a rappelé qu'une action en justice, par une entreprise en position dominante, peut être qualifiée d'abus au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, si cette action est manifestement dépourvue de tout fondement, ne peut pas être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée, et s'inscrit dans un plan visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a écarté l'existence d'un abus de position dominante, la cour d'appel de Paris ayant jugé non seulement que le comportement de l'entreprise dominante n'était pas un acte constitutif de concurrence déloyale, mais aussi que les plaignantes devaient être condamnées pour contrefaçon.

Pratiques discriminatoires

L'Autorité a estimé, dans une décision **12-D-18**⁷⁵ du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet, que la politique de facturation proposée par France Télécom au plaignant s'agissant des accords d'interconnexion ne pouvait pas être qualifiée de pratique discriminatoire puisqu'elle apparaît conforme aux politiques de facturations appliquées par la plupart des grands acteurs dans ce domaine.

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 cette disposition suppose 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'existence d'un abus commis par cette dernière.

L'Autorité a rappelé à plusieurs reprises (**12-D-07 et 12-D-16**) les critères permettant de caractériser l'existence d'une situation de dépendance économique. Il s'agit de :

- l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisée par le fournisseur avec le distributeur ;
- l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;
- les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, en particulier si cette situation résulte d'un choix de stratégie commerciale ou au contraire d'une nécessité technique s'imposant au producteur ;

⁷⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

- l'existence de solutions équivalentes, de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité pour une entreprise de disposer d'une solution technique et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées. L'appréciation de solutions équivalentes nécessite l'examen du point de savoir si les facteurs de production sont spécialisés dans la fabrication de biens et services destinés aux distributeurs et ne peuvent être ni utilisés ni adaptés à la production d'autres biens et services, à un coût économiquement acceptable.

Dans une décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois (**12-D-07**), l'Autorité a constaté, après avoir rappelé ces critères, l'existence de débouchés alternatifs à disposition des producteurs de cagettes de bois. Elle a donc conclu à l'absence de dépendance économique.

L'imputabilité

Il ressort d'une jurisprudence constante que lorsque l'existence d'une infraction est établie, il faut déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise afin qu'elle réponde de celle-ci (CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., C-8/08, Rec. p. I-4529, points 49 et 50, et CA Paris, 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e. a., n° 2011/01228, p. 18).

L'infraction doit ainsi être imputée sans équivoque à une personne juridique qui sera susceptible de se voir infliger la sanction (CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e. a./Commission, C-97/08 P, Rec. p. I-8237, point 57).

L'Autorité a rappelé ces principes dans la décision **12-D-25** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, en imputant les pratiques à l'EPIC SNCF, et non à la division Fret SNCF, division dépourvue de la personnalité morale.

L'imputabilité du comportement de la filiale à la société mère

Il résulte de la jurisprudence que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. Il en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise. Ainsi, le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 du Traité CE, devenu article 101 du TFUE, permet à la Commission européenne de retenir la responsabilité de la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction⁷⁶.

76. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e. a./Commission, C-97/08 P, Rec. p. I-8237.

Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, la jurisprudence constante de l'Union européenne retient qu'il existe une présomption simple selon laquelle la société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Il incombe alors à la société mère de renverser la présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, la Commission européenne, ou l'autorité nationale de concurrence concernée, sera en mesure de tenir la société mère solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale⁷⁷.

Si les conditions d'application de ce régime de présomption réfragable ne sont pas réunies, le juge impose à la Commission européenne de vérifier que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Dans un tel cas, afin d'établir si une filiale détermine de façon autonome son comportement sur le marché, il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments pertinents propres aux circonstances de l'espèce, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à la société mère⁷⁸.

À cet égard, il n'est pas exigé, pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale, de prouver que la société mère a été directement impliquée dans – ou a eu connaissance d'une quelconque manière – des comportements incriminés, car ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article 101 TFUE, qui permet de retenir la responsabilité de la société mère d'un groupe de sociétés.

Ces principes s'imposent à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle fait application des articles 101 TFUE et 102 TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. En effet, la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union européenne s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique ce droit, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent.

Cette jurisprudence a été reprise par la cour d'appel de Paris (voir *infra* jurisprudence des juridictions de contrôle).

L'Autorité a eu l'occasion de faire application de ces principes dans la décision **12-D-09**⁷⁹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires. Elle a considéré qu'il y avait lieu d'imputer les comportements en cause aux sociétés auteurs des pratiques ainsi qu'à leurs sociétés mères, pour le comportement infractionnel de leurs filiales, étant précisé que les sociétés mères concernées

77. CJCE, Akzo Nobel e. a./Commission, précité, points 60 et 61, solution confirmée récemment par CJUE, General Química e. a./Commission, précité, points 39 et 40.

78. TPICE, 27 octobre 2010, Alliance One International Inc., T-24/05.

79. Un recours a été formé contre cette décision.

n'avaient pas contesté leur responsabilité ni, partant, fait valoir d'arguments visant à renverser la présomption d'imputabilité rappelée ci-dessus.

Dans la décision **12-D-10**⁸⁰, l'Autorité a également appliqué ces principes pour imputer les pratiques mises en œuvre par la société Hill's à sa société mère, Colgate, qui détenait 100 % de son capital. Pour contester la responsabilité de Colgate, les sociétés ont fait valoir que les contrats visés par les griefs avaient été négociés et conclus directement par Hill's sans intervention de sa société mère et que Hill's constituait une division opérationnelle séparée au sein du groupe Colgate Palmolive. L'Autorité a considéré que ces affirmations n'étaient pas de nature à renverser la présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale détenue à 100 % dès lors qu'elles ne permettaient pas, en l'absence de tout élément circonstancié, de considérer que Hill's déterminait sa politique commerciale de manière autonome. Elle a notamment relevé qu'il était indifférent que la société mère n'ait pas incité sa filiale à commettre l'infraction en cause et ne soit pas directement impliquée dans celle-ci.

Dans la décision **12-D-24**⁸¹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, l'Autorité a également rappelé ces principes en considérant qu'il y avait lieu d'imputer les pratiques d'abus de différenciation tarifaire aux sociétés Orange France, en tant qu'auteur des pratiques, et France Télécom, en sa qualité de société mère.

Dans la décision **12-D-27** portant sur une entente dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a estimé que Réseau France Billet, devenue France Billet, dont la FNAC détenait 55 % du capital pendant la durée des pratiques, ne déterminait pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais appliquait pour l'essentiel les instructions qui lui étaient données par la FNAC. En se fondant sur différents éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la FNAC à sa filiale, notamment le fait que les deux sociétés avaient des dirigeants communs, que la FNAC était majoritaire au conseil d'administration de Réseau France Billet, et que les responsables régionaux chargés des relations de Réseau France Billet avec les organisateurs de spectacles étaient des salariés de la FNAC, l'Autorité en a déduit que la FNAC et Réseau France Billet constituaient une seule et même entité économique. Ainsi, la FNAC devait répondre des pratiques anticoncurrentielles en cause en tant que société mère de Réseau France Billet.

La modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques

Comme le rappelle l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les règles développées par la jurisprudence interne et de l'Union européenne en matière d'imputabilité

⁸⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

⁸¹. Un recours a été formé contre cette décision.

des infractions en droit de la concurrence, en cas de restructurations d'entreprises, s'appuient sur le principe de la responsabilité personnelle, complété par le critère de la continuité économique.

Lorsqu'une personne morale enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction⁸². Une personne morale qui n'est pas l'auteur de l'infraction peut néanmoins être sanctionnée pour celle-ci dans certaines circonstances, sur le fondement du critère de la continuité économique. En effet, «*si aucune autre possibilité d'infliction de la sanction à une entité autre que celle ayant commis l'infraction n'était prévue, des entreprises pourraient échapper à des sanctions par le simple fait que leur identité ait été modifiée par suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels. L'objectif de réprimer les comportements contraires aux règles de la concurrence et d'en prévenir le renouvellement au moyen de sanctions dissuasives serait ainsi compromis*» (CJCE, 11 décembre 2007, ETI e. a., C-280/06, Rec. p. I-10893, point 41).

Dans la décision **12-D-09**⁸³, l'Autorité a rappelé que les entreprises destinataires de la notification des griefs devaient, conformément au Code de commerce, signaler sans délai au rapporteur chargé du dossier toute modification ultérieure de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles les griefs peuvent leur être imputés, sauf à être irrecevables à s'en prévaloir ultérieurement.

Il en est ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction a cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction⁸⁴. Aux termes de la jurisprudence des cours nationales de contrôle : «*les sanctions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce sont applicables aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées [...], lorsque la personne qui exploitait l'entreprise a cessé d'exister juridiquement avant d'être appelée à en répondre, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle*» (voir CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec et Cass. com., 20 novembre 2001, n°s 99-16.776 et 99-18.253, société Bec Frères).

Il en est également ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction, bien que subsistant juridiquement, n'a plus d'existence économique après la commission de l'infraction (voir, en ce sens, CJCE, Aalborg Portland/Commission, précité, points 355 à 359, et ETI, précité, point 41 à 52.). La Cour de justice souligne : «*À ce dernier égard, il y a lieu de considérer qu'une sanction infligée à une entreprise qui continue à exister juridiquement, mais n'exerce plus d'activités économiques, risque d'être dépourvue d'effet dissuasif*» (arrêt ETI, précité, point 40).

82. CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 145, et CJCE, 16 novembre 2000, Cascades/Commission, C-279/98 P, Rec. p. I-9693, point 78.

83. Un recours a été formé contre cette décision.

84. CJCE, Commission/Anic Partecipazioni, précité, point 145.

L'application du principe de continuité juridique

Dans la décision **12-D-09**⁸⁵, l'Autorité a rappelé que tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit en assumer la responsabilité, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne et sans que son changement de dénomination sociale ait un quelconque effet⁸⁶.

Lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité.

Elle a ainsi sanctionné des sociétés qui, à la suite de plusieurs opérations de fusion, d'absorption et de transformation avaient juridiquement succédé aux sociétés auteurs des faits reprochés.

Dans cette même décision, l'Autorité a également considéré qu'en cas de dissolution par absorption de la personne morale, les pratiques qu'elle avait commises devaient être imputées à la société absorbante, nonobstant la circonstance que les infractions étaient antérieures à l'acquisition de l'entreprise.

L'application du principe de continuité économique

Dans la décision **12-D-26**, l'Autorité a rappelé ces principes en indiquant que lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a commis les pratiques a cessé d'exister juridiquement, 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 morale qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble (TPICE, 17 décembre 1991, Enichem Anic/Commission, T-6/89, Rec. p. II-1623, point 237, et TPICE, 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commission, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. p. II-5169, paragraphe 325). Ainsi, après avoir constaté que l'APSAD avait transféré ses activités de certification de service en matière d'installation et de maintenance d'extincteurs à l'association CNPP avant de disparaître juridiquement, l'Autorité a pu en déduire que l'association CNPP était le continuateur économique de l'APSAD. La pratique en cause devait donc être imputée à cette association, en tant que continuateur économique et fonctionnel de l'APSAD jusqu'au transfert desdites activités, et en tant qu'auteur de la pratique pour la période ultérieure.

⁸⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

⁸⁶. Voir aussi décisions 01-D-14, 01-D-17 et 01-D-45.

L'imputabilité des pratiques à un organisme collectif

Dans la décision **12-D-06**, l'Autorité a considéré que les pratiques d'entente et d'abus de position dominante mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon étaient imputables aux membres du GIE « Exploitation des carrières » mais également au GIE lui-même.

En effet, l'Autorité a tout d'abord rappelé la jurisprudence selon laquelle il est possible de retenir la responsabilité personnelle d'un organisme collectif, parallèlement à celle de ses membres, dès lors que cet organisme collectif adopte un comportement anticoncurrentiel distinct et autonome de celui de ses membres (CA Paris, 26 octobre 2004, Yann Penard, confirmant la décision 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne).

L'Autorité a relevé ensuite que le GIE « Exploitation des carrières » exerçait des activités de production et de commercialisation d'agrégats et d'enrobés qui constituent une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce. L'analyse de son mode de fonctionnement montrait que ce GIE disposait, pour ces activités, de ses propres moyens en personnel et matériel, et qu'il était doté d'un certain degré d'autonomie par rapport à ses membres, laquelle s'exprimait notamment dans son pouvoir de négociation lors de la soumission aux appels d'offres organisés pour l'attribution de marchés publics auxquels il candidatait seul.

L'Autorité a également relevé que le GIE avait pris une part active dans la mise en œuvre des pratiques visées par l'ensemble des griefs et qu'il était donc responsable de la mise en œuvre de ces pratiques.

Enfin, l'Autorité a indiqué qu'il n'était pas contesté que les membres du GIE, à savoir les sociétés Allen-Mahé, Atelier Fer et Guibert Frères avaient chacune participé à la mise en œuvre de ces pratiques.

Les mesures adoptées

Les mesures conservatoires

En 2012, l'Autorité n'a pas prononcé de mesures conservatoires.

Les décisions d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français la procédure dite « d'engagements », aux termes de laquelle le Conseil, devenu l'Autorité, 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).

L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 a permis, dans le cadre de la réforme du droit de la concurrence, d'amender cet article en remplaçant l'expression

Pratique de l'Autorité de la concurrence

«pratiques anticoncurrentielles», par celle de «préoccupations de concurrence». Le nouvel article L. 464-2-I, paragraphe 1 du Code de commerce prévoit désormais que : «*L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.*»

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce (nouvelle rédaction), qui prévoit que : «*Lorsque l'Autorité 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 l'Autorité est saisie 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 l'Autorité 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 de l'Union par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil de la concurrence a progressivement développé sa pratique en matière d'engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante témoignant du succès grandissant de cette procédure, le Conseil a diffusé, sur son site Internet, un communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, document repris, moyennant quelques aménagements de fond, dans

un communiqué de procédure du 2 mars 2009⁸⁷, par l'Autorité de la concurrence. Ce communiqué est destiné à éclairer les entreprises sur les bénéfices qu'elles peuvent retirer de la mise en œuvre de cette procédure et sur ses modalités pratiques d'application.

En 2012, l'Autorité a rendu six nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (**12-D-04, 12-D-16, 12-D-17, 12-D-18⁸⁸, 12-D-22 et 12-D-29**), confirmant la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels (12-D-04)

Saisie par la société Météo Consult, l'Autorité a examiné la conformité aux règles de concurrence des pratiques mises en œuvre par Météo France en matière de fourniture de services météorologiques aux entreprises. Météo Consult demandait également le prononcé de mesures conservatoires mais s'est désistée de cette demande par la suite.

Dans sa saisine, Météo Consult a indiqué avoir observé la mise en œuvre par Météo France d'une politique de prix agressive et précisément ciblée sur des clients pour lesquels les deux entreprises étaient en concurrence. Au terme de l'analyse des éléments comptables fournis par Météo France, l'instruction a estimé qu'un risque de subventions croisées entre les activités de service public de Météo France (en monopole) et ses activités commerciales (en concurrence) ne pouvait être écarté, compte tenu de l'absence d'un système fin de comptabilisation analytique des coûts et des revenus. En réponse aux préoccupations de concurrence exprimées par les services d'instruction de l'Autorité, Météo France a soumis, le 28 septembre 2011, des propositions d'engagements, puis de nouvelles versions de ces engagements, à la suite du « test de marché » et de la discussion devant le collège de l'Autorité.

Météo France a proposé de mettre en œuvre, dans leur version finale, les engagements suivants :

- faire évoluer sa comptabilité analytique et maintenir cette dernière dans un format permettant de séparer clairement missions de service public et activités commerciales, en identifiant, d'une part, précisément les coûts et les revenus relatifs à ses missions de service public et les coûts et revenus relatifs à son activité commerciale, en isolant, d'autre part, au sein des activités commerciales, celles rendues aux professionnels et aux particuliers;
- faire auditer la comptabilité analytique par un auditeur indépendant; lequel devra examiner la pertinence de l'ensemble des clés d'allocation retenues pour la comptabilité analytique, analyser les principales évolutions éventuellement apportées à la comptabilité analytique et, le cas échéant, en proposer la modification;
- transmettre à l'Autorité le 30 juin de chaque année un état synthétique de ses coûts et de ses revenus analytiques ainsi qu'une attestation de conformité du

87. www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagements_antitrust.pdf.

88. Cette décision fait l'objet d'un recours.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

système de comptabilité analytique produite par l'auditeur par rapport aux engagements précédents ;

- mettre en place un processus de contrôle interne des modalités d'élaboration des offres de prestations, dûment documenté et incluant, avant transmission aux clients finaux, une revue de leurs coûts complets, une détermination de la marge envisagée, ainsi qu'une validation par une personne d'encadrement dûment habilitée à cet effet et appartenant à la direction commerciale régionale ou centrale de Météo France. La méthodologie adoptée pour la revue des coûts complets et la détermination de la marge envisagée sera harmonisée et cohérente avec la comptabilité analytique auditee. Météo France s'engage à formaliser ce processus de contrôle interne par la mise à jour de la documentation qualité rattachée à son activité commerciale.

L'Autorité a, par décision **12-D-04** du 23 janvier 2012, accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par Météo France.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de distribution de la presse (12-D-16)

Par lettre du 10 juillet 2008, le Syndicat national des dépositaires de presse (SNDP) avait saisi le Conseil de la concurrence, dénonçant certaines clauses contractuelles liant Presstalis et des dépositaires de presse indépendants ainsi que des règles de fonctionnement susceptibles selon lui de constituer des abus de position dominante. Le SNDP dénonçait en particulier les conditions de la rémunération des dépositaires, les contraintes imposées à ces derniers désireux de nouer des relations directes avec les éditeurs, l'imposition d'une clause de révocation *ad nutum* dans le contrat de dépositaire, les conditions de la participation de Presstalis aux procédures d'agrément des cessions et rattachements des dépôts de presse, susceptibles de favoriser son développement sur le niveau 2.

Par décision 09-D-02, le Conseil de la concurrence avait rejeté la demande de mesures conservatoires, présentée par le SNDP, au motif qu'il n'était pas démontré que les pratiques alléguées étaient la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur. En outre, aucun élément probant n'était apporté quant à une rémunération discriminatoire et inéquitable des dépositaires. Le Conseil avait, en revanche, demandé que, sur les autres points, l'instruction du dossier au fond soit poursuivie.

Au cours de l'instruction, il a été relevé que plusieurs dispositions des contrats régissant les relations entre Presstalis et les dépositaires de presse étaient susceptibles d'être constitutives d'abus de position dominante.

Ainsi, une clause du contrat de Presstalis avec les dépositaires de presse pouvait être comprise comme une interdiction de principe faite aux dépositaires signataires de nouer des relations directes avec un éditeur pour assurer la distribution d'un ou plusieurs titres sur leur zone de chalandise. Une telle clause est susceptible de restreindre la capacité concurrentielle des dépositaires indépendants vis-à-vis des messageries sur le marché de la distribution de la presse.

De la même façon, la clause de révocation *ad nutum* du contrat liant Presstalis et les dépositaires pouvait être interprétée comme une disposition permettant à Presstalis de révoquer un dépositaire après un préavis extrêmement court (48 heures), sans indemnité, et ce alors même qu'aucune faute n'aurait été commise par celui-ci. De telles conditions de révocation étaient de nature à permettre à Presstalis d'abuser de sa possible position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro sur le marché connexe des cessions de dépôts, en menaçant de révocation les dépositaires qui chercheraient à construire un partenariat avec une autre entreprise que Presstalis.

Il a en outre été constaté que, dans le cadre des cessions de dépôts, agréées par le Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP), ce dernier pouvait, par l'intermédiaire de sa commission du réseau, demander un éclairage ou un avis aux messageries. Au travers de cette procédure, il ne pouvait être exclu que Presstalis, messagerie susceptible d'être dominante sur le marché, cherche à favoriser ses propres projets au détriment de ceux des dépositaires indépendants. S'il appartient au CSMP de veiller au respect d'une procédure contradictoire, le format choisi par Presstalis pour donner au CSMP sa position sur un projet doit permettre à ce dernier de prendre sa décision en se fondant sur des critères objectifs et vérifiables. L'absence de trace écrite de la position de Presstalis était de nature à rendre le processus moins transparent et vérifiable, facilitant la possibilité pour Presstalis de présenter, le cas échéant, des positions non objectives.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, Presstalis s'est engagée :

- à ne pas résilier de contrat avec les dépositaires de presse assurant directement la distribution de publications d'un éditeur dès lors que cette distribution directe ne compromet pas de manière substantielle la bonne exécution de la distribution objet du contrat avec le dépositaire concerné ;
- à ne pas, sauf en cas de faute grave, résilier le contrat d'un dépositaire sans respecter un préavis de trois mois, celui-ci pouvant exercer son droit à indemnisation ;
- à consigner par écrit les éléments qu'elle serait amenée à donner à la commission du réseau dans le cadre d'un projet impliquant les dépositaires de la distribution de la presse, lors de la procédure d'agrément des cessions ;
- à informer les dépositaires – qui ont conclu ou qui concluront avec elle un contrat – des engagements pris.

Considérant que ces engagements répondaient à ses préoccupations de concurrence, l'Autorité a accepté et rendu ces engagements obligatoires par décision **12-D-16** du 12 juillet 2012.

Engagements relatifs à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiement scripturaux (prélèvement, titre interbancaire de paiement, télérèglement, virement et lettre de change) (12-D-17)

Saisie par la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) et l'Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (ADUMPE), l'Autorité de la concurrence a examiné la conformité aux règles de concurrence des commissions interbancaires liées à l'utilisation des moyens

Pratique de l'Autorité de la concurrence

de paiement scripturaux autres que les cartes bancaires et les chèques – prélèvement, virement, TIP (titre interbancaire de paiement), télérèglement et lettre de change relevé (LCR).

L'instruction menée a permis d'identifier des préoccupations de concurrence : les commissions interbancaires fixées par les principales banques étaient susceptibles d'être qualifiées de restrictions de concurrence, dans la mesure où les banques fixaient en commun, dans certains cas depuis la fin des années 1960, des montants uniformes de commissions interbancaires. Ces commissions, qui pesaient sur les coûts des banques, étaient susceptibles d'influencer – à la hausse – les tarifs des clients des banques.

Les engagements pris par les banques ont consisté en la suppression de la plupart des commissions au 1^{er} septembre 2013, après une division par deux de toutes les commissions dès le 1^{er} septembre 2012.

Ainsi, les principales commissions (prélèvement, télérèglement, TIP et VOE) ont effectivement été réduites de 50% depuis le 1^{er} septembre 2012 avant d'être supprimées définitivement le 1^{er} septembre 2013.

	Aujourd'hui	1 ^{er} septembre 2012	1 ^{er} septembre 2013
Prélèvement	12,2 centimes €	6,1 centimes €	0 €
Télérèglement	13,7 centimes €	6,8 centimes €	0 €
TIP	7,6 centimes €	3,8 centimes €	0 €
Virement d'origine étrangère (VOE)	1,829 €	0,915 €	0 €

Les commissions exceptionnelles sur rejets ont également été réduites de 50% depuis le 1^{er} septembre 2012, avant de faire l'objet d'une nouvelle évaluation sur la base d'une étude de coûts, faite à partir d'un cahier des charges validé par l'Autorité de la concurrence.

Premièrement, ces commissions rémunéreront désormais des prestations optionnelles, à la demande du créancier – mise à disposition ou transmission de l'information (entre banques) relative à l'existence et au motif du rejet – et ne seront donc plus automatiquement appliquées. Deuxièmement, les banques se sont engagées à redéfinir de façon précise les postes de coûts couverts par ces commissions, sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité appréciera également la conformité au cahier des charges de l'étude finale. En l'absence d'approbation de l'étude de coûts par l'Autorité, les commissions seraient suspendues dès le 1^{er} septembre 2013, jusqu'à la réalisation d'une étude conforme.

L'Autorité rend également obligatoire l'engagement de la FBF, qui inclut les adhérents de l'AFB, de diffuser auprès de ses adhérents – l'ensemble des banques actives en France – les engagements souscrits par les banques parties à la procédure.

Par décision **12-D-17** du 5 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires l'ensemble de ces engagements.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d’interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet (12-D-18)

Saisie par l’opérateur de télécommunications américain Cogent qui reprochait, entre autres, à France Télécom de remettre en cause le système de « *peering* » (échange gratuit des flux entre deux réseaux) existant entre opérateurs de transit, en demandant à être rémunérée pour l’ouverture de capacités techniques supplémentaires d’accès aux abonnés d’Orange, l’Autorité a considéré que, compte tenu du caractère très asymétrique des échanges de trafic entre France Télécom et Cogent, cette demande de facturation ne constituait pas en l’état une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où une telle rémunération n’était pas une pratique inhabituelle dans le monde de l’Internet en cas de déséquilibre important des flux entrants et sortants entre deux réseaux et correspond à la politique générale de « *peering* » adoptée par France Télécom et connue de Cogent.

En revanche, l’Autorité a constaté l’existence d’une certaine opacité dans les relations entre le réseau domestique de France Télécom (Orange) et les activités d’opérateur de transit (Open Transit), pouvant conduire à d’éventuelles pratiques de ciseau tarifaire. France Télécom a accepté de prendre des engagements de nature à les prévenir et à en permettre le contrôle.

Ainsi, elle s’est engagée à :

- formaliser un protocole interne entre Orange et Open Transit décrivant les conditions techniques, opérationnelles et financières applicables à la fourniture de services de connectivité France ;
- mettre en place un suivi de la mise en œuvre de ce protocole interne.

Le protocole interne sera communiqué à l’Autorité de la concurrence dans les trois mois. Sa mise en œuvre sera suivie pendant deux ans par l’Autorité.

Par décision **12-D-18⁸⁹** du 20 septembre 2012, l’Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre par la société PagesJaunes SA (12-D-22)

Une dizaine d’agences de publicité ont saisi l’Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par PagesJaunes. Elles reprochaient notamment à cette dernière de leur refuser l'accès à des données statistiques utilisées pour conseiller les annonceurs. Elles mettaient également en avant des cas de dénigrement de la part de commerciaux de PagesJaunes, visant la qualité et le prix de leurs prestations, ainsi que de discrimination à leur encontre. Elles faisaient valoir en particulier que les agences de publicité devaient respecter plusieurs critères pour la parution de certaines annonces alors même que, dans certains cas, les forces de vente de PagesJaunes s'en affranchissaient.

⁸⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

Les services d'instruction ont relevé que certaines des pratiques dénoncées par les saïssantes étaient susceptibles de restreindre la concurrence sur le marché de la vente d'espaces publicitaires dans les annuaires.

En réponse, PagesJaunes a pris les engagements suivants :

- mettre à disposition des agences des statistiques de consultation des annonces identiques à celles dont disposent les commerciaux de PagesJaunes ;
- poursuivre la mise à disposition pour les agences du logiciel de calcul des tarifs d'insertion des annonces ;
- mettre en place un plan de communication externe visant à faire connaître aux annonceurs l'existence et le rôle des agences de publicité. Ce plan devra préciser qu'un achat d'espace effectué *via* une agence ou directement auprès de PagesJaunes n'entraîne aucune différence tarifaire ni de traitement ;
- mettre en place un programme de conformité comprenant, notamment, la formation des conseillers commerciaux et des télévendeurs aux règles du droit de la concurrence et la mise en place d'un système d'alerte. Ce système permettra, d'une part, de recueillir et de traiter les plaintes éventuelles des agences relatives aux comportements de sa force de vente et, d'autre part, de répondre à toute question des personnels PagesJaunes faisant partie de préoccupations en matière de conformité aux règles de concurrence ;
- faire respecter les règles de parution spécifiques des annonces par ses services commerciaux en instituant un contrôle aléatoire des commandes sur les rubriques dites « à risques » (telles que notamment : dépannages urgents à domicile, chauffage, plomberie, dépannages en serrurerie) et en pérennisant le contrôle systématique préalable sur certaines commandes mis en place en 2010, permettant ainsi d'assurer un contrôle effectif sur plus de quatre mille de ces commandes par an.

Ces engagements ont été pris pour une durée d'au moins trois ans à compter de la notification de la décision et jusqu'au 31 mars 2016. Un rapport annuel sera adressé à l'Autorité.

Par décision du 22 novembre 2012, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements.

Engagements relatifs à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf (12-D-29)

Le 13 avril 2012, la société Eurogolf Liber'Tee (ci-après, Eurogolf) a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Fédération française de golf (ci-après, FFGolf) dans le secteur de la distribution de produits d'assurance complémentaire aux joueurs de golf.

La société Eurogolf, intermédiaire en assurances, reprochait à la FFGolf d'entretenir auprès de ses adhérents une confusion entre la licence de golf elle-même et des produits d'assurance complémentaire qui en réalité sont facultatifs, notamment en utilisant l'expression « licence-assurance » dans ses supports de communication.

Les services d'instruction ont exprimé en octobre 2012 leurs préoccupations de concurrence à la FFGolf. Ils ont souligné la confusion qu'elle entretenait entre sa mission de service public (la délivrance de licences de golf, activité dont elle détient le monopole légal) et son activité économique (la commercialisation de différents produits d'assurance complémentaire, activité ouverte à la concurrence).

La FFGolf étant susceptible d'occuper une position dominante sur le marché des produits d'assurance proposés aux joueurs de golf, et compte tenu de ses liens avec les clubs de golf, l'inclusion d'assurances non obligatoires dans la licence fédérale était susceptible de caractériser une « vente liée » qualifiable d'abus de position dominante.

La communication mise en place par la FFGolf vis-à-vis des golfs sur le caractère obligatoire de la licence était également susceptible d'étendre les effets de cette possible vente liée abusive et d'entraver l'émergence de la concurrence. Enfin, le programme dit « Cap 500 000 » était de nature à contribuer à l'assèchement du marché de l'assurance.

En réponse, la FFGolf a pris des engagements relatifs à :

- la modification de sa pratique contractuelle ;
- la modification de la communication de la FFGolf pour la promotion de la licence ;
- la modification du site Extranet mis à la disposition des golfs par la FFGolf ;
- la modification du programme Cap 500 000.

Un cinquième engagement prévoit la mise en œuvre des engagements qui fera l'objet d'un rapport annuel adressé à l'Autorité pendant quatre ans.

Les décisions d'infraction

Les sanctions pécuniaires

L'application du maximum légal de sanction prévu par la loi NRE du 15 mai 2001

Les *maxima* 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 ne prévoient l'applicabilité des nouveaux *maxima* 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 *maxima* étaient applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, celui-ci a estimé, compte tenu du caractère quasi pénal des sanctions qu'il inflige, qu'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 CESDH, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau maximum des sanctions n'est appliqué qu'aux pratiques

commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 ou aux pratiques continues débutées avant l'entrée en vigueur et achevées après, et qui ont fait l'objet d'une notification de griefs postérieurement à cette date.

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a appliqué les *maxima* issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans cinq décisions (**12-D-02**⁹⁰, **12-D-10**⁹¹, **12-D-24**⁹², **12-D-25**⁹³, **12-D-27**) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après cette date, c'est-à-dire après le 18 mai 2001, dans cinq autres décisions (**12-D-06**, **12-D-08**⁹⁴, **12-D-09**⁹⁵, **12-D-23**⁹⁶, **12-D-26**).

Le maximum légal de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce qui le fixe à 750 000 euros, a été appliqué deux fois en 2012 (**12-D-02** et **12 D-06**). Dans sa décision **12-D-06**, l'Autorité de la concurrence a appliqué le maximum légal le plus favorable aux parties mises en cause entre celui de 750 000 euros au titre de la procédure simplifiée et celui de 10 % de chiffre d'affaires mondial consolidé réduit de moitié conformément au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce pour les parties qui avaient fait le choix de ne pas contester les griefs. Pour l'ensemble des parties en cause, l'Autorité de la concurrence a appliqué le second plafond, dès lors que celui-ci était inférieur à 750 000 euros.

La motivation des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle 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 des pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction*

 ».

L'Autorité de la concurrence a précisé sa pratique en publiant le 16 mai 2011 un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Ce document explique, à des fins de transparence et sous réserve de l'examen concret des circonstances propres au cas d'espèce que l'Autorité de la concurrence effectue dans chaque affaire sur laquelle elle se prononce, les modalités concrètes selon lesquelles elle entend faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui a été conféré par le législateur pour déterminer les sanctions qu'elle impose, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce et sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation.

90. Un recours a été formé contre cette décision.

91. Un recours a été formé contre cette décision.

92. Un recours a été formé contre cette décision.

93. Un recours a été formé contre cette décision.

94. Un recours a été formé contre cette décision.

95. Un recours a été formé contre cette décision.

96. Un recours a été formé contre cette décision

Cette méthode se décompose en trois étapes successives. La première étape consiste à déterminer un montant de base reflétant la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie. Il se traduit par le choix d'un taux, compris entre 0 et 30 % de la valeur des ventes réalisées par chacune des entreprises sanctionnées avec les produits ou services en relation avec l'infraction, qui sert généralement d'assiette à la sanction. La durée de participation de chacun des contrevenants à l'infraction est ensuite prise en considération. La deuxième étape consiste à adapter ce montant de base, à la hausse ou à la baisse, en considération de la situation individuelle de chaque entreprise. À cet effet, l'Autorité de la concurrence prend en compte le comportement de l'intéressée dans l'infraction, sous la forme de circonstances atténuantes ou aggravantes, et la situation personnelle de chacune d'entre elles. Le fait que certaines des parties sanctionnées se trouvent en situation de réitération – qui constitue un critère à part entière de détermination de la sanction – est également pris en considération lors de cette individualisation de la sanction. La troisième et dernière étape consiste à comparer la sanction ainsi obtenue pour chacune des parties en cause au maximum légal applicable et à la ramener à ce montant si elle le dépasse. En tant que de besoin, l'Autorité tient ensuite compte des réductions à accorder aux entreprises au titre des procédures de clémence ou de non-contestation des griefs, d'une part, et/ou en raison d'éventuelles difficultés contributives invoquées par les parties, d'autre part.

L'Autorité de la concurrence a mis en œuvre à huit reprises cette méthode en l'adaptant le cas échéant sur certains aspects compte tenu des spécificités propres à certaines affaires et à certaines des parties mises en cause (**12-D-02**⁹⁷, **12-D-06**, **12-D-08**⁹⁸, **12-D-09**⁹⁹, **12-D-10**¹⁰⁰, **12-D-24**¹⁰¹, **12-D-25**¹⁰², **12-D-27**). Dans deux autres affaires, elle n'a pas appliqué en tout ou partie cette méthode (**12-D-23**¹⁰³, **12-D-26**).

Dans sa décision **12-D-23**, l'Autorité de la concurrence a en particulier imposé une sanction forfaitaire à l'entreprise Bang & Olufsen pour avoir interdit à ses distributeurs de vendre les produits de sa marque sur Internet, dans la mesure où la méthode décrite dans le communiqué du 16 mai 2011 n'apparaissait pas adaptée en raison de la conjonction de deux circonstances très particulières. L'Autorité a ainsi précisé que : « *En premier lieu, les services d'instruction ont fait le choix de traiter en priorité l'affaire ayant donné lieu à la décision 08-D-25 précitée, retenue comme dossier pilote en matière de pratiques faisant obstacle à la possibilité pour des distributeurs agréés membres d'un réseau de distribution sélective, d'effectuer des ventes en ligne. En second lieu, ils ont ensuite été conduits à suspendre formellement l'instruction du dossier à la suite de la question préjudicielle posée à la Cour de justice par la cour d'appel de Paris dans cette même affaire. Ces circonstances ne justifient toutefois pas,*

⁹⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

⁹⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

⁹⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁰⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁰¹. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁰². Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁰³. Un recours a été formé contre cette décision.

contrairement à ce qu'allèguent les mises en cause, de réduire la sanction à un montant symbolique. Il convient de rappeler que les parties ne pouvaient pas légitimement ignorer les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales précitées lorsqu'elles ont mis en place les pratiques, et qu'elles ont maintenu celles-ci en toute connaissance de cause postérieurement à la décision 08-D-25 du Conseil de la concurrence précitée, et ce jusqu'au jour de la présente décision.»

La détermination du montant de base

L'assiette de la sanction

Dans le communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à prendre, en principe, comme assiette de la sanction la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction réalisées par chacune des entreprises à laquelle elle impose une sanction.

La valeur des ventes inclut l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec les pratiques sanctionnées effectuées par chacune des parties en cause, durant son dernier exercice comptable complet de participation auxdites pratiques. L'Autorité de la concurrence considère, en s'appuyant sur une jurisprudence établie ainsi que sur une pratique courante des autorités de concurrence, que la valeur des ventes peut utilement servir d'assiette à la sanction, dès lors que «ce paramètre constitue une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif sur le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé» (**12-D-25** ¹⁰⁴).

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a pris pour assiette de la sanction imposée à chaque partie en cause la valeur de leurs ventes en relation avec les pratiques mises en œuvre à six reprises (**12-D-02** ¹⁰⁵, **12-D-06**, **12-D-08** ¹⁰⁶, **12-D-09** ¹⁰⁷, **12-D-10** ¹⁰⁸, **12-D-24** ¹⁰⁹, **12-D-25**, **12-D-27**). À titre d'exemple, dans sa décision **12-D-02**, qui concernait une action concertée sur les prix des prestations d'ingénierie de loisir, de culture et de tourisme, l'assiette de la sanction de chacune des entreprises condamnées a été leurs ventes individuelles de prestations d'ingénierie de loisir, de culture et de tourisme réalisées en France.

La valeur des ventes prise en compte est généralement celle réalisée par chacune des parties mises en cause pendant son dernier exercice comptable complet de participation aux pratiques. Ce n'est que dans l'hypothèse où ce chiffre n'apparaît manifestement pas représentatif des ventes effectuées durant l'ensemble de la durée de l'infraction, c'est-à-dire qu'il connaît une variation très conséquente au cours du temps, que l'Autorité de la concurrence peut écarter ce chiffre pour lui substituer une valeur des ventes plus représentative, par exemple celle réalisée pendant un autre

104. Un recours a été formé contre cette décision.

105. Un recours a été formé contre cette décision.

106. Un recours a été formé contre cette décision.

107. Un recours a été formé contre cette décision.

108. Un recours a été formé contre cette décision.

109. Un recours a été formé contre cette décision.

exercice comptable complet ou une moyenne d'exercices comptables (**12-D-02**¹¹⁰, **12-D-08**¹¹¹, **12-D-24**¹¹²). Dans sa décision **12-D-02**, l'Autorité de la concurrence a précisé que «*les données chiffrées à la disposition de l'Autorité révèlent que [le dernier exercice comptable complet] ne peut manifestement pas être tenu pour représentatif en ce qui concerne [quatre entreprises], eu égard aux variations annuelles très significatives qu'a connues le chiffre d'affaires réalisé par ces quatre sociétés de très petite taille. Dans ce contexte, l'Autorité estime qu'il convient en l'espèce de retenir, pour ces sociétés, une moyenne des exercices comptables complets couverts par l'infraction*». De plus, l'Autorité a estimé que la durée particulièrement longue de certaines pratiques (en l'espèce une durée supérieure à cinquante ans) pouvait conduire à considérer que le dernier exercice comptable complet n'était manifestement pas représentatif (**12-D-09**¹¹³; voir section ci-dessous sur la prise en compte de la durée).

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a également eu l'occasion de se prononcer sur l'assiette de la sanction à utiliser en cas d'abus d'éviction ou d'exclusion interdit par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce (**12-D-24**, **12-D-25**¹¹⁴). Dans ces deux cas, compte tenu des effets anticoncurrentiels intervenus sur les marchés en cause, la valeur de ventes pertinente correspondait aux ventes de services sur ces marchés. Dans sa décision **12-D-25** dont le destinataire était l'EPIC SNCF, l'Autorité de la concurrence a donc retenu «*comme assiette la valeur des ventes de services offerts aux chargeurs par train massif réalisées en France par l'EPIC SNCF*», à l'exclusion de tout autre chiffre d'affaires réalisé en rapport avec ses autres activités de transport ferroviaire.

Les ventes prises en compte sont en principe celles réalisées en France par les parties mises en cause. Néanmoins, compte tenu de la nature particulière de certaines infractions, comme les ententes ayant pour objet de limiter les importations d'un produit donné vers le territoire français, les ventes réalisées en France par les producteurs étrangers qui participent à l'entente ne peuvent être tenues pour représentatives. Ainsi, dans la décision **12-D-09**, qui portait notamment sur un cartel de limitation des importations de part et d'autre de la frontière franco-allemande, les producteurs allemands et français se réservant leur territoire national respectif, la valeur de ventes était constituée des ventes de farine en sachets réalisées en France et en Allemagne par chacune des entreprises. L'Autorité de la concurrence a précisé que : «*compte tenu de la nature même de cette infraction, les ventes à prendre en considération ne sauraient être limitées aux seules ventes effectuées en France. En effet, les pratiques en cause ont eu pour objet de limiter les importations de farine en sachets de la France vers l'Allemagne et inversement. Le cartel, en ce qu'il comprenait une répartition des marchés, a donc visé à conduire les meuniers allemands à s'abstenir d'effectuer des livraisons de farine en sachets en France au-delà d'un quota de livraison convenu. De même, la limitation des expéditions de farine des meuniers*

¹¹⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

¹¹¹. Un recours a été formé contre cette décision.

¹¹². Un recours a été formé contre cette décision.

¹¹³. Un recours a été formé contre cette décision.

¹¹⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

français vers l'Allemagne a pu avoir un impact sur les ventes réalisées par les meuniers allemands, tel étant aussi leur objectif. Dans ces conditions, les ventes réalisées par les meuniers français et allemands en France ne peuvent clairement pas être considérées comme reflétant de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif des entreprises impliquées dans cette dernière».

L'Autorité a estimé dans certains cas que la valeur des ventes n'était pas une donnée pertinente. Cela a en particulier été le cas pour des entreprises ne percevant que des commissions à l'occasion de transactions commerciales effectuées pour des producteurs de biens. L'assiette de la sanction pour ces entreprises a été constituée desdites commissions (**12-D-06, 12-D-09¹¹⁵, 12-D-27**). Dans sa décision **12-D-27**, l'Autorité de la concurrence a souligné qu'*«en l'occurrence, les entreprises en cause sont actives non en tant que producteurs, mais en tant que structures de commercialisation. Les ventes qu'elles effectuent étant réalisées pour le compte de tiers, elles ne se rémunèrent effectivement qu'en prélevant des commissions proportionnelles au montant de ces ventes, le restant de leur chiffre d'affaires étant reversé aux producteurs de spectacle. [...] [D]ans une hypothèse comparable, les commissions prélevées reflètent de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction et peuvent à ce titre servir d'assiette pour déterminer la sanction des entreprises en cause».*

Enfin, dans sa décision **12-D-08¹¹⁶**, l'Autorité de la concurrence a considéré que la valeur des ventes des organisations de producteurs d'endives devait être écartée, dès lors que les ventes d'endives qu'elles réalisaient sur la période de commission de l'infraction ne reflétaient pas l'ampleur de l'infraction sur le marché, car elle était augmentée de façon artificielle par des subventions publiques venant soutenir cette activité. En substitution, l'Autorité de la concurrence a pris comme assiette de la sanction le chiffre d'affaires total réalisé en France par chaque partie. Afin de préserver la proportionnalité de la sanction, l'Autorité de la concurrence a précisé que *«les appréciations de l'Autorité relatives à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de ce chiffre d'affaires, comme le permet le communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (point 39). Cette proportion sera nécessairement significativement inférieure à celle qui aurait été retenue si l'Autorité avait utilisé comme assiette la valeur des ventes d'endives des intéressées».*

La gravité des faits

L'Autorité de la concurrence apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Elle l'apprécie globalement, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque partie en cause, qui font l'objet d'une prise en compte ultérieure, dans le cadre de l'individualisation de la sanction.

Ainsi qu'elle l'a précisé dans le communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité de la concurrence tient compte notamment, en s'appuyant sur la jurisprudence

¹¹⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹¹⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

constante, des éléments suivants pour apprécier la gravité des faits : la nature des pratiques sanctionnées, la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause, ainsi que les caractéristiques objectives des pratiques et leurs modalités de fonctionnement.

– *La nature des pratiques en cause*

- Les ententes de prix, de répartition des marchés et des clients ou de limitation de la production

Les ententes entre concurrents portant sur les prix, la répartition des marchés ou des clients, ou de limitation de la production sont considérées par la jurisprudence tant interne que de l'Union comme figurant parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence. Conformément à cette jurisprudence et à sa pratique décisionnelle, l'Autorité de la concurrence a, dans sa décision **12-D-09**¹¹⁷, rappelé que ce type d'infraction «*vise, par sa nature même, à manipuler des paramètres essentiels de la concurrence dans le secteur visé. Une telle pratique est qualifiée de cartel ou d'entente “injustifiable” par l'OCDE dans sa recommandation n° C(98) 35/Final du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables. Elle constitue l'une des infractions les plus graves aux règles de concurrence, dans la mesure où elle ne peut tendre qu'à confisquer, au profit des auteurs de l'infraction, le bénéfice que les consommateurs – en l'espèce les ménages acheteurs de farine pour leur usage quotidien – sont en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel de l'économie*

L'Autorité de la concurrence considère donc que ces infractions, de par leur nature même, sont d'une gravité indéniable (**12-D-02**¹¹⁸, **12-D-06**, **12-D-08**¹¹⁹, **12-D-09**, **12-D-27**).

Dans chaque cas d'espèce, différents paramètres concrets peuvent influer sur la gravité de ces infractions. Lorsqu'ils la renforcent, ils conduisent l'Autorité de la concurrence à qualifier l'entente horizontale concernée de particulièrement grave ou d'*« extrêmement grave »* (**12-D-09**).

C'est en particulier le cas dès lors qu'une entente entre concurrents a pour objet de manipuler non pas un seul paramètre de concurrence (prix, marchés ou production), mais plusieurs (**12-D-06**, **12-D-09**). Compte tenu de la nature des infractions sanctionnées dans sa décision **12-D-06** et de leur forte complémentarité, l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que «*le fait que [les cinq infractions sanctionnées], qui sont distinctes dans la mesure où elles affectent des paramètres de concurrence eux-mêmes distincts, se cumulent et couvrent l'intégralité de la chaîne de valeur sur les différents marchés en cause en accroît la gravité intrinsèque*

De même, une entente horizontale est d'autant plus grave qu'elle a revêtu un caractère secret, élément la rendant particulièrement difficile à détecter et en traduisant, dans une certaine mesure, le caractère délibéré (**12-D-09**). *A contrario*, l'Autorité de la concurrence a souligné dans sa décision **12-D-08** que la fixation en commun d'un prix de revente entre organisations de producteurs d'endives

117. Un recours a été formé contre cette décision.

118. Un recours a été formé contre cette décision.

119. Un recours a été formé contre cette décision.

revêtait un caractère de moindre gravité qu'une entente secrète (voir également **12-D-02**¹²⁰).

- Les restrictions verticales

Ainsi que cela a été récemment rappelé par la cour d'appel de Paris, la nature des restrictions verticales est, comme pour les ententes entre concurrents, un élément que l'Autorité de la concurrence doit prendre en compte en tout premier lieu pour apprécier la gravité de telles infractions.

L'Autorité de la concurrence a ainsi rappelé durant l'année 2012 que, en raison de sa nature intrinsèque, l'infraction qui consiste à s'entendre avec ses distributeurs pour fixer le prix de revente de certains produits, si elle n'est pas regardée avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figure parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles (**12-D-10**¹²¹). En revanche, d'autres types de restrictions verticales sanctionnées en 2012 (interdiction de pratiquer des ventes passives, exclusivités d'approvisionnement, de clientèle ou territoriales) ne sauraient revêtir un tel degré de gravité, même si elles ont incontestablement «*un caractère certain de gravité, en particulier parce qu'elles tendent à compartimenter les marchés*» (**12-D-10, 12-D-23**¹²²).

De plus, l'Autorité de la concurrence a ajouté que le fait de mettre en œuvre une restriction verticale au moyen de documents de nature contractuelle qui seraient de base à la relation commerciale avec les distributeurs est de nature à renforcer la gravité (**12-D-10, 12-D-23**). Ainsi, elle a souligné que «*le caractère contractuel de la pratique a ainsi permis à Hill's de généraliser l'entente, en s'assurant de son application à l'ensemble des grossistes sur le segment de marché en cause, et de sceller l'acquiescement des distributeurs dans un document contraignant*» (**12-D-10**).

- Les pratiques d'éviction des concurrents

Dans sa décision **12-D-25**¹²³, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de rappeler que les abus de position dominante qui tendent à évincer des concurrents revêtent, par leur nature même, un degré certain de gravité, voire sont particulièrement graves pour certains d'entre eux, notamment «*en ce qu'ils tendent à éléver les barrières à l'entrée et à empêcher les concurrents de se développer sur le marché en dépit de leurs mérites propres*». Il en est de même pour le comportement de plusieurs entreprises concurrentes visant, sous la forme d'une entente, à s'entendre pour exclure un de leurs concurrents du marché en cause, la gravité des faits étant de plus accentuée par le fait que les entreprises qui ont mis en œuvre une telle pratique sont les trois principaux acteurs du secteur (**12-D-27**).

En revanche, l'Autorité de la concurrence a opéré une distinction dans son appréciation de la gravité des faits entre les pratiques qui tendent mécaniquement à évincer des concurrents, (comme des pratiques consistant en des compressions de marges) et d'autres pratiques d'éviction dont les effets ne sont pas d'empêcher

120. Un recours a été formé contre cette décision.

121. Un recours a été formé contre cette décision.

122. Un recours a été formé contre cette décision.

123. Un recours a été formé contre cette décision.

de façon systématique les concurrents d'exercer leur activité de façon rentable, ces dernières étant considérées *a priori* comme moins graves. Ainsi, dans sa décision **12-D-24**¹²⁴, l'Autorité de la concurrence a souligné que : « *les pratiques de différenciation tarifaire n'ont pas nécessairement pour effet d'empêcher les concurrentes des entreprises en cause de proposer leurs services de manière rentable. Tout en revêtant un caractère de gravité certain, elles se distinguent donc de pratiques d'exclusion emportant un effet mécanique et automatique d'exclusion des concurrents, qui sont traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et par les juridictions européenne et nationale de graves, voire très graves lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise en situation de quasi-monopole.* »

– *Les autres éléments d'appréciation de la gravité des faits*

Ainsi que cela a été indiqué *supra*, la gravité des faits fait l'objet d'une appréciation concrète sur la base d'éléments objectifs. Elle ne saurait donc se limiter à apprécier la seule nature des infractions sanctionnées et peut aussi tenir compte de multiples éléments, en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce.

Parmi ces éléments, la situation du secteur dans lequel les pratiques sanctionnées sont intervenues est importante. En particulier, le fait que les pratiques portent sur un secteur qui a été récemment ouvert à la concurrence est de nature à renforcer de manière substantielle la gravité des faits, en particulier s'ils consistent en un abus de position dominante. Dans sa décision **12-D-25**¹²⁵, l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que les pratiques « *ont été mises en œuvre par l'opérateur historique de transport ferroviaire en France, élément qui, dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du secteur du fret, lui conférait une responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur ce marché.* » Il en est de même si les pratiques en cause sont susceptibles d'orienter de façon artificielle un secteur naissant en empêchant notamment, de façon intentionnelle, le développement d'une nouvelle technologie comme les solutions innovantes permettant la dématérialisation d'un secteur d'activité (**12-D-27**). C'est également le cas si les pratiques portent sur des biens de consommation courante dont la clientèle est captive (**12-D-09**¹²⁶) ou, conformément à la pratique décisionnelle constante, si elles visent *in fine* à verrouiller l'attribution de marchés publics (**12-D-06**).

Le cumul de différentes pratiques et leur combinaison est également un élément qui tend à accroître la gravité des faits (**12-D-06, 12-D-09, 12-D-10**¹²⁷, **12-D-25**).

Enfin, les caractéristiques concrètes des infractions en cause sont également pertinentes pour apprécier la gravité des faits. Ainsi, dans sa décision **12-D-25**, l'Autorité de la concurrence a relevé que le fait que certaines des pratiques en cause n'étaient pas généralisées ou systématiques, ou encore le fait que l'ensemble des pratiques en cause ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'une stratégie globale d'évitement, étaient des éléments de nature à tempérer leur gravité au cas d'espèce. En

124. Un recours a été formé contre cette décision.

125. Un recours a été formé contre cette décision.

126. Un recours a été formé contre cette décision.

127. Un recours a été formé contre cette décision.

revanche, peuvent renforcer la gravité des faits l'existence de mécanismes de surveillance visant à contrôler le bon fonctionnement d'une entente, l'existence de mécanismes de représailles, ou encore le fait qu'une entente est institutionnalisée et organisée autour d'un syndicat professionnel (12-D-09¹²⁸).

L'importance du dommage causé à l'économie

Conformément à la jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence apprécie l'importance du dommage causé à l'économie de façon globale pour les pratiques sanctionnées, c'est-à-dire au regard de l'action cumulée de tous les participants à l'infraction, sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chacun d'entre eux pris séparément. En revanche, lorsqu'elle examine dans une seule et même décision des pratiques distinctes, mises en œuvre par des opérateurs différents, elle apprécie, en principe, de manière séparée, l'importance du dommage causé par chacune de ces pratiques (12-D-10¹²⁹, 12-D-24¹³⁰).

Si l'existence du dommage causé à l'économie ne peut se présumer, l'Autorité de la concurrence n'est pas pour autant tenue de le chiffrer précisément. Elle doit conformément à la jurisprudence procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques sanctionnées.

Afin d'apprécier l'incidence économique des pratiques sanctionnées, l'Autorité de la concurrence tient notamment compte, en s'appuyant sur la jurisprudence, de l'ampleur des pratiques, de leur durée (qui fait généralement l'objet d'une prise en compte autonome sous la forme d'un coefficient multiplicateur ; voir section sur la durée des pratiques *infra*), des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné, ainsi que des conséquences conjoncturelles ou结构uelles des pratiques et de leur incidence plus générale sur l'économie. Pour apprécier ces deux derniers éléments, elle peut prendre en considération les effets tant avérés que potentiels des pratiques en cause (12-D-24, 12-D-25¹³¹, 12-D-27).

– L'ampleur des pratiques

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence apprécie, dans chaque cas d'espèce, l'ampleur des pratiques en cause. En effet, plus des pratiques ont de l'ampleur, plus elles sont susceptibles, toutes choses égales par ailleurs, de produire un effet durable et profond sur le secteur en cause.

Cette ampleur s'apprécie, entre autres, au regard de la couverture géographique des pratiques ou de la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné. Ainsi, plus la couverture géographique est vaste (en particulier si elle atteint une ampleur nationale) et plus la part de marché cumulée

128. Un recours a été formé contre cette décision.

129. Un recours a été formé contre cette décision.

130. Un recours a été formé contre cette décision.

131. Un recours a été formé contre cette décision.

des participants est élevée, plus le dommage causé à l'économie est certain et son importance susceptible d'être élevée (**12-D-09**¹³², **12-D-25**¹³³, **12-D-27**), à moins que d'autres éléments ne viennent la tempérer (**12-D-08**¹³⁴, **12-D-23**¹³⁵).

L'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que l'importance du dommage causé à l'économie pouvait être tempérée par différents facteurs, comme la petite taille des participants à une entente (**12-D-02**¹³⁶), la portée géographique limitée à un territoire insulaire sans portée sur l'économie française en général (**12-D-06**), le fait que les pratiques portent sur des biens culturels et non de consommation courante (**12-D-27**), ou encore sur des aspects très ciblés des éléments de coûts des concurrents de l'entreprise en cause (**12-D-25**).

– *Les caractéristiques objectives du secteur concerné*

En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence prend en compte les caractéristiques objectives des secteurs ou marchés sur lesquels portent les pratiques, dans la mesure où celles-ci peuvent avoir une influence sur leur incidence économique (**12-D-09**). Ces caractéristiques peuvent contribuer à renforcer l'incidence négative des pratiques et l'importance du dommage causé à l'économie, ou au contraire à réduire cette dernière.

Au titre de ces éléments, l'existence de barrières à l'entrée sur le marché, qu'elles soient réglementaires (**12-D-06**, **12-D-09**), financières ou techniques et technologiques (**12-D-27**), ainsi que le fait qu'elles concernent simultanément plusieurs de ces trois éléments (**12-D-25**), est de nature à augmenter l'importance du dommage causé à l'économie en accentuant la rigidité du marché ou du secteur en cause (**12-D-24**¹³⁷). Ainsi, dans sa décision **12-D-25**, l'Autorité de la concurrence a relevé que : «*toute élévation artificielle des barrières à l'entrée par l'opérateur historique, notamment du fait de pratiques d'éviction, est donc susceptible de ralentir la pénétration des nouveaux opérateurs existants, mais aussi de contribuer à décourager des entrants potentiels. [...] Ce retard et ce découragement des concurrents potentiels engendrent un dommage certain, quand bien même ils ne seraient pas aisément quantifiables précisément du fait du comportement mis en œuvre par l'opérateur historique*». Une conclusion similaire a pu être tirée concernant le marché de la téléphonie mobile, pour lequel un effet de verrouillage de la clientèle, entraînant une élévation des barrières à la sortie, peut augmenter l'importance du dommage causé à l'économie (**12-D-24**).

En fonction des données à sa disposition, l'Autorité de la concurrence est également conduite à prendre en compte la sensibilité de la demande au prix, ou élasticité-prix, qui caractérise les produits ou services en relation avec les pratiques sanctionnées (**12-D-06**, **12-D-08**, **12-D-09**, **12-D-27**). Dans sa décision **12-D-27**, l'Autorité de la concurrence a en particulier relevé l'influence de ce paramètre sur

¹³². Un recours a été formé contre cette décision.

¹³³. Un recours a été formé contre cette décision.

¹³⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

¹³⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹³⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

¹³⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

l'importance du dommage causé à l'économie par une entente en expliquant que « *la demande des consommateurs pour les billets de spectacle est plutôt inélastique. En effet, la plupart des spectateurs sont relativement peu sensibles au prix et prêts à acheter des billets à un tarif élevé pour assister au concert de leur artiste ou de leur groupe préféré. Dès lors, les producteurs de spectacles, dans la mesure où les pratiques sont de nature à augmenter les commissions facturées aux distributeurs, ont pu répercuter tout ou partie de cette hausse dans les prix de vente de billets*un bien de consommation courante indispensable aux ménages français et sans substitut proche, pour lequel l'élasticité-prix de la demande est faible » comme la farine (**12-D-09**¹³⁸).

Le contre-pouvoir à l'achat et la puissance compensatrice des clients sur un secteur déterminé sont également des éléments susceptibles d'être pris en considération. C'est en particulier le cas lorsque l'offre est particulièrement atomisée, comme pour certains produits agricoles, face à une demande constituée d'acheteurs puissants, comme la grande distribution. Dans sa décision **12-D-08**¹³⁹, l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé que « *l'existence d'un contre-pouvoir des acheteurs qui leur permet d'exercer une pression à la baisse sur les prix à la production a certainement été de nature à limiter l'effet recherché par la fixation d'un prix minimum au stade de la vente aux consommateurs finals* ».

– Les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

L'Autorité de la concurrence examine enfin les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques, ainsi que, le cas échéant, leur impact plus large sur l'économie en général. Elle les apprécie de façon concrète, que leurs conséquences soient réelles ou potentielles sur les secteurs ou marchés en cause (**12-D-25**¹⁴⁰).

Ces conséquences dépendent premièrement de la nature des pratiques sanctionnées ; elles peuvent revêtir des formes très variées. L'Autorité de la concurrence a considéré que des conséquences dommageables pour l'économie étaient caractérisées, entre autres, par le fait que les pratiques engendrent des augmentations de prix ou le maintien d'un prix à un niveau artificiellement élevé pour les produits ou services en cause (**12-D-06, 12-D-08, 12-D-09, 12-D-10**¹⁴¹, **12-D-27**), que la pratique prive les clients d'un canal de distribution pertinent comme Internet (**12-D-23**¹⁴²) ou retarde le développement d'une technologie (**12-D-27**), ainsi que le fait que des pratiques entravent l'accès au marché en cause et retardent le développement des concurrents (**12-D-25, 12-D-27**), notamment en verrouillant la clientèle et en augmentant les coûts d'acquisition de cette dernière pour les concurrents (**12-D-24**¹⁴³). Le fait que les pratiques aient effectivement été mises en œuvre ou non, y compris de façon partielle, est également un élément pris en

138. Un recours a été formé contre cette décision.

139. Un recours a été formé contre cette décision.

140. Un recours a été formé contre cette décision.

141. Un recours a été formé contre cette décision.

142. Un recours a été formé contre cette décision.

143. Un recours a été formé contre cette décision.

compte pour apprécier ces conséquences (**12-D-02**¹⁴⁴, **12-D-09**¹⁴⁵, **12-D-10**¹⁴⁶). L'importance du dommage causé à l'économie est par ailleurs renforcée si les pratiques ont eu un impact direct sur les consommateurs ou les utilisateurs finaux (**12-D-09**, **12-D-25**¹⁴⁷, **12-D-27**).

Afin d'apprécier ces conséquences, l'Autorité peut également déterminer, bien qu'elle n'ait pas l'obligation de chiffrer de façon précise le dommage causé à l'économie, des estimations indicatives du surprix causé par les pratiques sanctionnées (**12-D-06**, **12-D-09**), ou d'autres estimations chiffrées permettant de mettre en lumière ces conséquences. À cet égard, elle a rappelé dans sa décision **12-D-09** que : « *l'Autorité peut s'appuyer sur des estimations relatives aux conséquences directes de l'infraction, lorsqu'elles sont observables, notamment en ce qui concerne le surprix qu'elle a pu engendrer (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France). Ces estimations, sont, comme toute estimation, affectées par un coefficient d'incertitude ; elles peuvent néanmoins être prises en considération si elles sont fondées sur une méthode scientifiquement reconnue, qui tient compte de l'influence éventuelle d'autres facteurs explicatifs de l'estimation fournie (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge)* ».

Enfin, l'Autorité de la concurrence a rappelé, en particulier à propos des pratiques d'éviction de concurrents, que « *le fait que les nouveaux opérateurs aient pu développer leur activité malgré les pratiques d'éviction mises en œuvre ne démontre pas nécessairement l'absence d'effet de telles pratiques. Il atteste certes qu'une éviction totale n'a pas eu lieu, mais ne remet pas en cause le fait que les concurrents aussi efficaces ont, en raison des pratiques, été empêchés de se développer plus rapidement* » (**12-D-25**). À ce titre, l'absence d'éviction effective des concurrents du fait des pratiques peut néanmoins être susceptible de tempérer l'importance du dommage causé à l'économie (**12-D-24**¹⁴⁸, **12-D-25**).

La proportion de la valeur des ventes retenue

En considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie relevées dans chaque affaire, l'Autorité de la concurrence a retenu, pour donner une traduction chiffrée à l'appréciation de ces deux critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, des proportions de la valeur des ventes comprises entre 4% (**12-D-10**) et 19% dans les cas d'infractions aux règles de concurrence les plus graves (**12-D-09**).

Dans deux décisions où une sanction unique a été imposée au titre de plusieurs infractions, elle a distingué la situation particulière de certaines entreprises qui n'avaient pas participé à l'ensemble des infractions. Ainsi, dans sa décision **12-D-06**, elle a appliqué pour une entreprise une proportion de 13 % au lieu de 16 % pour l'ensemble des autres participants aux pratiques, pour refléter le fait que cette

144. Un recours a été formé contre cette décision.

145. Un recours a été formé contre cette décision.

146. Un recours a été formé contre cette décision.

147. Un recours a été formé contre cette décision.

148. Un recours a été formé contre cette décision

entreprise n'avait participé qu'à une seule infraction sur les cinq établies. Elle a fait de même dans la décision **12-D-09**¹⁴⁹ en appliquant un taux de 16 % au lieu de 17 % pour deux entreprises dont la responsabilité n'avait été établie que pour une infraction parmi celles constatées.

La prise en compte de la durée

La durée de l'infraction est, comme le rappelle la jurisprudence, un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes.

Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités suivantes : la proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle aux pratiques de chaque partie en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de cette dernière année complète, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de chacune des parties aux pratiques et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence.

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a apprécié la durée des infractions selon les modalités pratiques décrites ci-dessus à six reprises (**12-D-02**¹⁵⁰, **12-D-06**, **12-D-09**, **12-D-10**¹⁵¹, **12-D-24**¹⁵², **12-D-27**), alors que dans trois autres affaires elle l'a prise en compte de façon globale, sans application d'un coefficient multiplicateur par année, dès lors qu'elle ne mettait pas en œuvre le communiqué du 16 mai 2011 (**12-D-23**¹⁵³, **12-D-26**), ou que l'assiette de la sanction était constituée du chiffre d'affaires total réalisé en France par chacune des parties (**12-D-08**¹⁵⁴). De plus, pour une entreprise dont la participation à une infraction était inférieure à un an, l'Autorité de la concurrence a appliqué un coefficient multiplicateur correspondant au nombre de mois d'infraction (**12-D-09**).

Enfin, durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a adapté sa méthode de détermination des sanctions pour prendre en compte les spécificités propres à

149. Un recours a été formé contre cette décision.

150. Un recours a été formé contre cette décision.

151. Un recours a été formé contre cette décision.

152. Un recours a été formé contre cette décision.

153. Un recours a été formé contre cette décision.

154. Un recours a été formé contre cette décision.

deux cas particuliers : le cas d'une infraction particulièrement longue, d'une part, et celui, d'autre part, où plusieurs infractions de durée très différente donnaient lieu à une sanction unique.

Dans sa décision **12-D-09**¹⁵⁵, la durée de participation des entreprises à une infraction était d'une longueur exceptionnelle (comprise entre quarante-six et trente-deux ans). Dans ces conditions, l'Autorité de la concurrence a considéré que, le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction n'étant manifestement pas représentatif, il était nécessaire de prendre en compte cette durée d'une façon adaptée par rapport à celle décrite dans le communiqué du 16 mai 2011. Afin de déterminer, notamment, un coefficient multiplicateur adapté aux circonstances du cas d'espèce, elle a tenu compte des différentes phases du cycle de l'entente. Elle a découpé la durée de la pratique en trois phases successives, appliquant à chacune d'entre elles un coefficient multiplicateur différent de 0,1, 0,3 et enfin 0,5.

Dans la décision **12-D-25**¹⁵⁶, la durée des infractions, qui visaient toutes un même objectif (obtenir un effet d'éviction sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif), était variable, alors que l'Autorité estimait pertinent d'imposer une sanction globale compte tenu de leur objectif commun. Afin de prendre en compte cette situation, l'Autorité de la concurrence a appliqué un coefficient multiplicateur de durée de 1,75 prenant en compte la période de concomitance des quatre infractions sanctionnées (un an et trois mois) et, de manière forfaitaire, du fait que certaines d'entre elles avaient duré plus longtemps.

L'individualisation des sanctions

À la suite de la détermination du montant de base de la sanction, qui est d'ores et déjà individualisé en raison de la prise en compte de la valeur des ventes de chaque partie, l'Autorité de la concurrence ajuste ce montant pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, d'une part, et de tout autre élément d'individualisation pertinent tenant à la situation individuelle de chaque partie, comme sa puissance économique ou son appartenance à un groupe, d'autre part. Enfin, elle peut adapter le montant obtenu pour prendre en compte une situation de réitération ainsi que le prévoit le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Les circonstances atténuantes

Conformément à la jurisprudence, l'Autorité de la concurrence a tout d'abord rappelé que le fait qu'une entreprise ait adopté un rôle passif ou de « suiveur » au sein d'une entente n'est pas un élément pertinent pour justifier en lui-même une réduction de la sanction encourue (**12-D-27**).

En revanche, peut être pris en compte pour accorder une réduction de sanction le fait, pour une entreprise, d'avoir adopté un comportement de « franc-tireur » au sein d'une entente ; à cette fin, il faut, selon la jurisprudence, que l'entreprise

¹⁵⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁵⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

apporte la preuve qu'elle a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de la ou des pratiques en cause.

Dans sa décision **12-D-09**¹⁵⁷, l'Autorité a considéré que tel était le cas pour une des entreprises allemandes sanctionnées dès lors que, «*pendant sa période de participation au cartel, elle a adopté un comportement visant à perturber le bon fonctionnement des pratiques, au point d'entraîner des menaces et des tentatives de représailles de la part des autres entreprises en cause. Cette attitude est suffisamment marquée et durable pour justifier que [l'entreprise en cause] soit considérée comme un franc-tireur et bénéficie à ce titre d'une circonstance atténuante. La réduction de sanction qui lui sera accordée de ce fait aura exclusivement vocation à refléter le comportement et la situation de l'intéressée pendant sa période de participation au cartel [...]*». L'entreprise en cause avait notamment rapporté la preuve qu'elle avait procédé à des investissements substantiels pour conquérir des clients français réservés aux producteurs français dans le cadre du fonctionnement du cartel en cause, que le quota général d'importation de farine en sachets allemande en France, décidé de façon commune par les membres du cartel, avait été dépassé en grande partie du fait de son comportement, et enfin qu'elle avait été l'objet de pressions et de mesures de représailles de la part des autres membres de l'entente. Un tel comportement a conduit l'Autorité de la concurrence à réduire la sanction de cette entreprise de 10%.

De même, dans sa décision **12-D-08**¹⁵⁸, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'une organisation de producteurs d'endives avait «*joué un rôle particulier dans la mise en œuvre de l'entente. Elle a en effet apporté la preuve que pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré à l'entente, sa participation a été substantiellement réduite notamment parce qu'elle s'est effectivement opposée à la mise en œuvre de certaines pratiques en refusant leur application et en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché*». Le comportement concurrentiel de cette entreprise s'était notamment concrétisé par son opposition, de manière ferme et claire, à plusieurs décisions prises au sein de l'entente ainsi que par le fait qu'elle avait refusé de s'acquitter, pendant plusieurs années, des cotisations syndicales dues à l'organisme qui organisait l'entente, ou encore qu'elle avait suscité des demandes de représailles de la part d'autres participants à l'entente. L'Autorité de la concurrence a considéré que cette situation particulière justifiait une réduction de sanction de 25%.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a rappelé que le fait de mettre en œuvre un programme de conformité aux règles de concurrence ou d'en proposer un en dehors de la procédure de non-contestation des griefs prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce est sans incidence sur le montant individuel de la sanction (**12-D-27**).

157. Un recours a été formé contre cette décision.

158. Un recours a été formé contre cette décision.

Les circonstances aggravantes

Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent, eu égard à la jurisprudence, notamment tenir au fait que l'intéressé a joué un rôle de meneur ou d'initiateur, ou a joué un rôle particulier dans la conception ou dans la mise en œuvre de l'infraction.

Dans sa décision **12-D-09**¹⁵⁹, l'Autorité de la concurrence a précisé à cet égard que : « *Différents éléments de fait peuvent permettre de caractériser un tel rôle. L'intéressé peut par exemple s'être chargé d'élaborer ou de suggérer la conduite à tenir par les membres de l'entente, ou encore en avoir assuré l'organisation logistique. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'intéressé ait exercé effectivement des pressions ou dicté leur conduite aux autres membres de l'entente. L'important est que, quelle que soit la forme qu'a prise le comportement de l'intéressé, celui-ci ait joué un rôle d'instigateur ou de chef de file.* »

Dans cette décision, une telle circonstance aggravante a été caractérisée en raison du rôle particulier qu'avaient joué les entreprises communes, France Farine et Bach Mühle, dans l'entente franco-allemande de limitation des importations de farine en sachets. France Farine avait joué un rôle central dans l'initiation de l'entente, notamment par le biais de son président, mais aussi dans l'organisation pratique de l'entente, en particulier en servant de relais de transmission entre meuniers français et allemands. Il en était de même pour Bach Mühle, selon des modalités pratiques différentes. En effet, cette dernière avait joué un rôle clé dans le déroulement des réunions de l'entente, notamment *via* son président qui assurait la traduction entre meuniers français et allemands. Elle avait également tenu un rôle particulièrement actif dans la surveillance du bon fonctionnement de l'entente, notamment en détectant de nombreuses déviations par rapport aux principes convenus. Pour tenir compte de ces différents comportements, la sanction de chacune des deux entreprises a été augmentée de 10%.

Les autres éléments propres à la situation individuelle de chaque entreprise

Au titre du principe d'individualisation de la sanction prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'appréciation de la situation individuelle peut conduire à prendre en considération l'envergure de l'entreprise en cause. De fait, la circonstance qu'une partie ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec les pratiques en cause qui servent généralement d'assiette pour la sanction, un périmètre d'activités significatif, ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération des pratiques anticoncurrentielles données, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire (**12-D-24**¹⁶⁰, **12-D-25**¹⁶¹).

¹⁵⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁶⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁶¹. Un recours a été formé contre cette décision.

Il peut y avoir également lieu de tenir compte du fait que cette entreprise appartient à un groupe qui dispose lui-même d'une taille ou de ressources globales importantes, notamment au regard de celles des autres participants à la pratique (**12-D-25**¹⁶²).

Afin d'apprécier la puissance économique des participants à une infraction, l'Autorité de la concurrence prend notamment en compte le chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise en cause ou celui du groupe auquel elle appartient, qui est de nature à donner une indication de sa taille et de ses ressources globales, d'une part, et du degré de diversification de l'entreprise ou du groupe en cause notamment quand il est comparé à la valeur des ventes retenue comme assiette de sanction (**12-D-24**¹⁶³, **12-D-25**, **12-D-27**). Elle peut également prendre en compte les disparités de taille, de ressources et de puissance économique qui existent entre les différents participants à une entente (**12-D-02**¹⁶⁴).

Durant l'année 2012, afin de garantir le caractère à la fois proportionné et dissuasif des sanctions, l'Autorité de la concurrence a augmenté la sanction de neuf entreprises, au titre de leur puissance économique considérable, ou de celle du groupe auquel elles appartaient (**12-D-02**, **12-D-10**¹⁶⁵, **12-D-24**, **12-D-25**, **12-D-27**). Elle a également pris en compte cet élément pour déterminer la sanction imposée dans la décision **12-D-23**¹⁶⁶.

La prise en compte d'un tel élément a conduit l'Autorité de la concurrence à augmenter la sanction de 10% (**12-D-24**) à 50% (**12-D-02**, **12-D-27**, **12-D-10**) selon les cas.

Les situations particulières

Dans la décision **12-D-02**, l'Autorité de la concurrence a également pris en compte, au titre des principes d'individualisation et de proportionnalité, la situation particulière de plusieurs entreprises. Elles étaient des micro-entreprises au sens de la réglementation applicable pour les besoins de l'analyse statistique et économique nationale, d'une part, et des entreprises dites « monoproduits », d'autre part, c'est-à-dire dont plus de 90% du chiffre d'affaires global était composé de produits ou services en relation avec l'infraction et constituait donc l'assiette de leur sanction. En considération de la combinaison de ces deux éléments, la sanction respective de cinq des entreprises en cause a été réduite à hauteur de 70%.

Dans la décision **12-D-24**, l'Autorité de la concurrence a également pris en compte le contexte très particulier dans lequel se sont inscrits les abus de position dominante sanctionnés. Ce contexte était caractérisé par un changement de situation économique portant sur les possibilités de facturation de l'élément de coût (la terminaison d'appels entre lignes de téléphonie mobile), qui a permis de mettre en œuvre les pratiques établies. En effet, au moment même de l'initiation des pratiques en cause, la facturation des charges de terminaison d'appel, dont les

162. Un recours a été formé contre cette décision.

163. Un recours a été formé contre cette décision.

164. Un recours a été formé contre cette décision.

165. Un recours a été formé contre cette décision.

166. Un recours a été formé contre cette décision.

principes de tarification sont encadrés par les textes européens, venait de changer de modèle économique, passant d'un régime de gratuité à celui d'une facturation entre concurrents. Ainsi que l'a relevé l'Autorité de la concurrence : « *le niveau des charges de terminaison d'appel excédait sensiblement le coût de production interne de cette prestation. Dans ce contexte, le passage à une facturation des prestations de terminaison d'appel entre les opérateurs de téléphonie mobile était susceptible de se traduire par l'apparition d'un intérêt financier pour l'opérateur à privilégier les appels on net au détriment des appels off net*

La réitération des pratiques

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.

La réitération, qui est visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné de s'affranchir des règles de concurrence.

L'Autorité de la concurrence peut retenir une situation de réitération à l'encontre d'une partie, et en conséquence augmenter le montant de sa sanction, lorsque quatre conditions sont réunies :

- une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ;
- ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;
- ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur les nouvelles pratiques ;
- le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

Au cours de l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a considéré que ces quatre éléments avaient été remplis à cinq reprises (**12-D-08¹⁶⁷, 12-D-10¹⁶⁸, 12-D-24¹⁶⁹**,

¹⁶⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁶⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁶⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

12-D-25¹⁷⁰, 12-D-26). Elle a en conséquence augmenté le montant de la sanction des cinq parties en cause de 10% (**12-D-25**), de 20% (**12-D-26**), de 25% (**12-D-08¹⁷¹**, **12-D-10¹⁷²**) et de 50% (**12-D-24¹⁷³**) au vu des circonstances de chacun des dossiers en cause. Dans le dernier cas, elle a appliqué un taux de 50% après avoir constaté que pouvaient être retenus pour caractériser une situation de réitération six précédents constats d'infraction qui étaient devenus définitifs. En revanche, l'Autorité de la concurrence a appliqué un taux d'augmentation relativement bas (10%) à l'encontre de l'EPIC SNCF dans la décision **12-D-25** dès lors qu'un seul précédent d'infraction permettait de caractériser une situation de réitération.

S'agissant de la nature du précédent constat d'infraction (premier élément de qualification), l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion, dans cette même décision, de préciser qu'il peut être caractérisé par une décision prise au terme de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, « *le fait qu'une entreprise n'ait pas contesté les griefs n'emporte aucune conséquence sur la nature du constat d'infraction effectué par l'Autorité, dès lors que ce dernier, aux termes mêmes du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, est bien "une pratique prohibée par le présent titre". Par ailleurs, le fait que l'entreprise à laquelle les griefs ont été notifiés ne les conteste pas suffit, conformément à la jurisprudence (voir l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e. a., n° 2009/03532, p. 10, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e. a., n° 10-12.913), à fonder un constat d'infraction dans tous ses aspects (constatation des faits, qualification juridique de ces faits au regard du droit interne et de l'Union, et responsabilité de l'entreprise en cause)* ».

Dans les cinq situations au vu desquelles des entreprises se trouvaient dans une situation de réitération, les pratiques en cause avaient commencé avant que certaines des précédentes infractions aient fait l'objet d'un constat d'infraction. Cette circonstance ne prive pas l'Autorité de la concurrence de la possibilité de retenir la réitération, lorsque ces pratiques se sont poursuivies de manière continue après ce premier constat d'infraction, ce qui était le cas dans chacun des cas d'espèce (**12-D-08, 12-D-25**).

Enfin, ainsi que l'Autorité de la concurrence s'y est engagée dans le communiqué du 16 mai 2011, elle n'entend pas opposer la réitération lorsque le délai écoulé depuis le précédent constat d'infraction est supérieur à quinze ans. Dans la décision **12-D-24**, l'Autorité a insisté sur la façon de computer ce délai : « *le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. [...] Le délai à prendre en compte n'est pas, ainsi que le prétendent les mises en cause, le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la date de la décision de l'Autorité, mais le délai écoulé entre*

¹⁷⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁷¹. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁷². Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁷³. Un recours a été formé contre cette décision.

le premier constat et la date de commission des nouvelles pratiques, quand il n'y a que deux pratiques anticoncurrentielles à prendre en considération».

Les demandes relatives à la capacité contributive des parties

Après la vérification du maximum légal applicable et, le cas échéant, l'application des réductions au titre des procédures de clémence et de non-contestation des griefs (voir section suivante *infra*), l'Autorité de la concurrence s'est engagée à apprécier les difficultés financières particulières de nature à diminuer la capacité contributive dont les parties invoquent l'existence. Il appartient aux parties de justifier l'existence de telles difficultés en s'appuyant sur des preuves fiables, complètes et objectives attestant leur réalité et leurs conséquences concrètes sur leur capacité contributive. Dans l'hypothèse où la partie qui les allègue appartient à un groupe, c'est au regard des ressources financières dont ce groupe dispose que de telles difficultés seront appréciées, conformément à la jurisprudence (**12-D-25**¹⁷⁴).

Durant l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a examiné vingt demandes d'entreprises ou d'organismes alléguant de difficultés financières particulières de nature à obérer leur capacité contributive, dans le cadre de quatre décisions (**12-D-02**¹⁷⁵, **12-D-06**, **12-D-09**¹⁷⁶, **12-D-25**). Compte tenu des éléments apportés pour prouver de telles difficultés financières, l'Autorité de la concurrence a réduit la sanction de dix entreprises (**12-D-02**, **12-D-06**, **12-D-09**) dans des proportions comprises entre 15 % et 88 %. Pour le restant, les demandes ont été rejetées, dès lors que les éléments financiers et comptables communiqués par les parties ne constituaient pas des preuves fiables et complètes permettant d'apprécier les difficultés alléguées ou que de telles difficultés, après analyse *in concreto* des données fournies, n'étaient pas avérées.

La clémence et la non-contestation des griefs

Dans le cadre des ajustements finaux de la sanction, c'est-à-dire une fois la vérification du respect du maximum légal effectuée, l'Autorité de la concurrence prend en compte, s'il y a lieu, l'exonération partielle ou totale accordée au titre de la clémence régie par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce et la réduction accordée au titre de la non-contestation des griefs prévue par le III du même article. Ces réductions sont appliquées à ce stade ultime dans le but de garantir en tout état de cause le bénéfice effectif de ces réductions.

La clémence

Une décision ayant donné lieu à la mise en œuvre de la procédure de clémence a été rendue en 2012. Il s'agit de la décision **12-D-09** du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires. Dans cette affaire, une demande de clémence avait été présentée devant le Conseil de la concurrence par les sociétés du groupe Whil. Werhahn.

¹⁷⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁷⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁷⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

Par un avis de clémence du 27 mai 2008, le Conseil de la concurrence leur avait accordé le bénéfice conditionnel d'une exonération totale de sanction, dès lors que ces sociétés avaient été les premières à révéler l'existence d'une entente franco-allemande sur la limitation d'importation de farine en sachets entre les deux États membres ainsi que ses modalités concrètes de fonctionnement. Cette demande de clémence avait permis au Conseil de la concurrence de mener ensuite des opérations de visite et de saisie. Dès lors que le groupe Whil. Werhahn avait rempli les conditions énoncées dans l'avis de clémence mentionné ci-dessus, l'Autorité de la concurrence lui a accordé une exonération totale de sanction. Les sociétés du groupe Whil. Werhahn qui avaient participé à cette infraction ont ainsi échappé à une sanction globale de l'ordre de 17 millions d'euros.

La non-contestation des griefs

Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce permet au rapporteur général de proposer à l'Autorité de la concurrence de tenir compte, dans le cadre de la détermination de la sanction, du fait qu'une entreprise ou un organisme choisit de ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés. Le rapporteur général peut, par ailleurs, lui proposer de tenir compte du fait que l'intéressé s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir.

Dans son communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs du 10 février 2012, l'Autorité de la concurrence a précisé l'approche qu'elle suit en pratique lorsqu'elle met en œuvre la procédure de non-contestation des griefs. Ce document synthétise également les lignes directrices de sa pratique décisionnelle relative à cette procédure.

La renonciation à contester les griefs, qui a principalement pour effet d'alléger et d'accélérer le travail d'instruction (en particulier en dispensant les services d'instruction de la rédaction d'un rapport lorsqu'elle est le fait de l'ensemble des parties mises en cause) ne peut conduire à accorder aux intéressés qu'une réduction de sanction relativement limitée. Dans le communiqué de procédure précité, l'Autorité de la concurrence a précisé que la seule renonciation à contester les griefs permet à la partie en cause de bénéficier d'une réduction de sa sanction de 10%.

Ce sont, le cas échéant, la nature et la qualité des engagements présentés qui peuvent permettre d'accorder une réduction de sanction plus importante (**12-D-10¹⁷⁷, 12-D-27**). Ainsi que le communiqué de procédure précité le précise, la prise de tels engagements peut justifier une réduction supplémentaire de sanction comprise entre 5 % et 15 %, en fonction notamment de la nature des pratiques en cause, de celle des engagements proposés et de l'objectif qu'ils poursuivent. Lorsqu'elle accepte de tels engagements, et après s'être assurée de leur caractère crédible, substantiel et vérifiable, l'Autorité de la concurrence les rend obligatoires dans la décision qu'elle adopte au terme de la procédure. Elle peut naturellement être conduite à s'assurer ultérieurement de leur mise en œuvre effective (**12 D-09¹⁷⁸**).

177. Un recours a été formé contre cette décision.

178. Un recours a été formé contre cette décision.

En 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu quatre décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs. Deux d'entre elles portent sur des affaires dans lesquelles au moins une partie mise en cause n'a pas contesté les griefs qui lui avaient été notifiés (**12-D-09**¹⁷⁹, **12-D-10**¹⁸⁰), alors que, dans les deux autres décisions, l'ensemble des parties n'a pas contesté les griefs, dispensant ainsi l'Autorité de la concurrence de la rédaction du rapport prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce (**12-D-06, 12-D-27**).

Dans sa décision **12-D-06**, l'Autorité de la concurrence a accordé une réduction de sanction de 20% à l'ensemble des parties en cause, en considération du fait que ces dernières n'avaient pas contesté les griefs, d'une part. Elles avaient proposé, d'autre part, des engagements particulièrement structurants pour modifier les conditions d'approvisionnement en produits de carrière sur l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon et d'attribution des marchés publics qui en découlaient.

Dans les trois autres décisions, l'Autorité de la concurrence a également rendu obligatoires des engagements sous la forme de programme de conformité aux règles de concurrence, et a réduit la sanction des entreprises en cause à ce titre (**12-D-09, 12-D-10, 12-D-27**).

La pratique de l'Autorité de la concurrence à cet égard a été synthétisée dans un document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence publié le 10 février 2012. Ce document-cadre souligne en particulier que, s'il n'existe pas de programmes de conformité types, ceux-ci gagnent au contraire à être conçus en fonction d'une analyse concrète des caractéristiques propres à l'entreprise ou à l'organisme qui les met en place. Certains éléments n'en conditionnent pas moins leur efficacité, en aidant l'organisme ou l'entreprise concerné à prévenir les risques d'infraction aux règles de concurrence, d'une part, et à tirer les conséquences des cas d'infractions qui n'auront pu être évités, d'autre part. C'est au regard de ces éléments, qui sont susceptibles de revêtir des formes et des modalités variables au cas par cas, que doit être apprécié le caractère substantiel, crédible et vérifiable des propositions d'engagements de mise en place ou d'amélioration d'un programme de conformité qui sont présentées à l'Autorité dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs (**12-D-10, 12-D-27**). Ainsi que le précise également ce document-cadre, la réduction de sanction à ce titre peut aller jusqu'à 10%.

Dans sa décision **12-D-09**, l'Autorité de la concurrence a considéré que, cumulé à la renonciation à contester les griefs, le contenu du programme de conformité aux règles de concurrence proposé par le groupe Grain Millers justifiait une réduction de sa sanction de 20%. En effet, l'ensemble des mesures proposées (engagement de conformité des dirigeants renouvelés annuellement, dispositif de formation et de sensibilisation, mécanisme d'alerte, mise en œuvre du programme sous le contrôle d'une personne dédiée, mise en place de sanctions proportionnées pour les manquements aux règles de concurrence) étaient « *de nature à permettre à ce*

¹⁷⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁸⁰. Un recours a été formé contre cette décision.

groupe de prévenir des manquements ultérieurs aux règles de concurrence ainsi que, le cas échéant, de tirer les conséquences d'éventuels manquements découverts en son sein». Dans les mêmes conditions, elle a accordé une réfaction de sanction de 20% à l'entreprise Royal Canin, en prenant également en compte le fait que le programme proposé ne se limitait pas au seul secteur d'activité en relation avec les pratiques sanctionnées, mais couvrait l'intégralité des activités du groupe Mars auquel cette entreprise appartenait (**12-D-10**¹⁸¹). En revanche, elle a accordé une réduction de sanction légèrement inférieure, de 18%, à Nestlé (**12-D-10**), en considération du fait que «*le programme de conformité proposé ne prévoit [...] aucune mesure substantielle de responsabilisation de ses cadres ou de ses agents, d'une part, et de suivre en cas de méconnaissance du programme, à l'exception de celles liées à son dispositif d'alerte professionnelle, d'autre part*».

Dans sa décision **12-D-27**, la société Ticketnet a bénéficié d'une réduction de sa sanction de 20% au titre de ses engagements de mise en place d'un programme de conformité aux règles de concurrence et du découplage de ses activités commerciales dont l'imbrication avait conduit, pour partie, à faciliter l'une des deux infractions retenues à son encontre. Pour leur part, les sociétés FNAC et France Billet ont vu leur sanction respective réduite de 10% en considération de leur renonciation à contester les griefs.

Les injonctions

Les injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

L'Autorité de la concurrence a prononcé en 2012 une injonction de ne pas faire.

Dans sa décision **12-D-24**¹⁸² du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, outre le prononcé d'injonctions de faire, l'Autorité a enjoint aux sociétés Orange France et SFR de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou un effet équivalent.

Les injonctions de prendre certaines mesures

En 2012, l'Autorité de la concurrence a prononcé à quatre reprises une injonction de faire, dans le cadre de sa décision **12-D-08**¹⁸³ du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, de sa décision **12-D-23**¹⁸⁴ du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema, de sa décision **12-D-24** du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine

181. Un recours a été formé contre cette décision.

182. Un recours a été formé contre cette décision.

183. Un recours a été formé contre cette décision

184. Un recours a été formé contre cette décision

et de sa décision **12-D-25**¹⁸⁵ du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

Dans l'affaire **12-D-08**¹⁸⁶, elle a enjoint à l'Association des producteurs d'endives de France (APEF) ou tout autre organisme responsable du système d'échanges d'informations dénommé Infocl@r, auquel les producteurs d'endives déclarent les volumes et les prix de vente de leur production, de modifier le système afin qu'il se limite :

- à enregistrer des données passées, anonymes et suffisamment agrégées pour exclure toute identification des opérateurs ;
- à diffuser des informations en matière de coûts ou de prix sous forme de mercuriales ou d'indices statistiques.

Dans l'affaire **12-D-23**¹⁸⁷, elle a enjoint à la société Bang & Olufsen France de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler, en termes clairs, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet.

Dans l'affaire **12-D-24**¹⁸⁸, elle a enjoint aux sociétés Orange France et SFR :

- de prendre toutes mesures utiles pour mettre fin aux infractions constatées dans la décision et de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou un effet équivalent ;
- de porter à la connaissance des abonnés aux offres « on net » visées par la décision qu'ils disposent de la faculté de résilier leur abonnement sans indemnité et à tout moment, eu égard au constat d'infraction au droit de la concurrence effectué par l'Autorité de la concurrence ;
- de soumettre pour approbation à l'Autorité de la concurrence le contenu de cette communication, puis de rendre compte de l'exécution des mesures imposées.

Dans l'affaire **12-D-25**, elle a enjoint à la SNCF :

- premièrement, de mettre en place, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la décision, une comptabilité analytique séparée pour son activité de fret ferroviaire par train massif et pour son activité de fret ferroviaire par wagon isolé ; cette comptabilité doit permettre d'identifier et de rendre compte, de façon transparente, de l'imputation, à chacune de ces deux activités, de leurs coûts communs ; cette identification et cette imputation devront être effectuées en fonction de clés de répartition pertinentes et justifiées pour chaque catégorie de coûts ; les principes de comptabilité analytique seront soumis à l'Autorité de la concurrence lors d'une séance contradictoire qui sera organisée au plus tard dans un délai d'un an à compter de la notification de la présente décision, et à laquelle l'ARAF pourra être invitée en tant que témoin en application de

¹⁸⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁸⁶. Un recours a été formé contre cette décision

¹⁸⁷. Un recours a été formé contre cette décision

¹⁸⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

l'article L. 463-7 du Code de commerce ; la SNCF transmettra, trois mois au moins avant la séance, un rapport décrivant les principes de comptabilité analytique qu'elle envisage de retenir ;

- deuxièmement, d'établir, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la décision, un rapport d'étape identifiant le montant des coûts qui pourraient être évités à horizon de trois ans dans l'hypothèse d'un abandon de l'activité de train massif, et justifiant les conclusions relatives aux différentes catégories de coûts évitables par des éléments précis s'appuyant sur des données d'exploitation effective actualisées ; ce rapport permettra de vérifier les progrès réalisés en vue de garantir la mise en œuvre de l'injonction ;
- troisièmement, de garantir, dans un délai de trois ans à compter de la notification de la présente décision, que les prix des services de train massif qu'elle offre aux chargeurs couvrent les coûts moyens évitables à horizon de trois ans relatifs à l'activité de fret ferroviaire par train massif ; un rapport attestant la couverture de ces coûts évitables, répondant aux mêmes exigences que le rapport d'étape, sera remis à l'Autorité à cette échéance.

L'examen du respect des injonctions

En 2012, l'Autorité a eu à connaître d'une affaire de non-respect d'injonction.

Dans sa décision **12-D-05** du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009, tenant compte, notamment, de la gravité de la pratique, l'Autorité de la concurrence a prononcé une sanction de 2 millions d'euros à l'encontre de SRR (filiale réunionnaise et mahoraise de l'opérateur SFR) pour ne pas avoir entièrement respecté l'injonction qu'elle avait prononcée à son encontre en septembre 2009. Conformément à la jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence a considéré que le non-respect d'injonctions était un manquement d'une gravité exceptionnelle.

Pour mémoire, l'Autorité qui avait été saisie par Orange (Orange Réunion, Orange Mayotte) et Outremer Télécom, deux des trois principaux opérateurs de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte, avait constaté en septembre 2009 que SRR, le leader du marché, avait mis en place une différenciation tarifaire susceptible d'être abusive entre les appels « on net » (passés par ses clients sur son réseau) et les appels « off net » (à destination d'un autre réseau). Cette tarification avait pour conséquence de rendre attractives les communications passées au sein de son réseau et de donner aux autres opérateurs l'image d'opérateurs « chers à appeler ». Elle a donc eu tendance à favoriser mécaniquement le réseau de SRR, le plus important en nombre de clients, en générant un « effet club » artificiel, les consommateurs privilégiant l'opérateur qui offre la possibilité d'appeler et d'être appelé par le plus grand nombre à moindres coûts.

Constatant que le marché du mobile dans la zone Réunion-Mayotte était à l'époque à une période charnière (déploiement des réseaux 3G, arrivée des smartphones, approche des fêtes de fin d'année traditionnellement propices aux ventes de téléphones), l'Autorité de la concurrence avait prononcé une mesure d'urgence afin de mettre fin à cette situation de nature à favoriser SRR, et demandé que l'opérateur

mette un terme à cette différence de tarifs (pour les SMS et les appels) qui n'était pas justifiée par les différences de coûts supportées par l'opérateur. L'injonction, applicable à compter du 1^{er} décembre 2009 à la Réunion et du 1^{er} février 2010 à Mayotte, concernait les offres prépayées et comptes bloqués et les forfaits Maxxi et Intégral de l'opérateur.

Malgré la décision de l'Autorité, SRR a maintenu durant l'année 2010 à La Réunion une différence entre le prix des appels «on net» et celui des appels «off net» qui excédait les écarts de coûts.

Après s'être saisie d'office, l'Autorité a constaté que l'injonction qu'elle avait prononcée avait été respectée pour les SMS, mais pas pour les appels vocaux. Pour quatre offres commercialisées à La Réunion (deux offres prépayées et deux forfaits bloqués) SRR a maintenu, tout au long de l'année 2010, un écart de tarifs de 3 centimes d'euro par minute entre le prix des appels passés sur son réseau et le prix des appels émis vers les réseaux de ses concurrents, écart qui excédait les différences de coûts que l'opérateur supportait pour ces deux types d'appels.

Les autres mesures

La publication des décisions

La publication des décisions de l'Autorité constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais, surtout, participe à la mission de prévention et de défense de l'ordre public économique confiée à celle-ci. En effet, la publicité donnée à une décision de sanction permet d'alerter les acteurs du marché ainsi 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 l'Autorité enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes intéressées.

L'Autorité, à la suite du Conseil, a été amenée à constater certaines irrégularités dans l'exécution de ses injonctions de publication. C'est pourquoi elle a introduit, dans sa pratique décisionnelle, des directives sur le format à respecter dans le cadre de ces publications (taille et couleur des caractères, etc.). Il est aussi précisé, de manière systématique, que les résumés des décisions de l'Autorité 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 se voyant imposer une injonction par l'Autorité doivent enfin transmettre à son bureau de la procédure une copie de ces publications, dès leur parution, afin de permettre le contrôle de l'exécution des injonctions.

L'injonction de publication

En 2012, l'Autorité a prononcé des injonctions de publication à cinq reprises.

Dans la décision **12-D-02**¹⁸⁹, le syndicat professionnel Géfil, comme dix cabinets de conseil du secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme,

¹⁸⁹. Un recours a été formé contre cette décision.

sanctionnés pour avoir arrêté et diffusé des consignes de prix auprès de la profession, s'est vu enjoindre, afin d' informer les acteurs du secteur de l'ingénierie LCT, en premier lieu les donneurs d'ordres publics et privés, de publier dans le journal *La Gazette des communes, des départements et des régions*, ainsi que dans le numéro du *Géfilon*, à ses frais, un résumé de cette décision.

Dans la décision **12-D-08**¹⁹⁰ du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et la commercialisation des endives, une dizaine d'organisations de producteurs et sept organisations représentatives, sanctionnées pour une entente consistant en un plan global de fixation des prix de vente minima des endives, se sont vu enjoindre de publier, à frais partagés et au prorata des sanctions prononcées, dans les éditions du journal *La Voix du Nord* et de la revue agricole *Le Syndicat agricole*, édition Nord-Pas-de-Calais, un résumé de la décision.

Dans la décision **12-D-09**¹⁹¹ du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, des sociétés de meunerie françaises et allemandes – sanctionnées, d'une part, pour une entente entre meuniers allemands et français visant à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne et, d'autre part, pour deux ententes entre meuniers français visant à fixer le prix, à limiter la production et à répartir la clientèle de la farine en sachets vendue à la grande et moyenne distribution et aux enseignes du *hard discount* en France – se sont vu enjoindre de publier, à frais partagés et au prorata des sanctions dans les éditions des journaux *Le Figaro* et *LSA* un résumé de la décision.

Dans la décision **12-D-24**¹⁹² du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, les sociétés Orange France, France Télécom et SFR, sanctionnées pour avoir commercialisé des forfaits ayant créé une différenciation tarifaire abusive entre les appels «on net» et «off net» freinant la concurrence, se sont vu enjoindre de faire publier, à leurs frais, au prorata des sanctions prononcées, dans les éditions papier d'*Aujourd'hui en France* et du *Parisien* un résumé de la décision.

Dans la décision **12-D-25**¹⁹³ du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, l'EPIC SNCF s'est vu enjoindre de faire publier à ses frais dans les journaux *Les Échos* et *La Vie du rail* un résumé de la décision.

La motivation de la publication

Informer les professionnels du secteur

Dans les décisions **12-D-02**¹⁹⁴, **12-D-08**, **12-D-09**, l'Autorité a estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés afin de les inciter

190. Un recours a été formé contre cette décision.

191. Un recours a été formé contre cette décision.

192. Un recours a été formé contre cette décision.

193. Un recours a été formé contre cette décision.

194. Un recours a été formé contre cette décision.

à la vigilance. Dans sa décision **12-D-25**¹⁹⁵, elle a considéré qu'il fallait attirer la vigilance des acteurs économiques présents sur le secteur du transport ferroviaire de marchandises et en particulier des chargeurs.

Informer les consommateurs

L'Autorité a rappelé que la publication vise également à attirer la vigilance des consommateurs (**12-D-08**¹⁹⁶, **12-D-09**¹⁹⁷, **12-D-24**¹⁹⁸).

Les astreintes

En 2012, l'Autorité n'a pas fait application des dispositions lui permettant de prononcer des astreintes.

La transmission à des juridictions ou au ministre de l'Économie

Aucune application en 2012.

Le contrôle des concentrations

La procédure en contrôle des concentrations

Dans l'affaire relative à la demande d'annulation de la décision **12-DCC-100**, le Conseil d'État a précisé que les décisions de l'Autorité de la concurrence relatives aux opérations de concentration, lesquelles ne sont donc pas des sanctions, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la CEDH.

Par ailleurs, l'Autorité a rappelé le principe selon lequel les opérations ne doivent pas être réalisées avant leur notification et a sanctionné financièrement l'entreprise Colruyt pour ne pas avoir notifié une opération de concentration préalablement à sa réalisation.

La réalisation d'une opération sans notification

Les articles L. 430-3 et L. 430-4 du Code de commerce ont fixé le principe d'un contrôle préalable et préventif des opérations de concentration au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires. L'article L. 430-3 prévoit que l'opération doit être notifiée à l'Autorité avant sa réalisation et l'article L. 430-4 que sa réalisation effective ne peut intervenir avant l'autorisation de l'Autorité. Le non-respect de ces dispositions est sanctionné en application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce. En 2012, l'Autorité a pour la première fois fait l'application de ces dispositions en

¹⁹⁵. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁹⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁹⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

¹⁹⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

sanctionnant une entreprise de droit belge, Éts Fr. Colruyt, active dans le secteur de la distribution en gros et au détail de produits de grande consommation¹⁹⁹.

Colruyt avait omis en effet de notifier trois opérations de concentration soumises au contrôle des autorités de concurrence françaises et réalisées respectivement en 2003, 2004 et 2009. Colruyt a finalement notifié ces opérations, qui ont été toutes trois autorisées en juin 2011.

Compte tenu du caractère relativement ancien des deux premières acquisitions, l'Autorité a d'abord expliqué que la prescription quinquennale prévue par le I de l'article L. 462-7 du Code de commerce est applicable aux faits relevant du I de l'article L. 430-8 de ce code.

En ce qui concerne le point de départ des cinq ans, l'Autorité a considéré qu'un défaut de notification ne constituait pas une infraction continue mais une infraction instantanée, qui se définit comme une infraction dont l'acte matériel s'accomplice en un trait de temps, et plus exactement comme une infraction permanente, qui certes s'exécute en un trait de temps mais dont les effets se prolongent dans la durée, sans nouvelle intervention de l'auteur des faits. Pour de telles infractions, le point de départ de la prescription se situe au jour de la commission des faits, même si leurs effets se prolongent après cette date.

En ce qui concerne Colruyt, les faits relatifs aux deux premières opérations avaient été commis en mars 2003 et juin 2004 et bénéficiaient donc du régime de la prescription quinquennale. En revanche, les faits relatifs à la troisième opération de 2009 n'en bénéficiaient pas et pouvaient donc être poursuivis.

L'Autorité a ensuite constaté que le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la (ou aux) personne(s) physique(s) ou morale(s) sur laquelle (lesquelles) pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle(s) acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition, dans la mesure où cette (ou ces) personne(s) dispose(nt), «*directement ou indirectement*», de la «*possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité*» conformément aux termes de l'article L. 430-1. En l'espèce, l'entreprise acquérant de façon ultime le contrôle de la cible était la société de droit belge Éts Fr. Colruyt, tête du groupe et non la société Colruyt France, quand bien même celle-ci avait fait l'acquisition des actifs en cause et notifié l'opération en juin 2011.

L'Autorité a également relevé que le caractère concentratif de l'opération en cause et la soumission au contrôle national des concentrations étaient au cas d'espèce tout à fait évidents et prévisibles, *a fortiori* pour une entreprise de taille significative comme Colruyt qui disposait des moyens de recourir aux services d'un conseil juridique adéquat.

Enfin, l'Autorité a précisé que le non-respect de l'obligation prévue à l'article L. 430-3 du Code de commerce constitue, par nature, une infraction grave

¹⁹⁹. Décision 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de la concurrence de toute possibilité de contrôler, comme le prévoit le Code de commerce, un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée. Si cette infraction est, dès lors, grave par nature, l'appréciation de l'Autorité tient néanmoins compte des circonstances concrètes propres au cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, et notamment du caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération, de la taille de l'entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont celle-ci pouvait disposer, ou de l'éventuelle volonté délibérée de ses responsables de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence.

L'Autorité a en conséquence infligé à la société Éts Fr. Colruyt une sanction financière de 392 000 euros en application des dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'article L. 430-1 définit la notion de concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable. L'Autorité tient compte des principes dégagés par la Commission européenne pour la mise en œuvre de la notion de concentration afin de garantir une cohérence entre le contrôle communautaire et le contrôle national.

Ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies par les statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature du contrôle sur une entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles, ajoutés aux prérogatives conférées aux différents actionnaires peuvent établir un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise de façon exclusive par une seule entreprise ou conjointement par deux entreprises ou plus.

L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

En 2012, l'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle en ce qui concerne la contrôlabilité des concentrations, s'agissant en particulier des opérations immobilières, des opérations impliquant exclusivement des entreprises étrangères, du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques sans être en mesure de les imposer (contrôle « négatif ») et de la capacité de la tête d'un réseau commercial à exercer une influence déterminante sur les membres du réseau.

Contrôlabilité des opérations immobilières

Fin 2011 et en 2012, l'Autorité a autorisé dans trois décisions la prise de contrôle conjointe par des banques ou des établissements financiers de bâtiments ou d'immeubles destinés à la location de bureaux²⁰⁰.

Dans ces trois affaires, les entreprises acquéreuses ont constitué des sociétés civiles immobilières (SCI) destinées à gérer les immeubles concernés en louant les surfaces des immeubles à des entreprises ou, le cas échéant, à des commerces, c'est-à-dire à des tiers. Les entreprises acquéreuses détenaient, dans les trois cas, la moitié du capital et des droits de vote dans les SCI et disposaient conjointement du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques des SCI. Un chiffre d'affaires pouvait être attaché à ces SCI sur le marché de la gestion locative d'immeubles de bureaux dans la mesure où elles avaient prévu de louer les surfaces acquises à des tiers. Ces opérations constituaient donc des concentrations au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. Une telle analyse est en ligne avec la pratique décisionnelle de la Commission européenne²⁰¹. La distinction entre ces opérations et la création d'entreprises communes gérant des biens immobiliers utilisés pour héberger les activités des maisons mères est exposée au point 96 de la communication consolidée²⁰².

Compétence territoriale

Le contrôle des concentrations nationales s'applique à toutes les entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en France, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire national et ce dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les seuils de contrôlabilité²⁰³. C'est ce principe que l'Autorité a réaffirmé dans la décision **12-DCC-83**²⁰⁴.

Dans cette affaire, trois coopératives laitières allemandes (Humana, Nordmilch, et Bad Bibra), qui avaient déjà mis en commun l'ensemble de leurs activités de transformation et de commercialisation de produits laitiers par l'intermédiaire d'une filiale commune DMK, souhaitaient désormais fusionner l'ensemble de leurs autres activités.

L'opération n'avait aucun impact en France dans la mesure où la principale activité restant à fusionner était la collecte de lait en Allemagne, marché de dimension au plus nationale. Toutefois, deux des entreprises concernées (Humana et

200. Décision 11-DCC-193 du 22 décembre 2011 relative à la prise de contrôle conjoint par la Caisse des dépôts et consignations et CNP Assurances de l'immeuble à usage de bureaux « Le Farman », décision 12-DCC-141 du 4 octobre 2012 relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Prédica et CNP Assurances de l'immeuble « Livry-Bouvard » et décision 12-DCC-156 du 12 novembre 2012 relative à la prise de contrôle conjointe d'une société civile immobilière pour l'acquisition d'un immeuble à usage de bureaux par CNP Assurances et Sogecap.

201. Voir notamment la décision n° COMP/M.6621 CNP Assurances/BNP Paribas/Immeuble Val-de-Marne du 25 juillet 2012.

202. Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

203. Lignes directrices sur le contrôle des concentrations, § 93.

204. Décision 12-DCC-83 du 13 juin 2012 relative à la fusion entre Nordmilch eG, Humana Milchunion eG et Molkereigenossenschaft Bad Bibra eG.

Nordmilch) vendaient des produits laitiers sur le marché français par l'intermédiaire de DMK, et réalisaient ainsi en France un chiffre d'affaires de plus de 50 millions d'euros chacune. L'Autorité de la concurrence a donc contrôlé et autorisé cette fusion au titre du contrôle national des concentrations.

Contrôle exclusif négatif

Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Deux situations peuvent cependant être distinguées. Le cas le plus courant est celui où l'entreprise détient seule le pouvoir d'adopter les décisions stratégiques de l'entreprise concernée. Mais il arrive aussi que l'entreprise acquéreuse soit le seul actionnaire en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (on parle alors de contrôle exclusif « négatif »)²⁰⁵.

La décision **12-DCC-98**²⁰⁶ fournit un exemple de ce contrôle exclusif négatif. L Capital, société de gestion d'un fonds commun de placement à risque contrôlée par LVMH, a fait l'acquisition d'une participation minoritaire dans une société New Lux Co gérant à la fois la société TWLC (active dans le secteur en gros d'accessoires de mode de moyenne gamme) et le groupe Swiss Time (actif dans la production et la vente en gros de montres et de bijoux). Avant l'opération, TWLC était contrôlée conjointement par L Capital et une autre société d'investissement (Financière Molière) et le groupe Swiss Watch par des personnes physiques.

En dépit du caractère minoritaire de cette participation, l'Autorité a considéré que L Capital détenait un contrôle exclusif négatif sur New Lux Co puisque L Capital était le seul actionnaire, en application des dispositions du pacte de New Lux, à disposer d'un droit de veto pour la prise de décisions stratégiques.

Capacité de la tête d'un réseau commercial à exercer une influence déterminante sur les membres du réseau

Dans la décision **12-DCC-125** du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de vingt-huit magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des coopérateurs d'Alsace et l'Association des centres distributeurs E. Leclerc (ci-dessous l'ACDLeC), l'Autorité s'est prononcée sur le contrôle exercé par l'ACDLeC sur les sociétés exploitant les hypermarchés sous enseigne Leclerc. Dans le cadre de l'opération notifiée, les actifs cibles, constitués de vingt-huit magasins détenus par l'Union des coopérateurs d'Alsace, étaient acquis par la société Val Expansion, une société par actions simplifiée dont le capital était détenu par cinquante sociétés d'exploitation ayant pour activité l'exploitation de

²⁰⁵. Lignes directrices sur le contrôle des concentrations, § 28.

²⁰⁶. Décision 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS.

magasins sous enseigne Leclerc en Alsace et en Moselle. L'Autorité a considéré que, dans la mesure où une large majorité de ces cinquante sociétés d'exploitation faisait l'objet d'un contrôle conjoint par l'ACDLeC, cette association assurait de fait le contrôle exclusif de Val Expansion.

Le contrôle conjoint par l'ACDLeC de ces sociétés reposait, comme l'expose la décision, sur la combinaison :

- d'une part, du contrat d'enseigne Leclerc, conclu entre l'ACDLeC et les adhérents pris en qualité de personnes physiques, attributaires du panonceau E. Leclerc et dirigeant les magasins. Ce contrat définit les règles d'adhésion à l'enseigne, en vérifiant le respect, par les adhérents, de ses statuts et de ses décisions, et en fixant les axes majeurs de la stratégie de l'enseigne ;
- d'autre part, des statuts-types, qu'en application des dispositions de la charte des adhérents Leclerc, tout nouvel adhérent au mouvement Leclerc (et donc à l'ACDLeC) doit depuis 2002 faire adopter à la société d'exploitation du magasin qu'il dirige et dont le modèle a été validé par l'ACDLeC.

Ces statuts prévoient que ces sociétés comptent parmi leurs associés les membres d'un conseil de parrainage, soit un nombre variable de dirigeants d'autres centres distributeurs Leclerc disposant de faibles participations au capital de la société. Ce conseil de parrainage disposait notamment d'un pouvoir de nomination et de révocation du président de la société, qui était généralement le fondateur et actionnaire principal. Or la perte du droit d'usage de l'enseigne constituait un «*juste motif de révocation*» du président par le conseil de parrainage et l'ACDLeC pouvait retirer ce droit d'usage de l'enseigne E. Leclerc en application de stipulations du contrat d'enseigne qui lui laissaient une très large marge d'appréciation. L'ACDLeC avait donc un rôle déterminant dans la nomination et la révocation des dirigeants des sociétés d'exploitation dotées des statuts-types de SAS E. Leclerc.

Les statuts-types prévoient également qu'un associé pouvait être exclu par un vote à la majorité des trois quarts du nombre d'associés, notamment en cas de perte du droit d'usage de l'enseigne. En cas d'exclusion, l'associé exclu était tenu de céder ses actions aux autres associés. Par conséquent, dans les sociétés d'exploitation de magasins Leclerc où un actionnaire dirigeant (voire celui-ci et les membres de sa famille) représentait moins d'un quart des associés, l'ACDLeC était en mesure de faire exclure le dirigeant/actionnaire majoritaire et de le contraindre à céder ses actions.

Par ailleurs, les dispositions du contrat relatives à la communication des documents de référence des sociétés et à l'encadrement des marges permettent à l'ACDLeC de contrôler la politique commerciale des magasins.

Enfin, différentes dispositions statutaires ou stipulations contractuelles rendaient très difficiles à la fois le changement d'enseigne du magasin et la cession des actions de la société à une personne étrangère au mouvement Leclerc. L'adhésion des centres E. Leclerc, au niveau national, au Groupement d'achat des centres E. Leclerc (le «Galec») – société anonyme coopérative à directoire et conseil de surveillance qui assure le référencement des fournisseurs – et, au niveau régional,

à une centrale régionale d'approvisionnement (en l'espèce, ScapAlsace, société coopérative à capital variable détenu par cinquante-huit actionnaires) participait à l'absence d'autonomie de ces sociétés d'exploitation.

L'ensemble de ces critères a été apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante. En particulier, ce ne sont pas les seules dispositions du contrat d'enseigne qui ont été prises en compte.

Cette organisation très spécifique a amené l'Autorité à considérer que, même si l'ACDLeC ne détenait aucune participation au capital, elle n'en exerçait pas moins une influence déterminante sur ces sociétés, conjointement avec l'actionnaire majoritaire, dans la mesure où celui-ci était appelé à collaborer et à s'entendre avec l'ACDLeC sur la stratégie de son entreprise.

Les seuils de contrôle

Les lignes directrices de l'Autorité rappellent que « *le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant que, dans certains cas particuliers, des opérations de dimension nationale soient examinées par la Commission et, inversement, que des opérations de dimension communautaire soient examinées par les autorités nationales de concurrence des États membres*

- La première demande de renvoi concernait la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par SNCF Participations (« SNCF-P »), filiale de la SNCF. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 23 juillet 2012 (décision **12-DCC-12** du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations).
- La seconde demande concernait la prise de contrôle exclusif de Guyenne et Gascogne par le groupe Carrefour. La Commission européenne a décidé de renvoyer le dossier à l'Autorité (décision du 16 mars), considérant qu'elle était la mieux placée pour étudier l'opération (décision **12-DCC-63** du 9 mai 2012).

Par ailleurs, l'Autorité s'est jointe le 20 juin 2012 à la demande d'examen, adressée à la Commission le 29 mai 2012 par l'autorité portugaise de la concurrence conformément à l'article 22, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, de l'opération de concentration par laquelle la société London Stock Exchange Group plc entendait acquérir le contrôle exclusif de la société LCH. Clearnet Limited. L'opération était également notifiable en Espagne et relevait également de la compétence de l'Office of Fair Trading britannique. La Comisión

nacional de la competencia s'est jointe à la demande de renvoi et l'Office of Fair Trading a fait savoir qu'il ne souhaitait pas se joindre à cette demande.

La Commission a noté, dans une décision du 4 juillet 2012, qu'elle peut décider d'examiner la concentration conformément à l'article 22, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations, si elle estime que celle-ci i) affecte le commerce entre États membres et ii) menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du (ou des) État(s) membre(s) qui formule(nt) la demande. Si ces deux conditions légales sont réunies, la Commission dispose de pouvoirs discrétionnaires pour déterminer si elle doit ou non accepter la demande de renvoi, en appréciant s'il est opportun qu'elle examine cette demande. Elle a notamment relevé que, dans cette affaire, la partie notifiante avait elle-même fait une demande de renvoi en application de l'article 4(5) du règlement susmentionné, mais que cette demande avait été rejetée par l'OFT, et a rappelé qu'elle considérait que, dès lors qu'un État membre n'est pas favorable à la demande présentée en application de l'article 4(5), la dynamique fondamentale du mécanisme de renvoi n'est plus la même et qu'accepter un renvoi partiel à la suite d'une demande présentée par un autre État membre compromettait les principes fondamentaux du mécanisme de renvoi et entraînerait une insécurité juridique accrue pour la partie notifiante. Elle a ajouté que, même si la Commission était l'autorité la mieux à même, en théorie, d'examiner l'opération en question, les conséquences en termes de charges administratives pour la partie notifiante constituaient l'élément le plus important et que, concrètement, un examen de l'opération à l'échelon national était plus approprié.

Analyse concurrentielle

Les effets horizontaux

Une atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce, peut être constatée, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà. Lorsque les entreprises parties à l'opération sont des concurrents actuels sur un ou plusieurs marchés pertinents, cet effet peut aller jusqu'à créer ou renforcer au profit de cette entreprise une position dominante simple, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

L'opération Patriarche/Castel Frères SAS

Dans une décision **12-DCC-92**²⁰⁷, l'Autorité de la concurrence a examiné les effets horizontaux relatifs à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS sur les marchés amont des vins tranquilles et effervescents.

²⁰⁷. Décision 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

L'analyse du marché des vins de consommation courante a nécessité, en raison de parts de marché conséquentes (supérieures à 30 %), le recours à une analyse multicritère combinant des considérations d'ordre quantitatif et d'ordre qualitatif.

La partie notifiante s'est appuyée sur les résultats d'un test dit « UPP » (« *upward pricing pressure* ») pour affirmer l'absence d'incitation de la nouvelle entité à augmenter ses prix à l'issue de l'opération. L'Autorité a noté que le panel retenu pour calculer cet indice UPP était cependant imparfaitement représentatif de la situation concurrentielle et conduisait donc à sous-estimer l'incitation de la nouvelle entité à augmenter ses prix. De même, elle a identifié une erreur dans le calcul des intervalles de confiance tendant à minimiser l'impact de l'opération. Elle a cependant relevé que de telles études quantitatives pouvaient compléter les éléments qualitatifs du dossier et fournissaient un éclairage pertinent pour l'analyse sous réserve de précautions méthodologiques.

En l'espèce, l'Autorité a donc examiné la pression concurrentielle actuelle et potentielle à la suite de l'opération ainsi que le contre-pouvoir exercé par la demande. S'agissant des vins sans indication géographique (SIG) sous MDF, il existait peu d'alternatives aux parties et l'entrée de nouveaux acteurs apparaissait peu probable en raison du manque d'attractivité de ce segment, de la notoriété des marques de l'entité nouvelle et de l'accès difficile à la matière première. En revanche, l'Autorité a estimé que la substituabilité entre vins SIG et vins avec indication géographique protégée (IGP) était suffisante pour que la concurrence de marques notoires et les capacités de production excédentaires sur le segment des vins IGP sous MDF rendent peu rentable une stratégie de hausse des prix de la nouvelle entité. L'entrée de nouveaux concurrents sur le marché des vins IGP est considérée, quant à elle, comme envisageable bien que peu probable. De plus, l'Autorité a précisé que les fournisseurs de MDD pour les vins IGP et SIG devaient également être considérés comme des concurrents actuels de la nouvelle entité. En ce qui concerne le contre-pouvoir de la GMS, il a été jugé faible sur le segment des vins SIG ; toutefois, il est ressorti du test de marché que le développement des MDD notamment pour les vins IGP constituait une réponse crédible pour les GMS en cas d'augmentation des prix pratiqués par la nouvelle entité.

Au vu de ces éléments, le risque d'effets horizontaux anticoncurrentiels sur les marchés amont des vins tranquilles et effervescents a donc pu être écarté.

L'opération SNC Schlecker/Système U Centrale régionale sud

Dans une décision **12-DCC-112²⁰⁸** concernant la vente d'articles de droguerie, l'Autorité de la concurrence a examiné la prise de contrôle exclusif de la société SNC Schlecker par la société Système U Centrale régionale sud.

L'opération ne comportait aucun chevauchement d'activités dans la mesure où, contrairement aux magasins membres du groupement coopératif Système U, les magasins Schlecker n'étaient pas à dominante alimentaire. Cependant, dans la

²⁰⁸. Décision 12-DCC-112 du 3 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société SNC Schlecker par la société Système U Centrale régionale sud.

mesure où Système U avait pour projet, à l'issue de l'opération, de transformer les magasins Schlecker en magasins à dominante alimentaire sous une des enseignes du groupe Système U, une analyse plus précise de certaines zones de chalandise a été faite à titre conservateur. Néanmoins, sur chacune des huit zones concernées, elle a constaté la présence de supermarchés ou hypermarchés qui continuaient à exercer une pression concurrentielle significative sur Système U à l'issue de l'opération.

Au vu de ces éléments, le risque d'effets horizontaux anticoncurrentiels sur les marchés de la distribution de détail de produits alimentaires a donc pu être écarté.

L'opération LVL Médical/Air liquide Santé international

Dans une décision **12-DCC-123**²⁰⁹ consistant en la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air liquide Santé international, l'Autorité de la concurrence a analysé les effets horizontaux sur les marchés de la fourniture de prestations de services de santé à domicile et de l'approvisionnement en matériel médical.

S'agissant du marché des prestations de services de santé à domicile, l'Autorité a insisté sur les particularités de ce secteur en forte croissance, qui se caractérise par l'existence d'un prix limite de vente légalement fixé et sur le rôle des médecins prescripteurs.

À l'issue de l'opération, l'Autorité a constaté que la nouvelle entité serait le leader du marché français global de la fourniture de prestations de services de santé à domicile et disposerait de parts de marché importantes sur le segment des prestations respiratoires et des prestations non respiratoires. Le concurrent le plus significatif en termes de parts de marché était l'Association nationale pour les traitements à domicile, organisme qui réunit des associations à but non lucratif qui exercent essentiellement leurs activités auprès de patients adressés par des praticiens hospitaliers. L'Autorité a estimé que ces associations constituaient des concurrents réels de la nouvelle entité dans la mesure où leur modèle économique est proche de celui du secteur privé et où une part importante de l'activité de la nouvelle entité concerne des patients qui bénéficient de prestations hospitalières. À ces associations s'ajoutaient un certain nombre d'entreprises privées aux parts de marchés modérées qui permettaient un maillage complet du territoire national par les concurrents de la nouvelle entité. De plus, l'Autorité a insisté sur la faiblesse des barrières au changement de prestataire qui garantit le maintien d'une qualité de service satisfaisante par la nouvelle entité. Enfin, elle a considéré que les barrières à l'entrée ou à l'expansion étaient faibles et qu'il était envisageable que des compagnies d'assurances ou des mutuelles soient incitées à créer leurs propres structures de prestations de services de santé à domicile dans les années à venir.

Sur les marchés amont de l'approvisionnement en matériel médical, l'Autorité a examiné si le renforcement du pouvoir de négociation d'Air liquide lui

²⁰⁹. Décision 12-DCC-123 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air liquide Santé international.

permettrait d'obtenir des conditions d'achat favorables lui conférant ainsi un avantage concurrentiel de nature à fragiliser la position de ses concurrents sur le marché aval. L'Autorité s'est, de même, interrogée sur la possibilité, du fait de la puissance d'achat renforcée d'Air liquide, de se faire accorder des exclusivités sur la fourniture de matériel médical innovant. Elle a constaté que les fournisseurs de la nouvelle entité réalisaient un chiffre d'affaires important avec d'autres prestataires et que ce chiffre d'affaires pourrait même augmenter en cas de nouvelles entrées sur le marché. Elle a également insisté sur l'importance du pouvoir de négociation des principaux fournisseurs de matériel médical dont la taille est mondiale. Enfin, elle a écarté toute incitation des fournisseurs de matériel médical à consentir des exclusivités, dans la mesure où la fixation réglementaire des tarifs des prestations de santé à domicile rend impossible une augmentation des tarifs d'Air liquide et n'aurait donc pour les fournisseurs que le seul effet de se priver d'une partie de leur débouchés.

Au vu de ces éléments, le risque d'effets horizontaux anticoncurrentiels sur les marchés de la fourniture de prestations de services de santé à domicile et de l'approvisionnement en matériel médical a donc pu être écarté.

L'opération Cristal Union/Vermardoise

Au cours de l'analyse de la prise de contrôle exclusif du groupe Vermardoise par le groupe Cristal Union²¹⁰, l'Autorité de la concurrence a constaté que les activités des parties se chevauchaient dans quatre secteurs : le sucre, la mélasse, les coproduits destinés à l'alimentation animale et les alcools (alcool traditionnel et bioéthanol).

Le marché du sucre a, en particulier, donné lieu à une analyse plus détaillée de l'Autorité, du fait notamment d'un contexte économique et juridique spécifique. En effet, le règlement « OCM unique » de 2007 a permis la mise en place en Europe d'un régime de maîtrise de la production par l'instauration d'un système de quotas nationaux et d'outils de stabilisation de prix. Cette réforme a abouti à la création de barrières à l'entrée significatives ainsi qu'à un maintien de la production en dessous de la demande. La France connaît néanmoins une situation particulière d'excédent de production, de même que les pays qui lui sont limitrophes au nord et à l'est.

Quatre acteurs significatifs sont actifs sur le marché français avant l'opération (Tereos, Saint-Louis, Cristal Union et le groupe Vermardoise), les trois premiers captant 80% du quota national. En termes de parts de marché, l'Autorité a relevé un renforcement sensible du niveau de concentration du marché posto-pération, la nouvelle entité totalisant 33,7% des quotas de production et entre 40 et 50% de parts de marché. Par ailleurs, bien que la demande soit également relativement concentrée, l'Autorité a constaté que, s'agissant du sucre industriel,

²¹⁰. Décision 12-DCC-06 du 20 janvier 2012 relative à l'acquisition du groupe Vermardoise par la société coopérative Cristal Union.

les clients n'étaient pas en mesure d'exercer un contre-pouvoir significatif, étant donné la très faible substituabilité du produit dans les applications agroalimentaires. En ce qui concerne les effets unilatéraux, l'Autorité a néanmoins conclu, d'une part, que l'opération n'entraînait pas de renforcement du pouvoir de marché de la nouvelle entité, étant donné la pression concurrentielle exercée par les producteurs français alternatifs et par les producteurs étrangers et, d'autre part, qu'en dépit de ses prix plus bas le groupe Vermandoise ne jouait pas un rôle de « *maverick* » sur le marché. En effet, l'Autorité a constaté que l'écart des prix pratiqués par les deux parties à l'opération n'était dû qu'à une différence de clientèle et à une divergence dans les anticipations de prix. En ce qui concerne les effets coordonnés, l'Autorité a jugé l'opération insusceptible de porter atteinte à la concurrence par ce biais, notamment du fait de l'absence d'une transparence suffisante sur le marché. Au final, l'opération a donc été autorisée sans engagements.

L'opération Alma/Saint-Amand

L'Autorité de la concurrence a évalué les effets de l'opération consistant en la prise de contrôle exclusif de Holding Saint-Amand par la société Alma sur le marché de l'eau en bouteille²¹¹.

Au vu des parts de marché significatives détenues par la nouvelle entité après opération, de l'ordre de [50-60] % en volume et [20-30] % en valeur pour le marché global des eaux plates et gazeuses, l'Autorité a examiné en détail les potentiels effets horizontaux de la prise de contrôle, à la fois unilatéraux et coordonnés. Elle a constaté qu'une hausse des prix de tout ou partie des produits commercialisés par la nouvelle entité était peu probable compte tenu de la présence de deux concurrents majeurs (Nestlé et Danone) et de la puissance d'achat de la grande distribution. Quant aux effets coordonnés, l'asymétrie des positions et des intérêts des fournisseurs du secteur a conduit l'Autorité à conclure à l'impossibilité d'assurer la discipline d'une coordination. Elle a donc autorisé l'opération sans conditions.

L'opération Eurotunnel/SeaFrance

L'opération notifiée consistait en l'acquisition par la société Groupe Eurotunnel du contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance²¹², à savoir trois navires et certains actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exploitation de ces navires. L'Autorité de la concurrence a constaté que les activités des parties à l'opération se chevauchaient sur les marchés des services de transport de fret et de transport de passagers entre l'Europe continentale et le Royaume-Uni, exclusivement dans la zone transmanche de courte distance (pas de Calais). Par ailleurs, l'opération renforçait significativement la position de la société Eurotunnel, la part de marché de la nouvelle entité atteignant [50-60] % pour le transport de passagers et [40-50] % pour le fret.

^{211.} Décision 12-DCC-84 du 21 juin 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de Holding Saint-Amand par la société Alma.

^{212.} Décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

Dans le but d'apprécier les effets unilatéraux potentiels, l'Autorité a évalué, d'une part, le degré de substituabilité entre les services offerts par les actifs SeaFrance et ceux proposés par Eurotunnel et, d'autre part, le taux d'utilisation des capacités des différents opérateurs de ferry.

En ce qui concerne la substituabilité entre ces différents services, le choc exogène qu'a constitué l'incendie du tunnel sous la Manche en septembre 2008 a permis à l'Autorité de constater que SeaFrance n'était pas le plus proche substitut du Tunnel. Quant aux taux d'utilisation des opérateurs maritimes, ils se sont révélés en moyenne relativement faibles, de l'ordre de 50 % à 75 %, permettant de préjuger de leur capacité à absorber une demande accrue en cas de hausse des prix pratiqués par la nouvelle entité. L'existence de « pics de demande », durant lesquels les taux d'utilisation des opérateurs sont supérieurs, a été prise en compte par l'Autorité, qui a écarté tout risque de hausse des prix d'Eurotunnel ciblée sur ces périodes, du fait, d'une part, de la variabilité de ces pics de demande d'un opérateur à l'autre et, d'autre part, de l'annualisation des contrats de fret. Au final, l'Autorité a donc conclu à l'absence d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets unilatéraux.

Les opérations de concentration menées par des coopératives agricoles

En 2012, l'Autorité a rendu dix décisions concernant des coopératives agricoles²¹³, dont une sous condition d'engagements²¹⁴.

Si les coopératives agricoles sont concernées par le contrôle des concentrations au même titre que les autres entreprises, leur forme « hybride » ou « semi-intégrée » nécessite sur certains points de prendre en compte leur particularité. Ainsi, sur les marchés amont de la collecte ou de la distribution de produits d'agrofourniture, il s'agit d'évaluer l'existence d'alternatives crédibles actuelles ou potentielles pour les agriculteurs qui ne seraient plus satisfaits de leurs relations avec leur coopérative à l'issue de l'opération, au regard notamment des règles qui régissent les relations entre les adhérents et leur coopérative.

Par exemple, dans la décision 12-DCC-49 relative à la fusion entre les coopératives Charente Coop et Charentes Alliance, l'Autorité a constaté que le rapprochement de ces deux entités aboutirait à la création d'un ensemble disposant de [50-60] % de parts de marché sur les marchés de la collecte de céréales, protéagineux et oléagineux en Charente. Elle a ensuite relevé que les agriculteurs implantés dans certaines zones locales ne disposaient que de faibles alternatives pour écouter leur production. Afin d'identifier l'existence d'une concurrence

213. Voir les décisions 12-DCC-02, 12-DCC-06, 12-DCC-13, 12-DCC-19, 12-DCC-42, 12-DCC-49, 12-DCC-75, 12-DCC-103, 12-DCC-104 et 12-DCC-178.

214. Décision 12-DCC-42 du 26 mars 2012 relative à la fusion entre les coopératives Champagne Céréales et la coopérative Nouricia.

potentielle sur ces zones, l'Autorité a examiné en détail les barrières à l'entrée pour des concurrents sur les marchés de la collecte, en tenant compte de la nature des relations entre les coopératives et leurs adhérents, notamment celles définies statutairement. L'Autorité a ainsi souligné que les agriculteurs étaient généralement engagés pour une durée de cinq ans à vendre l'intégralité ou une partie significative de leur récolte à leur coopérative, ce qui était de nature à rendre difficile l'accès à ces marchés pour les concurrents. En l'espèce, elle a indiqué que les projets de statuts prévoient une obligation plus souple de livraison d'une quantité déterminée de produits. Toutefois, en l'absence de projet de règlement intégrier définitant précisément les règles de fonctionnement de la nouvelle entité, elle n'a pas pu exclure l'existence de barrières à l'entrée de nature statutaire sur ce marché. Elle a cependant considéré que les concurrents avaient la possibilité de développer de simples plates-formes de collecte sur le département, et que la concurrence potentielle de ces différentes entreprises suffirait à limiter le pouvoir de marché exercé par la nouvelle entité. Elle a enfin rappelé que les incitations à l'exploitation de la puissance d'achat d'une coopérative à l'égard de ses adhérents étaient plus faibles dans la mesure où la coopérative est détenue par ceux-ci. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence examine de manière particulièrement attentive l'ensemble des liens capitalistiques et contractuels entretenus par les coopératives notifiantes avec des tiers de nature à affecter le jeu de la concurrence sur les marchés. Cela concerne en particulier les entreprises communes créées par plusieurs coopératives – y compris lorsqu'elles ne sont pas de plein exercice – et, de manière générale, les accords d'achats ou ventes en commun pour le compte des coopératives, dans la mesure où de telles sociétés ou de tels accords peuvent modifier la pression concurrentielle exercée par les coopératives fondatrices les unes sur les autres sur un ou plusieurs marchés concernés par l'opération.

Par exemple, dans la décision 12-DCC-42, l'Autorité a constaté que les coopératives Champagne Céréales et Nouricia détiendraient à l'issue de l'opération des parts de marché importantes sur différents marchés départementaux de la distribution de produits d'agrofourniture. Elle a également relevé l'existence d'une seule coopérative concurrente en Haute-Marne, EMC2. Elle a toutefois estimé que l'existence de deux structures communes aux coopératives Champagne Céréales, Nouricia, Cohésis et EMC2 – ayant pour objet d'organiser en commun l'approvisionnement en amont des coopératives en produits d'agrofourniture auprès des fournisseurs de semences, d'engrais et de produits phytosanitaires mais également d'harmoniser l'activité de vente au détail des produits d'agrofourniture aux agriculteurs – était de nature à affaiblir la pression concurrentielle exercée par le seul opérateur alternatif, EMC2, sur la nouvelle entité. L'Autorité a donc considéré que l'opération soulevait des risques sérieux d'atteinte à la concurrence et a autorisé l'opération sous réserve d'engagements consistant essentiellement en la sortie d'EMC2 du capital des structures communes.

Analyse concurrentielle de l'opération Canal+/TPS dans la décision de l'Autorité 12-DCC-100 du 23 juillet 2012

À l'issue du nouvel examen de l'opération relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus (ci-après «GCP»), l'Autorité a constaté que la concentration avait entraîné des atteintes à la concurrence sur les marchés de l'acquisition de droits cinématographiques et sportifs ainsi que sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques et de services de télévision payante non linéaire, aussi bien en métropole que dans les départements et régions d'outre-mer. L'Autorité a également constaté que la concentration avait entraîné des atteintes à la concurrence sur les marchés aval de distribution de services de télévision payante linéaire.

Acquisition de droits cinématographiques et édition/commercialisation de chaînes de cinéma

L'Autorité a constaté que la concentration, en éliminant la concurrence de TPS pour l'achat de films et séries américains et de films français récents, a entraîné la disparition de la quasi-totalité de la pression concurrentielle s'exerçant sur GCP. L'importance de la base d'abonnés de GCP, renforcée grâce à l'opération, a créé une barrière à l'entrée telle que la dynamique concurrentielle générée par l'entrée du groupe Orange ne s'est pas maintenue en raison des difficultés rencontrées par cette entreprise pour rentabiliser ses acquisitions. L'Autorité a également observé que, compte tenu d'un partenariat conférant désormais à GCP le contrôle conjoint d'Orange-Cinéma-Séries et de la baisse concomitante des investissements d'Orange, ce dernier n'exerçait plus de pression concurrentielle sur le marché des acquisitions de droits. L'Autorité a donc conclu que l'opération avait durablement consolidé la détention, par GCP, d'un quasi-monopsonie sur les marchés d'achat de droits cinématographiques américains et français pour une diffusion en télévision payante.

Selon l'analyse de l'Autorité, cette position extrêmement forte à l'amont a permis à GCP d'alimenter ses chaînes en contenus, à la fois premium (films américains et français de première exclusivité) et thématiques (2^e fenêtre de télévision payante). L'Autorité a ainsi constaté que du quasi-monopsonie de GCP sur les marchés de l'achat de droits découlait, à l'issue de l'opération, son monopole dans l'édition et la commercialisation de chaînes premium ainsi que sa position dominante dans celle des chaînes cinéma. Depuis l'opération de 2006, cette situation concurrentielle n'a que très peu évolué notamment en raison de la dégradation des chaînes que GCP s'était engagé à mettre à disposition des distributeurs tiers, qui n'a pas rendu possible le développement d'une offre de bouquets attractifs concurrents des offres Canal+ et CanalSat.

Acquisition de droits sportifs et édition/commercialisation de chaînes de sport

L'Autorité a observé que GCP a conservé, depuis l'acquisition de TPS, une position prépondérante sur un grand nombre de marchés d'acquisition de droits sportifs, en particulier footballistiques. Depuis 2006, GCP n'a jamais représenté moins

de 70% du marché de l'achat des droits de la Ligue 1 en valeur. Le marché a été marqué, depuis l'opération, par l'entrée et la sortie d'Orange, qui n'a pas été en mesure de rentabiliser les droits dont le groupe s'était porté acquéreur, ainsi que par l'arrivée d'Al Jazeera en 2012, qui a réussi à obtenir 25% du marché de la Ligue 1 en valeur. De la même manière, l'Autorité a constaté que, sur le marché des droits de diffusion des championnats étrangers attractifs (championnats anglais, allemand, espagnol et italien), après avoir conservé une position extrêmement élevée, GCP a dû faire face à la concurrence d'Al Jazeera qui dispose d'une part de marché en valeur comprise entre 40% et 50%.

Les marchés des droits sportifs étant caractérisés par des investissements très élevés dans les acquisitions des droits les plus attractifs, l'enquête menée par l'Autorité a montré que l'émergence d'une concurrence pérenne sur le marché dépendait de la capacité des nouveaux opérateurs à rentabiliser leur acquisition dans la durée, notamment en trouvant des débouchés adéquats pour la distribution de leurs chaînes. Or l'acquisition de TPS a conféré à GCP la première base d'abonnés du marché, faisant de CanalSat un distributeur incontournable pour toute chaîne, en particulier celles exploitant des droits sportifs. Cette position donnait à GCP non seulement la capacité de rentabiliser ses propres acquisitions, mais également la capacité d'exercer un puissant levier d'éviction vis-à-vis de ses concurrents.

Distribution de chaînes thématiques

L'acquisition de TPS a permis à CanalSat d'augmenter significativement sa base d'abonnés et d'accroître fortement son offre de chaînes. Avec la première base d'abonnés du marché, CanalSat offre aux chaînes indépendantes de GCP une exposition qu'aucun autre opérateur n'est en mesure de leur offrir. L'Autorité a ainsi considéré que CanalSat constituait un distributeur incontournable pour les chaînes indépendantes qui se trouvent dès lors en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce distributeur. Cette situation a permis à GCP de freiner le développement des bouquets proposés par des fournisseurs d'accès à Internet («FAI»), en se réservant la distribution exclusive des chaînes les plus attractives. Les opérateurs Internet étaient ainsi cantonnés pour l'essentiel à un rôle de transporteur et de vendeur du bouquet dont GCP conservait la distribution.

L'Autorité a donc conclu que l'intégration par GCP de son principal concurrent dans la distribution de chaînes thématiques avait considérablement renforcé la puissance d'achat de la nouvelle entité, en plaçant les chaînes dans une relation de dépendance vis-à-vis de CanalSat. Cette dépendance est d'autant plus forte du fait de la mise en œuvre de pratiques qui ont significativement dissuadé le développement de la concurrence par les distributeurs tiers, et notamment des FAI, à la suite de l'opération. La concentration a donc durablement consolidé le pouvoir de marché détenu par GCP dans la distribution de chaînes par le biais d'effets horizontaux.

Ces effets étaient d'autant plus significatifs qu'ils se doublaient d'atteintes concurrentielles de nature verticale. En effet, l'Autorité a constaté que le renforcement des activités d'éditeur et de distributeur de GCP à l'issue de l'opération avait entraîné un double effet de verrouillage. Le premier de ces effets consistait en un verrouillage des intrants nécessaires à l'activité des distributeurs tiers. Cette stratégie de verrouillage s'appuyait sur l'étendue des exclusivités de distribution

détenues par GCP qui restreignait l'offre de chaînes attractives disponibles pour ses concurrents. Le second effet consistait en un verrouillage de l'accès à la clientèle pour les éditeurs indépendants de chaînes. En effet, étant donné l'importante base d'abonnés qu'il contrôle, GCP avait la possibilité d'amoindrir la capacité concurrentielle des chaînes en compétition avec les siennes par le biais des conditions de leur distribution (et notamment les conditions de référencement, en pack ou en option au sein de CanalSat, et les conditions de rémunération des chaînes).

Marchés de télévision payante non linéaires

L'Autorité a constaté qu'en conférant à GCP une position de quasi-monopsonie pour l'acquisition de droits de films américains et français pour une diffusion en télévision payante linéaire, la concentration avait mis GCP en mesure de freiner le développement d'offres concurrentes de vidéo à la demande à l'acte et par abonnement en procédant à des acquisitions de droits exclusifs et/ou groupés de films et de séries avec des droits en télévision payante linéaire auprès des studios et producteurs. En d'autres termes, GCP était capable, à l'issue de l'opération, d'exercer un effet de levier à partir de sa position sur les marchés des droits de diffusion payante linéaire pour priver ses concurrents des droits de diffusion non linéaire. L'Autorité a également observé que GCP détenait les droits de diffusion non linéaire d'un très grand nombre de films français de catalogue via sa filiale StudioCanal. Or, pour des raisons réglementaires, ce type de films est essentiel à l'élaboration d'une offre de vidéo à la demande et de vidéo à la demande par abonnement en France. L'Autorité a ainsi conclu que la nouvelle entité était capable de limiter le développement d'offres de services de vidéo non linéaire concurrentes aux siennes, en verrouillant l'accès à une part significative des droits de films de catalogue.

Marchés aval de distribution de services de télévision payante linéaire

L'Autorité a constaté que le nombre d'abonnements aux offres de GCP est resté remarquablement stable depuis l'acquisition de TPS. Dans le même temps, les prix ont augmenté de 25 % pour l'offre « les chaînes Canal+ » et de 9 à 14 % pour les différentes formules de CanalSat entre 2007 et 2011.

L'Autorité a ainsi conclu que l'opération a produit des effets horizontaux significatifs sur le marché aval des services de télévision payante. Elle a par ailleurs observé que ces effets étaient intimement liés aux effets horizontaux et verticaux de l'opération concernant les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes ainsi que la distribution de chaînes thématiques, dans la mesure où les effets de l'opération entravaient le développement de la concurrence à l'aval.

Marchés des départements et régions d'outre-mer (« DROM »)

L'Autorité a constaté que GCP détenait des parts de marché particulièrement élevées dans les DROM. Elle a observé que la dominance de la nouvelle entité dans les départements et régions d'outre-mer était renforcée par le manque de chaînes à la disposition des distributeurs concurrents de GCP, tant premium que thématiques. L'Autorité a en effet relevé que le nombre des chaînes distribuées en exclusivité par CanalSat était plus étendu outre-mer qu'il ne l'était en métropole, ce qui réduisait encore la capacité des concurrents à composer des bouquets attractifs.

Les concentrations verticales

Une concentration verticale peut restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évitant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. Cette stratégie de verrouillage peut concerner les marchés amont lorsque la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux. Ce verrouillage peut également viser les marchés aval, lorsque l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval.

Décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel

À l'occasion du rachat par le Groupe Eurotunnel (ci-après « Eurotunnel ») de trois navires de la société SeaFrance et d'autres éléments d'actifs nécessaires à l'exploitation de ces derniers, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'évaluer la probabilité de la mise en œuvre par Eurotunnel d'une stratégie de verrouillage restreignant l'accès de ses concurrents aux infrastructures du port de Calais.

Le Groupe Eurotunnel est présent sur les marchés du transport transmanche courte distance de passagers et de fret entre l'Europe continentale et le Royaume-Uni, puisqu'il exploite un service de navettes empruntant le tunnel sous la Manche (« le Shuttle »), substituable aux services de transport transmanche courte distance, par navires, de passagers et de fret. Par ailleurs, Eurotunnel est présent dans le secteur de la gestion déléguée d'infrastructures portuaires *via* sa filiale Europorte. Au jour de la notification de l'opération, Eurotunnel avait effectué les démarches nécessaires pour pouvoir éventuellement être retenu comme concessionnaire de la gestion des ports de Calais et de Boulogne, au terme d'un appel d'offres lancé par le conseil régional de la région Nord-Pas-de-Calais.

L'Autorité de la concurrence a constaté que, par l'opération notifiée, relative à l'achat par Eurotunnel de trois navires utilisés pour le transport de passagers et de fret sur la liaison transmanche de courte distance au départ de Calais, Eurotunnel renforçait son intégration verticale.

L'Autorité de la concurrence a pris en considération différents éléments établissant de manière étroitement liée, en premier lieu, la capacité d'Eurotunnel à mettre en œuvre une stratégie de verrouillage, en deuxième lieu, l'existence d'incitations suffisantes à la mise en œuvre de cette stratégie et, en dernier lieu, l'existence d'effets significatifs de cette stratégie sur les marchés en cause. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a en particulier relevé que, bien qu'Eurotunnel n'eût pas encore déposé formellement de dossier de candidature pour la concession de la gestion du port de Calais, l'hypothèse selon laquelle Eurotunnel obtiendrait cette concession, étayée notamment par l'existence de démarches effectuées par Eurotunnel en ce sens, devait être prise en compte dans l'instruction du dossier de notification. Par ailleurs, l'Autorité a constaté que le port de Calais était essentiel pour

l'activité de P & O et DFDS/LD Lines, les deux concurrents de SeaFrance sur les marchés de transport de passagers et de fret sur la liaison transmanche courte distance. Enfin, l'Autorité de la concurrence a considéré que, du fait de l'étendue des missions incombant au concessionnaire gérant les ports de Boulogne-sur-Mer et Calais, et du fait de l'accès dudit concessionnaire à des informations stratégiques concernant les opérateurs de ferries, Eurotunnel pourrait, s'il était retenu comme concessionnaire du port de Calais, influer significativement sur la capacité concurrentielle de ses concurrents en leur imposant des conditions d'accès discriminatoires.

Par conséquent, à l'issue de l'opération, Eurotunnel s'est engagé, dans l'hypothèse où il serait retenu comme concessionnaire du port de Calais, à proposer à l'ensemble des utilisateurs d'infrastructures portuaires des conditions d'accès transparentes et non discriminatoires (voir *infra*, les autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements).

Décision 12-DCC-123 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des activités françaises du groupe LVL Médical par la société Air liquide Santé international

L'opération contrôlée consistait en l'acquisition du contrôle du groupe LVL Médical, présent sur les marchés de la fourniture de prestations de services de santé à domicile, par le groupe Air Liquide, présent également sur ces marchés, mais également, en tant qu'offreur, sur les marchés amont de la fourniture d'oxygène médical et de la fourniture de matériel médical (en particulier de matériel d'oxygénothérapie, de matériel de ventilation assistée et de matériel de traitement du syndrome de l'apnée du sommeil).

Dans sa décision **12-DCC-123**, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'évaluer dans quelle mesure l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux liés à la fourniture d'oxygène, voire à la fourniture de matériel médical.

L'Autorité de la concurrence a écarté tout risque d'effets verticaux liés à la fourniture d'oxygène médical, par une limitation de l'accès des prestataires de services de santé à domicile (ci-après « PSSD ») à l'intrant que constitue l'oxygène médical, ou par une forclusion de l'accès des producteurs d'oxygène médical à la clientèle des PSSD. Elle a en effet tout d'abord constaté qu'Air liquide ne disposerait pas de la capacité de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage par les intrants dans la mesure où il n'était que le deuxième fournisseur sur le marché de la fourniture d'oxygène aux PSSD, et qu'il réalisait l'essentiel de ses ventes d'oxygène médical avec des entreprises du groupe Air liquide. De plus, ses principaux concurrents – dont Linde qui détenait une part de marché supérieure à 50% sur le marché de la fourniture d'oxygène aux PSSD – étaient en mesure d'augmenter substantiellement et rapidement leur production. L'Autorité a ensuite considéré que les parties n'étaient pas non plus en mesure de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage de l'accès des fournisseurs d'oxygène médical à la clientèle des

PSSD, du fait du faible pourcentage représenté par LVL Médical dans le total des approvisionnements des PSSD en oxygène médical.

S'agissant des effets verticaux liés à la fourniture de matériel médical, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'opération n'était pas de nature à restreindre ni l'accès des PSSD au matériel médical respiratoire, ni l'accès des producteurs de ces différents types de matériel à la clientèle des PSSD. L'Autorité a en effet pris en considération la faible part de marché du groupe Air liquide sur les marchés français de fourniture de matériel médical où il est présent (en particulier sur les marchés de la fourniture de matériel de ventilation assistée et de la fourniture de matériel de traitement de l'apnée du sommeil), ainsi que la présence sur ces marchés de nombreux concurrents internationaux de grande taille.

Les concentrations conglomérales

L'Autorité apprécie le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux à l'issue de l'opération. Ces effets sont susceptibles de prendre place lorsque la présence simultanée d'une entreprise sur des marchés présentant des liens de connexité autres que verticaux lui permet de s'appuyer sur la position qu'elle occupe sur l'un de ces marchés pour évincer ou affaiblir la position de ses concurrents sur l'autre marché.

Décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel

Lors du rachat par le Groupe Eurotunnel (ci-après « Eurotunnel ») de trois navires de la société SeaFrance et d'autres éléments d'actifs nécessaires à l'exploitation de ces derniers, exploités par My Ferry Link (ci-après « MFL ») à l'issue de l'opération, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'évaluer, outre les effets verticaux induits par cette opération (voir *supra* la partie relative aux concentrations verticales), dans quelle mesure l'opération serait susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux.

Pour ce faire, l'Autorité de la concurrence s'est attachée à examiner si Eurotunnel serait en mesure, à l'issue de l'opération, de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage en utilisant sa forte position sur le marché du transport de passagers et de fret sur la liaison transmanche courte distance. Cette stratégie de verrouillage pouvait notamment être envisagée si Eurotunnel était en mesure d'utiliser comme levier sa forte position sur les marchés concernés, renforcée par l'opération du fait de l'extension de ses activités de transporteur ferroviaire aux activités de transport maritime. La mise en œuvre de ce levier pouvait prendre la forme d'offres groupant les deux modes de transport (ferry et train), de façon à favoriser le recours aux services de My Ferry Link, plutôt qu'à ceux des transporteurs maritimes concurrents.

L'Autorité de la concurrence a d'emblée écarté l'existence de risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux sur le marché du transport de passagers parce qu'il n'existe pas de demande émanant des passagers individuels

concernant l'achat d'un billet aller-retour combinant transport maritime sur un trajet et transport ferroviaire pour l'autre trajet, et que les tours opérateurs éventuellement intéressés par des achats groupant les deux types de transport ne représentent qu'une proportion marginale du chiffre d'affaires passagers d'Eurotunnel.

En revanche, s'agissant du marché du transport de fret, l'Autorité a constaté qu'il existait une demande émanant de clients intéressés par l'achat groupé de traversées ferroviaires et de traversées maritimes, que les services offerts par la navette ferroviaire étaient considérés par de nombreux clients comme difficilement contournables (temps de trajets plus courts et fréquences plus importantes notamment).

L'Autorité a en outre constaté qu'il existait une incitation pour Eurotunnel à mettre en œuvre une telle stratégie de verrouillage. En effet, les offres groupant transport ferroviaire et transport maritime de fret par Eurotunnel à ses clients, incluant des avantages tarifaires ou non tarifaires, seraient plus rentables qu'une baisse uniforme de ses tarifs, car leur coût serait en partie compensé par l'augmentation des ventes de services par MFL.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a considéré que des offres liant ou groupant les services de la navette ferroviaire et ceux de transport maritime du groupe Eurotunnel étaient susceptibles de porter atteinte de manière significative à la concurrence, dans la mesure où les opérateurs concurrents (P&O et DFDS/LD Lines) ne seraient pas en mesure de répliquer ces offres groupant train et ferry et devraient, pour compenser l'avantage tarifaire résultant de ces offres groupées pour les transporteurs, consentir des baisses de tarifs nettement plus élevées. De plus, des barrières à l'entrée conséquentes ont été identifiées (nécessité pour un opérateur d'offrir un nombre minimal de traversées, niveaux des coûts, capacités globales existant sur la route Calais-Douvres) et le renforcement de la position d'Eurotunnel sur le marché du transport de fret sur la liaison transmanche courte distance a été considérée comme un facteur pouvant entraîner une réduction de la capacité ou de la motivation des concurrents existants ou potentiels.

Décision 12-DCC-20 relative à la prise de contrôle d'Enerest par Électricité de Strasbourg

L'opération contrôlée consistait en l'acquisition par Électricité de Strasbourg (ci-après « ES »), fournisseur historique d'électricité dans la région de Strasbourg, seul habilité à fournir de l'électricité à des tarifs réglementés dans sa zone de desserte, d'Enerest, fournisseur historique de gaz dans la région de Strasbourg, seul habilité à fournir du gaz à des tarifs réglementés dans sa zone de desserte.

Ainsi, l'opération permettait à ES de disposer des monopoles légaux de la fourniture d'électricité et de gaz aux tarifs réglementés tout en disposant de la capacité de distribuer de l'électricité et du gaz en offre de marché dans la zone de chevauchement des activités des parties, c'est-à-dire dans l'agglomération de Strasbourg. L'opération aurait ainsi permis à ES d'être le seul opérateur à pouvoir proposer des offres comportant à la fois de l'électricité et du gaz (« offres duales »), combinant des tarifs réglementés pour les deux types d'énergie, ou un tarif réglementé pour

Pratique de l'Autorité de la concurrence

l'une des énergies et un prix libre, aux conditions de marché, pour l'autre énergie. L'Autorité de la concurrence a examiné dans quelle mesure cet avantage créait un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux.

L'Autorité de la concurrence a considéré que cet avantage fournissait à ES la capacité d'évincer ses concurrents, et l'incitait à le faire. En effet, les offres duales étaient susceptibles d'intéresser une frange importante des clients des marchés concernés par l'opération (plus d'un tiers d'entre eux consomment du gaz et de l'électricité). Elles constituent un levier de développement très significatif pour les fournisseurs de gaz et d'électricité sur le segment des clients résidentiels et des petits professionnels. Par ailleurs, l'Autorité a relevé qu'ES serait en mesure, à l'issue de l'opération, de commercialiser des offres duales non répliques par ses concurrents (offres duales incluant la fourniture de gaz et d'électricité au tarif réglementé pour au moins l'une des deux énergies). Or, cet avantage, combiné à la faible mobilité des consommateurs, à la force de l'image de marque des opérateurs historiques, à l'attachement des clients aux tarifs réglementés et à la valeur accordée aux offres duales a été considéré comme permettant à ES de réduire l'incitation de ses clients à changer de fournisseur. En outre, l'Autorité a relevé que la capacité et les incitations d'ES à mettre en œuvre une telle stratégie d'éviction seraient accrues du fait qu'à l'issue de l'opération, ES aurait eu accès à des informations détaillées sur les niveaux et les modes de consommation de la quasi-totalité des clients de la zone de chevauchement des dessertes historiques d'ES et Enerest.

S'agissant des effets sur la concurrence de cette stratégie d'éviction, l'Autorité de la concurrence a rappelé que le fait de lier dans une offre unique la fourniture d'une énergie au tarif réglementé à la fourniture d'une autre énergie, au tarif de marché ou à un tarif réglementé, constituait une barrière à l'entrée sur le marché. Celle-ci a été jugée d'autant plus significative que la fourniture d'offres duales constitue le principal levier d'entrée sur les marchés de l'électricité pour des fournisseurs de gaz.

Au vu des risques d'atteinte à la concurrence par le biais des effets congloméraux précités, l'opération n'a pu être autorisée que sous réserve d'engagements pris par les parties, consistant pour ES à ne pas proposer d'offre duale portant sur la fourniture de deux énergies, dont l'une au moins au tarif réglementé, et à constituer une base de données qui sera accessible aux fournisseurs alternatifs d'électricité et de gaz, contenant les informations qui permettent l'élaboration d'offres commerciales adaptées aux besoins spécifiques des clients.

Décision 12-DCC-101 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédiaire par Vivendi et Groupe Canal Plus

Dans le cadre du contrôle de l'opération relative à l'acquisition par Groupe Canal Plus (ci-après «GCP»), principal acteur de la télévision payante en France, des chaînes Direct 8 et Direct Star, chaînes gratuites, l'Autorité de la concurrence a considéré que des effets congloméraux étaient susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Elle a en effet constaté qu'à l'issue de l'opération, GCP, principal acheteur de droits cinématographiques en première et en deuxième fenêtre de

diffusion en télévision payante sur le territoire français, aurait la capacité, et serait incité à mettre en œuvre une stratégie de verrouillage avec effet de levier à l'encontre des concurrents de Direct 8 et de Direct Star, cette stratégie étant susceptible de porter atteinte de manière significative à la concurrence sur le marché des achats de droits de films et de séries en vue d'une diffusion sur des chaînes gratuites.

La capacité de GCP à mettre en œuvre un effet de levier sur les marchés d'achat de droits de diffusion de films et de séries américaines, d'une part, et de films français, d'autre part

S'agissant tout d'abord des productions américaines, les droits les plus attractifs pour la télévision gratuite sont les films et les séries. Une large majorité de ces droits est commercialisée par un nombre restreint de studios (dits « majors ») par l'intermédiaire d'accords-cadres et pluriannuels (ou « *output deals* ») qui garantissent à l'acheteur le premier choix, voire l'exclusivité de la production d'un studio. Compte tenu du fait que GCP constitue, de loin, le principal acheteur de droits de diffusion de films et de séries américaines en première et deuxième fenêtre de diffusion sur la télévision payante, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il disposait de la capacité, notamment par le biais de contrats-cadres qui pourraient prévoir des ventes couplées (télévision payante et télévision en clair), de préempter les droits de diffusion les plus attractifs pour une diffusion en clair sur Direct 8 et Direct Star. GCP disposerait donc de la capacité d'utiliser sa position sur le marché de l'acquisition de droits pour la télévision payante pour l'utiliser comme levier sur les marchés de l'acquisition de droits de diffusion de films et de séries américains sur la télévision gratuite.

L'Autorité de la concurrence a considéré qu'un effet de levier pouvait également être mis en œuvre entre les marchés de préachat de droits de diffusion de films français pour la télévision payante, d'une part, et les marchés de préachat de droits de diffusion pour la télévision gratuite, d'autre part. En effet GCP, tenu à des obligations légales d'investissement, constitue quasiment le seul acheteur de droits de diffusion de films français pour les deux premières fenêtres de diffusion sur la télévision payante et fait face à de nombreux producteurs très atomisés, dont il couvre une grande part des besoins de financement. GCP se trouve donc en mesure d'imposer auxdits producteurs l'achat groupé des fenêtres de diffusion payante et gratuite de films français.

Les incitations à mettre en œuvre de tels effets de levier

L'Autorité de la concurrence a relevé que, d'après les déclarations mêmes des dirigeants de GCP, et du fait de l'absence d'alternative crédible à GCP pour la diffusion de contenu en télévision payante, la mise en œuvre de tels effets de levier constituait l'objet même de l'opération. GCP a confirmé qu'elle souhaitait, par la signature de gros contrats-cadres relatifs aux films et séries américains, et par des achats couplés ou liés conclus avec des producteurs de films français, exploiter les mêmes contenus, tant sur des fenêtres de diffusion payante que sur des fenêtres de diffusion en clair.

L'impact concurrentiel de tels effets de levier

L'équilibre financier des chaînes gratuites dépend de leur capacité à générer de l'audience au moyen de contenus attractifs. Pour assurer leur financement, les chaînes gratuites doivent en effet réaliser de l'audience, donc attirer le plus de spectateurs possible, ce qui conditionne leur capacité à commercialiser des espaces publicitaires. Le prix des spots publicitaires est d'autant plus élevé que les programmes au cours desquels ils sont diffusés génèrent de l'audience, et il est même croissant à la marge en fonction de l'audience desdits programmes.

Or les programmes qui étaient susceptibles de faire l'objet d'un effet de levier de la part de GCP à l'issue de l'opération (films et séries américains, et films français) constituent des programmes incontournables pour les chaînes en clair généralistes, qui réalisent leurs meilleures audiences et assurent leur rentabilité en diffusant ces derniers. De plus les films ou les séries réellement attractifs sont rares.

Au vu de ces éléments, l'Autorité de la concurrence a considéré que la préemption par GCP de la diffusion pour la télévision gratuite de films et séries américains, ou de films français, restreindrait de manière significative la capacité des autres chaînes gratuites à animer la concurrence, sans que les gains d'efficacité attendus de l'opération permettent d'en compenser les effets.

Afin de remédier à ces effets congloméraux, les parties se sont engagées à ne signer d'*« output deals »* cumulant l'achat de droits gratuits et payants de diffusion télévisuelle qu'avec un seul studio américain sur les six majors auxquels GCP achète aujourd'hui des droits. Pour les films français inédits, les parties se sont engagées à ne pas acquérir au cours d'une même année calendaire les droits de diffusion relatifs à une diffusion sur la télévision payante et gratuite d'un même film pour plus de vingt œuvres cinématographiques et à consacrer la majorité de leurs investissements aux films de moyen budget, sans pouvoir préempter les droits d'un nombre important de films à gros budget.

L'exception de l'entreprise défaillante

La jurisprudence prévoit que, dans certains cas exceptionnels de reprise par une entreprise de l'un de ses concurrents, appelé à disparaître en raison de difficultés financières, l'Autorité de la concurrence peut autoriser l'opération malgré l'atteinte à la concurrence qu'elle engendre (*« exception d'entreprise défaillante »*). Plus précisément, trois conditions cumulatives doivent être remplies pour pouvoir justifier du recours à cette exception²¹⁵ : en premier lieu, les difficultés entraîneraient la disparition de la société en l'absence de reprise ; en deuxième lieu, il n'existe pas d'offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise ; et en troisième lieu, la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

²¹⁵. Voir CE, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic & autres.

Dans la décision **12-DCC-154** du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel, l'opération s'inscrivait dans un contexte particulier : SeaFrance avait cessé toute activité en novembre 2011 et l'acquéreur ne s'engageait à reprendre qu'une partie seulement des actifs antérieurement exploités par SeaFrance. Une dérogation à l'effet suspensif avait été accordée à Eurotunnel pour la réalisation de l'opération, et le jugement du 11 juin 2012 du tribunal de commerce de Paris avait désigné Eurotunnel comme le repreneur des actifs SeaFrance. Cependant, l'Autorité a estimé que la deuxième condition n'était pas remplie, dans la mesure où une offre de reprise alternative portant sur une partie substantielle de l'entreprise avait été présentée par la société DFDS au tribunal de commerce chargé de statuer sur la liquidation judiciaire avec poursuite d'activités de SeaFrance.

Les mesures correctives

Lorsqu'une opération de concentration est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne peuvent être compensés par un apport suffisant au progrès économique et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'Autorité ne peut autoriser l'opération que si elle est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées²¹⁶.

Ces mesures peuvent soit être proposées par les parties en application de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase I ou de l'article L. 430-7, II dudit Code en phase II, soit être imposées par l'Autorité en application de l'article L. 430-7, III du Code précité.

Les mesures proposées par les parties doivent permettre, une fois mises en œuvre, de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. À ce titre, l'Autorité vérifie, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes concurrentiels identifiés, et que leur mise en œuvre sera rapide et certaine. Elle s'assure également qu'il sera possible de contrôler le respect de ces mesures.

En 2012, l'Autorité a autorisé dix opérations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties²¹⁷ et une opération sous réserve du respect d'injonctions imposées par l'Autorité²¹⁸. Les mesures correctives prévues sont

²¹⁶. Voir § 521 et suivants des lignes directrices.

²¹⁷. Décision 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Électricité de Strasbourg ; décision 12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P ; décision 12-DCC-42 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nourricia ; décision 12-DCC-48 du 6 avril 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sofides par la société ITM Entreprises ; décision 12-DCC-59 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolam, Somacom et René Lancry (actif du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait) ; décision 12-DCC-57 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Tilguit, Ludivan et Vanlube par la société ITM Alimentaire Nord ; décision 12-DCC-58 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Financière RSV par la société ITM Alimentaire Nord ; décision 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus ; décision 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations ; décision 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

²¹⁸. Décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

pour la plupart destinées à agir sur la structure des marchés concernés. Des engagements ou injonctions visant à contraindre le comportement futur des entreprises concernées complètent ces engagements structurels, ou sont prévus à titre principal lorsque aucune mesure structurelle ne s'avère proportionnée aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés.

Les autorisations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements

Électricité de Strasbourg/Enerest

Dans la décision **12-DCC-20** relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Électricité de Strasbourg, l'Autorité a constaté qu'à l'issue de l'opération Électricité de Strasbourg détiendrait simultanément les monopoles légaux de la fourniture de l'électricité et du gaz aux tarifs réglementés dans ses zones de desserte lui permettant de proposer des offres comportant à la fois de l'électricité et du gaz (« offres duales »), combinant deux tarifs réglementés (pour les deux énergies) ou un tarif réglementé pour l'une des énergies et un prix libre, aux conditions du marché, pour l'autre. L'Autorité a estimé que l'opération soulevait un risque d'entrave à la concurrence dans la mesure où, d'une part, de telles offres ne sont pas répliables par les fournisseurs alternatifs (qui par définition ne sont pas en mesure de proposer d'offre au tarif réglementé) et, d'autre part, certaines de ces offres, notamment les offres duales aux conditions du marché libre, constituent un axe de développement stratégique pour les fournisseurs alternatifs. De plus, l'opération aurait permis à Électricité de Strasbourg d'exploiter les informations sur la consommation de ses clients, dont elle dispose en tant que fournisseur historique, pour leur proposer des offres adaptées que ses concurrents n'auraient pu répliquer qu'en engageant des coûts supplémentaires significatifs d'approche commerciale. Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, Électricité de Strasbourg s'est engagé à ne pas mettre en œuvre d'offres portant sur deux énergies (électricité et gaz) et comportant au moins une composante au tarif réglementé. Électricité de Strasbourg s'est également engagé à constituer une base de données, qui sera accessible aux fournisseurs alternatifs d'électricité et de gaz, contenant les informations permettant l'élaboration d'offres commerciales adaptées aux besoins spécifiques des clients.

Point P/Brossette

Dans la décision **12-DCC-41** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P, l'Autorité a estimé que l'opération risquait de renforcer significativement la présence du groupe Point P sur les marchés du négoce spécialisé en produits de sanitaire, chauffage et climatisation sur plusieurs zones de chalandise situées dans les régions Bretagne, Pays de la Loire, Aquitaine, Centre, Basse-Normandie et dans l'ouest de la région parisienne. En effet, sur ces zones, la nouvelle entité aurait détenu de fortes parts de marché, sans que les concurrents présents soient en mesure d'y exercer une pression concurrentielle suffisante.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, le groupe Point P s'est engagé à céder 22 points de vente situés dans les villes de Prix-lès-Mézières (Ardennes), Touques (Calvados), Saint-Amand-Montrond (Cher), Vierzon (Cher), Taden (Côtes-d'Armor), Carsac (Dordogne), Vernon (Eure), Saint-Gaudens (Haute-Garonne), Gaillan-en-Médoc (Gironde), Libourne (Gironde), Saint-Malo (Ille-et-Vilaine), Mont-de-Marsan (Landes), Romorantin-Lanthenay (Loir-et-Cher), Sainte-Marie (Loire-Atlantique), Saumur (Maine-et-Loire), Flers (Orne), Houilles (Yvelines), Coignières (Yvelines), Versailles (Yvelines), Saint-Germain-en-Laye (Yvelines), Les Sables-d'Olonne (Vendée) et Poitiers (Vienne).

Champagne Céréales/Nouricia

Dans la décision **12-DCC-42** relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia, l'Autorité a estimé que l'opération conduisait à renforcer significativement la position de Champagne Céréales sur les marchés de la distribution de produits d'agrofourniture pour cultures sur la moitié nord du département de la Haute-Marne, le seul concurrent subsistant sur cette zone, le groupe coopératif EMC2, étant par ailleurs en relation, sur ces mêmes marchés, avec Champagne Céréales au sein d'une union de coopératives, Séveal Union.

Les parties ayant fait valoir que EMC2 avait manifesté le projet de quitter Séveal Union, elles se sont engagées à ne pas s'opposer à ce départ.

ITM Entreprises/Sofides

Dans la décision **12-DCC-48** relative à la prise de contrôle exclusif par la société ITM Entreprises de la société Sofides, exploitant vingt points de vente à dominante alimentaire sous enseigne Carrefour, Carrefour Market, Champion ou ED dans le sud-ouest de la France, l'Autorité a constaté que, dans les zones de chalandise de Céret (66), Mauléon (64), Vic-Fezensac (32), Creysse (24) et Fleurance (32), l'opération conférait au groupe Intermarché des parts de marché très importantes et réduisait trop fortement le nombre d'enseignes présentes, engendrant un risque d'augmentation des prix des produits de grande consommation, risque renforcé par l'existence d'obstacles importants à l'ouverture de nouvelles surfaces de vente.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, le groupe Intermarché s'est engagé à céder cinq points de vente, dont deux hypermarchés aux enseignes Carrefour Market à Fleurance et Intermarché à Bergerac et trois supermarchés aux enseignes Carrefour Market à Mauléon et Céret et Champion à Vic-Fezensac.

Socohold (Groupe Parfait)/Actifs du Groupe Lancry

Dans la décision **12-DCC-59** relative à la prise de contrôle exclusif par la société Socohold (Groupe Parfait) des sociétés Socolam, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry), détenant notamment deux hypermarchés, exploités sous enseigne Leclerc, au Lamentin (Martinique), l'Autorité a estimé que l'opération risquait de renforcer de façon significative la position du groupe Parfait sur le

segment de marché des hypermarchés sur la zone de chalandise incluant Fort-de-France, Le Lamentin, Schoelcher, Ducos et Le Robert. Le groupe Parfait aurait détenu en effet de fortes parts de marché avec quatre hypermarchés sur neuf, les deux concurrents restants détenant respectivement trois et deux hypermarchés. L'Autorité a considéré que cette situation risquait d'engendrer une diminution de la diversité de l'offre et une baisse de la pression concurrentielle sur les prix.

Afin de remédier aux problèmes de concurrence soulevés, le groupe Parfait s'est engagé à réduire le format d'un des hypermarchés pour en modifier le positionnement concurrentiel et l'adapter à une demande de proximité.

ITM Alimentaire Nord/Tilguit, Ludivan, Vanlube et Financière RSV

Dans les décisions **12-DCC-57** et **12-DCC-58** relatives à l'acquisition par le groupe Intermarché de plusieurs sociétés indépendantes exploitant des hypermarchés sous enseigne Intermarché à Beauvais et dans les environs, l'Autorité a constaté que l'enseigne Intermarché détenait des parts de marché élevées sur la zone de Beauvais et n'était confrontée à la concurrence que de deux autres enseignes s'agissant du point de vente de Goincourt, et de trois enseignes s'agissant des points de vente de Beauvais nord et Beauvais sud. L'Autorité a estimé qu'en dépit de l'absence de changement d'enseigne les hypermarchés concernés étant déjà liés au groupe Intermarché par un contrat d'enseigne, l'opération faisait disparaître toute perspective de mobilité inter-réseau de ces magasins indépendants et figeait une situation concurrentielle peu satisfaisante.

Afin de remédier aux problèmes de concurrence soulevés, le groupe Intermarché s'est engagé à céder à une enseigne concurrente l'hypermarché de Beauvais nord ou, à défaut, celui de Beauvais sud.

Groupe Canal Plus/Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia

Dans la décision **12-DCC-101** relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus (« GCP »), l'Autorité a estimé, après un examen approfondi en application de l'article L. 430-6 du Code de commerce, que l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence, notamment en matière d'acquisitions de droits.

L'Autorité a identifié un risque de préemption des droits de diffusion en clair des films et séries inédits américains et français les plus attractifs. L'Autorité a constaté que GCP était le principal acheteur de droits cinématographiques pour une diffusion en 1^{re} et 2^e fenêtre de télévision payante sur le territoire français et qu'il pourrait s'appuyer sur cette position afin de préempter les droits de diffusion les plus attractifs pour une diffusion sur Direct 8 ou Direct Star, entraînant une dégradation de l'offre globale au détriment, *in fine*, du téléspectateur.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, les parties se sont engagées, s'agissant des productions américaines, à ne pas conclure simultanément

un contrat-cadre portant sur les droits payants et un contrat-cadre portant sur les droits gratuits avec plus d'un seul studio américain sur les six majors (Universal, Paramount, Warner, Sony, Fox, Disney), auxquels GCP achète aujourd'hui des droits. S'agissant des films français inédits, elles se sont de même engagées à limiter leurs achats de droits de diffusion payante et en clair d'un même film à hauteur de vingt œuvres cinématographiques et à consacrer la majorité de leurs investissements aux films de moyen budget (films « du milieu »), sans pouvoir préempter les droits d'un nombre important de films à gros budget (au maximum deux films d'un devis de plus de 15 millions d'euros, trois d'un devis compris entre 10 et 15 millions d'euros et cinq films d'un devis compris entre 7 et 10 millions d'euros).

Les parties se sont également engagées à négocier par le biais d'équipes spécifiques les droits de diffusion en clair des films français et américains et des séries américaines récents, de manière séparée et autonome des activités de télévision payante de GCP. Ces équipes relèveront d'une société distincte pour l'acquisition de droits de diffusion pour la télévision gratuite. GCP ne pratiquera aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les acquisitions de droits de diffusion en clair et les acquisitions de droits de diffusion en télévision payante.

L'Autorité a également identifié un risque de verrouillage de l'accès des chaînes gratuites, particulièrement des nouvelles chaînes de la TNT, aux films de catalogue français de Studio Canal. L'Autorité a constaté que GCP, par l'intermédiaire de sa filiale StudioCanal, détenait le premier portefeuille de droits et qu'il avait donc la capacité de priver les chaînes gratuites de l'accès à une part importante des droits qui sont essentiels pour elles. L'Autorité a estimé que l'opération pourrait inciter GCP à mettre en place une stratégie de verrouillage afin de protéger ses propres chaînes gratuites de la concurrence.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, les parties se sont engagées à limiter les acquisitions réalisées par Direct 8 et Direct Star auprès de StudioCanal au niveau constaté avant l'opération, à limiter à six mois la durée des cessions de droits, ainsi qu'à ne pas accorder à ces chaînes des conditions préférentielles par rapport aux chaînes gratuites concurrentes.

Enfin, l'Autorité a identifié un risque de préemption des droits de diffusion des manifestations sportives d'importance majeure au bénéfice de Direct 8 et Direct Star dans la mesure où ceux-ci sont acquis avec les droits de diffusion pour la télévision payante et revendus aux télévisions gratuites. L'Autorité a constaté que GCP pouvait acquérir, ou détenait déjà, des droits de diffusion de compétitions sportives d'importance majeure, qu'il devait, en vertu des textes, céder à des chaînes gratuites afin de leur permettre de les diffuser à l'ensemble du public. L'Autorité a estimé que l'opération permettait à GCP de réserver à ses propres chaînes en clair la diffusion des droits d'importance majeure qu'il détient.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, les parties se sont engagées à céder, pour une diffusion en clair, les droits de diffusion d'événements sportifs majeurs qu'elles auraient acquis.

L'ensemble de ces engagements est pris par les parties pour une durée de cinq ans.

SNCF Participations/Keolis

Dans la décision **12-DCC-129**, l'Autorité a analysé les conséquences découlant du passage d'un contrôle conjoint de la société SNCF Participations sur Keolis à un contrôle exclusif. L'Autorité a considéré que les engagements pris dans la décision 10-DCC-02 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec en 2010 restaient d'actualité à l'occasion de la prise de contrôle exclusif de Keolis par la SNCF en 2012²¹⁹. En effet, l'Autorité a estimé que les différents marchés concernés n'ont pas connu de changements structurels majeurs et que les positions des parties et de leurs principaux concurrents n'ont pas sensiblement évolué.

La SNCF a donc réitéré les engagements souscrits en 2010 et s'est engagée à poursuivre leur mise en œuvre dans toutes leurs dispositions et aux mêmes conditions.

Eurotunnel/SeaFrance

Dans la décision **12-DCC-154**, l'Autorité a analysé les conséquences de l'acquisition par la société Groupe Eurotunnel d'actifs de la société SeaFrance. Ces actifs, constitués notamment de trois navires (le *Nord-Pas-de-Calais*, le *Berlioz* et le *Rodin*), ont permis à Eurotunnel de lancer une activité de transport transmanche par ferry, sur la ligne Calais-Douvres, sous le nom de My Ferry Link («MFL»).

L'Autorité a constaté que, pour le transport de fret au départ de Calais et Dunkerque et à destination de Douvres, le Shuttle d'Eurotunnel était, avant l'opération, en concurrence avec les liaisons par ferry assurées par P&O, SeaFrance et DFDS/LD Lines. À la suite de l'opération, il ne resterait que trois opérateurs dont Eurotunnel qui serait le leader. L'Autorité a estimé qu'Eurotunnel serait en mesure d'utiliser sa forte position sur le marché, tout en s'appuyant sur les bateaux acquis, afin de proposer des offres groupant les deux modes de transport (ferry et train), de façon à favoriser le recours aux services de MFL plutôt qu'à ceux d'un autre transporteur maritime. Eurotunnel étant le seul à pouvoir proposer ce type d'offres (ferry et train), l'Autorité a considéré que cet avantage pourrait décourager ses concurrents existants ou potentiels et aboutir, *in fine*, à une réduction de fréquences (impliquant une réduction du choix offert aux clients), voire à la fermeture de certaines routes (en particulier celles récemment ouvertes).

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, Eurotunnel s'est engagé, pour une durée de cinq ans, à ne pas accorder, sur ses tarifs de transport ferroviaire transmanche de fret, de remise subordonnée à la condition que le client ait aussi recours à l'offre de transport maritime. Il ne devra notamment pas tenir compte, dans le cadre de la négociation tarifaire ferroviaire annuelle, des volumes de fret transportés par MFL. Eurotunnel s'est également engagé, de

²¹⁹. Voir décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

manière plus générale, à ne pas traiter de façon discriminatoire, de quelque façon que ce soit, les clients qui n'utiliseraient pas MFL pour leur transport maritime transmanche de fret. Pour assurer l'effectivité de ces engagements, les prix proposés aux clients fret devront être négociés par des équipes commerciales différentes, selon les deux modes de transport, et feront l'objet de contrats distincts.

Par ailleurs, dans la mesure où Eurotunnel n'a pas contesté avoir l'intention de poser sa candidature pour reprendre la gestion du port de Calais, l'opération pouvait conduire à ce qu'il favorise ses activités de ferry aux dépens de celles de ses concurrents au travers de la gestion de l'infrastructure portuaire. Eurotunnel s'est donc engagé, dans l'hypothèse où il serait retenu comme concessionnaire du port de Calais au terme de l'appel d'offres à venir, à proposer à l'ensemble des utilisateurs d'infrastructures portuaires de Calais, en particulier aux opérateurs de ferries, des conditions d'accès transparentes et non discriminatoires. Eurotunnel s'est également engagé à ce qu'un service dédié, indépendant des services d'Eurotunnel chargés de la commercialisation de transport maritime et ferroviaire, se voit confier les activités de gestion des services portuaires de Calais et que ce service dédié ne communique pas les informations relatives aux usagers de l'infrastructure portuaire aux services d'Eurotunnel chargés de la commercialisation des activités de transport maritime et ferroviaire.

Les autorisations soumises à des mesures correctives imposées par l'Autorité de la concurrence

Vivendi Universal et Canal Plus/TPS et CanalSatellite

Dans la décision **12-DCC-100** relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, l'Autorité a analysé les effets de l'opération renouvelée par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (« les Parties ») suite au retrait de l'autorisation de l'opération par l'Autorité, intervenu le 20 septembre 2011²²⁰. L'Autorité a estimé, après un examen approfondi en application de l'article L. 430-6 du Code de commerce, qu'à la suite de l'opération de 2006 – dont les effets n'ont pu être prévenus en raison de l'inexécution de certains des engagements auxquels était subordonnée la décision autorisant l'opération – la concurrence a été significativement affaiblie sur plusieurs marchés de la télévision payante : acquisition des droits cinéma, édition de chaînes, commercialisation de chaînes thématiques et distribution de services. En particulier, la dégradation de la qualité des chaînes dégroupées, le non-respect des engagements relatifs aux conditions de reprise des chaînes indépendantes et la conclusion avec ces chaînes indépendantes d'exclusivités de distribution au profit de CanalSat ont eu pour effet conjugué d'empêcher l'émergence d'une concurrence sur les marchés aval. GCP représente toujours, plus de cinq ans après la concentration, [90-100%]

²²⁰. Voir la décision de l'Autorité de la concurrence 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

de la valeur du marché, ce qui traduit l'instauration, du fait de l'opération, d'un monopole durable au bénéfice de GCP.

Afin de rétablir une concurrence suffisante sur les différents marchés de la télévision payante en France, et compte tenu de l'insuffisance des engagements proposés par GCP, l'Autorité a décidé de procéder par voie d'injonctions, conformément aux dispositions de l'article L. 430-7, III du Code de commerce.

Les objectifs poursuivis par l'Autorité par ces injonctions étaient de trois ordres : favoriser la diversité des acteurs du secteur de la télévision payante, afin que puisse émerger une offre certes moins riche que celle de GCP, mais également moins onéreuse, et, par conséquent, plus accessible pour les consommateurs ; préserver l'avenir concurrentiel des nouveaux espaces en évitant la préemption par GCP des nouvelles formes de consommation des contenus que représentent la vidéo à la demande à l'acte ou par abonnement ; et ne pas remettre en cause le système du financement du cinéma français, qui s'est structuré autour d'un acteur verticalement intégré (éditeur/distributeur) et d'une chaîne premium qui est le principal contributeur au financement de la création française.

Les injonctions concernaient donc les droits cinématographiques, la distribution des chaînes thématiques et la vidéo à la demande (« VàD »).

Concernant les droits cinématographiques : les comportements d'achat de GCP en matière de droits cinématographiques seront encadrés, notamment par la limitation des contrats-cadres à trois ans, la signature de contrats différents pour chaque type de droits (1^{re} fenêtre, 2^e fenêtre, séries, etc.) et l'interdiction de signer des contrats-cadres pour les films français. De plus, afin de permettre au bouquet Orange Cinéma Séries d'exercer une réelle pression concurrentielle, indépendamment de GCP, ce dernier devra céder sa participation dans Orange Cinéma Séries. À défaut, GCP devra adopter des mesures dont l'objectif est de limiter son influence sur Orange Cinéma Séries.

Concernant la distribution des chaînes thématiques : GCP devra garantir des règles du jeu claires pour l'accès des chaînes indépendantes à une distribution sur CanalSat (reprise d'une proportion minimale de chaînes indépendantes, reprise de toute chaîne détenant des droits premium et élaboration d'offres de référence). GCP devra également permettre aux distributeurs alternatifs, notamment les fournisseurs d'accès à Internet (« FAI »), de concurrencer de manière effective les exclusivités de distribution sur CanalSat. Enfin, GCP devra mettre à disposition (dégroupage) des distributeurs tiers toutes les chaînes cinéma qu'il édite pour son bouquet CanalSat (chaînes Ciné +).

Concernant la vidéo à la demande et vidéo à la demande par abonnement (« VâDA ») : GCP devra signer des contrats distincts pour les achats de droits VâD et VâDA, sur une base non exclusive, sans les coupler avec les achats de droits pour une diffusion linéaire en télévision payante. GCP devra également céder des droits VâD et VâDA de Studios Canal à tout opérateur intéressé. Enfin, GCP ne pourra imposer d'exclusivité de distribution au profit de l'offre VâD ou VâDA de GCP sur les plates-formes des FAI.

Ces injonctions sont imposées pour une période de cinq ans. Au terme de cette période, l'Autorité mènera une nouvelle analyse concurrentielle afin d'examiner la pertinence d'un maintien de ces injonctions. En cas d'évolution significative des conditions de marché, les parties disposent de la possibilité de demander une adaptation de ces mesures.

Activité consultative

L'Autorité de la concurrence dispose, depuis sa création et comme le Conseil de la concurrence avant elle, d'une large faculté d'intervention et de prise de position à titre consultatif. Cette compétence consultative est susceptible, selon le Code de commerce, de s'étendre à « *toute question concernant la concurrence* ».

D'un point de vue matériel, l'Autorité peut ainsi rendre des avis :

- sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, en application, notamment, des articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce ;
- sur des questions générales de concurrence, en application des articles L. 462-1 et L. 462-4 du Code de commerce ;
- sur le fonctionnement concurrentiel de certains secteurs régulés, notamment ceux des communications électroniques, des postes et de l'énergie, à la demande des autorités de régulation sectorielle et en application des dispositions propres aux secteurs concernés ;
- sur des affaires individuelles de pratiques anticoncurrentielles à la demande des juridictions, en application de l'article L. 462-3 du Code de commerce.

En laissant de côté cette dernière hypothèse, les modes de saisine de l'Autorité sont de trois ordres. Elle peut en premier lieu être saisie dans l'intérêt général par le gouvernement et par les commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence. Elle peut en deuxième lieu l'être par des collectivités territoriales, des organisations professionnelles ou syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou encore des chambres de commerce et d'industrie en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

En troisième et dernier lieu, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a conféré à l'Autorité le pouvoir de rendre des avis de sa propre initiative (article L. 462-4 du Code de commerce). L'institution peut, en vertu de cette disposition, se saisir de toute question de concurrence lui paraissant mériter un examen de sa part. L'avis qu'elle rend à ce titre est public. Il peut être accompagné de recommandations adressées au ministre chargé de l'Économie ou au ministre chargé du secteur concerné et visant à l'adoption de mesures nécessaires, du point de vue de l'Autorité, à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ou à la résolution des interrogations soulevées par son analyse concurrentielle. L'avis peut aussi, en tant que de besoin, contenir diverses préconisations faites aux acteurs économiques.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La portée de la compétence consultative reconnue à l'Autorité par le législateur a été précisée, au cours de l'année écoulée, par le Conseil d'État, saisi de recours pour excès de pouvoir présentés contre l'avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, d'une part, et l'avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire à Paris, d'autre part.

Dans deux arrêts de principe rendus le 11 octobre 2012 (n° 357193, Société Casino Guichard Perrachon, et n°s 346378 et 346444, Société ITM Entreprises et Association des centres distributeurs Édouard Leclerc et autres), le Conseil d'État a relevé qu'il est loisible à l'Autorité, lorsqu'elle exerce la faculté d'émettre un avis que lui reconnaît le Code de commerce, de «*faire toute préconisation relative à la question de concurrence qui est l'objet de son analyse, qu'elle s'adresse au législateur, aux ministres intéressés ou aux opérateurs économiques*». Il a également jugé «*que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief*», mais qu'«*il en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance*».

Dans l'une et l'autre des deux affaires qui lui étaient soumises, le Conseil d'État a constaté que les avis décrivaient le secteur économique visé et les opérateurs présents sur celui-ci, avant de proposer un cadre d'examen de la situation concurrentielle de ces secteurs et d'en analyser le fonctionnement, en s'attachant à étudier tant la structure du marché que la position et le comportement des acteurs. Le Conseil d'État a cependant relevé qu'une telle analyse «*ne comport[ait] pas, en elle-même, d'appréciations susceptibles d'emporter des effets de droit*». Il a également constaté que le diagnostic concurrentiel effectué par l'Autorité dans ces deux avis débouchait sur des recommandations susceptibles, pour les unes, d'être mises en œuvre par les acteurs intéressés s'ils le souhaitaient et s'adressant, pour d'autres, au législateur ou à la personne ayant saisi l'Autorité. En d'autres termes, les avis ne débouchaient pas sur des dispositions générales impératives ou sur des prescriptions visant individuellement telle ou telle personne. Le Conseil d'État a donc conclu que ces avis ne pouvaient pas être considérés comme des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, autrement dit qu'ils ne constituaient pas des actes faisant grief.

Le Conseil d'État a pris le soin de rappeler que, dans l'hypothèse où l'analyse figurant dans un avis était ultérieurement reprise par l'Autorité ou par une autre autorité dans le cadre d'une procédure aboutissant à une décision faisant grief, elle pourrait à cette occasion faire l'objet d'un débat contentieux. S'agissant de l'Autorité de la concurrence, il faut en effet rappeler que les décisions prises au titre du contrôle des concentrations aussi bien que du contrôle des pratiques anticoncurrentielles sont prises au terme d'une procédure garantissant le respect des droits des parties et prévoyant, notamment, la tenue d'un débat contradictoire plein et entier. De plus, elles peuvent, une fois rendues, être soumises au juge (judiciaire ou administratif selon les cas) par les parties auxquelles elles font grief.

Les développements qui suivent présenteront quelques-uns des principaux avis rendus par l'Autorité de la concurrence, de sa propre initiative ou à la demande d'acteurs habilités à la saisir, au cours de l'année écoulée. Ils seront évoqués en fonction des différents secteurs concernés.

Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de la distribution alimentaire à Paris (12-A-01 du 11 janvier 2012)

Le 8 février 2011, la Ville de Paris a demandé, sur le fondement du second alinéa de l'article L. 462-1 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité sur la situation concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire à Paris. Elle a notamment exprimé, dans sa demande, la crainte que « *la forte concentration autour de trois groupes risqu[e] de peser sur la diversité de l'offre proposée aux consommateurs et de pousser les prix à la hausse* ».

Cette demande a conduit l'Autorité à effectuer un examen approfondi du fonctionnement concurrentiel de ce secteur. Le degré de concentration mis en évidence par cet examen l'a également amenée à formuler certaines recommandations.

Le degré élevé de concentration du marché de la distribution à dominante alimentaire à Paris

Pour pouvoir rendre un avis utile à la Ville de Paris, l'Autorité a effectué un examen approfondi du marché de la distribution à dominante alimentaire à Paris, en examinant ses caractéristiques ainsi que la position des différents acteurs qui y opèrent.

À cette fin, elle s'est d'abord penchée sur les spécificités de la demande et de l'offre de ce secteur. Du côté de la demande, elle a constaté l'existence d'un niveau de revenu élevé des consommateurs parisiens ainsi que la taille relativement réduite des ménages par rapport à la moyenne nationale. Le comportement des consommateurs parisiens est aussi déterminé par la faible superficie des logements et par le fait qu'ils ne disposent souvent pas de véhicules. Elle a également constaté l'existence d'un degré de fidélité moins marqué des consommateurs parisiens à une marque, une enseigne ou un magasin par comparaison avec celui qui caractérise l'ensemble des consommateurs franciliens. Du côté de l'offre, le commerce généraliste parisien est marqué par un nombre important de magasins de plus petite taille que la moyenne nationale, d'une part, et par l'augmentation du nombre de magasins de la grande distribution, d'autre part.

S'attachant ensuite à définir le marché en cause, l'Autorité a constaté que les magasins à dominante alimentaire étaient caractérisés par des surfaces très variables. Son analyse a ensuite fait ressortir que les épiceries libre-service (moins de 120 m²) n'étaient pas en mesure de concurrencer les supérettes (de 120 à 399 m²), les supermarchés (de 400 à 2 500 m²) et les hypermarchés (plus de 2 500 m²). Il existe en revanche une certaine concurrence entre les supérettes et les supermarchés.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité a conclu à l'existence d'un marché de produits incluant les supérettes, les supermarchés, les magasins de maxidiscompte ainsi que les magasins populaires et les hypermarchés pour la partie alimentaire de leur assortiment. Elle a en revanche exclu de ce marché les commerces traditionnels ou spécialisés et les marchés, qui ne sont pas en mesure d'exercer une pression concurrentielle notable sur ces magasins, ainsi que la vente alimentaire en ligne, qui ne représente encore qu'une part très faible des dépenses des ménages.

Examinant ensuite la délimitation géographique du marché, l'Autorité a relevé que la concurrence s'exerçait à l'intérieur de zones de chalandise d'un rayon compris entre 300 et 500 m. Tout en notant qu'il existait aussi une certaine possibilité de concurrence entre les commerces implantés à Paris *intra-muros* et les hypermarchés de la proche périphérie, elle a constaté que cette pression concurrentielle restait limitée aux arrondissements périphériques et ne bénéficiait donc pas de façon significative aux quartiers plus centraux de la ville.

Dans un troisième temps, l'Autorité a procédé à l'analyse de la situation concurrentielle du marché, au vu de la position et du comportement des acteurs qui y opèrent.

Les deux principaux acteurs de ce marché sont les groupes Casino et Carrefour. Ils n'ont toutefois pas la même position. Le groupe Casino détenait, au moment où l'avis a été rendu et en tenant compte de sa participation au capital de Monoprix, une part du marché global de 61,7% en part de « plancher » (surfaces de vente) et comprise entre 50 et 70% en termes de chiffre d'affaires. Son principal concurrent, le groupe Carrefour, détenait quant à lui une part de marché comprise entre 10 et 20%. Le leader détient donc une position au moins trois fois plus importante que celle de son suiveur immédiat.

Si l'on considère non plus le marché dans son ensemble mais les différentes zones de chalandise, le positionnement des différents opérateurs est également différent. Le groupe Casino détient plus de 50% des magasins dans plus de la moitié des quartiers de Paris et une part en chiffre d'affaires supérieure à 50% dans 69 quartiers sur 80. Cette part s'élève même à 80% dans 10 quartiers sur 80. Le groupe Carrefour détient de son côté moins de 30% du marché dans 67 quartiers sur 80.

Poursuivant son analyse concurrentielle par l'examen du comportement des acteurs en présence, l'Autorité a relevé que les magasins Franprix – enseigne du groupe Casino – pratiquaient des prix élevés pour les produits de marque nationale et des prix plutôt compétitifs pour les produits de marque de distributeur comparés à ceux de certaines enseignes concurrentes. Son analyse des effets de la concurrence sur les prix et les résultats nets des magasins Franprix l'a aussi conduite à constater que l'implantation de magasins concurrents provoquait une réduction de leurs résultats nets. Toutefois, il est apparu que ces implantations concurrentes n'entraînaient pas une perte de clientèle telle qu'elle conduise les magasins Franprix à réagir en diminuant de manière significative leurs prix, alors que le niveau de marge réalisé par les centrales d'achat du groupe Casino et ces magasins les autoriserait à le faire.

L'Autorité s'est enfin attachée à effectuer une analyse prospective de la situation concurrentielle du marché, en examinant les possibilités de nouvelles entrées sur celui-ci et les perspectives plus générales de développement du secteur. Elle a cependant relevé l'existence de plusieurs barrières à l'entrée de nature administrative, d'une part, et économique, d'autre part, susceptibles de limiter l'entrée de nouveaux concurrents. Ces barrières résultent en particulier du contrôle des implantations de surfaces commerciales de plus de 1 000 m² par les commissions départementales d'aménagement commercial. Le coût de l'investissement au mètre carré pour l'implantation d'un point de vente et la concurrence avec les opérateurs d'autres secteurs d'activité pour acquérir le foncier commercial disponible constituent cependant aussi des barrières à l'entrée. Enfin, l'Autorité a constaté que la forte progression du nombre de magasins intervenue au cours des dernières années – en particulier sur les petits formats – n'avait pas substantiellement modifié la structure du marché, caractérisé par le maintien de la position prépondérante du groupe Casino.

Les recommandations permettant l'amélioration de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris

Eu égard aux constats qu'a fait ressortir son analyse concurrentielle, l'Autorité de la concurrence a formulé dans son avis plusieurs recommandations qui permettraient, si elles étaient mises en œuvre, de fluidifier le marché du commerce à dominante alimentaire à Paris et d'en stimuler le développement concurrentiel.

En premier lieu, l'Autorité a rappelé qu'elle estimait nécessaire que les pouvoirs publics suppriment la procédure d'autorisation administrative d'implantation pour les magasins de plus de 1 000 m². Cette réforme permettrait en effet de dynamiser le jeu concurrentiel, les magasins de plus de 1 000 m² bénéficiant d'une zone d'attraction de la clientèle plus étendue que celle des magasins d'une superficie inférieure et les prix proposés par ces formats pouvant être inférieurs à ceux des magasins d'une taille moindre. Cette réforme permettrait aussi à des concurrents qui ne se sont pas développés sur les formats de proximité de s'implanter sur ce format à Paris.

En deuxième lieu, l'Autorité a recommandé à la Ville de Paris de prévoir, lors de la définition des zones d'aménagement commercial, des allotissements autorisant l'installation de grandes surfaces à dominante alimentaire afin de diversifier les enseignes présentes.

En troisième lieu, l'Autorité, reprenant les recommandations émises dans son avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, a conseillé d'assouplir les conditions contractuelles d'affiliation entre les gestionnaires de magasins et les groupes de distribution. Un tel assouplissement, qui pourrait prendre la forme d'une réduction de la durée des contrats ou d'une suppression des clauses de non-concurrence postcontractuelles, permettrait en particulier aux magasins franchisés indépendants sous enseigne

Pratique de l'Autorité de la concurrence

Franprix de mettre en concurrence, à échéance plus régulière qu'actuellement, les différents groupes de distribution. Compte tenu des niveaux des marges réalisées par certains magasins franchisés, comparables à celles constatées pour d'autres magasins de groupements indépendants, une telle mise en concurrence pourrait aboutir soit à une diminution des prix d'achat auprès des centrales du groupe Casino au profit des magasins du réseau, soit à un changement d'enseigne. De surcroît, la mobilité de ces magasins permettrait à de nouvelles enseignes d'entrer plus facilement sur le marché, puisqu'il ne leur sera plus nécessaire de financer l'acquisition et l'adaptation de locaux commerciaux.

Ces recommandations relatives à l'abaissement des barrières à l'entrée et à la stimulation de la mobilité entre enseignes sont cependant apparues insuffisantes, à elles seules, pour contribuer à un meilleur fonctionnement concurrentiel du marché, compte tenu de sa structure même. C'est la raison pour laquelle l'Autorité a recommandé, en quatrième et dernier lieu, un renforcement des instruments juridiques permettant d'assurer la régulation concurrentielle du marché.

L'Autorité a rappelé, à cet égard, que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 lui avait donné la possibilité d'imposer des injonctions structurelles dans le secteur du commerce de détail (article L. 752-26 du Code de commerce), tout en subordonnant la mise en œuvre de ce dispositif à des conditions telles qu'il est apparu, en pratique, extrêmement difficile voire impossible à mobiliser. Elle a donc invité le législateur à réformer le dispositif existant, en s'inspirant des solutions retenues dans d'autres pays européens, comme le Royaume-Uni et, plus récemment, la Grèce. Dans ces pays, des dispositions législatives permettent à l'Autorité de concurrence, lorsque la situation de la concurrence le rend nécessaire et au terme d'un débat contradictoire approfondi, d'enjoindre à des entreprises de revendre des actifs à des concurrents, ce qui permet de rétablir rapidement les conditions d'un marché plus ouvert et concurrentiel au bénéfice des consommateurs.

Une telle recommandation a d'ores et déjà conduit le législateur à améliorer le dispositif en vigueur dans les collectivités d'outre-mer. La loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 (dite « loi Lurel ») a en effet permis à l'Autorité de signaler à des entreprises occupant une position dominante, dans certaines conditions, l'existence de préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevées, afin de leur permettre de proposer des engagements mettant fin à ces préoccupations. À défaut, l'Autorité peut, par décision motivée prise après un débat contradictoire, leur enjoindre de modifier leurs contrats ou leurs comportements et, si cela n'est pas suffisant pour rétablir une concurrence effective, de céder des actifs.

Avis relatif au cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit (12-A-02 du 17 janvier 2012)

Le 8 septembre 2011, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat a sollicité, sur le fondement de

l'article L. 461-5 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité sur les questions de concurrence que soulève l'intervention des collectivités territoriales dans le déploiement de la fibre optique.

Cet avis s'inscrit dans le contexte de la mise en œuvre du programme national très haut débit («PNTHD»), lancé en 2009 et sur lequel l'Autorité avait déjà été conduite à rendre un premier avis (avis 10-A-07). Ce programme a pour objectif la couverture du territoire national à l'horizon 2025. Dans le cadre de ce programme, quatre zones territoriales ont été distinguées en fonction de la capacité des opérateurs à y installer un réseau très haut débit. La première, caractérisée par une densité permettant l'initiative privée, n'est pas visée par le PNTHD. La deuxième, nommée «volet A», est qualifiée de zone rentable pouvant faire l'objet d'un label assorti d'un soutien non subventionnel de l'État aux opérateurs. La troisième, nommée «volet B», s'entend comme une zone *a priori* non rentable où les collectivités peuvent recevoir un soutien subventionnel de l'État. La quatrième, nommée «volet C», s'étend sur tout le reste du territoire et peut faire l'objet d'un soutien de l'État afin d'assurer une couverture systématique.

La Commission européenne a encouragé le développement du très haut débit dans le cadre de la stratégie dite «*Europe 2020*», par l'adoption en 2009 de lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit. Dans ces lignes directrices, la Commission européenne souligne la possibilité pour un État membre de l'Union européenne de promouvoir le développement du très haut débit en recourant au besoin à un service d'intérêt économique général («SIEG»), dans des conditions précises. En particulier, l'insuffisance du marché, entendue comme l'impossibilité pour des investisseurs privés d'être en mesure d'assurer, dans un avenir proche, dans la zone concernée, une couverture adéquate pour l'ensemble des citoyens ou des utilisateurs, risquant ainsi de priver d'accès à ces réseaux une partie importante de la population, doit être constatée. Par ailleurs, le réseau réalisé doit être rendu disponible pour l'ensemble des opérateurs intéressés.

Afin d'éclairer le Sénat sur les modalités de déploiement du PNTHD, l'Autorité a examiné, dans son avis, le rôle que les collectivités territoriales pouvaient jouer dans la mise en place de projets dits «intégrés» de réseaux très haut débit (projets couvrant à la fois des zones rentables et non rentables pour des opérateurs privés) et les risques concurrentiels que le déploiement de réseaux de très haut débit pouvait poser.

L'examen du cadre juridique européen qu'a effectué l'Autorité à cet effet a montré qu'une intervention des collectivités territoriales était envisageable dans le cadre d'un SIEG, à condition de tenir compte de plusieurs exigences. En premier lieu, si le réseau est déployé *via* une infrastructure qui n'appartient pas aux autorités publiques, l'appel d'offres destiné à sélectionner l'entreprise chargée de fournir ce service doit imposer aux candidats de définir les zones rentables et non rentables, d'estimer les recettes attendues et de demander le montant de la compensation qu'ils estiment nécessaire. En deuxième lieu, la compensation éventuelle ne doit

Pratique de l'Autorité de la concurrence

couvrir que les coûts de déploiement de l'infrastructure déployée dans les zones non rentables. En troisième lieu, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes de contrôle et de récupération afin d'éviter que le fournisseur du SIEG obtienne un avantage qui serait indu en conservant, à l'expiration de la délégation, la propriété du réseau financé à l'aide de ressources publiques.

L'Autorité a également mis en exergue les risques significatifs de distorsion de concurrence susceptibles de découler du déploiement des réseaux très haut débit, en particulier lors des appels d'offres lancés par les collectivités territoriales pour l'établissement et l'exploitation des réseaux. Les opérateurs répondant à ces appels d'offres sont soit des opérateurs verticalement intégrés – qui vont bâtir le réseau mais exercent par ailleurs une activité de fournisseur d'accès à Internet –, soit des opérateurs *pure players* – actifs uniquement au premier stade. Les acteurs du premier type disposent d'avantages commerciaux et techniques importants sur ceux du second, dans la mesure où ils peuvent s'engager à être clients du réseau public s'ils remportent l'appel d'offres et où ils peuvent poser, en tant que clients, des exigences qu'eux seuls seront en mesure de satisfaire lorsqu'ils répondront à l'appel d'offres.

Afin de pallier ces risques, l'Autorité a fait plusieurs recommandations : en particulier, il devrait être exigé des opérateurs verticalement intégrés qui souhaiteraient répondre à un appel d'offres qu'ils informent en amont la collectivité territoriale concernée des conditions objectives dans lesquelles ils seraient susceptibles d'utiliser le réseau public en tant que fournisseurs d'accès.

Avis relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique (12-A-20 du 18 septembre 2012)

Sur le fondement de l'article L. 462-4 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence a pris l'initiative de lancer en 2012 une enquête sectorielle destinée à lui permettre d'examiner le fonctionnement concurrentiel du commerce en ligne.

Ce mode de commercialisation occupe une place croissante dans les achats des Français, qui ont été 30 millions à y recourir en 2011 pour un montant total de 37 milliards d'euros. Pour autant, la place de la vente en ligne s'avère moins importante en France que dans d'autres grands pays européens (Allemagne ou Royaume-Uni notamment). L'Autorité, qui a déjà été conduite à rendre à plusieurs reprises des décisions structurantes à ce sujet, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, a donc souhaité, avec cette enquête sectorielle, appréhender la vente en ligne de manière plus globale, afin d'en évaluer la dynamique concurrentielle et de pouvoir faire en tant que de besoin des recommandations aux acteurs économiques.

L'Autorité a ciblé, dans son enquête, trois secteurs d'intérêt majeur pour les consommateurs : ceux des produits électroménagers, des parfums et cosmétiques de luxe, et des produits parapharmaceutiques. Elle a cherché, d'une part, à évaluer l'intensité de la pression concurrentielle que le commerce en ligne exerce

sur la distribution traditionnelle et, d'autre part, à identifier les différents facteurs de nature à entraver cette pression concurrentielle.

Le commerce électronique, facteur d'animation de la concurrence

L'Autorité a constaté que les prix en ligne sont inférieurs à ceux hors ligne dans deux des trois secteurs ciblés par l'enquête. Cette différence est particulièrement marquée pour les produits électrodomestiques, avec des écarts de prix pouvant atteindre 13 % pour les produits de grande consommation. Elle existe aussi pour les produits de parapharmacie, avec des écarts compris entre 8 et 10 %. En revanche, dans le cas des parfums et cosmétiques de luxe, les conditions tarifaires en ligne et hors ligne sont nettement plus proches. Ces écarts demeurent, même s'ils sont réduits, lorsque les frais de livraison liés à la vente de produits en ligne sont pris en compte.

En dehors de ces différences de prix, l'enquête a confirmé la réalité de la pression concurrentielle qu'exerce la vente en ligne sous la forme d'un élargissement des gammes de produits proposées aux consommateurs.

Elle a aussi montré que les fabricants avaient recours, de manière croissante, à la distribution sélective pour diffuser leurs produits auprès des consommateurs. Les distributeurs sont donc de plus en plus amenés à devoir respecter un certain nombre d'exigences pour être autorisés à vendre ces produits. Dans de nombreux cas, ces conditions, en particulier tarifaires, sont identiques ou très proches lorsque les produits sont vendus en ligne de celles applicables en cas de vente dans les points de vente physiques du réseau.

À côté de ces réseaux, l'Autorité a relevé l'apparition de nouveaux acteurs, qui sont essentiellement de trois types : les places de marché, les comparateurs de prix et les distributeurs opérant exclusivement en ligne ou *pure players*.

Rémunérées à la commission, les places de marché jouent le rôle d'intermédiaires, en offrant à des vendeurs la possibilité de proposer tout ou partie de leur catalogue aux acheteurs. Le développement de ces places de marché est susceptible de renforcer la concurrence qu'exerce le commerce en ligne sur la distribution traditionnelle, d'une part, en réduisant les barrières à l'entrée dans le secteur de la vente en ligne et, d'autre part, en favorisant l'extension des références proposées à la vente. Ce phénomène peut toutefois induire des risques. Les modalités de fonctionnement des places de marché peuvent par exemple fausser le jeu de la concurrence lorsque l'opérateur, qui exploite la place de marché et décide du référencement des distributeurs, est en même temps concurrent de ces derniers.

Par ailleurs, la comparaison des prix, déjà plus aisée sur Internet que dans la distribution traditionnelle, est encore facilitée par la montée en puissance de sites comparateurs de prix. Cet essor peut toutefois lui aussi induire certains risques pour les consommateurs, tels que le manque de loyauté de l'information délivrée ou les modalités de classement et de référencement des commerçants en ligne.

Enfin, un nombre significatif de distributeurs optent pour un modèle économique de *pure player* consistant à n'être présent que sur Internet, ce qui permet de réaliser certaines économies de coûts par rapport à la distribution physique et donc de proposer des prix plus avantageux aux clients. Le développement des *pure players* est particulièrement marqué dans le secteur des produits électrodomestiques.

Les limites au développement du commerce électronique

L'enquête sectorielle a conduit l'Autorité à constater, d'une part, que certains fabricants ont choisi de différencier leurs canaux de distribution, en proposant aux distributeurs des gammes et des produits distincts ainsi que des barèmes tarifaires distincts. D'autre part, le recours aux réseaux de distribution sélective, s'il peut être légitime, doit veiller à ce que les critères d'agrément ne freinent pas de façon injustifiée la vente en ligne et le déploiement des nouveaux acteurs de la distribution.

La différenciation des conditions tarifaires et de livraison

Certains fabricants différencient leurs canaux de distribution en proposant des gammes de produits et des conditions d'approvisionnement ou tarifaires différenciées selon que la vente s'effectue en ligne ou dans des points de vente physiques. S'agissant des gammes de produits, cette différenciation peut essentiellement revêtir deux formes : définition de références spécifiques pour chaque canal de distribution ou définition de références spécifiques pour un distributeur déterminé. Concernant les conditions d'approvisionnement, la différenciation entre opérateurs peut concerner, par exemple, la date ou les modalités de lancement de nouveaux produits sur le marché, ou encore la gestion des stocks en cas de pénurie de produits.

D'un point de vue tarifaire, une différenciation peut être opérée par les fournisseurs soit entre les *pure players* et les opérateurs traditionnels, soit entre les deux canaux de distribution d'un opérateur *click & mortar*. Dans la première hypothèse, il apparaît que, en règle générale, les opérateurs *click & mortar* bénéficient de conditions tarifaires plus avantageuses que celles accordées aux *pure players*. L'Autorité a constaté que l'origine de ces écarts tarifaires pouvait parfois être justifiée, notamment par le pouvoir de négociation plus important dont peuvent disposer certains distributeurs *click & mortar*. Dans la seconde hypothèse, l'octroi de certains avantages tarifaires, exprimés en pourcentage de chiffre d'affaires, peut, dans certains cas, engendrer une différenciation tarifaire pratiquée à l'égard des distributeurs *click & mortar* en fonction du canal de revente auquel les produits sont destinés.

Ces différents phénomènes ne sont pas illégitimes en eux-mêmes. Les fabricants sont libres de choisir leurs partenaires commerciaux, de définir les conditions auxquelles ils veulent soumettre la distribution de leurs produits et d'en adapter les modalités aux différents canaux de vente susceptibles d'être utilisés. Il est cependant nécessaire qu'ils veillent à respecter les exigences du droit de la concurrence, qu'il s'agisse de la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou de l'interdiction des abus de position dominante.

La vente en ligne au sein des réseaux de distribution sélective

Le secteur des parfums et des cosmétiques de luxe, d'une part, et celui des produits parapharmaceutiques, d'autre part, reposent historiquement sur un modèle de distribution sélective. À l'inverse, les opérateurs du secteur des produits électrodomestiques ne recourraient traditionnellement que de manière marginale à ce mode de distribution, qui se développe depuis quelques années pour tout ou partie de la gamme de certains fabricants.

Les fabricants recourant à la distribution sélective soumettent les distributeurs souhaitant vendre leurs produits sur Internet à un certain nombre d'exigences ayant notamment trait à la détention d'un ou plusieurs points de vente physiques agréés et à d'autres conditions liées, par exemple, à la présentation de leur site Internet ou à leurs prestations d'après-vente.

La jurisprudence et la pratique décisionnelle ont précisé à de nombreuses reprises les lignes directrices qui structurent l'examen de la compatibilité de ces exigences avec les règles de concurrence. Un fabricant étant libre d'organiser le mode de distribution de ses produits, il peut opter pour un réseau de distribution sélective et organiser dans ce cadre la vente en ligne de ses produits aussi bien que leur vente physique. Il doit toutefois veiller à respecter les exigences du droit de la concurrence.

Il ne saurait en particulier interdire la vente par Internet aux distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective, une telle interdiction constituant une restriction de la concurrence par son objet même, en l'absence de justification objective, et ne pouvant pas bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement européen relatif aux restrictions verticales (CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09; CA Paris, 31 janvier 2013, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, n° 2008/23812, décision 08-D-25, 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques).

Les fabricants ont en revanche la faculté d'exiger de leurs distributeurs l'exploitation d'un ou de plusieurs points de vente physiques. Une telle faculté n'est pas pour autant générale et absolue, l'exigence d'exploitation de points de vente physiques ne devant notamment pas imposer une contrainte disproportionnée sur l'activité des distributeurs concernés.

Il est également possible pour un fabricant d'exiger le respect de standards de qualité pour les sites Internet. Cependant, ces standards ne doivent pas, là non plus, aboutir à imposer à l'activité de vente en ligne des conditions qui ne seraient pas équivalentes à celles applicables à la vente physique, pas justifiées par les spécificités du commerce en ligne ou pas proportionnées.

L'avis rendu au terme de l'enquête sectorielle vient donc rappeler que le commerce en ligne, qui peut être la source de gains d'efficacité importants pour les fabricants et de bénéfices considérables pour les consommateurs, doit pouvoir continuer à se développer sans être inhibé par des exigences qui ne seraient pas justifiées ou proportionnées au regard des règles de concurrence. L'Autorité, qui dispose déjà

d'une expérience et d'une pratique décisionnelle très riches en ce domaine, continuera donc à suivre ce secteur avec attention.

Avis relatif aux secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange (12-A-21 du 8 octobre 2012)

Sur le fondement de l'article L. 462-4 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence a pris l'initiative de rendre un avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'entretien-réparation automobile et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange.

Le secteur de l'après-vente automobile revêt en effet un intérêt majeur pour les consommateurs. Il réalise un chiffre d'affaires de 30 milliards d'euros hors taxes par an en France. Il représente également 37 % des dépenses des ménages français associées à l'automobile, qui pèsent elles-mêmes 12 % de leur budget. Or, le prix des pièces détachées et des prestations de réparation et d'entretien s'est sensiblement accru au cours des vingt dernières années.

En outre, le fonctionnement concurrentiel de ce secteur est très spécifique, notamment en comparaison de celui de la vente de véhicules. Sur le marché dit « secondaire » de l'après-vente, c'est-à-dire une fois le véhicule acheté, les constructeurs ne sont plus en concurrence directe. Au moment de l'achat de son véhicule, le consommateur ne dispose généralement pas de l'information nécessaire pour prendre en compte les coûts de réparation et d'entretien de chaque véhicule. Ainsi, la principale pression concurrentielle à laquelle sont soumis les constructeurs et les réparateurs de leurs réseaux (« canal constructeur ») provient des acteurs du « canal indépendant » : équipementiers, distributeurs et grossistes indépendants, réparateurs indépendants, intermédiaires spécialisés notamment.

Cependant, plusieurs facteurs sont *a priori* susceptibles de limiter la concurrence entre ces deux canaux. Tout d'abord, les équipementiers – qui fabriquent environ 80 % des pièces de première monte assemblées par les constructeurs – peuvent être réticents ou éprouver des difficultés à concurrencer les constructeurs pour approvisionner les acteurs indépendants en pièces de rechange, alors que ces constructeurs sont leurs principaux clients. En outre, pour chaque référence de pièces, la taille du marché est souvent relativement restreinte, si bien que le nombre de fournisseurs susceptibles de se concurrencer est limité, et se résume parfois au constructeur et à l'équipementier qui le fournit (appelé « équipementier d'origine »), voire au constructeur uniquement. Par ailleurs, du fait de leur qualité d'assembleur, les constructeurs sont les seuls à détenir de façon complète et actualisée l'ensemble des « informations techniques » sur les véhicules. Or, la part accrue de l'électronique embarquée complexifie de plus en plus les véhicules, et rend d'autant plus stratégique l'accès aux informations techniques liées à la réparation et à l'entretien des véhicules. Enfin, à l'aval, les particuliers sont peu à même de comparer les prix des réparations, notamment lorsqu'il ne s'agit pas de prestations standard.

Les réparateurs, et par voie de conséquence leurs fournisseurs à l'amont, n'ont alors qu'une incitation limitée à baisser leurs prix en vue d'augmenter leurs volumes de vente. Certains segments font cependant exception, comme la réparation-collision, où la demande est orientée par les assureurs, ou le marché des flottes de véhicules.

Pour renforcer la concurrence entre le canal constructeur et le canal indépendant sur le secteur de l'après-vente automobile, la Commission européenne a fait adopter des règlements spécifiques pour que les réparateurs indépendants soient à même de concurrencer efficacement les réseaux agréés, notamment au travers d'un accès suffisant aux pièces de rechange et à l'information technique nécessaire aux opérations d'entretien et de réparation. Aujourd'hui, les réseaux agréés détiennent des parts de marché importantes en France, comprises entre 45 et 55 %, que ce soit sur le secteur de l'entretien-réparation ou de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange. En particulier, sur la réparation de véhicules récents notamment, les réseaux agréés de constructeurs détiennent une part de marché bien supérieure à leurs parts de marché sur les véhicules plus anciens (environ 80 % en valeur sur les véhicules de moins de deux ans, environ 70 % sur les véhicules de 3-4 ans).

Afin de disposer de l'information la plus complète possible avant de rendre son avis sur ce sujet particulièrement complexe, l'Autorité a procédé, de manière exceptionnelle, dans le cadre de son enquête sectorielle, à la publication d'un document de consultation publique qui lui a permis de recueillir les observations de l'ensemble des acteurs intéressés. Les observations recueillies dans ce cadre ont permis à l'Autorité de compléter le travail d'instruction et d'analyse effectué au préalable, et d'enrichir le diagnostic de l'institution avant la publication de son avis. Celui-ci a mis en exergue cinq possibles obstacles au bon fonctionnement concurrentiel du secteur, constat qui a amené l'Autorité à émettre plusieurs recommandations.

La protection des pièces visibles au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur

En France, les pièces visibles présentes sur les véhicules (pièces de carrosserie, vitrages, feux, rétroviseurs, etc.) peuvent être protégées au titre du droit des dessins et modèles ou du droit d'auteur. Ces droits de propriété intellectuelle, appliqués aux pièces de rechange, empêchent que soient fabriquées et/ou commercialisées sur le territoire français des pièces concurrentes de celles vendues par le constructeur. Ils confèrent donc au constructeur un monopole de droit effectivement appliqué sur environ 70 % du marché des pièces visibles (un duopole existant de fait entre les constructeurs et leurs équipementiers d'origine pour les 30 % restants), sur un marché estimé, en 2010, entre 1,8 et 2,6 milliards d'euros hors taxes.

Onze pays de l'Union européenne ainsi que le Parlement européen ont choisi de limiter la protection au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur aux pièces visibles de première monte, et d'en exclure ainsi les pièces visibles de rechange destinées à redonner leur apparence initiale aux véhicules, qui pourraient alors être fabriquées et commercialisées librement par les équipementiers.

L'Autorité de la concurrence a pesé les avantages et les inconvénients de cette orientation (appelée « clause de réparation »). Différentes études convergentes, dont une de la Commission européenne, suggèrent que la suppression de la protection des pièces visibles de rechange serait à même de conduire à une baisse des prix moyens des pièces visibles d'environ 6 à 15 %. D'une part, des offres alternatives à moindre prix émergeraient, d'autre part, les prix des pièces commercialisées par les constructeurs baîsseraient du fait de la concurrence des pièces alternatives. Les prix des pièces non visibles et non protégées vendues dans le cadre des opérations de carrosserie pourraient également diminuer, le carrossier étant plus à même de faire jouer la concurrence entre le constructeur et les distributeurs indépendants pour l'ensemble des pièces nécessaires à une opération de réparation-collision. Les gains pourraient donc concerner un marché plus vaste, estimé à 3,3 milliards d'euros hors taxes. Une ouverture à la concurrence du marché des pièces de rechange visibles permettrait également de faire fonctionner de manière plus efficace le secteur de l'après-vente automobile en réduisant le cloisonnement entre le canal constructeur et le canal indépendant. De plus, elle offrirait la possibilité aux équipementiers implantés en France de fabriquer des pièces de rechange visibles, pour le marché français mais aussi à destination des marchés étrangers, notamment européens, déjà libéralisés. Enfin, une telle réforme permettrait d'accroître la concurrence dans la distribution de pièces dans les DOM, où il n'existe actuellement qu'un seul distributeur agréé de pièces de rechange par marque et par DOM.

Parallèlement, les analyses conduites dans le cadre du présent avis montrent que la mise en place d'une clause de réparation ne devrait affecter ni l'investissement dans le design, ni la qualité, ni la disponibilité ni la sécurité des pièces. Les craintes émises par les constructeurs français quant aux risques pour leur compétitivité et pour l'emploi apparaissent de plus nettement surestimées. Il doit en effet être noté que 60 à 70 % des pièces visibles de rechange sont déjà fabriquées par des équipementiers pour le compte des constructeurs. Les pertes de parts de marché devraient se faire principalement au profit de ces équipementiers avec un effet neutre sur l'emploi, puisque ces équipementiers continuent à fabriquer les pièces, mais ont en outre la possibilité de les commercialiser directement. Enfin, les pertes limitées d'emplois dans le canal constructeur doivent être mises en regard avec les créations d'emplois liées à la fabrication de pièces visibles par les équipementiers implantés en France, tant pour l'exportation que pour le marché domestique. De façon générale, le modèle économique actuel des constructeurs, qui repose principalement sur les marges réalisées sur le marché de l'après-vente ne paraît pas souhaitable, la fiabilité croissante des véhicules et la diminution de leurs kilométrages conduisant à terme à une réduction du volume d'activité sur ce secteur.

L'Autorité a recommandé l'adoption d'une clause de réparation dans le droit français. Elle est cependant consciente des difficultés aujourd'hui rencontrées par les constructeurs français, qui ont besoin de temps pour faire évoluer leur modèle économique. Par ailleurs, les équipementiers implantés en France doivent également

se préparer à l'ouverture à la concurrence du marché des pièces visibles afin de pouvoir en tirer le meilleur parti.

Une période de transition préalable à une ouverture complète à la concurrence du marché des pièces visibles paraît donc nécessaire. Après avoir comparé ses différentes modalités possibles, l'Autorité recommande une ouverture progressive du marché en fonction du type de pièces, dont le principe serait inscrit dans la loi et l'échéancier prévu par décret. Le marché pourrait, par exemple, être ouvert la première année aux pièces d'optique et de vitrage (soit 30 % du marché environ), la deuxième année aux rétroviseurs et aux pare-chocs (soit, environ, un deuxième tiers du marché), puis, deux à trois ans après cette deuxième étape, à l'ensemble des pièces visibles, y compris les pièces de tôlerie. Cette ouverture progressive par type de pièces permettrait à l'ensemble des équipementiers, quelle que soit leur relation avec le constructeur sur le marché de la fabrication des véhicules, de fabriquer les pièces visibles pour le marché de la rechange : en augmentant le nombre d'opérateurs susceptibles d'entrer sur le marché, elle amplifierait ainsi les gains de pouvoir d'achat qui peuvent être attendus de la réforme. Parallèlement, en étant inscrite dans la loi, cette réforme progressive et maîtrisée créerait une échéance mobilisatrice, incitant les entreprises à procéder aux investissements et aux recrutements nécessaires tout en leur laissant le temps suffisant pour exploiter les différentes opportunités associées à cette ouverture du marché.

Les freins à la commercialisation de pièces par les équipementiers

La concurrence dans le secteur de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange dépend notamment du nombre d'offreurs de pièces de rechange à l'amont : plus ils sont nombreux, plus le prix de la pièce est susceptible de diminuer, et plus le prix des réparations sera compétitif. Le constructeur, même s'il ne fabrique lui-même que 20 % des pièces, commercialise sous sa marque l'ensemble des pièces de rechange destinées à ses véhicules. Son principal concurrent potentiel est l'équipementier (ou parfois les équipementiers) qui fabrique(nt) les pièces détachées pour le compte du constructeur. Selon le niveau de la demande, d'autres équipementiers peuvent également choisir de fabriquer la référence de pièce, mais ils doivent pour cela fabriquer un outillage spécifique à la référence de pièce, ce qui constitue une des principales barrières à l'entrée sur le marché et un élément de coût non négligeable. En pratique, comme une même référence de pièce n'est généralement utilisable que pour un seul modèle de véhicule, il est fréquent que la demande pour une référence de pièce soit limitée, voire très limitée, notamment pour des pièces de véhicules récents. L'équipementier représente alors le seul concurrent potentiel du constructeur.

Il est important que les équipementiers d'origine, les plus à même d'entrer sur le marché de l'après-vente, puissent librement commercialiser les pièces de rechange qu'ils fabriquent pour leur propre compte. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne considère comme une restriction caractérisée « *la restriction convenue entre un fournisseur de pièces de rechange [...] et un constructeur automobile, qui limite*

la faculté du fournisseur de vendre ces produits à des distributeurs agréés ou indépendants, à des réparateurs agréés ou indépendants ou à des utilisateurs finals».

Certaines clauses contractuelles figurant dans les contrats liant les constructeurs et les équipementiers pourraient cependant limiter ou retarder la présence de l'équipementier d'origine sur l'après-vente. Il n'est par ailleurs pas certain que ces contrats puissent systématiquement s'analyser comme des accords de sous-traitance faisant échapper leurs clauses au droit de la concurrence (communication Comm. CE, 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance, JOCE, 3 janvier 1979 n° C001). Les différentes clauses susceptibles de limiter la présence de l'équipementier sur le secteur de l'après-vente nécessitent une analyse au cas par cas, en particulier lorsque le constructeur a obligé l'équipementier à lui transférer ses droits de propriété sur l'outillage ou encore si la contribution du constructeur à la conception et à la fabrication des pièces ou au financement des investissements est limitée ou injustifiée au regard de la restriction considérée. L'enjeu de cette analyse est d'autant plus important que cet équipementier est fréquemment le seul fournisseur à même de concurrencer le constructeur.

Par ailleurs, dans certains cas, le constructeur interdit à l'équipementier d'origine de faire figurer le logo du constructeur sur les pièces qu'il commercialise – ce qui apparaît légitime. Mais à cette interdiction s'ajoute celle de supprimer ce logo, en application du «*délit de suppression de marque*» figurant dans le Code de la propriété intellectuelle (art. L. 713-2). Ces deux contraintes parfois inconciliables peuvent alors conduire l'équipementier d'origine à devoir fabriquer un autre outillage s'il souhaite commercialiser des pièces de rechange, ce qui peut dissuader l'équipementier de commercialiser des pièces de rechange pour son propre compte. De plus, dans le contexte de la relation entre un équipementier d'origine et son client constructeur, cet article n'apparaît pas nécessaire pour protéger les marques dès lors que l'article L. 217-2 du Code de la consommation permet déjà de punir la suppression de la marque, à condition que celle-ci soit frauduleuse, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il a donc été recommandé d'amender l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle afin d'éviter qu'il n'aboutisse à limiter les possibilités, pour les équipementiers, de commercialiser des pièces de rechange pour leur propre compte.

Les limites à l'accès des opérateurs indépendants aux informations techniques

Les constructeurs automobiles sont les seuls à détenir de manière complète et actualisée les «*informations techniques*» sur les véhicules, alors que celles-ci sont de plus en plus indispensables à la réparation et à l'entretien de véhicules et à l'identification des références de pièces qui doivent être remplacées. L'accès aux informations techniques par les opérateurs indépendants est encadré par des règlements techniques européens et par le règlement d'exemption spécifique au secteur automobile de la Commission européenne (Règl. UE, n° 461/2010, JOUE, 28 mai 2012,

n° L 129). En particulier, les constructeurs doivent mettre à disposition les informations techniques sur des sites Internet dédiés (appelés « sites EURO5 »).

Dans la pratique, ces sites ne sont quasiment jamais consultés par les réparateurs indépendants. Selon ces derniers, cela tiendrait à l'absence de certaines informations, au prix d'accès à ces sites et à leur absence de standardisation. Pour diagnostiquer les pannes ou mettre à niveau les systèmes électroniques des véhicules, les réparateurs indépendants privilégient donc des solutions multimarques, fabriquées par des « intermédiaires spécialisés » (éditeurs d'informations techniques ou fabricants d'outils de diagnostic).

Cependant, ces « intermédiaires spécialisés » indiquent également rencontrer des obstacles pour acquérir une information qu'ils jugent satisfaisante au regard du prix proposé par le constructeur. En pratique, les éditeurs d'informations techniques s'adressent effectivement aux constructeurs en dépit des obstacles dont ils font état. Les fabricants d'outils de diagnostic, quant à eux, préfèrent généralement acquérir l'information par eux-mêmes, en provoquant des pannes artificielles sur les véhicules (opération dite de « *reverse engineering* »). Ce processus est cependant long et coûteux et ne permet pas toujours d'obtenir les informations complètes et à jour.

Sans préjuger de l'analyse qu'elle conduirait dans un cadre contentieux, l'Autorité a relevé que les restrictions éventuelles à l'accès à l'information technique mises en œuvre par les constructeurs peuvent être de nature à limiter la pression concurrentielle exercée par les réparateurs indépendants sur les réparateurs agréés. Tel pourrait être le cas si les difficultés d'accès portent sur des informations dont les constructeurs sont les seuls détenteurs, ou si les difficultés d'accès se cumulaient en désavantageant les réparateurs indépendants par rapport aux réparateurs agréés. Ces obstacles peuvent notamment se matérialiser durant les premières années de commercialisation d'un modèle de véhicule. Le droit de la concurrence n'a pas vocation à traiter des refus ou des difficultés d'accès ponctuels, mais il peut les aborder dès lors que les obstacles sont significatifs et conduisent à entraver la concurrence à l'aval. Néanmoins, l'application des règlements techniques pourrait dans certains cas s'avérer plus adaptée pour remédier à certaines des difficultés éventuellement rencontrées par les opérateurs indépendants : le standard de preuve est alors moins contraignant puisque l'obligation d'accès est inscrite dans les règlements techniques. L'efficacité de ces règlements techniques est cependant conditionnée à la mise en place d'un dispositif de contrôle et de sanction suffisamment dissuasif et crédible, qui n'existe pas à l'heure actuelle. En outre, pour s'assurer de la pleine efficacité de ces dispositions et de leur application, il apparaît nécessaire que, à l'instar du travail de normalisation actuellement mené sur le format des données techniques communiquées par les constructeurs à travers leurs sites Internet EURO5, les opérateurs concernés (constructeurs et réparateurs indépendants, mais aussi intermédiaires spécialisés) s'accordent sur les modalités concrètes de transfert et le contenu des données transmises, les autorités compétentes en matière de réception venant ensuite sanctionner les éventuels manquements aux règlements techniques.

Contrats de garantie et d'extension de garantie

Dans un contexte d'allongement des périodes de garantie, il est important de veiller à ce que les réparateurs agréés, par le biais de clauses contractuelles ayant trait à la garantie du véhicule, ne freinent pas la concurrence des réparateurs indépendants pour l'entretien-réparation des véhicules sous garantie. Cette attention est d'autant plus nécessaire que les consommateurs semblent déjà réticents à utiliser les services d'un réparateur indépendant pour effectuer des réparations non prises en charge par la garantie.

Le cadre réglementaire est lui-même très strict à cet égard. Les clauses contractuelles obligeant les automobilistes à faire entretenir ou réparer leur voiture exclusivement au sein du réseau agréé du constructeur durant la période de garantie pourraient faire entrer les accords entre les constructeurs et leur réseau agréé dans le champ de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et il n'apparaît pas évident que les critères d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, puissent alors être satisfaisants sous réserve de l'examen à effectuer au cas par cas. Cette disposition vaut également pour les extensions de garantie émises au moment de la vente du véhicule ou peu de temps après. Dans ce contexte, certaines clauses incluses dans les contrats pourraient être de nature à limiter la capacité des consommateurs à s'adresser à des réparateurs indépendants pour les travaux d'entretien et de réparation hors garantie. Il s'agit par exemple des clauses faisant porter sur le consommateur la charge de prouver que la défectuosité n'est pas liée aux réparations ou aux entretiens qu'il a fait effectuer par des réparateurs indépendants, des clauses qui font perdre le bénéfice de la garantie sans qu'il soit nécessaire d'établir un lien de causalité clair entre la défectuosité constatée et les travaux réalisés par un réparateur indépendant, ou, compte tenu de leur formulation ou de l'environnement dans lequel elles sont insérées, les recommandations au consommateur de faire effectuer l'entretien et les réparations hors garantie au sein du réseau agréé.

L'utilisation de prix de vente conseillés par l'ensemble des opérateurs de la filière de l'après-vente automobile

Dans le secteur de l'après-vente automobile, les constructeurs et les équipementiers diffusent des prix de vente conseillés au détail, qui servent également de base à la tarification des pièces vendues aux distributeurs, puis aux réparateurs. Concrètement, les pièces de rechange sont donc vendues aux distributeurs au prix de vente conseillé moins une remise et les distributeurs revendent eux-mêmes ces pièces aux réparateurs au prix de vente conseillé moins une remise. Si les remises peuvent différer d'un distributeur à l'autre et d'un réparateur à l'autre, en revanche, les prix conseillés paraissent, de manière générale, être répercutés très fortement par les différents distributeurs lorsqu'ils revendent les pièces aux réparateurs, dans un contexte où l'incitation du réparateur vendant finalement la pièce à proposer un prix inférieur au prix conseillé est limitée par la diversité des références et la faible élasticité de la demande aux prix. Il est donc possible que les prix conseillés soient généralement suivis à l'aval par les réparateurs agréés

et indépendants. En outre, il est apparu que les équipementiers et les constructeurs s'échangent entre eux les prix de détail conseillés pour certaines pièces. Ce faisant, les équipementiers seraient informés régulièrement des prix conseillés par les constructeurs, mais aussi, le cas échéant, des prix conseillés par certains de leurs concurrents équipementiers.

Dans un contexte où les catalogues de pièces contiennent des centaines de milliers de références et où un grand nombre de pièces sont vendues très rarement, la diffusion générale de prix conseillés, notamment lorsqu'il s'agit de prix maximaux, peut permettre des gains d'efficience, en évitant une double marginalisation ou en facilitant le positionnement tarifaire des réparateurs. Néanmoins, elle présente aussi le risque d'altérer la concurrence en prix en fournant un point focal sur lequel peuvent converger l'ensemble des acteurs distribuant les pièces d'un équipementier ou d'un constructeur. L'échange de ces prix conseillés entre constructeurs et équipementiers peut également favoriser un alignement des prix entre équipementiers et constructeurs, puis entre l'ensemble des réparateurs agréés et des réparateurs indépendants.

Les lignes directrices accompagnant le règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales précisent que les prix conseillés sont exemptés par catégorie lorsque les parts de marché d'aucun des partenaires à la transaction n'excèdent 30%. En revanche, si les parts de marché d'un des opérateurs excèdent 30% ou si les opérateurs utilisant ce système de prix conseillés détiennent une part de marché supérieure à 50%, de telles pratiques peuvent être qualifiées d'anticoncurrentielles si leur effet anticoncurrentiel est suffisamment étayé. En outre, dès lors que ce prix conseillé peut constituer un élément important du prix de cession des pièces, que les informations échangées sont suffisamment actualisées, précises et régulières et que le marché est dans une situation d'oligopole propice à une collusion tacite, l'échange de prix conseillés entre équipementiers et constructeurs est également susceptible de porter atteinte à la concurrence. En définitive, il n'est pas exclu que l'interaction entre les deux mécanismes de prix conseillés et d'échanges d'informations puisse avoir dans certaines situations des effets négatifs sur la concurrence qui dépassent les gains d'efficience pouvant résulter d'un tel système.

Avis rendus dans le secteur de la santé

L'Autorité a rendu en particulier, en 2012, deux avis concernant l'approvisionnement en médicaments à usage humain et le commerce en ligne de médicaments.

Avis relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain (12-A-18 du 20 juillet 2012)

Le 5 avril 2012, le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé a saisi pour avis l'Autorité d'un projet de décret relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain. Le circuit de distribution français des médicaments étant régulièrement touché par des dysfonctionnements entraînant des pénuries, notamment

Pratique de l'Autorité de la concurrence

en médicaments d'intérêt thérapeutique majeur, ce texte visait à prévenir et à gérer au mieux de telles situations.

Dans son avis, centré sur les interrogations concurrentielles découlant du projet qui lui avait été soumis et sur les moyens d'y remédier, l'Autorité a constaté que le plan de gestion des pénuries prévu par le texte pour les médicaments d'intérêt thérapeutique majeur, et justifié par des objectifs de santé publique et de sécurité des approvisionnements, ne posait en lui-même pas de difficultés.

Toutefois, elle a relevé que le projet de décret comportait des dispositions de nature à limiter l'exportation parallèle de médicaments par les distributeurs en gros de médicaments ainsi que par les grossistes-répartiteurs (intermédiaires tenus par des obligations de service public, mais qui peuvent par ailleurs aussi avoir une activité d'exportation).

Or, le bon fonctionnement concurrentiel du secteur et les règles de concurrence prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) impliquent que les dispositions nationales, qui tendent à empêcher ou à restreindre l'exportation parallèle de médicaments, soient justifiées et proportionnées à l'objectif d'intérêt général (en l'occurrence de santé publique et de sécurité des approvisionnements) qu'elles poursuivent. Certaines des mesures proposées par le texte soulèvent des questions au regard de cette exigence, l'Autorité a recommandé que le texte soit modifié sur plusieurs points, afin de garantir qu'il ne conduise pas à des restrictions de la concurrence qui seraient injustifiées ou disproportionnées. L'Autorité a en particulier préconisé de limiter les restrictions à l'exportation parallèle aux seuls médicaments d'intérêt thérapeutique majeur, d'assouplir les modalités d'établissement de la liste des médicaments interdits d'exportation en raison d'une situation de rupture d'approvisionnement et de faire prendre en charge la centralisation de l'information relative aux pénuries par les pouvoirs publics et non par les laboratoires pharmaceutiques eux-mêmes.

Avis relatif au commerce en ligne de médicaments (12-A-23 du 13 décembre 2012)

Saisie par le gouvernement sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce à la fin de l'année 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu, dans un délai très bref, l'avis 12-A-23 relatif aux projets d'ordonnance et de décret transposant en droit interne la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés.

L'article 85 *quarter* de la directive 2011/62/UE impose aux États membres de permettre la vente à distance au public de médicaments au moyen de services électroniques, tout en permettant l'interdiction de la vente à distance pour les médicaments soumis à prescription. C'est sur cette question que s'est centré l'avis rendu par l'Autorité. Celle-ci est importante pour les consommateurs : le segment des médicaments en vente libre, ou de l'automédication, représente aujourd'hui

un poids non négligeable au sein du secteur du médicament (estimé à plus de 2 milliards d'euros et à une progression de 4,7% en 2012).

Dans son avis, l'Autorité a constaté que les projets de textes qui lui étaient soumis envisageaient de soumettre la création d'un site de commerce en ligne par un pharmacien à un simple régime de déclaration préalable. Ce choix est apparu opportun dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la concurrence entre officines, tout en permettant un contrôle des sites de vente en ligne par les autorités de santé et ordinaires compétentes. Tout système de contrôle plus contraignant pour la création de sites de vente en ligne de médicaments aurait dû être précisément justifié par des considérations de santé publique et de sécurité sanitaire, alors même que celles-ci semblent déjà être prises en compte par l'obligation faite au gestionnaire du site Internet de disposer au préalable d'une autorisation de vente dans une officine «en dur».

L'Autorité s'est interrogée en particulier sur les dispositions des projets de textes concernant, d'abord, l'obligation faite aux opérateurs vendant en ligne des médicaments de le faire à partir d'une officine régulièrement autorisée en France, ensuite, la limitation du champ de la vente en ligne aux seuls médicaments dits «de médecine officinale» et, enfin, l'obligation de pratiquer le commerce électronique dans le respect du Code de déontologie et des bonnes pratiques.

Sur l'obligation d'opérer à partir d'une officine autorisée en France

La directive 2011/62/UE permet la vente en ligne de médicaments par toute personne physique ou morale habilitée à vendre des médicaments au public dans l'État membre dans lequel elle est installée. Le droit de l'Union européenne s'oppose donc à une réglementation réservant la vente en ligne de médicaments en France aux seules officines installées en France.

Or, l'Autorité a constaté que la rédaction des deux textes qui lui avaient été soumis pour avis ne permettait pas de déterminer avec un degré suffisant de certitude dans quelle mesure et à quelles conditions des opérateurs légalement établis dans d'autres États membres étaient autorisés à développer une activité de vente en ligne de médicaments dirigée vers le territoire français.

Elle a donc proposé que les deux projets soient complétés par des dispositions spécifiques évoquant le cas des opérateurs de sites Internet de vente de médicaments en ligne légalement établis dans d'autres États membres de l'Union européenne et indiquant à quelles conditions ils peuvent vendre des produits à des patients résidant sur le territoire français.

Sur la limitation du champ de la vente en ligne aux seuls médicaments dits «de médecine officinale»

En droit interne, les médicaments doivent être stockés derrière le comptoir et délivrés par le pharmacien aux clients. Par exception, les pharmaciens peuvent rendre directement accessibles certains médicaments dits «de médecine officinale» (médicaments que le pharmacien est autorisé à présenter en accès direct au

Pratique de l'Autorité de la concurrence

public, c'est-à-dire avant le comptoir de l'officine). La liste de ces médicaments en accès direct est établie par le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). L'inscription sur cette liste d'une spécialité se fait uniquement sur demande du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou de la personne ayant effectué l'enregistrement. De plus, pour être inscrit, un médicament donné doit respecter plusieurs conditions relatives à la santé publique.

Sur cette question, l'Autorité a constaté que le projet d'ordonnance, s'il était interprété à la lettre, interdirait aux pharmaciens de vendre sur Internet tous les produits qui ne sont pas des médicaments de médecine officinale et ne sont pas soumis à prescription (lait pour bébés, produits de parapharmacie, etc.). Or, une telle restriction apparaît excessive et injustifiée.

L'Autorité a donc suggéré de modifier la rédaction du projet d'ordonnance en revenant à la distinction établie par la directive 2011/62/UE entre les médicaments soumis à prescription et ceux qui ne le sont pas.

Par ailleurs, elle a relevé qu'un médicament ne peut être inscrit sur la liste des médicaments en accès direct publiée par l'ANSM que si le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou de l'enregistrement en fait la demande. Ainsi, ce sont les laboratoires fournisseurs qui décident si leurs spécialités peuvent être délivrées en accès direct par les pharmaciens. Dès lors, les producteurs de médicaments peuvent très facilement empêcher le commerce de leurs produits en ligne en ne demandant pas l'inscription de ces derniers.

L'Autorité a proposé la modification du projet d'ordonnance sur ce point, afin de permettre aux pharmaciens de commercialiser sur Internet l'ensemble des médicaments non soumis à prescription, tout en laissant la possibilité aux autorités sanitaires d'interdire au cas par cas, et pour des raisons objectives de santé publique, la vente en ligne de certains médicaments précisément désignés.

Sur l'obligation de pratiquer le commerce électronique dans le respect du Code de déontologie et des bonnes pratiques

Examinant enfin l'obligation faite aux pharmaciens de pratiquer le commerce électronique dans le respect de leur Code de déontologie et des bonnes pratiques du secteur, l'Autorité a relevé que ces dernières ne lui avaient pas été présentées dans la saisine.

Étant donné la richesse des règles de déontologie qui s'imposent déjà aux pharmaciens d'officine, elle s'est interrogée sur ce que pourrait être la valeur ajoutée apportée par de bonnes pratiques. Elle a aussi noté que ces bonnes pratiques, dont le non-respect peut entraîner des amendes pénales pouvant atteindre 30 000 euros, pourraient, en fonction de leur rédaction, influencer fortement l'exercice de la concurrence par les sites de vente en ligne de médicaments.

L'Autorité a donc souligné que les bonnes pratiques ne devront pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la stricte transposition à la vente en ligne des principes déjà présents dans le Code de déontologie des pharmaciens. Ces règles

ne devront pas non plus avoir pour effet de limiter les possibilités de concurrence par les prix entre les différents sites de vente en ligne de médicaments.

En conclusion de son analyse, l'Autorité a invité les pouvoirs publics à modifier le projet d'ordonnance afin de clarifier l'objectif recherché par ce texte, d'une part, et à la ressaisir si les règles issues des bonnes pratiques devaient avoir pour effet d'uniformiser les conditions de vente des sites de vente en ligne de médicaments, d'autre part.

Suivi de l'exécution des décisions



Suivi de l'exécution des décisions

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication) _____

311

Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____

311

Les engagements exécutés _____

311

Les engagements en cours de vérification _____

312

Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____

313

Les engagements exécutés _____

313

Les engagements en cours de vérification _____

314

Les engagements non exécutés _____

315

Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____

315

Les injonctions en cours de vérification _____

315

Les injonctions exécutées _____

315

Les injonctions décidées dans le cadre de demandes de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce) _____

316

Les mesures conservatoires en cours d'exécution _____

316

Les mesures conservatoires non exécutées _____

316

Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration _____

316

Réalisation des engagements structurels _____

316

Engagements comportementaux arrivés à échéance _____

317

Engagements révisés _____

317

Sanction pour non-réalisation des engagements pris _____

318

Suivi de l'exécution des décisions

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication)

Les dispositions de l'article L. 464-8, alinéa 6, du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, prévoient désormais que « *l'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions* », alors que cette fonction était auparavant dévolue au ministre chargé de l'Économie.

Les décisions dont le suivi incombe à l'Autorité comprennent les décisions qui acceptent et rendent obligatoires les engagements souscrits par les entreprises dans le cadre des procédures prévues au I et au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce et les décisions de fond ou de mesures conservatoires prononçant des injonctions de faire ou de ne pas faire afin de mettre un terme à la commission de l'infraction.

En vertu de l'article L. 464-3 du Code de commerce : « *Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2.* »

Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les engagements exécutés

Décision 10-D-27 du 15 septembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber.

La mise en œuvre de ces engagements qui portent, pour les uns, sur les conventions de prestations de services et, pour les autres, sur le Contrat performance

et responsabilité Michelin (CPRM) est en cours. Ils restent en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015.

Décision 10-D-29 du 27 septembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Éco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques.

La mise en œuvre de ces engagements est très avancée. Éco-Emballages doit fournir les résultats des contrôles des opérations de recyclage pendant trois ans.

Décision 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.

Ces engagements sont mis à exécution et resteront en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013.

Décision 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels.

Les restitutions produites dans le cadre de la mise en œuvre des cinq engagements apparaissent conformes à ce qui est attendu. Les engagements n°s 3 et 4 (audit des clés d'allocation et de la comptabilité analytique et restitution annuelle des coûts de Météo France à l'Autorité) doivent être mis en œuvre pendant cinq ans.

Décision 12-D-16 du 12 juillet 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de la presse.

Presstalis a informé les dépositaires de presse liés par contrat avec elle, des engagements souscrits qui modifient l'application du contrat de dépositaire Presstalis.

Ont également été exécutés les engagements contenus dans les décisions **09-D-08 du 16 février 2009** relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'autoroute dans le secteur du dépannage-remorquage sur autoroutes, **10-D-01 du 11 janvier 2010** relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, **11-D-08 du 27 avril 2011** relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv'Kadéos, **11-D-18 du 15 décembre 2011** relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon et **11-D-20 du 16 décembre 2011** relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire.

Les engagements en cours de vérification

Décision 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires.

Les engagements sont en cours d'exécution. La mise en œuvre par le Groupement des cartes bancaires de la modification du mode de calcul du taux interbancaire des cartes en opposition (TICO) est en cours.

Décision 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux (prélèvement, titre interbancaire de paiement, télérèglement, virement et lettre de change).

Conformément à la décision, les banques ont présenté leur cahier des charges aux fins de la réalisation d'une étude de coûts portant sur les commissions interbancaires exceptionnelles sur les prélèvements, TIP, télérèglements, virements, lettres de change relevé et billets à ordre relevé à l'Autorité de la concurrence qui l'a validé. Par ailleurs, conformément à la décision, la FBF a informé ses adhérents de ses engagements et a, dans un premier temps, réduit de 50% l'ensemble des commissions interbancaires.

Est également en cours de vérification l'exécution des engagements contenus dans les décisions **07-D-43 du 10 décembre 2007** relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France, **12-D-18¹ du 20 septembre 2012** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet et **12-D-22 du 22 novembre 2012** relative à des pratiques mises en œuvre par PagesJaunes SA.

Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les engagements exécutés

Décision 08-D-13 du 11 juin 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux.

Les sociétés Onet Services, Spid, Spid Anjou et Haute-Mayenne Services remplissent leurs engagements. L'ensemble de ces sociétés doit continuer à informer l'Autorité de l'exécution des engagements pendant une durée de cinq ans.

Décision 08-D-20 du 1^{er} octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des filiales de la société Compagnie financière et de participation Roullier.

Au titre de l'année 2012, le rapport de suivi des engagements a été transmis à l'Autorité par la société Roullier, attestant la mise en œuvre de ses engagements comportementaux (mise en conformité des pratiques, interdiction de conclure des ventes au nom et pour le compte d'un distributeur en l'absence de consignes précises de ce dernier) et structurels (système d'alerte interne avec désignation d'un interlocuteur par entité chargé d'alerter la direction générale de toute violation du droit de la concurrence). Un tel rapport de suivi annuel, élaboré par la direction générale de la société, doit être adressé à l'Autorité pendant une durée de cinq ans.

Décision 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

Les engagements pris par les sociétés SES, Lacroix Signalisation, Signature, Signaux Girod et Sodilor sont en cours d'exécution.

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

Décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

Les sociétés exécutent leurs engagements.

Décision 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

Ces sociétés ont respecté leurs engagements. Elles adressent régulièrement à l'Autorité un rapport de l'exécution de leurs engagements.

Les engagements en cours de vérification

Décision 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Les engagements pris par le GIE « Exploitation des carrières », les sociétés Allen-Mahé SARL, Atelier Fer SARL, Guibert Frères SARL et SSPT SA sont les suivants :

- organiser l'accès des tiers à la production de la carrière du Fauteuil, sur des bases objectives, transparentes et non discriminatoires,
- organiser l'accès des tiers à l'activité de concassage et de production d'enrobés,
- modifier les modalités de soumission aux appels d'offres de travaux publics.

La mise en œuvre de ces engagements est en cours de vérification.

Décision 12-D-09² du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

Les sociétés Grain Millers GmbH & CO, Mills United Hovestadt & Münstermann GmbH & CO, Emil Stenzel GmbH & CO et Heyl GmbH & CO ont proposé des engagements consistant à :

- mettre en place un programme de conformité,
- préciser les modalités de participation du groupe Grain Millers aux associations professionnelles,
- mettre en place un contrôle interne,
- faire procéder à un audit concurrence.

Une formation en droit de la concurrence a été dispensée aux salariés, ainsi que des rappels de prohibition de contacts avec les meuniers concurrents. Les engagements sont mis en œuvre.

Décision 12-D-10³ du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats.

2. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

3. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

Les sociétés NPPF et Nestlé SA ont pris des engagements consistant en la mise en place :

- de mesures d'information, de formation et de sensibilisation de son personnel aux règles de concurrence,
- de dispositifs de contrôle et d'équipes de soutien,
- d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Les sociétés Royal Canin et mars Incorporated se sont engagées à améliorer les programmes de conformité aux règles de concurrence déjà en place en prévoyant notamment :

- des mesures d'information, de formation et de sensibilisation de leur personnel concerné aux règles de concurrence,
- la mise en place de dispositifs de contrôle et l'identification d'équipes de soutien,
- la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

L'ensemble de ces engagements est en cours d'exécution.

Les engagements non exécutés

En 2012, l'Autorité de la concurrence n'a pas eu à connaître de procédure de non-respect d'engagements.

Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les injonctions en cours de vérification

Décision 12-D-23⁴ du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema.

Décision 12-D-24⁵ du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine.

Les injonctions exécutées

Décision 12-D-08⁶ du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives. L'APEF a justifié de l'exécution de l'injonction prononcée à son encontre par lettre du 5 juillet 2012.

4. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

5. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

6. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

Les injonctions décidées dans le cadre de demandes de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce)

Les mesures conservatoires en cours d'exécution

L'Autorité de la concurrence n'a pas prononcé de mesures conservatoires en 2012.

Les mesures conservatoires non exécutées

Se reporter *supra* : « L'examen du respect des injonctions ».

Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration

Conformément au III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, l'Autorité assure le suivi des engagements pris devant elle dans le cadre du contrôle des concentrations ainsi que des engagements pris au cours des années antérieures (avant le 1^{er} mars 2009) devant le ministre de l'Économie et des Finances. Cette activité englobe notamment l'agrément des mandataires chargés du suivi de la mise en œuvre des engagements comportementaux et des mandataires chargés des cessions d'actifs, l'étude des rapports envoyés par ces mêmes mandataires, et l'instruction des demandes de modification des engagements.

Début 2012, quinze décisions dans lesquelles des engagements avaient été pris devant le ministre faisaient toujours l'objet d'un suivi. S'y ajoutaient seize décisions d'autorisations prises par l'Autorité depuis sa création pour lesquelles les engagements étaient encore en cours d'exécution (trois en 2009, six en 2010, sept en 2011). En 2012, l'Autorité de la concurrence a autorisé dix opérations de concentration sous réserve du respect d'engagements et une opération assortie d'injonctions.

Les points suivants peuvent être notés en ce qui concerne la réalisation et le suivi de ces engagements.

Réalisation des engagements structurels

En ce qui concerne la réalisation des cessions d'actifs, le groupe Agrial a cédé deux usines cidriques, l'une à Condé-sur-Vire (50) et l'autre à Cahagnes (14), en application de la décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011.

Les cessions prévues en application de la décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la fusion de Veolia et Transdev ont été réalisées partiellement en 2012, deux sociétés opérant dans le secteur du transport interurbain ayant été cédées : dans le Var, les actifs de la société Les Lignes du Var ont été cédés à la société Beltrame le 29 juin 2012 ; la cession des actifs de la société Les Rapides du

Suivi de l'exécution des décisions

Val de Loire en Eure-et-Loir et en Loir-et-Cher, respectivement à la société Cars Simplon et à la société Hervé/Réunir Grand Ouest, a été réalisée le 13 février 2012.

Par ailleurs, les collectivités locales de Saint-Pierre-des-Corps et Montceau-les-Mines ont utilisé la possibilité de résiliation anticipée du contrat de délégation de service de production et de distribution de chaleur qui les liait à des filiales de Ne Varietur, possibilité qui leur avait été ouverte par les engagements pris par GDF Suez dans le cadre de la décision relative à son acquisition de Ne Varietur (décision 11-DCC-34 du 25 février 2011, GDF Suez/Ne Varietur). De même, la société Énergie Meaux Exploitation, filiale de Coriance, titulaire de la délégation de service public du réseau de chaleur de la ville de Meaux, a utilisé le droit unilatéral de résiliation du contrat d'exploitation conclu avec la société Socram qui lui avait été ouvert par la même décision.

De plus, les modifications statutaires auxquelles s'était engagée la coopérative Agrial sont également intervenues en 2012 (décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, Agrial/Elle & Vire) et, conformément aux engagements pris dans la décision **12-DCC-42** relative à la fusion des coopératives Champagne Céréales et Nouricia, les liens qui les unissaient à la coopérative EMC2 dans Séveal Union ont été dissous.

Engagements comportementaux arrivés à échéance

Les engagements suivis dans plusieurs affaires sont arrivés à échéance : l'Autorité a constaté la fin du délai prévu pour les engagements pris par les parties lors de la concentration Experian/ATOS sur le marché du traitement de chèques (Lettre min. éco., C2003-13 du 10 septembre 2003) ainsi que ceux pris dans le secteur de la presse de petites annonces en 2007 (Lettre min. éco., C2007-19, 10 septembre 2007, Spir/Schibsted). De même, les injonctions prononcées par le ministre lors du rachat d'entrepositaires grossistes de boissons par le Groupe Heineken (Lettre min. éco., C2004-120, 25 mai 2005, Heineken) sont arrivées à expiration. Enfin, les engagements pris dans la décision (Lettre min. éco., C2007-127, 7 décembre 2007) relative à l'acquisition par la société GHM du Pôle Sud de Lagardère sont devenus sans objet du fait d'une liquidation judiciaire amenant l'acquéreur à cesser ses activités dans le champ de l'engagement.

Engagements révisés

L'Autorité a également constaté que le contexte économique difficile depuis 2009 rendait la réalisation de certains engagements de cession d'actifs plus difficile. Elle a ainsi accordé une prolongation de délai à la cession d'actifs dans les secteurs de la distribution de détail de vêtements, de produits électroménagers ou de carburant dans les DOM (Lettre min. éco., C2008-004, 13 février 2008, Vivarte/DéfiMode, décision 11-DCC-87, 10 juin 2011, Media Concorde/HTM multicanal Group, décision 11-DCC-102 du 30 juin 2011, Rubis/Chevron). Le constat

de conditions de marché fortement dégradées a également conduit l'Autorité à autoriser le report d'un engagement d'extension de surface dédiée aux foires et salons, pris devant le ministre (Lettre min. éco., C2007-14, 13 novembre 2007, CCIP/Unibail). De même, les difficultés financières rencontrées par la société Novatrans ont conduit l'Autorité à suspendre les délais de réalisation des engagements relatifs à la création d'une société de gestion de terminaux déposés par la société Transport logistiques Partenaires (ci-après « TLP »), filiale du groupe SNCF, à l'occasion de la prise de contrôle exclusif de Novatrans (décision 09-DCC-54, 16 octobre 2009).

Les profonds bouleversements qu'a connus le marché de la presse quotidienne économique et financière, et notamment la disparition de la version imprimée quotidienne de *La Tribune*, ont par ailleurs justifié la levée des engagements pris par LVMH devant le ministre (Lettre min. éco., C2007-97, 19 décembre 2007, LVMH-*Les Échos*) en ce qui concerne la commercialisation d'offres de publicité financière dans le quotidien *Les Échos* et l'hebdomadaire *Investir*.

D'autres demandes de révision ont été instruites par l'Autorité en 2012. Certains engagements ont connu des difficultés de réalisation indépendantes du contexte économique. En effet, la mise en œuvre de certains remèdes structurels s'est heurtée à l'opposition de tiers, coactionnaires des actifs à céder, donneurs d'ordres ou coexécutants des contrats à transférer ou propriétaires des murs. À la Martinique, la supérette finalement cédée à un commerçant indépendant sur la zone du Lorrain en application des engagements pris dans la décision 10-DCC-25 du 19 mars 2010 relative à l'acquisition par la société H Distribution d'actifs du groupe Louis Delhaize a été substituée à celle initialement prévue du fait des demandes du bailleur. Les engagements de cession d'actifs dans le secteur du transport urbain prévus dans la décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la fusion Veolia/Transdev ont été révisés, conformément à la provision faite en ce sens dans les engagements pris, en raison de l'opposition des autorités organisatrices de transport à la cession des contrats détenus par les filiales de la nouvelle entité.

Enfin, l'Autorité a constaté que, dans la mesure où une grande surface de bricolage avait changé de propriétaire dans la zone de Mende (09), la cession initialement prévue d'un magasin Mr Bricolage dans cette zone n'était plus justifiée (décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à l'acquisition de la société Passerelle par la société Mr Bricolage).

Sanction pour non-réalisation des engagements pris

Ce suivi attentif de l'Autorité et les éventuelles plaintes reçues de tiers peuvent conduire à l'ouverture, sur saisine ministérielle ou saisine d'office de l'Autorité, d'une procédure en application du IV de l'article L. 430-8 relatif au non-respect des engagements et injonctions en matière de contrôle des concentrations. Une telle procédure, ouverte en mars 2011 à l'initiative de l'Autorité, s'est conclue par la sanction du Groupe Bigard pour le non-respect d'un engagement qu'il avait

Suivi de l'exécution des décisions

souscrit devant le ministre en février 2009 lors du rachat de la société Socopa (Lettre min. éco., C 2008-100, 17 février 2009). Dans sa décision **12-D-15 du 9 juillet 2012**, l'Autorité a constaté que le Groupe Bigard avait mis en œuvre diverses pratiques visant à retirer toute efficacité à l'engagement qu'il avait pris de signer un contrat de licence de marque, censé animer la concurrence tant sur le marché de la transformation de la viande que dans les linéaires de la grande distribution. Ces comportements graves, mis en place à une grande échelle, par un opérateur expérimenté du secteur, et ce malgré les avertissements répétés du mandataire chargé du suivi de l'exécution des engagements, ont conduit l'Autorité à prononcer une sanction de un million d'euros à l'encontre du Groupe Bigard.

* * *

Au total, au 31 décembre 2012, onze décisions dans lesquelles des engagements ont été pris devant le ministre faisaient encore l'objet d'un suivi, auxquelles il convient d'ajouter vingt et une opérations autorisées par l'Autorité depuis sa création et pour lesquelles les engagements sont encore en cours d'exécution (trois pour 2009, trois pour 2010, cinq pour 2011 et dix pour 2012).

Les engagements en cours de vérification

Affaire	Date de la décision/date de fin des engagements	Parties	Résumé des engagements
C2000-189*	12/12/00 sans durée	EDF-Vivendi/ Dalkia	Structurels : cessions de participations. Comportementaux : non-communication d'information, organisation d'appels d'offres.
C2001-77*	21/02/01 sans durée	Gaumont/Pathé	Structurels : cession d'un multiplexe, cessation d'accords de programmation, séparation de la gestion des salles. Comportementaux : interdiction des exclusivités et des clauses de garantie de copies.
C2001-107*	04/08/01 sans durée	Mediapost/ Delta Diffusion	Structurels : sortie des zones urbaines pour la distribution des PNA. Comportementaux : ouverture de bases de données PNA aux tiers; approbation de la grille tarifaire PNA par l'Autorité.
C2003-173*	7/11/03	Carrefour/Treff	Structurel : engagement de cession.
C2004-114*	21/02/05 sans durée	Boiron/Dolisos	Comportementaux : engagements de commercialisation de MNC; maintien des livraisons; engagements de non-couplage.
C2005-98*	10/11/05	Carrefour/ Penny Market	Structurel : engagement de cession.
C2007-14*	13/11/07 2026	Chambre de commerce et d'industrie de Paris et la société Unibail	Comportementaux : encadrement de l'augmentation des loyers sur les sites gérés, de la durée des réservations des salons et de l'occupation des sites par les salons organisés par les parties. Structurels : extension des surfaces couvertes à Paris Nord.
C2007-127*	13/02/08	Vivarte/Défimode	Structurels : engagement de cessions.
C2007-181*	15/04/08 avril 2013	SFR/Neuf	Comportementaux : offre aux FAI des chaînes distribuées par SFR; pas d'acquisition par SFR de droits exclusifs de distribution.
C2008-39*	16/07/08 sans durée	Geny Infos et le GIE PMU	Comportemental : accès à la base Infocentre.
C2008-100*	17/02/09 février 2014	Bigard/Socopa	Structurels : cession de trois sites industriels. Comportementaux : conclusion d'un accord de licence exclusive sur la marque Valtero, interdiction de pratiquer des remises de gamme.
09-DCC-16	22/06/09 juin 2014	Banque populaire et Caisse d'épargne	Comportementaux : maintien de structures d'exploitation distinctes, des marques et des enseignes pour les trois réseaux de la Réunion. Structurels : engagement de cession d'un actif en cas de non-respect des engagements comportementaux.
09-DCC-54	16/10/09 septembre 2014	SNCF/Novatrans	Comportementaux : appels d'offres pour la traction des trains, création de sociétés d'exploitation communes des terminaux; accès transparent et non discriminatoire de l'offre à tous les transporteurs routiers.
09-DCC-67	23/11/09 novembre 2014	LDC Arrivé	Comportemental : interdiction de couplage.
10-DCC-11	26/01/10 janvier 2015	TF1/TMC/NT1	Comportementaux : fluidité de l'accès aux droits de diffusion pour les tiers; limitation des rediffusions sur TMC/NT1 des programmes diffusés sur TF1; pas de promotion des programmes de TMC et NT1 sur TF1; non-couplage des publicités et autonomie des régies publicitaires.
10-DCC-51	28/05/10 2030	Tereos/Société sucrière du Quartier français	Structurels : cession de la société Mascarin. Comportemental : approvisionnement en sucre du repreneur.

Suivi de l'exécution des décisions

Affaire	Date de la décision/date de fin des engagements	Parties	Résumé des engagements
10-DCC-198	30/12/10 2017	Veolia-Transdev (Caisse des dépôts et consignations)	Structurels : cession d'actifs sur les marchés urbains et interurbains. Comportementaux : limitation du développement sur le marché du transport interurbain de Haute-Savoie, constitution d'un fonds d'animation de la concurrence pour les appels d'offres de transport urbain.
11-DCC-87	10/06/11	Media Concorde/ HTM	Structurels : engagement de cessions.
11-DCC-102	30/06/11	RUBIS-CHEVRON	Structurels : engagement de cessions.
11-DCC-114	12/07/11 juillet 2016	BFCM/ Est républicain	Comportementaux : pas d'harmonisation des contenus (sauf informations indifférenciées) et liberté rédactionnelle, séparation des rédactions, maintien de la diffusion des titres acquis.
11-DCC-134	02/09/11 septembre 2014	CORA-GBH	Comportementaux : interdiction des exclusivités avec les fournisseurs, non-discrimination dans l'allocation des budgets de coopération commerciale.
11-DCC-187	13/12/11 sans durée	Cofepp/Quartier français Spiritueux	Structurels : cession d'actifs. Comportementaux : livraison de volumes de rhum.
12-DCC-20	07/02/12 décembre 2015/2018	Électricité de Strasbourg/ Enerest	Comportemental : commercialisation séparée des offres gaz et électricité.
12-DCC-41	23/03/12	Point P/ Brossette SAS	Structurels : cessions d'actifs.
12-DCC-48	06/04/12	ITM/Sofides	Structurels : cessions d'actifs.
12-DCC-57	04/05/12	ITM A Nord/ Tilguit, Luvidan et Vanlube	Structurels : cessions d'actifs.
12-DCC-58	04/05/12	ITMA Nord/ Financière RSV	Structurels : cessions d'actifs.
12-DCC-59	04/05/12	Groupe Parfait/ Leclerc Lamentin	Structurel : réduction de surface d'un magasin.
12-DCC-100	23/07/12 juillet 2017	GCP Vivendi/TPS	Comportementaux : limitation des exclusivités et couplage lors des achats de droits de diffusion cinématographiques, nomination d'administrateurs indépendants dans OCS, encadrement des conditions de reprise des chaînes indépendantes, mise à disposition des chaînes de cinéma, limitation des exclusivités et couplage lors des achats de droits V&D et V&DA et la distribution d'offres non linéaires.
12-DCC-101	23/07/12	GCP Vivendi/ Direct 8 et Direct Star	Comportementaux : encadrement du volume d'achats simultanés de droits de diffusion pour la télévision payante et gratuite, séparation des équipes d'acheteurs.
12-DCC-129	05/09/12	SNCF/Keolis	Comportementaux : exclusion d'Effia des appels d'offres portant sur l'évaluation de la qualité des prestations des concurrents, garantie d'accès des opérateurs de transport public routier de voyageurs aux informations relatives aux correspondances, aux horaires prévisionnels, aux modifications d'horaires et aux services en gare sur le domaine géré par la SNCF.
12-DCC-154	07/11/12	Eurotunnel/ Sea France	Comportementaux : engagement de non-couplage entre les prestations de transport transmanche par navette ferroviaire et par ferry, accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires.

* Décisions ministérielles avant l'entrée en vigueur de la réforme (2 mars 2009), laquelle a transféré le contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence.

La procédure de mise en œuvre du III de l'article L. 430-8

Par une décision en date du 21 décembre 2012 portant sur la demande d'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence 11-D-12 du 20 septembre 2011, le Conseil d'État s'est prononcé sur la régularité de la procédure de contrôle du respect des engagements souscrits par des parties à une opération de concentration économique. Il a notamment examiné cette procédure au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « l'article 6 de la CESDH »).

S'agissant du droit à un procès équitable, le Conseil d'État a rappelé que, compte tenu du fait que les sanctions infligées au titre du IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce peuvent faire l'objet d'un recours en plein contentieux devant lui, le fait que la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, laquelle n'est pas une juridiction au sens du droit interne, ne soit pas totalement conforme aux prescriptions de l'article 6 de la CESDH n'est pas incompatible avec la tenue d'un procès équitable.

Le Conseil d'État a ainsi estimé que la faculté d'autosaisine dont dispose l'Autorité de la concurrence avec l'article L. 462-5 du Code de commerce est suffisamment encadrée en ce que l'instruction est menée dans le respect des droits de la défense, sous l'autorité du rapporteur général, qui dirige les services d'instruction, désigne les rapporteurs, notifie le rapport établi par les rapporteurs aux parties et ne prend pas part à la décision. Enfin, les dispositions de l'article L. 461-4 du Code de commerce garantissent l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions. Par ailleurs, le Conseil d'État a précisé que la formulation de la décision 09-SO-01 du 28 octobre 2009, identique au libellé du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, ne saurait traduire un préjugement de l'Autorité de la concurrence sur le respect des engagements souscrits dans la décision du 30 août 2006.

Par conséquent, le Conseil d'État a estimé que l'Autorité de la concurrence s'était saisie d'office et avait rendu un délibéré sans avoir méconnu le principe d'impartialité. À cet égard, le Conseil d'État a précisé que ni le fait que plusieurs personnes aient participé à la décision d'autosaisine et au délibéré de la décision attaquée ni celui qu'un même rapporteur ait instruit l'autosaisine puis la saisine, ne sont de nature à entacher la décision d'irrégularité.

S'agissant de l'organisation des services d'instruction, le fait que le président de l'Autorité de la concurrence intervienne dans la nomination du rapporteur général et des rapporteurs ne saurait remettre en cause les garanties d'indépendance requises par leurs fonctions : le rapporteur général est nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis du collège de l'Autorité de la concurrence, et les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs sont nommés par le rapporteur général. En outre, le rapporteur général, les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs n'assistent pas au délibéré.

Suivi de l'exécution des décisions

S'agissant enfin des conditions dans lesquelles l'Autorité a exercé son pouvoir de sanction, elles ne sont pas en contravention avec l'article 6 de la CESDH dès lors que ce pouvoir, attribué par la loi à une autorité administrative, est organisé de sorte que les droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision sont respectés. À cet égard, le Conseil d'État a précisé que l'avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 ne s'apparentait pas à un préjugement du respect des engagements souscrits par GCP dans la décision du 30 août 2006, et que le fait que plusieurs personnes aient participé au délibéré de l'avis 06-A-13 et de la décision du 20 septembre 2011 n'était pas contraire au principe d'impartialité posé par l'article 6 de la CESDH. Il en est de même s'agissant du fait que le rapporteur général adjoint de l'Autorité, dont le rapport oral a été entendu par le collège avant le délibéré de la décision du 20 septembre 2011, ait occupé en 2006 les fonctions de chef du bureau de la concurrence au ministère de l'Économie.

Jurisprudence des juridictions de contrôle



Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris	329
Sur la procédure	329
Sur la prescription	329
Sur la saisine de l'Autorité	331
Sur la procédure suivie devant l'Autorité	332
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel	342
Sur le fond	343
Sur la définition du marché pertinent	343
Sur les pratiques d'entente	344
Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique	349
Sur l'application du droit de l'Union	349
Sur l'affectation du commerce entre États membres	349
Sur l'imputabilité des pratiques	351
Sur les sanctions	355
Sur la loi applicable	355
Sur la détermination des sanctions	355
Jurisprudence de la Cour de cassation	364
Sur la procédure	364
Sur la prescription	364
Sur la procédure suivie devant l'Autorité	364
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel	366
Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation	367
Sur l'applicabilité du droit de l'Union	368

Sur les sanctions	369
Sur la constitutionnalité du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce	369
Sur la détermination des sanctions	370
Jurisprudence du Conseil d'État	372
Sur l'application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (réalisation d'une opération en l'absence de notification)	372
Sur la régularité de la procédure	373
Sur le bien-fondé de la décision attaquée	374
Sur l'application des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration)	376
Sur le caractère contradictoire de la procédure	376
Sur la consultation des tiers	377
Sur le respect du principe d'impartialité	377
Sur l'analyse concurrentielle	378
Sur le caractère proportionné des injonctions prononcées par l'Autorité	379
Jurisprudence du Conseil constitutionnel	379
Sur le respect des principes d'indépendance et d'impartialité	380
Sur le respect de la liberté d'entreprendre	380

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Sur la procédure

Sur la prescription

Sur l'application du régime de prescription décennale prévu par l'article L. 462-7, 3^e alinéa du Code de commerce

Dans l'arrêt du 11 octobre 2012¹, **Entreprise H. Chevalier Nord**, la cour d'appel a jugé que si l'article L. 462-7, 3^e alinéa du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008, dispose que la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité ait statué sur celle-ci, il n'en demeure pas moins que les nouvelles lois de procédure ne peuvent priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur. La cour a rappelé que, conformément à ce principe, les dispositions transitoires fixées par le II et le III de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 prévoient, d'une part, que la validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris, et, d'autre part, que l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuit selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date. La cour a relevé que, en l'espèce, la notification des griefs ayant été adressée aux entreprises poursuivies antérieurement à la première réunion de l'Autorité, la prescription décennale prévue par l'article L. 462-7 du Code de commerce n'était

1. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

pas applicable aux pratiques concernées, lesquelles restaient soumises, de manière distributive, à la prescription triennale pour la période antérieure au 6 novembre 2004, et quinquennale à compter de cette date (*cf.* décision 11-D-02).

Sur l'interruption de la prescription

Dans **l'arrêt du 11 octobre 2012²**, **Entreprise H. Chevalier Nord**, la cour a considéré que la règle en vertu de laquelle les actes interruptifs de prescription de l'action publique sont interruptifs devant l'Autorité de la concurrence trouve à s'appliquer même lorsque aucune disposition ne le rappelle expressément, dans la mesure où l'élément matériel du délit pénal prévu par l'article L. 420-6 du Code de commerce – qui réprime 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 du même Code – est défini par renvoi aux dispositions de ces articles. Il s'en excipe que les actes interruptifs de la prescription de l'action publique exercée en application de l'article L. 420-6 interrompent également la prescription de l'action devant l'Autorité sur les mêmes faits. La cour a ainsi considéré, en l'espèce, que les actes interruptifs de prescription dans le cadre de la procédure pénale pour information judiciaire ouverte le 24 septembre 2001 devant le tribunal de grande instance de Rouen à l'encontre de certaines des entreprises parties à la procédure devant l'Autorité de la concurrence, sont également interruptifs de la prescription dans la présente affaire.

La cour a précisé que, comme l'avait relevé la décision, un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne concerne que certaines des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité. La cour a constaté l'existence d'un tel lien en l'espèce et jugé que c'est à bon droit que l'Autorité a retenu que la prescription avait été interrompue à l'encontre de l'ensemble des sociétés destinataires de la notification des griefs et pour l'ensemble des faits visés par cette dernière (*cf.* décision 11-D-02).

Sur le point de départ de la prescription

Dans **l'arrêt du 29 mars 2012³**, **Aximum**, la cour a jugé que dans la mesure où la pratique d'entente en cause est une infraction continue – les fabricants de panneaux de signalisation routière sanctionnés ayant participé à des réunions très régulières afin de se répartir divers marchés publics jusqu'en 2006 – la prescription n'a commencé à courir qu'à partir du jour où l'activité litigieuse a pris fin. La cour a ainsi écarté l'argumentation de la requérante selon laquelle l'acte introductif d'instance de la procédure pénale dans laquelle la requérante a, parallèlement à la

2. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

3. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

procédure devant l'Autorité, été mise en cause, aurait interrompu la prescription devant l'Autorité, ce qui aurait entraîné, en vertu de l'application du principe de prescription quinquennale, la prescription des faits antérieurs au 2 février 2003 (*cf.* décision 10-D-39).

Sur la saisine de l'Autorité

Sur la régularité de la saisine d'office

Dans l'**arrêt Beauté International du 26 janvier 2012**⁴, la cour a écarté les moyens par lesquels certaines des requérantes soutenaient que le Conseil avait outrepassé le champ de sa saisine d'office du 21 octobre 1998 en s'estimant saisi «*ratione materiae*» de pratiques mises en œuvre sur le marché des cosmétiques de luxe, conjointement à celles mises en œuvre sur celui des parfums de luxe, alors que la décision d'autosaisine ne visait que le secteur des parfums de luxe et non celui de la «parfumerie de luxe» – qui inclut non seulement les parfums, mais également les cosmétiques de luxe. Les requérantes alléguait également que le Conseil avait outrepassé les termes de sa saisine «*ratione temporis*» en étendant ses investigations à des faits postérieurs à celle-ci sans décision formelle d'extension et contestaient que les pratiques qui leur avaient été opposées aient pu être qualifiées de pratiques continues.

La cour a rappelé que, quel que soit son mode de saisine, le Conseil (devenu «Autorité») est toujours saisi *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé qui, quoique non expressément visées dans sa saisine, ont le même objet ou le même effet. La cour a relevé qu'en l'espèce le Conseil s'est d'emblée estimé saisi de pratiques affectant le secteur des parfums et des cosmétiques de luxe. Elle a également souligné qu'en se saisissant d'office, le Conseil avait simplement décidé d'engager une procédure dans l'intérêt général sans aucun préjugé, cette décision ayant eu pour simple effet d'ouvrir une phase d'examen d'opportunité des poursuites et ne valant donc pas acte d'accusation au sens répressif du terme.

La cour a également rappelé que le Conseil, saisi *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement du marché des parfums et cosmétiques de luxe, pouvait à bon droit se référer à des agissements postérieurs à la date de l'acte de saisine en démontrant la persistance de pratiques caractérisant la volonté anticoncurrentielle des opérateurs économiques concernés – c'est-à-dire des pratiques continues au sens de la jurisprudence – et, partant, la réalité de faits rapprochés dans le temps permettant d'admettre raisonnablement que l'infraction avait persisté sans interruption, entre deux dates précises, ce qui était le cas en l'espèce (*cf.* décision 06-D-04 bis).

4. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur la procédure suivie devant l'Autorité

Sur la communication de la saisine à la Commission bancaire

Dans l'**arrêt Crédit Lyonnais du 23 février 2012⁵**, la cour a considéré que la circonstance que l'Autorité n'ait pas communiqué l'acte de saisine d'office à la Commission bancaire, en vertu de l'article R. 463-9 du Code de commerce, dès la saisine elle-même, mais l'ait transmis à cette autorité administrative indépendante en même temps que la notification des griefs n'était pas constitutive d'une irrégularité. La cour a rappelé que les dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce ne précisent pas le moment auquel la saisine doit être communiquée aux autorités administratives concernées et n'impose pas que l'avis de celles-ci soit sollicité dès le stade de la saisine de l'Autorité, pour autant que cette communication soit mise en œuvre dans le respect du principe du contradictoire de la procédure devant l'Autorité (*cf.* décision 10-D-28).

Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

Sur le respect de la présomption d'innocence et du secret de l'instruction

Dans l'**arrêt Crédit Lyonnais du 23 février 2012**, la cour a rejeté les allégations des banques requérantes selon lesquelles l'annonce publique, par l'Autorité de la concurrence, dans son avis 09-A-35 du 26 juin 2009, qu'elle enquêtait sur la commission d'échange image-chèque (CEIC) et que l'issue du dossier était proche, alors que l'instruction de la décision à l'encontre de laquelle était formé le recours était encore en cours, constituait une violation du secret de l'instruction et de la présomption d'innocence.

La cour a considéré que c'est à bon droit que l'Autorité a relevé, dans la décision frappée de recours, que si l'avis du 26 juin 2009 mentionne que « *l'Autorité de la concurrence se prononcera à la fin de l'année 2009 sur la licéité des commissions inter-bancaires relatives au chèque bancaire* » (paragraphe 22 de l'avis), cette seule référence, qui ne comporte aucune indication sur l'issue du litige, la qualification des faits ou l'identité des parties mises en cause, ne constitue pas de ce chef une violation du secret de l'instruction et ne peut s'apparenter à un préjugement violent les droits des parties découlant du principe de la présomption d'innocence (*cf.* décision 10-D-28).

Sur la communication à l'Autorité, par les juridictions d'instruction et de jugement, de pièces ayant un lien direct avec les faits dont l'Autorité est saisie

Dans l'**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord du 11 octobre 2012⁶**, la cour a considéré que c'est par de justes motifs que l'Autorité a décidé qu'elle était en droit d'utiliser les procès-verbaux relatifs et consécutifs à la garde à vue des responsables des entreprises concernées dans le cadre de la procédure pénale ouverte

5. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

6. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

devant le tribunal de grande instance de Rouen, pour prouver l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, dans la mesure où l'article L. 463-5 du Code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces communiquées, ces procès-verbaux sont opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative et cette utilisation n'est pas constitutive, en elle-même, d'une atteinte au principe d'égalité des armes. La cour a également relevé que malgré le lien étroit institué par le législateur entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 du Code de commerce et les infractions au droit de la concurrence, la survie de l'action administrative n'est pas placée dans la dépendance de celle de l'action publique étant donné que les deux actions sont indépendantes et suivent leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes. Enfin, la cour a souligné que c'est à bon droit que l'Autorité avait fait application du principe issu de la jurisprudence du Conseil d'État en vertu duquel l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose aux autorités administratives qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leur décision (*cf.* décision 11-D-02).

Dans l'arrêt **Aximum du 29 mars 2012**⁷, la cour a écarté l'argumentation par laquelle la requérante soutenait que la circonstance que les services d'instruction se sont fondés sur certaines pièces issues d'un dossier pénal sans qu'elle ait été en mesure d'y accéder elle-même, dans son intégralité et dans les mêmes conditions, constitue une atteinte à ses droits de la défense⁸.

La cour a d'abord rappelé que la prérogative organisée par l'article L. 463-5 du Code de commerce qui permet à l'Autorité de demander aux juridictions d'instruction et de jugement la communication de pièces du dossier pénal ayant un lien direct avec des faits dont elle est saisie, pièces qui sont, à la suite de la notification des griefs, communiquées aux parties et soumises au débat contradictoire, ne constitue pas, par elle-même, une atteinte au principe de l'égalité des armes. La cour en déduit que ce principe n'implique pas que les entreprises qui seront poursuivies – le cas échéant à l'issue de l'enquête – disposent, au stade de l'enquête, d'une prérogative identique à celle de l'Autorité, dès lors que les sociétés mises en cause par la notification des griefs disposent d'un accès aux éléments réunis lors de l'enquête, qu'elles peuvent en débattre contradictoirement et produire toutes observations et pièces. La cour a relevé qu'en l'espèce les éléments et pièces recueillis au cours de l'enquête avaient été mis à la disposition des entreprises auxquelles les griefs étaient notifiés et qu'elles avaient ainsi été en mesure de consulter le dossier dans les conditions prévues par l'article L. 463-2 du Code de commerce, de présenter leurs moyens et de produire les documents qu'elles estimaient utiles à leur défense. La cour a également relevé que les entreprises

7. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

8. Dans un arrêt du 30 juin 2011, la cour avait rejeté la demande présentée par la société Aximum tendant à la transmission à la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité tirée du défaut de conformité à la Constitution de l'article L. 463-5 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, en ce que cette disposition aurait méconnu les principes constitutionnels des droits de la défense et du droit à un recours juridictionnel.

avaient disposé, après la notification des griefs, de la possibilité de débattre contradictoirement des conditions de la communication d'éléments issus de l'instruction pénale, de leur régularité et de leur contenu. La cour a ainsi considéré que la faculté ouverte à l'Autorité par l'article L. 463-5 du Code de commerce, alors que les entreprises «*poursuivies*» ne disposent pas de cette faculté, ne constitue pas une «*asymétrie des droits*» constitutive d'une atteinte à l'équilibre des droits des parties puisque la communication de telles pièces intervient durant la phase non contradictoire d'enquête.

Enfin, la cour a rejeté les critiques selon lesquelles auraient été communiqués, par le juge d'instruction, non seulement les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil était saisi, mais également certaines pièces nécessaires à leur exploitation, une telle communication n'étant pas de nature à constituer une violation de l'article L. 463-5 du Code de commerce (*cf.* décision 10-D-39).

Sur l'accès au dossier

Dans l'**arrêt Crédit Lyonnais du 23 février 2012**⁹, la cour a considéré qu'aucune atteinte au droit des requérantes d'accéder au dossier ne pouvait être relevée en l'espèce.

Ces dernières arguaient, en premier lieu, d'une violation de leurs droits ayant résulté de la circonstance que le sondage de prix élaboré par les services d'instruction, dont ont été extraites «*104 conditions bancaires*» accordées aux enseignes de grande distribution, avait été classé en annexe confidentielle et ne leur avait pas été remis. Les requérantes auraient ainsi été empêchées de contester, en toute connaissance de cause, la notification des griefs et, partant, privées d'un des deux tours de contradictoire organisés devant l'Autorité.

La BPCE alléguait, en second lieu, avoir constaté, lors de la consultation du dossier organisée en application de la décision de déclassement du sondage de prix, que les éléments figurant au dossier ne se limitaient pas aux réponses apportées dans le cadre du sondage de prix mais que le dossier comportait également des pièces qui n'avaient pas été portées à la connaissance des parties.

Sur le premier point, la cour a relevé qu'il n'était pas contesté que la notification des griefs avait analysé les résultats du sondage de prix effectué par les services d'instruction, alors même que les données de cette enquête étaient classées en annexe confidentielle et que, pour ce motif, les établissements mis en cause n'y avaient pas eu immédiatement accès. Toutefois, la cour a considéré que cette circonstance résultait, en l'espèce, de contraintes liées au respect, par l'Autorité, du droit des parties à la confidentialité et n'avait pas pu avoir pour effet de vicier la procédure suivie dès lors qu'elle n'avait pas concrètement porté atteinte aux droits de la défense, puisque les données en cause avaient fait l'objet de déclassements à des stades ultérieurs de la procédure, qu'elles avaient été proposées à la consultation et soumises à la contradiction des entreprises poursuivies. Plus

⁹. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

particulièrement, la cour a relevé que les banques avaient pu accéder aux données du sondage de prix, la première fois par l'intermédiaire de leurs conseils, et la seconde sans aucune restriction, et qu'elles avaient ainsi bénéficié à deux reprises du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir leurs observations et, le cas échéant, demander la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs.

Sur le second point, la cour a relevé que les pièces auxquelles BPCE fait référence sont des réponses complémentaires apportées par certaines entreprises dans le cadre du sondage de prix auquel les services d'instruction ont procédé. Ces éléments ont été analysés par l'expert désigné pour vérifier les résultats du sondage de prix dans son prérapport du 20 février 2009 et dans son rapport définitif. Contrairement à ce que soutenait la requérante, ces pièces ont été proposées à la consultation des conseils des parties en avril 2009 dans le cadre de l'accès au dossier aménagé visant à préserver la protection du secret des affaires et le respect des droits de la défense et ont ensuite été rendues accessibles sans restriction aux parties. La cour a relevé, *in fine*, que l'Autorité de la concurrence avait renvoyé le dossier à l'instruction afin de permettre aux parties d'accéder à l'intégralité des données couvertes par les décisions de classement, d'une part, et, d'autre part, de produire d'ultimes observations écrites (*cf.* décision 10-D-28).

Dans l'**arrêt Aximum du 29 mars 2012**¹⁰, la cour a rejeté les allégations de la société Aximum relatives à l'existence d'une atteinte à ses droits de la défense résultant de la circonstance qu'elle n'aurait pas été en mesure d'accéder, pendant la procédure, à des pièces restées en possession de sa filiale SES, avec laquelle elle n'avait plus aucun lien capitalistique au moment de la notification des griefs. La cour a validé, en l'espèce, l'approche de l'Autorité qui avait relevé que la société Aximum avait, en réalité, disposé de toute latitude pour puiser dans sa propre documentation des éléments relatifs à sa filiale (*cf.* décision 10-D-39).

Sur la loyauté dans l'administration de la preuve

Dans l'**arrêt Philips du 16 février 2012**, la cour a rappelé, sur le fondement des articles 9 du Code de procédure civile, 6 § 1 de la CESDH et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve que, sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité et que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve. La cour a également rappelé que le principe de loyauté s'applique en tout domaine. Elle en a déduit que le juge ne peut forger sa conviction à l'aide d'éléments directement ou indirectement tirés d'un acte affecté d'irrégularités d'une gravité telle que le caractère suspect qui s'en déduit a entraîné sa nullité.

Sur le fondement des principes rappelés ci-dessus, la cour a considéré, en l'espèce, que si la décision du Conseil devait être annulée en ses parties faisant directement

10. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

ou indirectement référence aux enregistrements téléphoniques illicites, il lui appartenait de déterminer si subsistaient, dans la cause remise dans l'état où elle se trouvait avant l'arrêt de cassation du 7 janvier 2011, des éléments de preuve répondant à cette exigence de loyauté établissant la réalité des infractions d'entente verticale illicite sur des prix imposés, constatées et sanctionnées dans la décision déférée. Elle a relevé que figuraient au dossier des pièces qui ne se rapportaient pas aux enregistrements litigieux et qui étaient suffisamment nombreuses pour en déduire que la saisine de la société Avantage conservait une efficience suffisante pour justifier le rejet du chef d'annulation la concernant (*cf.* décision 05-D-66).

Sur la précision des griefs

Dans **l'arrêt Beauté Prestige International du 26 janvier 2012¹¹**, la cour a considéré que le plein exercice des droits de la défense de Clarins Fragrance Group n'avait pas été entravé par la circonstance qu'une partie d'un grief (qui ne la concernait pas et ne lui avait, dès lors, pas été notifiée par l'instruction) n'avait pas été retenue par le Conseil qui avait, en revanche, choisi de grouper deux griefs différents. Plus précisément, la requérante alléguait que l'abandon de la partie du grief en cause avait nécessairement eu une répercussion sur le montant des sanctions et que le regroupement de deux griefs en un seul constituait une atteinte à ses droits de la défense. La cour souligne que c'est à bon droit et sans préjudice pour les droits de la défense de la requérante que des griefs que le Conseil avait considérés comme non établis avaient été abandonnés, d'une part, et que, d'autre part, le Conseil avait estimé que les faits retenus pour le grief n° 3 venaient étayer le grief n° 1. La cour a rappelé qu'un même fait peut être pris en compte pour l'examen du bien-fondé de griefs différents, le Conseil pouvant ainsi regrouper des griefs différents pour les examiner ensemble, à condition de prononcer des sanctions proportionnées à la réalité des faits commis par les entreprises en cause, ce qui a bien été le cas en l'espèce.

Dans le même arrêt, la cour a rejeté les allégations des requérantes relatives à la prétendue extension des griefs au stade de la décision, considérant que celles-ci visaient en réalité à remettre en cause la pertinence du raisonnement économique adopté par le Conseil ou le standard de preuve en matière d'entente verticale (*cf.* décision 06-D-04 bis).

Dans **l'arrêt du 23 février 2012, Crédit Lyonnais¹²**, la cour a rejeté les critiques par lesquelles la Banque postale lui demandait d'annuler la procédure au motif du manque de précision de la notification des griefs. La requérante soutenait que la notification des griefs lui avait été formulée de manière ambiguë, entretenant une confusion entre l'objet et les effets des pratiques, dans des conditions portant atteinte à ses droits de la défense, en ne permettant pas aux banques de déterminer si des effets anticoncurrentiels étaient attribués à la commission d'échange image-chèque. La cour a considéré que, contrairement à ce que soutenaient les requé-

11. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

12. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

rantes, la notification des griefs visait expressément dans ses motifs tant l'objet que l'effet anticoncurrentiels des pratiques d'entente reprochées. Elle a également souligné que la circonstance que les services d'instruction aient fait porter leur argumentation sur l'objet anticoncurrentiel des pratiques au stade du rapport, plutôt que sur leurs seuls effets, n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense de la requérante qui avait pu, dans le détail, contester la matérialité des faits, leur qualification et leur imputabilité (*cf.* décision 10-D-28).

Sur la différence entre le grief notifié et la pratique retenue

Dans l'**arrêt Aximum du 29 mars 2012**¹³, la cour a écarté le moyen de procédure par lequel la société Aximum soutenait que la décision avait porté atteinte à ses droits de la défense en raison de l'existence d'un défaut de concordance entre le libellé du premier grief et la démonstration de la notification des griefs puis du rapport sur la qualité en laquelle était poursuivie la société Somaro (dénommée ensuite Aximum). La cour a considéré qu'en dépit d'une rédaction du grief « *mala-droite* », il n'existe aucune incertitude, à la lecture de la notification des griefs, sur la qualité en laquelle était poursuivie la société Somaro et que c'est à tort que cette dernière soutenait avoir pu se méprendre sur l'*« accusation portée contre elle »* et ne pas avoir pu utilement préparer sa défense (*cf.* décision 10-D-39).

Sur la cohérence des motifs et du dispositif

Dans l'**arrêt Aximum du 29 mars 2012**, la cour a écarté le moyen présenté par la société Aximum tiré de l'existence d'une contradiction de motifs entre la décision la condamnant en tant que « *responsable des agissements anticoncurrentiels* » de sa filiale SES et le dispositif la condamnant en tant qu'auteur. La cour a considéré que c'est à bon droit que l'Autorité avait considéré que le comportement anticoncurrentiel de SES entre 1998 et 2006 devait être imputé à Aximum, en sa qualité de société mère, la mère et la fille constituant une entité économique unique au sens du droit de la concurrence (*cf.* décision 10-D-39).

Sur le respect du principe d'impartialité

Impartialité de l'instruction

Dans l'**arrêt Aximum du 29 mars 2012**, la cour a écarté le moyen présenté par la requérante, selon lequel la durée des rencontres entre le rapporteur et le juge d'instruction, au cours desquelles certaines pièces issues du dossier pénal avaient été remises – treize heures réparties sur deux jours – ainsi que la circonstance qu'étaient présents, lors de cette procédure, le rapporteur et un commissaire de la DGCCRF ayant participé aux enquêtes, constituaient un soupçon de partialité de la décision de communication des documents. La cour a écarté les allégations de partialité formulées par la requérante en relevant que les procès-verbaux de remise des pièces attestent, au contraire, que le juge d'instruction avait apprécié

13. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

personnellement les éléments du dossier dont il estimait qu'ils présentaient un lien avec les faits dont était saisi le Conseil. La cour a également souligné que la décision du juge d'instruction de communiquer des éléments du dossier pénal ne constituait pas une « *décision tranchant un litige sur le caractère communicable ou non des pièces* » et que la présence du rapporteur et du commissaire de la DGCCRF lors de cette transmission ne méconnaissait pas, en elle-même, le droit à un procès équitable et le principe de la contradiction (*cf.* décision 10-D-39).

Dans l'arrêt **Crédit Lyonnais du 23 février 2012**¹⁴, la cour d'appel a rejeté l'ensemble des allégations des requérantes qui concernaient l'impartialité des services d'enquête et d'instruction. Ces dernières critiquaient notamment les modalités de collecte de certaines pièces du dossier ainsi que l'interprétation et l'analyse de ces éléments par les rapporteurs.

Sur les critiques relatives à la retranscription, par courrier électronique, d'informations recueillies lors des auditions, la cour a considéré que les dispositions relatives à l'établissement des procès-verbaux par les services d'instruction – qui figurent aux articles L. 450-2 et R. 463-6 du Code de commerce – n'imposent pas de formalisme particulier dès lors que la régularité de la communication aux services d'instruction des informations en cause peut être établie et que celles-ci sont soumises au débat contradictoire. La cour a relevé qu'en l'espèce les informations recueillies par les rapporteurs avaient été transcrrites et transmises aux entreprises interrogées sous forme de courriers électroniques qui permettent d'établir la date de l'entretien et l'identité des entreprises concernées. L'exactitude des informations transmises a été confirmée par retour de courriel, à de nombreuses reprises, le jour même de la communication des déclarations.

La cour a également écarté les critiques relatives au renversement de la charge de la preuve allégué par les requérantes. Elle a considéré que les requérantes n'étaient pas fondées à soutenir que la circonstance que les parties aient été sollicitées par les services d'instruction afin d'apporter d'éventuels éléments de nature à rectifier les données fournies par les entreprises sondées avait fait reposer sur elles la charge de la preuve de l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Elle a ainsi relevé que la demande des rapporteurs avait pour seul objet de soumettre les documents détenus par les services d'instruction à la contradiction, afin que les parties mises en cause puissent utilement critiquer les modes de preuve retenus contre elles.

La cour a également rappelé qu'il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs et que le débat contradictoire – qui s'ouvre dès la communication des griefs aux parties et qui se poursuit tout au long de la procédure – porte non seulement sur la matérialité des faits, mais aussi sur leur analyse par les services d'instruction. La cour en a déduit que la circonstance que la méthode utilisée par les rapporteurs ait pu évoluer au cours de la procédure afin de tenir compte des arguments avancés par les parties mises en cause n'était pas constitutive d'une violation de leurs droits de la défense (*cf.* décision 10-D-28).

14. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Dans l'**arrêt Aximum du 29 mars 2012**¹⁵, la cour a rejeté les allégations de la société Aximum qui soutenait avoir été traitée de manière inégale par rapport à d'autres parties à la procédure et dénonçait la partialité de l'instruction à son égard. Elle soulevait, en premier lieu, que c'est à tort que l'Autorité avait retenu qu'elle devait supporter la totalité des conséquences de l'infraction mise en œuvre par sa filiale, la société SES, y compris pour la partie de l'infraction mise en œuvre pour la période 1998-2006 pendant laquelle SES elle-même n'avait pas participé aux pratiques à ses côtés. Elle soutenait, en second lieu, que ses représentants n'avaient pas été entendus par les rapporteurs, à la différence des représentants d'autres entreprises mises en cause. Elle alléguait, en dernier lieu, qu'avaient été rejetés, de façon systématique et sans examen, au stade de l'instruction comme de la décision, tous les éléments démontrant l'autonomie commerciale de sa filiale, SES.

La cour a considéré que la notification du grief d'entente à la seule société mère et non à la filiale pour la période 1998-2006 ne saurait établir la partialité reprochée au rapporteur. Elle a également rejeté les autres allégations de la requérante comme étant infondées en fait et relevé que, sous couvert des reproches de partialité ou d'insuffisance de l'instruction, la requérante cherchait à contester la décision de n'avoir pas retenu l'autonomie de la filiale envers sa société mère (*cf.* décision 10-D-39).

Sur la durée de la procédure

Sur l'appréciation de la durée de la procédure

Dans l'**arrêt Beauté Prestige International du 26 janvier 2012**¹⁶, la cour a écarté les moyens par lesquels les requérantes critiquaient la durée de la procédure d'enquête et d'instruction sur le fondement du principe d'égalité des armes et de respect des droits de la défense. La cour a rappelé que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie selon les circonstances de la cause, en considération de la complexité et de l'ampleur de l'affaire comme du comportement des autorités compétentes. En l'espèce, la cour a constaté que si le délai de six ans et demi qui s'est écoulé entre l'autosaisine de l'Autorité et la notification des griefs apparaît important de prime abord, l'application des règles de fond du droit de la concurrence exige toujours une lourde mise en œuvre de normes économiques largement indéterminées, nécessitant pour leur application technique l'élaboration de critères précis requérant une analyse économique en profondeur des marchés concernés. La cour a ainsi relevé qu'en l'espèce l'instruction avait été rendue manifestement difficile en raison du caractère épars des données issues du rapport d'enquête, du nombre d'opérateurs en cause et des spécificités des marchés du luxe (*cf.* décision 06-D-04 bis).

Dans l'**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord du 11 octobre 2012**¹⁷, la cour a également écarté les allégations des requérantes relatives au caractère déraisonnable

15. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

16. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

17. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de la durée de la procédure. La cour a considéré, en l'espèce, que le délai de la procédure devait être apprécié au regard de l'ampleur des pratiques en cause, qui revêt un caractère avéré, s'agissant de griefs d'ententes mises en œuvre sur un territoire comprenant douze régions, notifiés à dix-sept entreprises et portant sur plus d'une centaine de marchés publics. La cour a également relevé le caractère certain de la complexité de la procédure et souligné, à cet égard, que si le parquet de Rouen avait été saisi des faits en 2001, le Conseil de la concurrence n'avait été saisi par la DGCCRF qu'en novembre 2007 et avait dû instruire un dossier comprenant plus de vingt-quatre mille pièces. Enfin, la cour a relevé que les entreprises mises en cause ne démontraient pas que la durée de la procédure avait entraîné une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à leur possibilité de se défendre résultant de la déperdition d'éléments à décharge. En effet, en premier lieu, les entreprises dont les responsables avaient été poursuivis pour avoir pris une part personnelle et déterminante dans la réalisation des pratiques anticoncurrentielles en cause n'avaient pu ignorer l'existence d'une information pénale ayant donné lieu à des interrogatoires et enquêtes : elles étaient donc en mesure de sauvegarder les preuves leur permettant de discuter les charges pesant contre elles. En second lieu, la cour a rappelé que la simple prudence commandait à ces entreprises de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du Code de commerce, et écarté les allégations de déperdition d'éléments incombant à des motifs d'ordre purement interne, sans lien avec la procédure (*cf.* décision 11-D-02).

Dans **l'arrêt Crédit Lyonnais du 23 février 2012**¹⁸, la cour a encore écarté les allégations des requérantes relatives au caractère déraisonnable de la durée de la procédure. Elle a fait sienne l'analyse de l'Autorité au terme de laquelle l'Autorité avait considéré qu'en l'espèce la durée de la procédure, enquête comprise, n'était pas excessive eu égard à la nature de l'affaire, son ampleur et sa complexité. Elle a notamment relevé, à cet égard, que l'affaire concernait l'ensemble des commissions interbancaires perçues à raison des paiements effectués par chèque sur l'ensemble du territoire national, que le dossier comportait plus de quarante mille pièces, et que les rapporteurs avaient mené de nombreuses auditions et réalisé un sondage de grande ampleur auprès de sept cents entreprises pour relever les conditions bancaires relatives à leurs opérations de remise de chèques ainsi que des études économiques poussées. La cour a également constaté que les parties ont pu bénéficier des délais prévus par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir leurs observations et que les actes d'instruction qui avaient eu pour effet d'allonger la phase contradictoire de la procédure avaient été diligentés pour respecter au mieux les droits des parties tant pour l'établissement des faits que pour la mise en œuvre du principe de la contradiction (*cf.* décision 10-D-28).

18. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Sur les conséquences attachées à la durée de la procédure

Dans l'**arrêt Beauté International du 26 janvier 2012**¹⁹, la cour a rejeté l'argumentation par laquelle les requérantes soutenaient ne pas avoir été en mesure d'exercer leurs droits de la défense en raison de la déperdition des pièces qu'aurait entraînée la durée anormalement longue de la procédure.

La cour a rappelé qu'en vertu du devoir général de prudence qui pèse sur les opérateurs économiques ceux-ci sont contraints de veiller à la bonne conservation de leurs livres et archives comme de tous les éléments permettant de retracer la licéité de leur pratique commerciale en cas d'actions judiciaire ou administrative.

La cour en a déduit, en l'espèce, que chaque entreprise mise en cause devait se prémunir de toute accusation d'infraction au principe de prohibition de prix de vente imposés aux distributeurs et qu'une telle prudence s'imposait d'autant plus que les requérantes étaient informées de l'existence d'une enquête administrative conduite en application des dispositions du Code de commerce relatives au droit de la concurrence, nonobstant le fait que ces actes ne mentionnaient pas spécifiquement que cette enquête était menée sous l'égide du Conseil de la concurrence. Cette circonstance aurait dû conduire les entreprises concernées, qui se savaient nécessairement soumises à un risque de poursuites, à conserver non seulement les documents comptables et les pièces justificatives prévues par l'article L. 123-22 du Code de commerce, mais également tous les éléments de preuve de la légalité de leurs pratiques commerciales au sein du réseau de distribution sélective jusqu'à l'expiration du délai de prescription ou le prononcé d'une éventuelle décision de non-lieu, généralement publiée à l'époque des faits au *Bulletin officiel de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes*.

À l'aune de ces principes, la cour a rejeté, après avoir analysé la situation précise de chacune des entreprises en cause, leurs allégations relatives à la déperdition des pièces et à la capacité de ces dernières d'influencer le sens de la décision (*cf.* décision 06-D-04 bis).

Dans l'**arrêt Crédit Lyonnais du 23 février 2012**²⁰, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les requérantes soutenaient que la durée de la procédure avait affecté leur capacité à se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés. La cour a souligné que la prudence commandait aux banques de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription prévue par l'article L. 462-7 du Code de commerce, et ce d'autant plus qu'elles avaient eu connaissance de l'enquête dont elles faisaient l'objet alors que les pratiques en cause n'avaient pas encore cessé. La cour a considéré, au surplus, que les requérantes étaient infondées à se prévaloir de la Charte de coopération et d'objectifs signée le 28 janvier 2005 par le Conseil de la concurrence et la DGCCRF, dont elle a relevé la caducité, et souligné que ce document n'était, en tout état de cause, pas constitutif de droits que les entreprises poursuivies pourraient opposer à l'Autorité à l'issue des procédures dont elles font l'objet (*cf.* décision 10-D-28).

19. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

20. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8, alinéa 2, du Code de commerce

Dans les **ordonnances FNPE et autres du 26 juin 2012**, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris, statuant en application de l'article L. 464-8, alinéa 2 du Code de commerce²¹, a accordé le sursis à l'exécution des sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité à plusieurs organisations de producteurs et associations opérant dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.

Le magistrat délégué a, à cette occasion, rappelé que s'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le bien-fondé du recours au fond ou sur l'importance du dommage à l'économie – ces questions relevant de la seule compétence de la cour –, il lui incombe en revanche d'étudier la situation financière de chacune des sociétés qui allèguent que l'exécution de la décision entraînerait pour elle des difficultés manifestement excessives. En l'espèce, le juge s'est fondé, pour chaque entreprise ou association en cause, sur des éléments comptables et financiers postérieurs à la décision de l'Autorité pour l'essentiel, tels que le déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes pour certaines des requérantes, le risque de cessation rapide d'activité et, pour d'autres encore, des difficultés « *récentes mais durables* ». Le magistrat délégué a également tenu compte d'éléments tels que le remboursement des sommes dues au titre de subventions qualifiées d'aides d'État illégales par la Commission (*cf.* décision 12-D-08).

Dans les **ordonnances Axiane Meunerie et Minoteries Cantin du 3 juillet 2012**²², le magistrat délégué a fait droit aux demandes de sursis à l'exécution de la sanction pécuniaire des requérantes à hauteur de 5/6.

Le magistrat délégué, dans son appréciation des difficultés alléguées par les requérantes, a estimé qu'au stade de la procédure auquel il est amené à se prononcer les conséquences manifestement excessives de l'exécution de la décision devaient être appréciées au vu de la seule situation financière de la société frappée de l'amende et non de la société mère du groupe de sociétés auquel elle appartient. Il a ainsi retenu, en l'espèce, que la requérante connaissait ce type de difficultés et relevé un résultat net déficitaire, des capacités de trésorerie insuffisantes, l'existence de plans de restructuration la concernant et le déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes (*cf.* décision 12-D-09).

Dans l'**ordonnance Grands Moulins de Strasbourg du 13 novembre 2012**, il a en revanche rejeté une demande de sursis au motif que les conséquences que l'application de la sanction est susceptible d'entraîner doivent nécessairement être appréciées au regard du chiffre d'affaires consolidé du groupe auquel appartient

²¹. « *Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit suspendu 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.* »

²². Un pourvoi a été formé contre ces ordonnances par l'Autorité.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

l'entreprise sanctionnée, et qu'elles n'apparaissent pas manifestement excessives en l'espèce.

Sur la recevabilité des écritures ou interventions en appel

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de l'ancien gérant de la société saisissante

Dans l'arrêt **Philips du 16 février 2012**, la cour d'appel de Paris a considéré que l'intervention de M. Pernot – ancien gérant de la société Avantage, qui avait saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'électronique grand public –, par laquelle ce dernier entendait soutenir les prétentions de cette société, était irrecevable. La cour a ainsi considéré que, dans la mesure où M. Pernot n'appartenait pas à la liste des personnes ou organismes énumérés par l'article L. 462-5 du Code de commerce, il ne pouvait agir qu'à titre accessoire au sens de l'article 330 du Code de procédure civile. La cour ayant rejeté l'intervention de la société Avantage, elle a considéré la requête accessoire de M. Pernot comme irrecevable (*cf.* décision 05-D-66).

Sur le fond

Sur la définition du marché pertinent

Dans l'arrêt **Maître Marcel Pelletier du 20 décembre 2012**, rendu sur renvoi après cassation, la cour a confirmé la définition du marché pertinent telle qu'opérée par le Conseil dans la décision 04-D-79 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV).

La cour a précisé, en premier lieu, que, «*dans le secteur du transport maritime comme dans celui du transport aérien, il est généralement considéré par les institutions de concurrence (et notamment par la Commission européenne) que chaque combinaison point d'origine-point de destination s'analyse en un marché séparé du point de vue du client et que, sur chaque marché ainsi défini, il y a lieu d'examiner les différentes possibilités de transport*».

La cour a indiqué ensuite que, «*ainsi que l'a définitivement tranché la cour de céans dans son arrêt du 28 juin 2005, non remis en cause sur ce point par l'arrêt de cassation partielle du 17 juin 2008, la décision apparaît avoir exactement apprécié la substituabilité, pour les "escapadeurs" voyageant sans bagages, des liaisons assurées par les différents navires, en relevant que le temps de traversée est de quarante minutes en vedette rapide et de soixante-dix minutes en ferry au départ de Fromentine ou de La Fosse, ou d'une heure en vedette rapide au départ de Saint-Gilles-Croix-de-Vie et en considérant le temps nécessaire pour relier, par la route, les différents points de départ proposés*». Le marché ainsi retenu en l'espèce est celui du transport maritime de passagers sans bagages, entre l'île d'Yeu et le continent, au départ des ports de Fromentine, de La Fosse et de Saint-Gilles-Croix-de-Vie, entre avril et septembre, par vedette rapide ou par ferry.

Enfin, la cour ajoute que, « *le Conseil a statué à suffisance de droit pour retenir le marché pertinent ainsi défini sans avoir à rechercher si, en hiver, la régie est en situation de monopole de fait, dès lors qu'aucun autre opérateur ne dispose de navires adaptés aux conditions de la mer, ou de droit, à raison des règlements régissant l'usage des ports en dehors de la période examinée; [...] le Conseil a fait une exacte appréciation des faits de la cause en retenant que la régie est en position dominante sur le marché ainsi défini puisqu'il est admis qu'elle détenait en 1998 une part de marché de 70% sur la période estivale, de juin à septembre; que seul le nombre de passagers effectivement transportés est révélateur de la position de chacun des opérateurs sur le marché étudié* » (cf. décision 04-D-79).

Sur les pratiques d'entente

Sur les ententes horizontales

Sur l'objet anticoncurrentiel d'une entente

Dans l'**arrêt Crédit Lyonnais SA du 23 février 2012**²³, la cour a réformé la qualification d'entente par objet retenue par l'Autorité à l'encontre de l'accord conclu par onze banques pour mettre en place des commissions interbancaires lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange image-chèque « EIC »). Étaient en cause dans cette affaire, d'une part, la commission d'échange image-chèque (« CEIC »), commission interbancaire multilatérale d'un montant de 4,3 centimes d'euro versée par les banques remettantes aux banques tirées à chaque remise de chèque interbancaire, appliquée de janvier 2002 à juillet 2007, et, d'autre part, huit commissions pour services connexes (« CSC »), créées afin de rémunérer les services nouvellement rendus par une catégorie de banques à une autre et de compenser les transferts de charges résultant du passage à l'EIC.

La cour a tout d'abord estimé que l'analyse du contexte économique et juridique de l'accord devait être étendue au-delà des éléments retenus par l'Autorité, qui concernaient la coordination des banques pour l'organisation des systèmes de paiement et la gratuité de la délivrance des formules de chèque. Sur ce point, elle a notamment relevé que deux précédentes tentatives de dématérialisation de la compensation des chèques interbancaires avaient échoué par le passé et que, dans ce contexte, les banques avaient activement cherché un compromis, fût-il imparfait, avec le soutien de la Banque de France, pour permettre le passage à l'EIC.

La cour a ensuite analysé les objectifs poursuivis par l'accord ayant institué les commissions incriminées. S'agissant de la mise en place de la CEIC, elle a estimé que l'objectif de compensation des pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques au détriment des banques tirées constituait un objectif économique légitime, de même que la préoccupation de ne pas rendre le chèque plus attractif que d'autres moyens de paiement automatisés plus coûteux. S'agissant de la mise en place des CSC, la cour a observé que celles-ci avaient pour objet de

²³. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

compenser le transfert de charges résultant du passage à l'EIC, qu'il apparaissait nécessaire que les banques s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des nouveaux services rendus entre elles et que l'objet de ces commissions était également de transférer la charge financière d'une opération aux personnes à l'origine de la transaction en cause, encourageant ainsi une utilisation efficiente du chèque. La cour a par ailleurs relevé que l'accord revêtait un caractère transitoire, tant sur le principe que sur le niveau des commissions critiquées, qu'il ne pouvait être assimilé à un cartel secret et que, limité dans son principe aux relations interbancaires, il ne constituait pas une entente sur les prix finaux.

Enfin, la cour a écarté l'analyse de l'Autorité selon laquelle la CEIC faisait obstacle à la libre fixation des prix sur le marché du chèque, en favorisant artificiellement leur hausse du côté de la remise et leur baisse du côté de l'émission. Elle a notamment estimé qu'il n'était pas permis d'affirmer avec suffisamment de certitude qu'en raison d'une influence potentielle sur le niveau des prix finaux découlant de façon indubitable de l'accord la CEIC aurait, par nature, la capacité de restreindre la concurrence.

Au terme de son analyse, la cour a conclu qu'une restriction par objet n'était pas démontrée au cas d'espèce, et que l'Autorité ne pouvait, dans ces conditions, se dispenser d'examiner les effets de l'accord en cause (*cf.* décision 10-D-28).

Sur le caractère continu d'une entente

Dans l'arrêt **Lacroix Signalisation du 29 mars 2012**²⁴, la cour a rejeté l'argument de la requérante selon lequel il y aurait eu autant d'infractions différentes que d'ententes à l'occasion de chaque marché public, entre des participants différents. La cour a ainsi relevé que les fabricants de panneaux de signalisation routière sanctionnés avaient participé à des réunions très régulières afin de se répartir les marchés publics de la presque totalité du territoire national, avec des prix et des parts de marché fixés en commun et selon des règles préétablies figurant dans un document intitulé *Règles*; que ce document définissait les modalités de fonctionnement de l'entente en indiquant notamment les tarifs de référence et les grilles de remises à appliquer et en prévoyant la possibilité de compensations et de pénalités en cas de non-respect des règles définies; qu'il était assorti d'une annexe comportant une « liste noire » des entreprises avec lesquelles les membres de l'entente s'interdisaient toute transaction commerciale; que des documents étaient établis afin de préciser les marchés à bon de commande (dits « patrimoines ») devant, dans le respect des *Règles*, être affectés à chaque participant; que les fabricants procédaient à des compensations lorsque des marchés publics n'étaient pas attribués conformément à ce qu'ils avaient décidé; que la société SES faisait partie des quatre entreprises qui avaient été à l'origine de la mise en place en 1997 du cartel de la signalisation routière verticale en France et qui avaient permis la poursuite, de manière quasi institutionnelle, des répartitions de marchés jusqu'en 2006, en

24. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

dépit de la sortie temporaire de l'entente de cette société pendant une période de dix à douze mois en 2002-2003.

Les fabricants de panneaux de signalisation mis en cause, dont la société SES tant avant qu'après qu'elle devienne en 1998 filiale de la société Aximum, avaient ainsi participé à des concertations qui procédaient d'un plan commun et d'une volonté commune persistante d'organiser artificiellement le marché de la signalisation routière verticale en France, peu important à cet égard que certaines entreprises aient participé au cartel sur une période plus limitée que d'autres entreprises ou de façon intermittente.

La cour en a conclu que c'est par un comportement collusif continu destiné à fausser la concurrence que les entreprises sanctionnées avaient méconnu les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE, devenu l'article 101 du TFUE (*cf.* décision 10-D-39).

Sur le caractère complexe d'une entente

Dans l'arrêt **Entreprise H. Chevalier Nord du 11 octobre 2012²⁵**, la cour a approuvé l'Autorité d'avoir considéré que les pratiques dénoncées pouvaient être qualifiées d'infractions complexes et continues.

Cette qualification issue de la jurisprudence de l'Union (voir notamment arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, Lafarge SA/Commission, T-54/03, Rec. p. II-120, points 476 et suivants) avait déjà été retenue par le Conseil dans sa décision 05-D-69 du 15 décembre 2005 relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime (décision confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 janvier 2007, SA Le Foll TP, n° 06/00566, et un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 2008, Colas Île-de-France Normandie, n° 07-11.677).

La cour a rappelé à ce sujet qu'un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions ayant un objet anticoncurrentiel unique peut, même s'il réunit des pratiques susceptibles d'être qualifiées isolément d'infractions, être qualifié d'infraction complexe et continue et qu'une entreprise qui a participé à une telle infraction par des comportements qui lui étaient propres et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut être tenue pour responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction. Tel est le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque (arrêt de la cour de justice du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 83).

Confirmant les appréciations de l'Autorité, la cour a considéré que les concertations et échanges d'informations intervenus à l'occasion d'appels d'offres particuliers, de même que la présentation à titre habituel d'offres de couverture, devaient

²⁵. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

être considérés comme la mise en œuvre d'une entente générale visant à se répartir les marchés entre les entreprises au niveau régional. L'ensemble de ces pratiques présentait un lien de complémentarité, en ce sens que chacune d'entre elles était destinée à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence dans le cadre des appels d'offres, lequel devrait se traduire par l'ignorance de chacune des entreprises intéressées, lorsqu'elle élabore son offre, de la qualité de ses compétiteurs et de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas. Ainsi, ces pratiques contribuaient, par le biais d'une interaction, à la réalisation d'un plan global visant un objet identique.

La cour en a conclu que « *la qualification exacte des faits commande de ne pas séparer les pratiques mises en œuvre par les entreprises dans le cadre de chacun des appels d'offres particuliers examinés pour ces régions en les traitant comme autant d'infractions séparées, alors que celles-ci ne constituent que les manifestations successives d'une conduite continue, à savoir des ententes entre les entreprises ayant pour objet de simuler une concurrence auprès des maîtres d'ouvrage tout en coordonnant leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques* ».

En ce qui concerne le standard de preuve de ces pratiques, la cour a rappelé que la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve suffisante à elle-même de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause. Elle a indiqué également que si l'exactitude d'une telle déclaration était contestée par plusieurs autres entreprises également mises en cause, elle ne pouvait pas constituer à leur égard une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve. Enfin, elle a souligné qu'une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause et qu'il convient alors de rechercher si un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve (*cf.* décision 11-D-02).

Sur les ententes verticales

Dans l'arrêt **Beauté Prestige International du 26 janvier 2012**²⁶, la cour d'appel, reprenant la jurisprudence de l'Union et rappelant sa propre jurisprudence tout en la précisant, a jugé que la démonstration d'une entente verticale sur les prix conclue entre un fabricant et un ou plusieurs distributeurs exige celle d'un accord de volontés en vue de faire échec aux règles du marché; que ce concours de volontés doit être établi de part et d'autre, en ce sens qu'il doit être constaté que les entreprises sanctionnées ont exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée; qu'en l'espèce cette démonstration, faute de clauses contractuelles claires signées entre les parties au contrat de distribution sélective noué entre elles, résulte de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants comprenant 1) l'évocation entre le fournisseur et ses distributeurs des prix de revente des produits au public, 2) la mise en œuvre d'une

²⁶. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

police ou au moins d'une surveillance de ces prix et enfin 3) le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués ; que la conjonction de ces indices est une condition suffisante pour établir l'entente, précision étant faite que la preuve de chacun de ces indices est en elle-même libre et peut être établie par tout moyen.

En ce qui concerne l'acquiescement des distributeurs à cette invitation, la cour a rappelé qu'il est loisible à l'Autorité de recourir, pour le démontrer, à des critères statistiques ainsi qu'à tout autre élément, y compris documents internes, courriers ou télécopies, faisant apparaître l'existence d'un accord.

La cour a rappelé également que, si chacune des trois branches du faisceau est une condition nécessaire à la démonstration de l'entente, la conjonction des trois branches est la condition suffisante de la caractérisation d'une entente du fournisseur avec ses distributeurs en général et de celle d'un distributeur en particulier avec son fournisseur. Elle précise encore qu'il importe d'apprécier globalement la fiabilité d'un faisceau d'indices, chaque élément de ce faisceau n'ayant pas à répondre au critère de preuve précise, grave et concordante dès lors que le faisceau répond à cette exigence.

La cour a enfin souligné que si la communication des prix de vente conseillés par le fournisseur à un distributeur n'est pas en elle-même illicite, il y a entente collusoire 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 comme des prix imposés (*cf.* décision 06-D-04 bis).

Dans **l'arrêt Philips France du 16 février 2012**, la cour d'appel a de même jugé que c'était à bon droit que le Conseil avait rappelé que la preuve d'une entente verticale sur les prix conclue entre un fabricant et un ou plusieurs distributeurs repose sur celle d'un accord de leurs volontés tendant à faire échec aux règles du marché. S'il est exact que ce concours de volontés doit être établi de part et d'autre en ce sens qu'il doit être constaté que les entreprises sanctionnées ont exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché de manière déterminée, la démonstration de l'existence d'une entente verticale entre un fournisseur et son réseau de distribution n'implique pas que chacun des distributeurs de ce dernier soit mis en cause et sanctionné. En effet, il suffit d'établir qu'un nombre suffisant ou significatif de distributeurs ont respecté les prix imposés par le fournisseur pour établir la preuve de leur acquiescement à l'entente verticale sur les prix. Ainsi, le Conseil a pu estimer, sans s'écartez du standard de preuve applicable, que cette preuve résultait en l'espèce de la signature d'un contrat de coopération commerciale comprenant le respect de la politique commerciale (et partant, le respect des tarifs prétendument préconisés) ou de la politique de communication du fabricant par tous ses revendeurs. Une autre question est de déterminer *in concreto* si ce contrat permettait réellement d'établir l'acquiescement effectif des distributeurs du réseau concerné.

En l'espèce, la cour, après avoir écarté l'ensemble des pièces du dossier considérées comme ayant été recueillies de façon déloyale par le saisissement, a considéré

Jurisprudence des juridictions de contrôle

qu'aucune réalité d'entente verticale sur des prix minimaux ne pouvait être, au vu des autres pièces évoquées dans la décision attaquée, établie envers les sociétés Philips et Sony.

S'agissant de Philips, la cour a ainsi relevé qu'il ne pouvait, à partir des éléments du dossier, être affirmé à suffisance de fait et de droit que des prix portant sur des produits non encore commercialisés avaient, oralement ou non, été évoqués entre la société Philips et ses distributeurs. De même, la cour a relevé que, faute d'éléments probants se rapportant au réseau de distribution de la société Sony France, l'infraction d'entente verticale sur les prix imposés mise en œuvre par ce fournisseur ne pouvait être retenue à suffisance de fait et de droit (*cf.* décision 05-D-66).

Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique

Dans l'arrêt **Signalisation routière verticale du 29 mars 2012**²⁷, la cour d'appel de Paris a rejeté les recours contre la décision 10-D-39 du 22 décembre 2010, sauf en ce qu'ils portent sur le montant des sanctions infligées aux sociétés Signature, Sécurité et Signalisation, Aximum, Laporte Service Route et Solidor et sur le texte et l'étendue de la publication ordonnée. Le grief portant sur l'abus de position dominante n'a pas été contesté par les parties.

Dans un arrêt **Maître Marcel Pelletier du 20 décembre 2012**, la cour d'appel de Paris a annulé puis renvoyé à l'instruction la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV), rendue le 23 décembre 2004 par le Conseil de la concurrence (*cf.* décision 04-D-79).

Sur l'application du droit de l'Union

Sur l'affectation du commerce entre États membres

L'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (devenus articles 101 et 102 du TFUE) impose aux autorités nationales de concurrence et aux juridictions nationales d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE conjointement avec leur droit interne aux accords et pratiques abusives susceptibles d'affecter les échanges entre États membres (voir aussi arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV e. a., aff. C-8/08, point 50; communication de la Commission européenne sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE, JO C 101 du 27 avril 2004, point 5).

Dans l'arrêt **Beauté Prestige International SA du 26 janvier 2012**²⁸, la cour d'appel de Paris a confirmé l'application du droit de l'Union, les trois conditions

27. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

28. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de l'affectation du commerce entre États membres étant réunies : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de l'affectation. Sur ces deux derniers points, la cour s'est appuyée sur les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce pour conduire son analyse²⁹.

En premier lieu, la cour a rappelé que toute entente de prix imposé s'étendant à l'ensemble d'un État membre ou à une vaste majorité de celui-ci, comme en l'espèce, est «*par sa nature même, fortement présumée*» susceptible d'affecter le commerce entre États membres dans la mesure où ce type d'entente comporte un «*effet direct de cloisonnement naturel*» contraire à l'interpénétration économique voulue par les traités. En deuxième lieu, la cour, se référant au paragraphe 53 des lignes directrices susmentionnées, a mis en œuvre la présomption positive réfragable d'affectation sensible applicable aux accords et pratiques abusives qui sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

Cette présomption repose, selon la cour, sur «*des instruments de mesure de l'effet sensible*» que sont : le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise en cause sur le marché pertinent concerné par l'accord qui doit excéder 40 millions d'euros ou une part de marché totale des parties à l'accord supérieure à 5 % sur le marché communautaire. À cet égard, la cour a précisé que dans le cas d'accords conclus entre un acheteur et plusieurs fournisseurs, comme en l'espèce, le chiffre d'affaires pris en considération correspond à celui des achats combinés de l'acheteur de produits couverts par l'accord (paragraphe 56 des lignes directrices). La cour a estimé que, en l'espèce, le critère de l'affectation sensible était rempli en se fondant sur le chiffre d'affaires des fournisseurs (1,23 milliard d'euros en 1999) et sur la part de marché cumulée détenue par les fabricants (80%), ainsi que sur la part de marché cumulée des distributeurs mis en cause sur la durée de l'infraction (50 à 55%).

Par ailleurs, la cour a considéré que c'est à tort que les sociétés requérantes reprochaient à la décision attaquée d'avoir retenu des preuves documentaires au soutien de son analyse du critère de l'affectation qui ne les concernaient pas directement. En effet, la cour a rappelé qu'il ressort du point 14 des lignes directrices susmentionnées que pour appliquer l'article 81 CE (désormais article 101 du TFUE) «*c'est l'accord qui doit être susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Il est indifférent que, considérée isolément, chaque partie de l'accord, y compris les restrictions du jeu de la concurrence pouvant découler de l'accord soient susceptibles de le faire. En revanche, si l'accord pris dans son ensemble peut affecter le commerce entre États membres, le droit communautaire s'applique à l'intégralité de l'accord y compris à ses parties qui, prises isolément, n'affectent pas le commerce entre États membres*».

Enfin, constatant que les requérantes n'apportaient aucune indication ni aucun élément de preuve permettant de renverser ces présomptions, la cour a confirmé

29. Ces lignes directrices constituent un résumé de la jurisprudence des juridictions de l'Union et de la pratique décisionnelle de la Commission européenne en la matière. Elles n'ont pas de valeur normative mais constituent un guide d'analyse pour les autorités de concurrence nationales.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

l'application de l'article 81 CE (désormais article 101 du TFUE) (*cf.* décision 06-D-04 bis).

Dans l'arrêt **Crédit Lyonnais du 23 février 2012**³⁰, la cour a également confirmé l'application du droit de l'Union en reprenant le raisonnement suivi par l'Autorité dans la décision attaquée.

En premier lieu, la cour a relevé que la décision attaquée s'appuyait sur la jurisprudence pertinente des juridictions de l'Union aux fins de la détermination du caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres (voir arrêt du 11 juillet 1985, Remia e. a./Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 22 ; arrêt du 19 février 2002, Wouters e. a., C-309/99, Rec. p. I-1577, point 95 ; arrêt du 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commission, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. p. II-05169, point 181 ; et arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank/Commission, C-125/07P, C-133/07P, C-135/07P et C-137/07P, non encore publié au recueil, point 39).

En deuxième lieu, la décision rappelait, à bon droit, d'une part, qu'une forte présomption d'affectation pouvait se déduire de l'existence d'un accord horizontal couvrant l'ensemble du territoire national et d'autre part, que le caractère sensible de cette affectation pouvait être retenu au vu des circonstances de l'espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits ou services concernés, ainsi que de la position des entreprises en cause.

En troisième lieu, la cour a repris le raisonnement de l'Autorité qui, dans sa décision, avait considéré que les pratiques en cause étaient bien susceptibles d'affecter le libre établissement des banques étrangères, «*dès lors que l'application des commissions interbancaires avait pour effet d'elever le coût de traitement des chèques remis aux banques par leur clientèle d'entreprises*».

Enfin, à l'instar de l'Autorité dans sa décision, la cour a jugé que «*les conditions tarifaires régissant la remise des chèques, en particulier par les entreprises, clientèle potentielle des banques étrangères, étaient susceptibles de revêtir une réelle importance dans le choix de ces banques de s'établir ou non en France. Dès lors que l'offre d'un service de chèques à la clientèle impose la participation au système de compensation de chèques interbancaires, les établissements bancaires étrangers souhaitant s'établir en France étaient nécessairement affectés par le traitement des chèques interbancaires*» (*cf.* décision 10-D-28).

Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'arrêt **Lacroix Signalisation du 29 mars 2012**³¹, la cour a confirmé l'imputabilité à la société Aximum des pratiques mises en œuvre par sa filiale SES, détenue à 100%, en écartant la thèse selon laquelle cette dernière aurait été une entité juridique autonome définissant librement sa stratégie industrielle et commerciale sur les marchés.

³⁰. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

³¹. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

La cour a notamment considéré que, contrairement à ce que soutenait la requérante, le régime jurisprudentiel de l'imputabilité aux sociétés mères de pratiques mises en œuvre par leurs filiales ne portait pas atteinte aux principes de la légalité des peines et des délits, de la responsabilité personnelle, de la présomption d'innocence et de l'autonomie de la personne morale.

Après avoir relevé que l'entente retenue constituait une infraction tant à l'article L. 420-1 du Code de commerce qu'à l'article 81 du Traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, la cour a rappelé que, dans l'arrêt T-mobile Netherlands BV (CJUE, 4 juin 2009, n° C-8/08, points 49 et 50), la CJUE avait jugé que : « *l'article 81 CE produit des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendre des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Il constitue une disposition d'ordre public, indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté européenne, qui doit être appliquée d'office par les juridictions nationales. Partant, lors de l'application de l'article 81 CE, l'interprétation qui en est donnée par la Cour est contraignante pour l'ensemble des juridictions nationales des États membres* ».

La cour a ensuite rappelé que les règles d'imputabilité des infractions au droit de la concurrence, qui découlent de la définition de l'entreprise visée par l'article 81 CE, devenu 101 TFUE, relèvent du droit matériel de la concurrence et doivent être appliquées par le juge national selon l'interprétation qui en est donnée par la CJUE.

Elle a ensuite indiqué que le droit de la concurrence vise les activités des entreprises et qu'il est de jurisprudence constante :

- que « *la notion d'entreprise désigne toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Sur ce point, la Cour a précisé, d'une part, que la notion d'entreprise, placée dans ce contexte, doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales et, d'autre part, que, lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction* » (voir arrêts du 29 septembre 2009, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, points 53 et suivants ; du 20 janvier 2011, General Química e. a./Commission, C-90/09 P, points 34 et 35 et jurisprudence citée ; ainsi que du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e. a., C-201/09 P et C-216/09 P, point 95) ;
- que « *le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques* » ; qu'« *en effet, dans une telle situation, la société mère et sa filiale faisant partie d'une même unité économique et formant ainsi une seule entreprise au sens de l'article 81 CE, la Commission peut adresser une décision imposant des amendes* ».

Jurisprudence des juridictions de contrôle

- à la société mère sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction*» (voir arrêts Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, points 54 et 55; Akzo Nobel e. a./Commission du 10 septembre 2009, C-97/08 P, points 58 et 59; ainsi que General Química e. a./Commission, points 37 et 38);
- que la circonstance qu'une société filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit donc pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère et que la Commission a le choix de sanctionner soit la filiale ayant participé à l'infraction, soit la société mère qui la contrôlait pendant la période visée (voir arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank, C-125/07, points 80 et 81) soit les deux sociétés (voir arrêt Akzo Nobel e. a./Commission, point 61);
 - que, «*dans le cas particulier où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de la concurrence de l'Union, d'une part, cette société mère peut exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale et, d'autre part, il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société mère exerce effectivement une telle influence*» (la «*présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante*») (voir, notamment, arrêts du 25 octobre 1983, AEG Telefunken/Commission, 107/82, Rec. p. 3151, point 50; Akzo Nobel e. a./Commission, point 60; General Química e. a./Commission, point 39; ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e. a., point 97; Elf Aquitaine/Commission, point 56);
 - que, «*dans ces conditions, il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour présumer que cette dernière exerce effectivement une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale. La Commission sera en mesure, par la suite, de considérer la société mère comme tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché*» (voir, notamment, arrêts précités Elf Aquitaine/Commission, point 57, Akzo Nobel e. a./Commission, point 61);
 - que «*la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante vise notamment à ménager un équilibre entre l'importance, d'une part, de l'objectif consistant à réprimer les comportements contraires aux règles de la concurrence, en particulier à l'article 101 TFUE, et d'en prévenir le renouvellement et, d'autre part, des exigences de certains principes généraux du droit de l'Union tels que, notamment, les principes de présomption d'innocence, de personnalité des peines et de la sécurité juridique ainsi que les droits de la défense, y compris le principe d'égalité des armes. C'est notamment pour cette raison qu'elle est, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence constante, [...] réfragable*»;
 - que «*cette présomption repose sur le constat selon lequel, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, une société détenant la totalité du capital d'une filiale peut, au vu de cette seule part de capital, exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale et, d'autre part, que l'absence d'exercice effectif de ce pouvoir d'influence peut normalement le plus utilement être recherchée dans la sphère des entités à l'encontre desquelles la présomption opère*»;

- qu'il « appartient à des entités souhaitant renverser la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante d'apporter tout élément relatif aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la filiale en question à la société mère et qu'elles considéraient comme étant de nature à démontrer qu'elles ne constituaient pas une entité économique unique » (voir sur ces derniers points : arrêt Elf Aquitaine/Commission, points 56 et suivants et les arrêts cités).

La cour en a déduit que, contrairement à ce qui sous-tendait l'argumentation de la requérante, l'imputabilité à la société mère de pratiques mises en œuvre par sa filiale ne consacre pas un cas de responsabilité du fait d'autrui ; que la responsabilité de la société mère du fait du comportement de sa filiale n'est, en effet, encourue qu'en raison du fait que ces entités juridiques distinctes constituent une même entité économique et, partant, forment une seule entreprise au sens de l'article 101 TFUE tel qu'interprété par la jurisprudence constante, entité qui engage sa responsabilité personnelle lorsqu'elle enfreint les règles de la concurrence définies par cette disposition. Dès lors que la décision attaquée retenait que la société Aximum et sa filiale SES constituaient une entité économique unique au sens de l'article 101 TFUE, c'était donc à tort que la requérante soutenait que les principes de légalité des peines et des délits, de responsabilité personnelle et d'autonomie des personnes morales, avaient été méconnus.

Enfin, la cour a rappelé que l'article 6 de la CESDH consacre le principe de la présomption d'innocence ; que ce principe exige, en particulier, ainsi que le rappelle la requérante, que « *la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé* » ; qu'ainsi que l'a précisé la Cour (CESDH, Salabiaku c/France, 7 octobre 1998, A. J 41, § 28) : « *Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit ; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil [...]. L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et pré servant les droits de la défense.* »

Ainsi, la cour a jugé que, dans la mesure où la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante exercée par la société mère sur sa filiale à 100% est réfragable et où la répression et la dissuasion de comportements contraires aux règles de la concurrence sont importantes pour le respect des objectifs protégés par l'article 101 TFUE, la requérante ne peut être suivie dans son raisonnement lorsqu'elle affirme de façon générale que cette présomption posée par l'arrêt Akzo Nobel (CJUE, point 61 ci-dessus cité) et rappelée par la décision (n° 324 à 327) porte atteinte au principe de la présomption d'innocence.

La cour a ensuite indiqué que le point de savoir si la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante a, en l'espèce, été enserrée par la décision dans « des limites raisonnables » ou si, comme le soutient la requérante, la décision lui a fait supporter « dans les faits », une présomption « irréfragable », relève de l'examen des moyens avancés par la requérante relativement à l'autonomie de sa filiale au moment des faits.

À cet égard, la cour a considéré que les éléments avancés par la requérante relatifs aux liens organisationnels et juridiques entre Somaro et SES n'établissaient pas que la seconde aurait bénéficié d'une autonomie à l'égard de la première. De même, elle a jugé que les éléments avancés par la requérante concernant les liens économiques entre ces deux sociétés ne le démontraient pas davantage (*cf.* décision 10-D-39).

Sur les sanctions

Sur la loi applicable

En 2012, la cour d'appel a eu l'occasion de rappeler à deux reprises sa jurisprudence établie relative aux modalités d'application dans le temps de la loi régissant les sanctions prononcées en cas d'infraction à l'interdiction des ententes ou des abus de position dominante.

Elle a jugé que, dans le cas d'une infraction « *continue, entente dont les éléments constitutifs se sont prolongés dans le temps du fait de la volonté persistante des participants* » et qui s'est « *poursuivie de manière continue après l'entrée en vigueur de la loi* [n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE)], la disposition de cette loi relative au mode de détermination de la sanction maximum encourue doit trouver application sans qu'il y ait lieu d'opérer [une] distinction » entre les faits antérieurs à cette entrée en vigueur, d'une part, et postérieurs à celle-ci, d'autre part (**arrêt du 29 mars 2012, Société Lacroix Signalisation**³² se prononçant sur les recours introduits contre la décision 10-D-39 de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la signalisation routière; voir aussi **arrêt du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord**³³ se prononçant sur des recours introduits contre la décision 11-D-02 de l'Autorité de la concurrence du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques).

Sur la détermination des sanctions

La cour d'appel a rappelé, de façon itérative, que la sanction imposée à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle est à déterminer en fonction des principes généraux du droit et des critères légaux prévus par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, « *sans qu'il y ait lieu de comparer l'application qui a été faite [de cette disposition] à d'autres entreprises sanctionnées* » dans la même affaire, et *a fortiori* dans d'autres affaires (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité). Les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines conduisent en effet à prendre, dans chaque affaire et, au sein d'une affaire donnée, pour chaque entreprise ou organisme en cause, des éléments nécessairement variables, d'une part, et susceptibles de faire l'objet d'une pondération elle-même différente, d'autre part.

32. Des pourvois en cassation ont été introduits contre cet arrêt.

33. Des pourvois en cassation ont été introduits contre cet arrêt.

En application de cette jurisprudence, des entreprises sanctionnées ne sont, par exemple, «*pas recevables à contester l'exonération de sanction prononcée par la décision à l'égard d'une autre société*» (même arrêt). Elles ne sont, de la même manière, «*pas recevables à contester le quantum de la sanction qui leur a été infligée au regard de celui des sanctions ayant été prononcées à l'encontre de telle ou telle autre entreprise*» (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Sur l'assiette des sanctions

La cour d'appel a été conduite, au cours de l'année 2012, à préciser sur plusieurs points importants la façon dont peut être déterminée l'assiette de la sanction.

En premier lieu, elle a jugé à ce sujet «*qu'il convient de tenir compte du chiffre d'affaires de l'entreprise dans le secteur concerné par l'infraction, et ce tout particulièrement et de façon première, lorsque les produits concernés par l'infraction ne concernent qu'une partie du chiffre d'affaires de l'entreprise*» (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité). Elle a également retenu que, «*sur l'assiette servant de calcul du montant de la sanction, la décision a rappelé à bon droit que la valeur des ventes réalisées par les entreprises en cause de produits ou de services en relation avec l'infraction constitue généralement une référence appropriée pour déterminer l'assiette de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de la concurrence, dans la mesure où elle permet de proportionner celle-ci à la réalité économique de l'infraction*» (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Cette approche se retrouve aussi, notamment, dans la jurisprudence de l'Union, qui approuve la Commission européenne d'asseoir les amendes qu'elle prononce sur la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction que réalise chacun des organismes ou entreprises participant à celle-ci. En d'autres termes, la sanction peut utilement être assise sur le chiffre d'affaires «concerné» par l'infraction, qui sera déterminé, selon les cas, au regard de l'objet ou des effets de cette infraction, plutôt que sur le chiffre d'affaires total de l'intéressé.

La cour d'appel a cependant rappelé que le recours à une telle assiette ne conduit nullement à faire abstraction du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise, «*qui constitue un indicateur, même imparfait, de sa taille et de sa puissance économique*» dont «*il peut être tenu compte, afin de déterminer une sanction proportionnée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie*» (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité). Cet élément peut aussi être pris en considération en aval, dans le cadre de l'individualisation de la sanction (voir *infra*).

En deuxième lieu, la cour a jugé que la possibilité d'asseoir la sanction sur la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction n'est envisageable que pour autant que les entreprises ou organismes en cause, qui détiennent les informations à cet égard, en fassent part à l'Autorité dans des conditions lui permettant d'en tenir compte. Elles doivent ainsi fournir «*des données pertinentes, complètes et justifiées*» à l'Autorité; «*faute d'éléments suffisamment probants permettant d'en déterminer le montant*», celle-ci pourra se fonder «*pour déterminer le montant des sanctions*» sur des «*données alternatives adéquates et suffisamment fiables et complètes*», parmi lesquelles figure, à défaut d'autre indicateur, «*le chiffre d'affaires [total]*

Jurisprudence des juridictions de contrôle

*réalisé par les entreprises» (arrêt **Entreprise H. Chevalier Nord** précité). Dans l'affaire en cause, le juge a approuvé l'Autorité d'avoir utilisé « *le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos, soit 2009, dès lors qu'il s'agit de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponibles pour l'ensemble des entreprises mises en cause, en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé en France, tel qu'il ressort des liasses fiscales communiquées par les parties, la décision expliquant que le coefficient appliqué pour calculer le montant de base de la sanction de chaque entreprise a été plus faible que celui qui aurait été appliqué si la valeur des ventes des entreprises en relation avec les infractions avait pu être retenue comme assiette de la sanction».**

En troisième et dernier lieu, la cour d'appel a relevé que le fait d'asseoir la sanction sur le chiffre d'affaires (concerné ou, à défaut, total) de chaque contrevenant constitue d'ores et déjà un élément permettant d'individualiser cette sanction. Elle a, plus précisément, relevé dans une affaire qu'il n'était pas contesté que, « *s'agissant d'entreprises dont l'activité parfums et cosmétiques était (à l'exception de [l'une d'entre elles] filialisée, les chiffres d'affaires pris en considération par [l'Autorité] sont majoritairement ceux correspondant à cette activité», avant d'estimer que l'Autorité « a infligé des sanctions sur la base du chiffre d'affaires propre à chaque entreprise; que ce simple fait a déjà conduit, alors même que le taux retenu est globalement identique, à la détermination d'amendes différenciées au regard des critères légaux» (arrêt du 26 janvier 2012, **Beauté Prestige International**³⁴, statuant sur des recours introduits contre la décision 06-D-04 bis du Conseil de la concurrence du 13 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des parfums et cosmétiques de luxe).*

Sur la gravité des faits

La cour d'appel a été conduite à préciser, sur plusieurs points notables, sa position relative aux modalités d'appréciation du critère légal tenant à la gravité des faits.

En premier lieu, revenant sur une orientation esquissée dans un arrêt antérieur³⁵, elle a été conduite à prendre à plusieurs reprises comme point de départ de cette appréciation la nature intrinsèque des pratiques et donc, implicitement mais nécessairement, à situer celles-ci sur une échelle de gravité, autrement dit à les comparer à d'autres infractions susceptibles d'être commises. Une telle approche se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de cassation (voir *infra*).

La cour d'appel a ainsi rappelé, dans l'**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité, la « *particulière gravité» des pratiques de cartels (à savoir d'ententes horizontales secrètes par lesquelles les concurrents fixent artificiellement les prix, se répartissent les marchés ou les clients, ou encore déterminent des quotas de production).*

Elle a également rappelé qu'il résulte de la jurisprudence constante que « *les pratiques d'entente entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et*

34. Des pourvois en cassation ont été introduits contre cet arrêt.

35. Arrêt du 27 janvier 2011, Cemex Bétons Sud-Est, cassé par la Cour de cassation sur un autre terrain (Cass. com., 14 février 2012, n°s 11-11.750 et 11-13.130).

la bonne utilisation de l'argent public; qu'en particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas; qu'au contraire, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents» (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité). Il en est de même d'ententes ayant «*pris la forme d'un véritable système de partage des marchés au niveau régional et [pour lesquelles] il ne fait pas de doute 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»* (même arrêt).

La cour d'appel a enfin souligné «*la gravité intrinsèque*» des ententes verticales de prix imposés, en ce qu'elles «*confisquent au profit des auteurs de l'infraction le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre d'un bon fonctionnement du marché»* (**arrêt Beauté Prestige International** précité).

La cour d'appel a, en second lieu, rappelé à plusieurs occasions les principaux éléments pouvant être pris en considération, en vertu d'une jurisprudence constante, pour apprécier la gravité des faits.

Outre la nature des pratiques – par exemple le fait qu'il s'agisse «*de pratiques d'exclusion, retard [ant] l'arrivée d'un concurrent sur le marché»* (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité) ou d'*«ententes portant sur des marchés publics d'appels d'offres»*, soit isolément, soit «*organisées à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et visant à se répartir les marchés publics [...] situés sur ces territoires»* (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité) –, il convient notamment de tenir compte de la durée des faits. Par exemple, la cour s'est fondée, pour approuver l'appréciation de la gravité des faits qu'avait faite l'Autorité dans une affaire, sur le constat que «*les pratiques ont été mises en œuvre sur une longue période»* (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité). Il est également pertinent de tenir compte des caractéristiques objectives et concrètes des pratiques, telles que leurs modalités de mise en place, de fonctionnement ou même de cessation. La suspension d'une entente peut ainsi être un élément d'appréciation (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité). Le fait qu'elle n'ait cessé «*qu'à la suite des perquisitions des locaux des entreprises et de l'audition de leurs dirigeants dans le cadre [d'une] information judiciaire»* également (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Quelle qu'en soit la teneur, les éléments pris en compte pour apprécier la gravité des faits doivent être évalués concrètement et ne peuvent consister en hypothèses qui ne seraient corroborées «*par aucun élément, aucune déclaration voire aucun indice»* (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité).

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

L'année écoulée a aussi été l'occasion pour la cour d'appel de rappeler ou de préciser trois aspects centraux de sa jurisprudence relative au critère légal tenant à l'importance du dommage causé à l'économie.

En premier lieu, la cour d'appel a, à plusieurs occasions, rappelé la jurisprudence constante relative tant aux modalités d'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie par une pratique d'entente ou d'abus de position dominante qu'aux principaux éléments traditionnellement pris en considération à cette fin.

Il en résulte, d'une part, que l'Autorité « *n'est pas tenue de quantifier précisément ce dommage mais doit cependant en évaluer l'existence et l'importance en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant par conséquent les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques illicites constatées* » (**arrêt Beauté Prestige International** précité).

Il en ressort, d'autre part, que les principaux éléments pouvant être pris en considération à cet effet comprennent en particulier « *la taille et la part du ou des secteurs ou marchés affectés, leurs caractéristiques, la durée des pratiques et, s'il y a lieu, leurs conséquences conjoncturelles et/ou structurelles* ». L'examen de ces éléments, dans une décision de l'Autorité, exclut qu'il puisse être utilement soutenu que l'importance du dommage à l'économie aurait été présumée (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité; voir également **arrêt Beauté Prestige International** précité et **arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Ces éléments peuvent à leur tour être appréciés en fonction de divers paramètres, selon les caractéristiques propres à chaque affaire et les données disponibles au dossier. Les caractéristiques du secteur ou du marché en cause et les conséquences attachées aux pratiques justifient en particulier d'examiner la sensibilité de la demande aux prix. Par exemple, dans l'affaire dite « des parfums », la cour a relevé l'existence d'éléments attestant, d'une part, l'inélasticité de la demande inhérente aux produits de luxe et, d'autre part, les conséquences de cette situation pour les consommateurs en présence de pratiques de prix de revente imposés (**arrêt Beauté Prestige International** précité).

En deuxième lieu, la cour d'appel a été conduite à préciser la ligne de partage entre ce critère légal et celui relatif à l'individualisation de la sanction. Eu égard à la jurisprudence constante selon laquelle l'importance du dommage à l'économie s'apprécie, dans le cas d'une pratique d'entente (c'est-à-dire à laquelle ont contribué plusieurs entreprises ou organismes), globalement et non au regard de la contribution individuelle de chaque contrevenant (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité; voir également **arrêt Beauté Prestige International** précité), la cour d'appel a considéré que « *le dommage à l'économie qui doit être démontré résulte de l'entente complexe et continue à laquelle plusieurs entreprises ont participé à des degrés divers voire de façon ponctuelle, sans dépendre de la participation respective des entreprises au cartel* » et que « *la mesure de cette participation relève de l'appréciation de la situation individuelle de chaque entreprise* » (**arrêt Société Lacroix Signalisation**

précité). En l'espèce, la cour d'appel a relevé, notamment, que le cartel avait concerné pendant dix ans la quasi-totalité du marché, que ses membres avaient détenu au total une part de marché oscillant autour de 90% et que l'entente s'était concrétisée par des pratiques d'exclusion vis-à-vis d'entreprises concurrentes jugées indésirables. Elle a également ajouté qu'il avait visé à répartir les marchés et à stabiliser les prix pendant cette période, conduisant nécessairement à une rigidification des parts de marché respectives des contrevenants ou, à tout le moins, à une allocation sous-optimale de celles-ci au regard de leurs seuls mérites. Elle a enfin constaté que des indices concordants constitués de témoignages et d'une étude économique attestaient l'existence d'un surprix engendré par le cartel et la survenance d'une baisse des prix de l'ordre de 10 à 20% à la suite de l'éclatement du cartel.

Dans le même sens, la cour a jugé que «*l'Autorité de la concurrence est en droit, ainsi que le rappelle la décision, de procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage causé à l'économie, comme de la gravité des pratiques, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques*» (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Partant, l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie causé, par exemple, par une pratique d'entente verticale, n'impose pas de «*se prononcer sur le partage de la contribution au dommage entre les participants aux ententes et donc le partage entre les fournisseurs et les distributeurs, ni même sur le niveau de dommage propre à chaque fournisseur concerné au titre des ententes verticales mises en place avec l'acquiescement de ses distributeurs*» (**arrêt Beauté Prestige International** précité).

En troisième et dernier lieu, la cour d'appel a jugé en substance que, si des éléments d'analyse économique ou de quantification économique peuvent être produits devant l'Autorité ou devant le juge par les parties en vue de discuter l'importance du dommage causé à l'économie, ceux-ci doivent répondre à certaines exigences pour pouvoir être pris en considération et nourrir utilement le débat contradictoire. Une étude «*fondée sur des évaluations non vérifiables*» ne répond pas à ces exigences (**Société Lacroix Signalisation** précité). Une exigence symétrique s'impose à l'Autorité : celle-ci ne saurait ainsi se fonder sur des éléments hypothétiques ; elle est toutefois fondée à effectuer des «*déductions*» à partir des éléments ou indices figurant au dossier (même arrêt).

Sur l'individualisation des sanctions

Sur les éléments d'individualisation tenant au comportement des contrevenants (circonstances atténuantes ou aggravantes)

La cour d'appel a jugé, dans l'**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité, que, si le rôle de meneur joué dans la conception et la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle constitue une circonstance aggravante, un rôle passif ou suiviste ne constitue pas une circonstance atténuante, dans la mesure où il conforte la pratique initiée par des participants plus actifs, dès lors que l'entreprise concernée «*ne démontre ni avoir été contrainte de participer à l'infraction, ni avoir durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits en*

Jurisprudence des juridictions de contrôle

cause, au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de l'entente. La jurisprudence de l'Union européenne va dans le même sens.

Elle a, en application de cette jurisprudence, été conduite à écarter les allégations d'entreprises relatives à un présumé rôle passif ou suiviste dans une entente en notant, par exemple, que la participation «à deux ententes régionales de répartition des marchés pendant une durée de trois ans et demi [avait] exclut une simple participation, mineure et ponctuelle, aux pratiques», ou que l'existence au dossier de «preuves directes ou [d']indices conduisant à une implication [d'une] entreprise ont été relev[é]s pour près de la moitié des appels d'offres étudiés [...], ce qui contredit précisément une attitude passive, peu importante, par ailleurs, que le tribunal correctionnel [...] ait relaxé le dirigeant de cette entreprise pour l'ensemble des marchés» (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Sur les éléments d'individualisation tenant à la situation des contrevenants

Clarifiant un point qui reste régulièrement contesté, même si la jurisprudence de la Cour de cassation fournit des enseignements à cet égard, la cour d'appel a jugé que «l'appartenance de l'entreprise à un groupe disposant d'une taille ou d'une puissance économique importante» est un élément dont «il peut être tenu compte, au titre des éléments d'individualisation de la sanction», «afin d'assurer le caractère à la fois proportionné et dissuasif de la sanction» (**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité). La cour a souligné dans le même arrêt que la sanction n'en reste pas moins imposée à l'entreprise responsable de l'infraction (en l'espèce la personne morale à la tête de l'unité économique ayant commis les pratiques), d'une part, et qu'elle demeure assise sur le «chiffre d'affaires de l'entreprise qui a participé à l'infraction, [en l'occurrence la] filiale, et non [sur] celui du groupe auquel appartient l'entreprise», d'autre part.

Rappelant cette solution quelques mois plus tard, la cour d'appel a jugé que, «sur l'appartenance à un groupe, la décision rappelle à bon droit que l'appartenance des entreprises poursuivies pour ententes à un groupe dont le chiffre d'affaires est, en l'occurrence, particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction ; qu'en effet, l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit que la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité doit être proportionnée à la situation de l'entreprise, mais aussi, lorsque celle-ci appartient à un groupe, à celle de ce dernier et que, ainsi que le rappelle la décision, l'obligation d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire peut conduire à ce que celle-ci soit, en considération d'une infraction donnée, plus élevée dans le cas d'une entreprise puisante ou intégrée à un groupe d'envergure européenne ou internationale, que dans celui d'une petite ou moyenne entreprise» (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Sur la réitération

Dans l'**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité, la cour d'appel s'est prononcée sur plusieurs des conditions permettant de constater l'existence d'une situation de réitération.

Elle a rappelé, d'une part, que « *la circonstance que les pratiques actuellement en cause aient débuté avant que les précédentes infractions ne fassent l'objet d'un constat n'exclut pas la réitération dès lors que les pratiques actuellement en cause, de nature continue, se sont poursuivies après* ».

Elle est revenue, d'autre part, sur la condition d'identité d'objet ou d'effet entre les infractions commises. D'un point de vue matériel, cette exigence n'impose pas, ainsi que cela résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, une identité du marché géographique ou de produits ou de services en cause, comme l'a rappelé la cour d'appel en retenant qu'« *il importe peu, au regard de la réitération, que les pratiques ne portent pas sur la même catégorie de produits* ». D'un point de vue personnel, il importe peu que les entreprises ou organismes avec lesquels s'est entendue l'entreprise en situation de réitération ne soient pas les mêmes dans les différentes infractions constatées. Il n'importe pas davantage que l'entreprise contrevenante soit condamnée dans un cas en tant que participant direct à une infraction et dans un autre en tant que « *société mère d'une filiale dépourvue d'autonomie à son égard* ».

Sur la mise en œuvre des procédures de clémence et de non-contestation des griefs

La cour d'appel a eu l'occasion, dans l'**arrêt Société Lacroix Signalisation** précité, de préciser sur plusieurs points importants la portée du recours à la procédure de non-contestation des griefs prévue par l'article L. 464-2 du Code de commerce. Elle a jugé, en particulier, que, « *si, en raison de sa renonciation à contester les griefs, [une entreprise] ne peut, dans le cadre de [son] recours, contester la réalité de [la pratique] et en particulier ses effets, elle conserve la possibilité de contester les éléments pris en considération par la décision pour déterminer la sanction et notamment la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie* ». Elle a aussi relevé qu'une entreprise n'est pas recevable à demander, pour la première fois en cause d'appel, le bénéfice de cette procédure.

Sur la prise en compte de la capacité contributive des contrevenants

La cour d'appel a rappelé, dans son **arrêt Société Lacroix Signalisation** précité, trois éléments guidant son examen de la capacité contributive des entreprises ou organismes qui se prévalent de difficultés financières affectant leur capacité contributive au soutien d'une demande de réformation de la sanction leur ayant été infligée par l'Autorité.

Tout d'abord, les entités condamnées peuvent non seulement contester l'appréciation portée par l'Autorité sur les difficultés financières alléguées devant elle pendant la procédure administrative, ainsi que leurs conséquences sur leur capacité contributive, mais également mettre en avant, devant le juge, l'existence de difficultés postérieures à l'adoption de la décision ou aggravées à la suite de celle-ci.

Dans un cas comme dans l'autre, elles doivent ensuite « *justifier* » concrètement ces difficultés, d'une part, et leurs conséquences sur leur capacité contributive, d'autre part, comme l'exige également le juge de l'Union. Dans une autre affaire,

Jurisprudence des juridictions de contrôle

la cour a ajouté que ces éléments « *doivent, dans la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes de plusieurs exercices* » (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité). De tels éléments peuvent, par exemple, être constitués par des positions bancaires, des lettres de banques et un justificatif de la procédure d'alerte produit par le commissaire aux comptes (même arrêt).

Enfin, ces difficultés doivent être personnelles aux demandeurs, « *les difficultés générales du secteur concerné par l'infraction ne figurant pas parmi les critères légaux d'appréciation de la sanction* », qu'il s'agisse, par exemple, d'un contexte de guerre des prix menée par les entreprises leaders du secteur ou d'une diminution du nombre d'appels d'offres sur lesquels les opérateurs sont en concurrence (voir également, sur ce point, **arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

L'**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité a, par ailleurs, été l'occasion pour la cour de préciser que, quand une entreprise appartient à un groupe, l'existence de difficultés contributives est à apprécier en tenant compte de cette appartenance et, par voie de conséquence, des ressources dont dispose ce dernier. Elle a jugé en l'espèce que l'Autorité était fondée à écarter une demande « *de réduction du montant de la sanction présentée par [une] société en raison de ses difficultés financières au motif qu'appartenant [à un] groupe qui, disposant de ressources financières considérables [...], [elle] n'est pas fondée à se prévaloir de difficultés financières particulières qui affecteraient sa capacité contributive* ».

Sur le prononcé d'injonctions de publication

La cour d'appel a rappelé, dans son **arrêt Société Lacroix Signalisation** précité, la jurisprudence relative au prononcé d'injonctions de publication. En premier lieu, une telle mesure « *procède du principe de la publicité des décisions à forme et à contenu juridictionnel et n'est pas de nature à porter atteinte au crédit et à la considération des personnes visées dès lors, notamment, que le texte dont la publication est enjointe constitue un résumé objectif des éléments retenus pour entrer en voie de condamnation* »; elle « *ajoute à l'exemplarité de la sanction et participe à l'effectivité des règles de la concurrence* », sans qu'il soit besoin, à cet effet, qu'elle rappelle aux personnes victimes de l'infraction qu'elles disposent du droit d'obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi. En second lieu, « *le texte de la publication, dont le coût est à la charge des entreprises sanctionnées, s'il doit être objectif, est nécessairement un résumé succinct de la décision* ».

En cas de réformation de la décision de l'Autorité, la cour d'appel peut être conduite à ordonner à son tour la publication d'une injonction modifiée (**arrêt Entreprise H. Chevalier Nord** précité).

Jurisprudence de la Cour de cassation

Sur la procédure

Sur la prescription

Dans l'arrêt **Razel du 15 mai 2012**, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel³⁶ ayant annulé la décision 06-D-07 dans laquelle le Conseil avait sanctionné en 2006 une trentaine d'entreprises pour des ententes de répartition de marchés publics en Île-de-France.

Rappelant que le nouveau régime de prescription décennale était d'application immédiate et que le point de départ de la computation du délai de prescription était celui de la cessation de la pratique anticoncurrentielle, la cour d'appel en avait déduit, en prenant comme date de référence la date à laquelle le Conseil avait statué sur les griefs formés à l'encontre des sociétés requérantes, que la prescription décennale était acquise, en l'espèce, au profit des sociétés requérantes.

La Cour de cassation n'a pas approuvé la cour d'appel : elle a considéré que celle-ci avait en effet violé l'article 2 du Code civil et l'article L. 462-7, alinéa 3, du Code de commerce et a précisé que « *de nouvelles lois de procédure ne peuvent priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur et que la décision du Conseil avait été rendue le 21 mars 2006 à une date à laquelle l'ordonnance du 13 novembre 2008 instaurant le délai de dix ans prévu par l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du Code de commerce n'était pas entré en vigueur* » (cf. décision 06-D-07).

Sur la procédure suivie devant l'Autorité

Sur la procédure de mesures conservatoires

Dans l'arrêt **Euro Power Technology du 9 octobre 2012**, la Cour a approuvé la cour d'appel³⁷ d'avoir rejeté le recours formé par la société saisissante contre la décision par laquelle l'Autorité avait rejeté sa saisine au fond, faute d'éléments suffisamment probants, et avait rejeté également, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires qui était jointe. Elle a indiqué qu'« *il résulte des articles L. 462-8 alinéa 2 et R. 464-1 du Code de commerce que l'Autorité peut rejeter la saisine lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, et qu'une demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond ; qu'il suit de là que, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants et, dans la négative, de rejeter la saisine, ce rejet entraînant, par voie de conséquence, celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci* ».

³⁶. CA Paris, 5 mai 2011, Razel.

³⁷. CA Paris, 2 décembre 2010, Euro Power Technology.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Par ailleurs, dans le même arrêt, la Cour a écarté le moyen par lequel la requérante soutenait que la condition d'urgence à statuer dans le cadre de mesures conservatoires n'avait pas été respectée et qu'ainsi, les atteintes au principe du contradictoire n'avaient pas été justifiées. Confirmant la cour d'appel, elle a rappelé que l'Autorité avait accompli des actes d'instruction en complément des éléments apportés par la plaignante, et que si l'instruction s'était accélérée au cours des semaines précédant la séance, les délais laissés aux parties pour répondre aux demandes de déclassement et pour s'exprimer sur les pièces déclassées leur avaient permis de s'expliquer en séance sur l'ensemble des pièces versées aux débats, aucune des parties n'ayant demandé un délai supplémentaire pour répondre. La Cour en a conclu que la cour d'appel avait constaté l'absence d'atteinte au principe du contradictoire, dont le respect devait bien s'apprécier au regard de la procédure d'urgence prévue par l'article L. 464-1 du Code de commerce, et avait ainsi pu rejeter les moyens de procédure invoqués par la requérante (*cf.* décision 10-D-14).

Sur l'absence d'éléments suffisamment probants à l'appui de la saisine

Dans l'arrêt **Euro Power Technology du 9 octobre 2012**, la Cour a écarté le moyen tiré de l'absence d'éléments suffisamment probants fournis à l'appui de la saisine du plaignant. Se fondant sur l'article L. 462-8 du Code de commerce selon lequel l'Autorité peut rejeter la saisine, par décision motivée, lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants, la Cour a approuvé la cour d'appel³⁸ d'en avoir déduit qu'il appartenait à la partie saisissante de produire des éléments de preuve suffisants (*cf.* décision 10-D-14).

Sur le retrait de pièces obtenues sur la base d'une ordonnance de référé rétractée

Dans l'arrêt **Euro Power Technology du 9 octobre 2012**, la Cour de cassation a écarté le moyen par lequel la requérante reprochait à l'Autorité d'avoir écarté des débats des pièces obtenues sur la base d'ordonnances de référé qui avaient fait l'objet d'une décision de rétractation, approuvant ainsi la cour d'appel³⁹ et l'Autorité. Elle a précisé que « *les pièces litigieuses avaient été initialement saisies par un huissier de justice, dans les locaux de EDF, en vertu de deux ordonnances rendues à la requête de la société Euro Power Technology, qui ont ensuite été rétractées, et que, si elles ont été ultérieurement versées au dossier à la demande du rapporteur, la connaissance par ce dernier de leur existence puisait sa source dans les ordonnances rétractées et les ordonnances subséquentes ; qu'ayant ainsi fait ressortir que ces éléments de preuve n'avaient pas été obtenus loyalement, la cour d'appel en a exactement déduit que l'Autorité les avait à bon droit écartés des débats* » (*cf.* décision 10-D-14).

38. CA Paris, 2 décembre 2010, Euro Power Technology.

39. CA Paris, 2 décembre 2010, Euro Power Technology.

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur les observations écrites de l'Autorité devant la cour d'appel

Statuant sur une question relative aux observations écrites produites par l'Autorité devant la cour d'appel, la Cour de cassation a rappelé dans un **arrêt du 31 janvier 2012, France Télécom et Orange Caraïbe**, en confirmant la cour d'appel⁴⁰ sur ce point, que l'Autorité a la faculté d'expliciter son argumentation devant elle « *dès lors qu'il n'apparaît pas que ces observations comportent un élément nouveau de nature à agraver la culpabilité ou la condamnation des parties en cause* ». Cela n'ayant pas été soutenu en l'espèce, la Cour a considéré que le moyen tiré de la violation de l'article L. 464-2 du Code de commerce, ensemble l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs et l'article 6, paragraphe 1 de la CESDH, n'était pas fondé (*cf.* décision 09-D-36).

Sur le recours prévu par l'article 5, IV, alinéa 2 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 contre les ordonnances d'autorisation de visite et saisie

Dans l'**arrêt Cemex bétons Sud-Est du 14 février 2012**, la Cour a cassé et annulé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011.

La cour d'appel avait dans un premier temps estimé que le contrôle qu'elle exerce dans le cadre de l'article 5, IV, alinéa 2 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 – disposition transitoire permettant aux entreprises de contester, devant la cour d'appel de Paris, en fait et en droit l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et saisie en même temps que la décision au fond rendue par l'Autorité, quand cette ordonnance n'a pas fait l'objet d'un pourvoi ou quand elle a fait l'objet d'un pourvoi qui a été rejeté – n'impliquait de sa part aucune appréciation sur le bien-fondé des griefs qui seraient plus tard articulés contre les entreprises visitées, ni n'induirait une quelconque appréciation préjudiciable sur les éventuelles sanctions qui seraient prononcées contre les mêmes entreprises. Elle en avait conclu ainsi que ce contrôle était effectif.

N'approuvant pas cette analyse, la Cour de cassation a indiqué que « *l'examen de l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant les visite et saisie par la même formation de jugement que celle appelée à statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction prononcée au titre de ces pratiques est de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction* » au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la CESDH.

Par ailleurs, en ce qui concerne le respect d'un délai raisonnable dans lequel doit pouvoir être exercé le recours contre les opérations de visite et saisie, la cour d'appel avait dans un premier temps rappelé que ce délai courait sur la période comprise entre le jour où est ouverte la voie de droit et le jour où le juge compétent est saisi pour statuer sur les mérites de la décision critiquée, soit en l'espèce une période de quinze années. Dans un second temps, la cour d'appel avait néanmoins considéré

40. CA Paris, 23 septembre 2010, Digicel Antilles Françaises Guyane.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

que « *conformément à la finalité de l'exigence du respect d'un délai raisonnable, l'autorité d'enquête ne saurait voir ses prérogatives mises en péril par la survenance d'événements dont elle n'aurait pas maîtrisé le cours; [...] le temps de la procédure proprement judiciaire jusqu'à l'ouverture d'un nouveau recours par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, soit de 1995 à 2008, doit être déduit du total de quinze années.* ». La cour d'appel avait ainsi pu en déduire que le délai imposé aux requérantes pour obtenir un exercice effectif du recours de fait et de droit n'avait pas été de quinze années mais de trois années, de sorte qu'il n'était pas déraisonnable.

La Cour de cassation n'a pas non plus approuvé la cour d'appel sur ce point et a estimé qu'« *en se déterminant par de tels motifs, impropre à établir que le recours en contestation prévu par l'ordonnance du 13 novembre 2008 répondait, en l'espèce, aux exigences de l'article 6 § 1 de la CESDH, dès lors que les sociétés en cause n'ont pu contester en fait et en droit l'ordonnance autorisant les visite et saisie de documents que quinze ans après l'exécution de celles-ci, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (cf. décision 97-D-39).

Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation

Sur la qualité de partie reconnue à l'Autorité

Dans l'arrêt **Président de l'Autorité de la concurrence du 17 janvier 2012**, la Cour a statué sur la question de savoir si l'Autorité avait la faculté de former un pourvoi en cassation contre un arrêt de la cour d'appel⁴¹ ayant annulé ou réformé une décision rendue par le Conseil de la concurrence.

En premier lieu, la Cour a fait application de la jurisprudence dans laquelle la Cour de justice avait considéré que, dans un domaine tel que celui de la constatation d'infractions aux règles de concurrence et l'imposition d'amendes, qui comporte des appréciations juridiques et économiques complexes, l'obligation incombe à une autorité de concurrence nationale d'assurer l'application effective des articles 101 et 102 TFUE exige que celle-ci dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont l'Autorité est l'auteur. En second lieu, la Cour de cassation en a déduit que « *l'obligation d'effectivité dans l'application des articles 101 et 102 TFUE commande que l'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil de la concurrence comme autorité administrative indépendante chargée de mettre en œuvre sur le territoire national notamment les articles 101 et 102 TFUE et qui avait la qualité de partie devant la cour d'appel, puisse disposer de la faculté de former un pourvoi contre un arrêt de cour d'appel réformant ou annulant une décision prise par le Conseil de la concurrence* » (cf. décision 04-D-48).

Par ailleurs, dans l'arrêt **Lacroix Signalisation du 20 mars 2012**, la Cour a jugé, au vu de la jurisprudence de la Cour de justice précitée, que l'alinéa 5 de l'article L. 464-8 du Code de commerce, permettant au président de l'Autorité de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant

⁴¹. CA Paris, 27 janvier 2011, SFR.

annulé ou réformé une décision de l'Autorité, donne également à ce dernier la possibilité de former un pourvoi contre une décision statuant sur une demande de sursis à exécution formée contre une décision de l'Autorité rendue sur le fondement des dispositions des articles 101 et 102 TFUE (*cf.* décision 10-D-39).

Non admission du pourvoi

Dans **deux arrêts du 30 mai 2012**, la Cour a déclaré non admis les pourvois formés par la société AP Moller Maersk A/S et par le président de l'Autorité de la concurrence contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2011 réformant la décision de l'Autorité dans l'affaire relative au secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

La Cour s'est fondée sur les dispositions de l'article 1014 du Code de procédure civile qui dispose qu'après le dépôt des mémoires, la formation restreinte de la chambre de la Cour à laquelle l'affaire a été distribuée déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation (*cf.* décision 10-D-13).

Sur l'applicabilité du droit de l'Union

Par son **arrêt France Télécom, Orange Caraïbe du 31 janvier 2012**, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, lequel avait écarté l'application du droit de l'Union au motif que si l'affectation du commerce entre États membres pouvait reposer sur une influence indirecte et potentielle, elle ne pouvait cependant reposer sur une influence éloignée ou hypothétique ; que tel était le cas, selon la cour d'appel de Paris, lorsque, comme en l'espèce, le seul opérateur de téléphonie non français qui s'est manifesté sur le marché de la zone Antilles-Guyane dont l'accès avait été rendu plus difficile en raison des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom et sa filiale Orange Caraïbe, n'était pas ressortissant de l'Union européenne, mais jamaïcain.

En outre, la cour d'appel de Paris avait considéré que pour établir le caractère sensible de cette affectation, il était nécessaire, notamment dans le cas où seule une partie d'un État membre constitue le marché géographique pertinent, de se référer au volume de ventes global concerné par rapport au volume national, ce qui, en l'espèce, aurait amené l'Autorité à écarter l'existence d'une affectation sensible du commerce entre États membres⁴².

De l'interprétation donnée par la Cour de cassation du critère de l'affectation sensible du commerce entre États membres dépendait notamment, en pratique, la mise en œuvre effective des articles 101 et 102 du TFUE dans les affaires concernant des pratiques n'affectant qu'une partie du territoire français et, en particulier, dans les territoires ultrapériphériques de l'Union européenne tels que les départements français d'outre-mer (DOM).

⁴². En l'espèce, le chiffre d'affaires du groupe France Télécom aux Caraïbes représentait 0,75 % du chiffre national.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

En premier lieu, la Cour de cassation a précisé que les termes «susceptibles d'affecter» énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, «sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire».

En deuxième lieu, la Cour de cassation a estimé qu'en isolant le critère quantitatif tiré du volume de ventes global concerné par rapport au volume national du reste du faisceau d'indices sur lequel doit, en principe, reposer toute analyse du critère de l'affectation sensible du commerce entre États membres, alors que le caractère sensible résulte «d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, le volume de ventes global concerné par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres», la cour d'appel de Paris avait violé, ensemble, les articles 101 et 102 du TFUE et l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003.

Enfin, la Cour de cassation a jugé que c'est à tort que la cour d'appel de Paris a annulé la décision rendue sur le fondement des articles 101 et 102 du TFUE et L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, dès lors que la décision de l'Autorité demeurait valide en ce qu'elle se fondait également sur les dispositions du droit national. En toute hypothèse, la cour d'appel de Paris aurait dès lors dû réformer la décision et non prononcer son annulation (cf. décision 09-D-36).

Sur les sanctions

Sur la constitutionnalité du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Arrêt de non-lieu à renvoi du 18 septembre 2012, Société Sephora

Saisie de questions prioritaires de constitutionnalité soulevées dans le cadre des pourvois en cassation introduits contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012, Société Beauté Prestige International, qui avait confirmé le bien-fondé de la décision 06-D-04 bis du Conseil de la concurrence du 13 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des parfums et cosmétiques de luxe, tout en réformant certaines des sanctions infligées, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui régit notamment les modalités de détermination des sanctions pouvant être imposées par l'Autorité de la concurrence en cas d'infraction aux règles internes et de l'Union européenne prohibant les ententes et les abus de position dominante (articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE]).

Si certaines des neuf questions posées portaient spécifiquement sur les modalités de détermination du maximum légal applicable aux entreprises, d'autres

contestaient plus globalement l'ensemble du dispositif légal, dans sa version antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE). La Cour a donc été conduite à se prononcer, pour la première fois, sur la constitutionnalité du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Après avoir constaté que cette disposition était applicable au litige et n'avait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, la Cour a constaté que les questions mettant en cause sa constitutionnalité n'étaient ni nouvelles ni sérieuses.

Pour parvenir à la conclusion qu'elles ne revêtaient pas un caractère sérieux, la Cour a commencé par relever que la sanction prévue par la disposition contestée, « *individuelle, motivée et non automatique, résulte d'une disposition claire et précise excluant tout risque d'arbitraire de la part de l'autorité investie du pouvoir de sanction et exigeant que cette sanction soit proportionnée 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* ». Elle a poursuivi en rappelant qu'il s'agit d'*« un mécanisme qui garantit l'individualisation de la peine découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout en assurant, en rapport direct avec l'objet du texte qui l'établit, l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles par une sanction pécuniaire effectivement dissuasive, qui est nécessairement en lien avec la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée*

.

Par ces motifs, la Cour de cassation a jugé que le dispositif légal, institué dans le but de lutter de façon « efficace » et « effective » contre les pratiques anticoncurrentielles au moyen de sanctions à la fois punitives et dissuasives, ne méconnaissait pas les principes constitutionnels de légalité, de nécessité, de personnalité et de proportionnalité des peines.

Sur la détermination des sanctions

Sur la gravité des faits

Arrêt de rejet du 30 mai 2012, Société Orange France

Saisie d'un pourvoi en cassation introduit contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Société Orange France, qui avait confirmé la décision 05-D-65 du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, la Cour de cassation l'a rejeté par un arrêt dans lequel elle a apporté d'importantes précisions sur la notion de gravité des faits visée par le Code de commerce.

Elle a, en premier lieu, approuvé la cour d'appel et le Conseil de la concurrence d'avoir fait une appréciation « *mesurée* » de la gravité des faits en cause en l'espèce – une pratique d'échange d'informations – au motif que « *celle-ci n'atteignait pas le niveau de gravité inhérent à une entente expresse sur les prix ou de répartition des marchés* ». Elle a en d'autres termes confirmé la possibilité, dans le cadre de l'appréciation de la gravité des faits, de raisonner par rapport à d'autres pratiques anticoncurrentielles possibles et donc à une échelle fondée sur la nature de ces

Jurisprudence des juridictions de contrôle

pratiques, comme cela découle également de la jurisprudence de l'Union européenne ou encore des prises de position de l'OCDE sur les ententes secrètes entre concurrents, également qualifiées de cartels.

La Cour de cassation a, en deuxième lieu, rappelé que, comme cela ressort de sa jurisprudence constante, la gravité des faits doit, au-delà de la seule nature des pratiques, être appréciée de manière «concrète» et «sans qu'importe que celle-ci ait été qualifiée d'anticoncurrentielle seulement par ses effets». S'il résulte de la jurisprudence que cette appréciation doit être fonction des éléments objectifs de l'affaire – en l'espèce le caractère confidentiel et stratégique des informations échangées, la parfaite régularité des échanges intervenus et leur durée –, cela n'exclut pas la possibilité de prendre également en considération, lorsqu'elle est établie, «la conscience» qu'ont les entreprises en cause «d'enfreindre les règles de la concurrence». En d'autres termes, l'absence d'intentionnalité n'est pas un élément atténuant dans la mesure où l'appréciation des faits est objective, mais l'existence d'un tel élément peut constituer un élément aggravant.

En troisième et dernier lieu, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de s'être déterminée sur la gravité des faits reprochés aux entreprises en cause sans avoir à répondre à leur argumentation «inopérante» selon laquelle elle n'aurait pas tenu «compte quand elle y était conviée du comportement des pouvoirs publics et de l'ART dans les années considérées, lesquels ont largement encouragé la transparence du marché».

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

Arrêt de rejet du 30 mai 2012, Société Orange France

Le même arrêt a conduit la Cour de cassation à rappeler, tout en la précisant sur certains points importants, sa jurisprudence relative au contenu et aux modalités d'appréciation du critère légal relatif à l'importance du dommage causé à l'économie.

Elle a, en premier lieu, rappelé deux aspects essentiels de sa jurisprudence à ce sujet. D'une part, la détermination de la sanction au regard de ce critère légal «exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier». Il s'en déduit, par exemple, que ni la cour d'appel ni, avant elle, le Conseil de la concurrence, n'ont à s'engager dans une analyse exhaustive, et à plus forte raison chiffrée, d'éléments tels que «la réduction du surplus du consommateur». Ils n'ont pas davantage «à apprécier ce dommage en distinguant entre les périodes durant lesquelles s'étaient déroulé [e] s les [pratiques d'] échanges» d'informations en cause en l'espèce.

D'autre part, cette appréciation ne saurait être limitée au dommage causé sur le seul marché affecté; elle s'étend au contraire à l'ensemble du dommage causé à l'économie par la pratique en cause, «tant en ce qui concerne les consommateurs, que la structure du marché, et l'économie générale».

En second lieu, la Cour de cassation a jugé en substance, en s'appuyant sur sa jurisprudence relative aux différents éléments susceptibles d'être pris en considération

pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie – parmi lesquels figurent la taille du marché concerné, le nombre et l'importance des entreprises participant à la pratique, point qui peut par exemple être appréhendé à partir de leur part de marché cumulée, ou encore la durée des pratiques et les caractéristiques du secteur économique en cause, comme la sensibilité de la demande au prix –, qu'il convient de tenir compte de l'ensemble de ces éléments sans nécessairement donner à tel ou tel d'entre eux une importance déterminante. Elle a estimé en l'occurrence que la cour d'appel avait à juste titre considéré que « *la prise en compte de la sensibilité de la demande au prix, laquelle était en l'espèce modérée, n'était pas de nature à modifier l'appréciation du dommage à l'économie faite par le Conseil au regard de la taille du marché concerné, de l'implication des trois seuls opérateurs présents sur celui-ci et de la diminution de l'intensité de la concurrence* ».

Jurisprudence du Conseil d'État

Le Conseil d'État a rendu en 2012 plusieurs décisions relatives à l'application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (réalisation d'une opération en l'absence de notification), du III de l'article L. 430-8 (non-réalisation d'engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations) et des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration).

Sur l'application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (réalisation d'une opération en l'absence de notification)

Arrêt du 14 décembre 2012, Colruyt

La décision de l'Autorité **12-D-12** relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État. À l'appui de cette requête, la société Colruyt France et la société Éts. Fr. Colruyt ont demandé au Conseil d'État de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution, d'une part, du I de l'article L. 430-8, du II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du II de l'article L. 462-5 du Code de commerce et, d'autre part, de l'article L. 430-3 et du I de l'article L. 430-8 du même Code.

Sur le premier point, le Conseil d'État a rappelé, dans son arrêt de non-lieu à renvoi, que le Conseil constitutionnel, par une décision du 12 octobre 2012 se prononçant sur une question prioritaire de constitutionnalité (voir ci-dessous), avait déjà déclaré les dispositions concernées conformes à la Constitution.

Sur le deuxième point, le Conseil d'État a considéré, en premier lieu, que la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire

Jurisprudence des juridictions de contrôle

de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. En deuxième lieu, il a considéré que les dispositions en cause désignent de façon suffisamment claire l'auteur du manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration, qui est également la personne physique ou morale susceptible d'être sanctionnée; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et du principe de personnalité des peines qui découlent des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, devait être écarté. En troisième lieu, il a considéré que les dispositions du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce sont sans incidence sur l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence et qu'il ne peut donc être utilement soutenu qu'elles méconnaîtraienr les principes d'indépendance et d'impartialité consacrés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, faute de distinguer les fonctions « *administratives* » et « *quasi juridictionnelles* » de l'Autorité de la concurrence et, au sein de ces dernières, « *les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement* » et de garantir que les mêmes personnes ne puissent exercer ces différentes fonctions pour la même affaire (décision du Conseil d'État n° 360949 du 14 décembre 2012).

Sur l'application du III de l'article L. 430-8 (non-réalisation d'engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations)

Arrêt du 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus

Par une décision en date du 21 décembre 2012, le Conseil d'État a rejeté la demande d'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence 11-D-12 du 20 septembre 2011 qui avait constaté que le Groupe Canal Plus n'avait pas respecté plusieurs engagements pris lors du rachat de TPS, retiré la décision d'autorisation de l'opération, et sanctionné le Groupe Canal Plus à hauteur de 30 millions d'euros.

Sur la régularité de la procédure

Le Conseil d'État s'est prononcé sur la régularité de la procédure, notamment au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « l'article 6 de la CESDH »).

S'agissant du droit à un procès équitable, le Conseil d'État a rappelé que, dans la mesure où les sanctions infligées au titre du IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce peuvent faire l'objet d'un recours en plein contentieux devant lui, le fait que la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, laquelle n'est pas une juridiction au sens du droit interne, ne soit pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6 de la CESDH n'est pas incompatible avec la tenue d'un procès équitable.

Le Conseil d'État a ainsi estimé que la faculté d'autosaisine dont dispose l'Autorité de la concurrence avec l'article L. 462-5 du Code de commerce est suffisamment

encadrée en ce que l'instruction est menée dans le respect des droits de la défense, sous l'autorité du rapporteur général, qui dirige les services d'instruction, désigne les rapporteurs, notifie le rapport établi par les rapporteurs aux parties et ne prend pas part à la décision. Enfin, les dispositions de l'article L. 461-4 du Code de commerce garantissent l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions. Par ailleurs, le Conseil d'État a précisé que la formulation de la décision 09-SO-01 du 28 octobre 2009, identique au libellé du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, ne saurait traduire un préjugement de l'Autorité de la concurrence sur le respect des engagements souscrits dans la décision du 30 août 2006.

Par conséquent, le Conseil d'État a estimé que l'Autorité de la concurrence s'était saisie d'office et avait délibéré sans avoir méconnu le principe d'impartialité. À cet égard, le Conseil d'État a précisé que ni le fait que plusieurs personnes aient participé à la décision d'autosaisine et au délibéré de la décision attaquée ni celui qu'un même rapporteur ait instruit l'autosaisine puis la saisine, ne sont de nature à entacher la décision d'irrégularité.

S'agissant de l'organisation des services d'instruction, le fait que le président de l'Autorité de la concurrence intervienne dans la nomination du rapporteur général ne saurait remettre en cause les garanties d'indépendance requises par leurs fonctions : le rapporteur général est nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis du collège de l'Autorité de la concurrence, et les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs sont nommés par le rapporteur général. En outre, le rapporteur général, les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs n'assistent pas au délibéré.

S'agissant enfin des conditions dans lesquelles l'Autorité a exercé son pouvoir de sanction, elles ne sont pas en contravention avec l'article 6 de la CESDH dès lors que ce pouvoir, attribué par la loi à une autorité administrative, est organisé de sorte que les droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision soient respectés. À cet égard, le Conseil d'État précise que l'avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 ne s'apparentait pas à un préjugement du respect des engagements souscrits par GCP dans la décision du 30 août 2006 et que le fait que plusieurs personnes aient participé au délibéré de l'avis 06-A-13 et de la décision du 20 septembre 2011 n'était pas contraire au principe d'impartialité posé par l'article 6 de la CESDH. Il en est de même s'agissant du fait que le rapporteur général adjoint de l'Autorité, dont le rapport oral a été entendu par le collège avant le délibéré de la décision du 20 septembre 2011, ait occupé en 2006 les fonctions de chef du bureau de la concurrence au ministère de l'Économie.

Sur le bien-fondé de la décision attaquée

Le Conseil d'État a validé l'analyse que l'Autorité avait faite en constatant les manquements de Groupe Canal Plus s'agissant de huit des dix engagements concernés.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

S'agissant plus spécifiquement des engagements prévoyant que « *d'une manière générale, les Parties garantissent le maintien de la qualité des chaînes mises à disposition des tiers, sur la base de critères objectifs facilement identifiables et vérifiables* » puis énumérant des critères précis visant à mesurer la qualité d'une chaîne, le Conseil d'État a estimé qu'en vertu du principe d'interprétation stricte des engagements, l'obligation de maintien de la qualité générale d'une chaîne doit, en principe, être regardée comme satisfait lorsque les critères détaillés énumérés par l'engagement sont remplis. Cependant, il a ajouté que « *toutefois, l'Autorité de la concurrence est en droit de rechercher si, alors même que serait assuré le respect formel des critères expressément prévus par un engagement que l'évolution du marché n'a pas privé de son objet, les parties ayant pris cet engagement auraient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir* ».

Constatant que les coûts des programmes diffusés sur TPS Star, et notamment des programmes de cinéma et des programmes sportifs, avaient diminué continûment et de façon significative à compter de l'année 2007; que la part des films ayant connu le plus grand succès au sein des films ayant réalisé plus de 500 000 entrées en salle diffusés en première exclusivité sur TPS Star avait diminué de manière très significative à compter de 2007; que les séries américaines diffusées sur TPS Star postérieurement à l'opération de concentration étaient sensiblement moins attractives que les séries américaines diffusées antérieurement à cette opération, le taux d'abandon de diffusion à compter de la deuxième saison subissant une augmentation très nette; que, postérieurement à l'opération de concentration, les abonnés de TPS Star n'avaient, contrairement aux abonnés de Canal Plus, bénéficié ni d'un service de télévision de rattrapage, ni d'une version de la chaîne en haute définition; qu'enfin, les dépenses visant à promouvoir TPS Star avaient été réduites à hauteur de 75 % entre 2008 et 2009, la plupart des campagnes promotionnelles n'étant pas reconduites, tandis que les dépenses promotionnelles de Canal Plus étaient stables, le Conseil d'État a jugé que Groupe Canal Plus avait effectivement adopté des mesures ayant pour conséquence de priver l'engagement de maintien de la qualité de la chaîne de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels que cet engagement entendait prévenir. Il a conclu de la même manière pour les chaînes cinéma qui devaient être mises à disposition des distributeurs tiers.

Le Conseil d'État a confirmé la gravité de ces manquements étant donné le caractère essentiel des engagements non respectés, notant en particulier que si les sociétés requérantes faisaient valoir qu'elles avaient respecté plus de 80 % des engagements, cette circonstance était sans incidence sur la gravité des manquements constatés, et estimé que « *le retrait de la décision du 30 août 2006 qui avait autorisé l'opération de concentration est proportionné à la gravité des manquements reprochés à la société Groupe Canal Plus et aux exigences de l'ordre public économique, par l'obligation faite aux parties de revenir à l'état antérieur à l'opération de concentration ou de solliciter une nouvelle autorisation pouvant, le cas échéant et après une nouvelle analyse concurrentielle, être subordonnée au respect de nouvelles mesures correctives*.

En revanche, pour deux des engagements que l'Autorité avaient considérés comme n'ayant pas été respectés, le Conseil d'État a considéré que l'Autorité avait inexactement qualifié les faits et donc inexactement constaté que la requérante avait manqué à ses obligations. En conséquence, il a réduit la sanction de 30 à 27 millions d'euros.

Sur l'application des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration)

Ordonnance du 22 octobre 2012, Groupe Canal Plus

Le juge des référés du Conseil d'État a d'abord rendu le 22 octobre 2012 une ordonnance rejetant la demande de suspension de la décision **12-DCC-100** déposée par la société Groupe Canal Plus en application de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »

Le juge des référés s'est fondé en l'espèce sur l'absence d'urgence : l'examen des requêtes tendant à l'annulation des décisions de l'Autorité 11-D-12 et **12-DCC-100** était inscrit au rôle de l'assemblée du contentieux du Conseil d'État du 14 décembre 2012 et il n'apparaissait pas que le risque que la mise en œuvre des injonctions litigieuses entraîne des préjudices irréversibles sur la situation économique et financière du Groupe Canal Plus soit susceptible de se réaliser avant l'intervention du jugement au fond de ces deux affaires.

Arrêt du 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus

Puis, par une décision en date du 21 décembre 2012 portant sur la demande d'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence **12-DCC-100** du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canalsatellite, le Conseil d'État a rejeté les recours formés contre la décision par la société Groupe Canal Plus qui dénonçait le caractère erroné de l'analyse et le caractère disproportionné des injonctions prononcées à son encontre, ainsi que les recours formés par les sociétés Numericable et Parabole Réunion, qui, pour leur part, dénonçaient le caractère insuffisant des mesures correctives mises en place par l'Autorité au regard de l'ampleur des effets anticoncurrentiels de l'opération.

Sur le caractère contradictoire de la procédure

En premier lieu, le Conseil d'État a considéré que la seule circonstance que le rapport communiqué aux parties mentionnait, au sein du « propos introductif », que certaines données financières, communiquées tardivement par les parties, étaient en cours d'analyse, ne saurait conduire à regarder ce document comme partiel ou

Jurisprudence des juridictions de contrôle

incomplet et que la note d'analyse de ces données financières transmise quelques jours plus tard ne constituait pas un rapport complémentaire, dès lors qu'elle ne modifiait ni l'analyse concurrentielle, ni l'appréciation des injonctions, et que les parties avaient disposé d'un délai suffisant pour présenter utilement les observations que cette note pouvait appeler de leur part.

S'agissant ensuite de la présence, dans le rapport, de documents occultés à la demande des tiers les ayant remis, le Conseil d'État a considéré que ces occultations étaient sans incidence sur la légalité de la décision attaquée dès lors que :

- soit les parties avaient eu accès, conformément aux dispositions de l'article L. 463-4 du Code de commerce applicable aux opérations de concentration, à un résumé des passages concernés qui indiquait clairement le sens des passages occultés et les mettait ainsi en mesure de contester leur contenu sans qu'il ait été besoin de porter atteinte au secret des affaires ;
- soit l'Autorité de la concurrence ne s'était pas fondée sur ces réponses dans la décision attaquée.

Le Conseil d'État a aussi considéré qu'en tout état de cause, du fait de l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale de la procédure d'examen des projets d'opération de concentration, le caractère insuffisant d'un seul résumé ne pouvait être regardé comme ayant entaché la décision attaquée d'irrégularité, et ce d'autant plus que le contenu occulté figurait dans le projet de décision transmis aux parties en application du III de l'article L. 430-7 du Code de commerce. Il en est de même de la communication de deux procès-verbaux d'audition postérieurement à la transmission du rapport, dès lors que la décision n'était pas fondée sur ces pièces et que les parties avaient disposé d'un délai suffisant pour présenter utilement leurs observations.

Le Conseil d'État a encore jugé que l'obligation de transmission d'un projet de décision aux parties en application du III de l'article L. 430-7 du Code de commerce ne faisait pas obstacle à ce que l'Autorité aménage les injonctions prévues pour tenir compte des observations d'Orange, tiers intéressé auquel une partie de la décision avait également été communiquée.

Sur la consultation des tiers

Le Conseil d'État a considéré que rien ne faisait obstacle à ce que l'Autorité procédat à une consultation publique des tiers sur les mesures correctives nécessaires.

Sur le respect du principe d'impartialité

S'agissant du respect des stipulations de l'article 6 de la CESDH, le Conseil d'État a estimé que lorsque l'Autorité se prononce sur une opération de concentration, elle ne tranche pas une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, et ne prononce pas non plus une sanction mais exerce un pouvoir de police. Dès lors, sa décision n'entre pas dans le champ de ces dispositions, mais elle doit néanmoins respecter le principe d'impartialité, qui est un principe général du droit qui

s'impose aux autorités administratives. En l'espèce, l'Autorité a pu sanctionner la méconnaissance des engagements pris par les parties puis se prononcer sur la nouvelle notification de l'opération sans méconnaître ce principe d'impartialité.

Le Conseil d'État a également rejeté le moyen selon lequel l'Autorité n'aurait pas procédé elle-même à l'analyse des effets de l'opération mais se serait sentie liée par les positions des différents opérateurs recueillies dans le cadre du marché, de même que le moyen selon lequel le collège ne se serait pas réuni, postérieurement à la séance tenue en application de l'article L. 463-7 du Code de commerce, pour délibérer sur les ultimes propositions d'engagements des parties.

Sur l'analyse concurrentielle

Le Conseil d'État a validé en tous points l'analyse concurrentielle faite par l'Autorité sur l'ensemble des marchés affectés par l'opération.

S'agissant des moyens soulevés par la requérante pour contester le renforcement de sa position dominante à l'achat, le Conseil d'État a notamment relevé que plusieurs affirmations faites en défense n'étaient pas étayées par les éléments du dossier. Il en est ainsi de la stratégie qu'elle aurait mise en place pour limiter ses achats de films et éditer ses propres contenus et de la décision qui aurait été prise de ne pas renouveler certains des contrats-cadres conclus avec les majors américaines. Il a par ailleurs considéré que l'entrée d'Orange sur les marchés amont de droits de diffusion linéaire de films récents ne démontrait pas qu'il n'y avait pas de barrières à l'entrée sur ce marché et que l'analyse que la *Competition Commission* avait faite du marché britannique ne liait pas l'Autorité, la vidéo à la demande par abonnement (VàDA) y étant beaucoup plus développée.

En ce qui concerne la puissance d'achat de CanalSat en tant que distributeur de chaînes de cinéma, le Conseil d'État a notamment estimé que la seule circonstance qu'il soit dans l'intérêt de Groupe Canal Plus de ne proposer aux éditeurs de chaînes qu'une distribution exclusive sur l'ensemble des plates-formes était sans incidence sur les effets anticoncurrentiels d'une telle pratique contractuelle de la part d'un demandeur disposant d'une puissance d'achat telle que la sienne ; et qu'il ne ressortait pas des éléments du dossier que les FAI seraient susceptibles d'amortir sur leur seule plate-forme le coût d'acquisition de l'exclusivité de distribution d'une chaîne sur l'ensemble des plates-formes ADSL.

Le Conseil d'État a également confirmé la capacité de verrouillage de Groupe Canal Plus sur les intrants – constitués des chaînes de télévision payante dans les thématiques du cinéma, du sport et de la jeunesse – du fait des exclusivités de diffusion achetées, ainsi que la position dominante du groupe sur les marchés aval de la télévision payante. Il a notamment relevé à cet effet que l'opération notifiée avait permis à Groupe Canal Plus d'augmenter substantiellement non seulement son parc d'abonnés, mais également le revenu moyen par abonné (ARPU).

Le Conseil d'État a enfin validé l'analyse faite par l'Autorité quant à la capacité de verrouillage par la requérante des marchés de la vidéo à la demande (VàD) et de la vidéo à la demande par abonnement (VàDA).

Sur le caractère proportionné des injonctions prononcées par l'Autorité

Le Conseil d'État a rejeté l'ensemble des moyens soulevés par la requérante pour contester le caractère proportionné des injonctions. Il a par exemple estimé que si, du fait des injonctions, la société Groupe Canal Plus ne détenait des exclusivités que sur certaines plates-formes et faisait en conséquence face à des coûts de gestion et de commercialisation de ses offres plus élevés, de tels effets ne résulteraient que du libre jeu de la concurrence, auraient des effets faibles sur sa rentabilité et ne lui imposeraient pas une contrainte excessive au regard de l'objectif de maintien d'une concurrence effective.

Le Conseil d'État a par ailleurs confirmé que si les injonctions de séparation comptable ne visaient pas, par elles-mêmes, à prévenir un effet anticoncurrentiel de l'opération, elles permettraient d'assurer le suivi de l'exécution des injonctions.

Il a enfin estimé que la durée prévue pour les injonctions (cinq ans éventuellement renouvelables) était, malgré l'évolution rapide des marchés, proportionnée à l'amplitude des effets anticoncurrentiels de l'opération et aux positions dont dispose la société Groupe Canal Plus sur l'ensemble des marchés concernés.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

À l'occasion du recours en annulation, introduit devant le Conseil d'État par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi, contre la décision du 20 septembre 2011 de l'Autorité de la concurrence relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, les requérantes ont soulevé deux questions prioritaires de constitutionnalité. Celles-ci ont fait l'objet d'une décision de renvoi au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État le 17 juillet 2012 et donné lieu à la **décision 2012-280 QPC du 12 octobre 2012**.

À l'appui de leurs questions, les requérantes faisaient valoir, en premier lieu, que les dispositions du Code de commerce applicables à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle a à connaître d'opérations de concentration et du contrôle du respect d'éventuelles conditions attachées à leur autorisation⁴³, portent atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

En second lieu, les requérantes avançaient que le paragraphe IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, en permettant à l'Autorité de la concurrence de retirer une autorisation conditionnelle de concentration en cas de manquements aux engagements pris lors de la décision accordant cette autorisation et d'imposer aux parties à la

⁴³. À savoir le paragraphe II de l'article L. 461-1, l'article L. 461-3 et le paragraphe III de l'article L. 462-5 du Code de commerce.

concentration de soumettre une nouvelle demande d'autorisation, sauf à revenir à l'état antérieur à l'opération.

Le Conseil constitutionnel a rejeté ces différents arguments en confirmant la constitutionnalité de l'ensemble des dispositions en cause.

Sur le respect des principes d'indépendance et d'impartialité

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé qu'il est loisible au législateur de confier à une autorité administrative indépendante, c'est-à-dire une autorité non juridictionnelle agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, un pouvoir de sanction, à condition que celui-ci soit suffisamment encadré.

Examinant en premier lieu les dispositions relatives à l'organisation de l'Autorité de la concurrence, il a rappelé les règles applicables à la composition du collège, les obligations pesant sur ses membres, ainsi que les règles applicables à ses délibérations. Il a ensuite analysé les dispositions du Code de commerce organisant la séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'institution, en relevant qu'elles garantissaient l'indépendance respective des services d'instruction et du collège. Au regard de ces dispositions, le Conseil a conclu que le Code de commerce assurait le respect des principes d'impartialité et d'indépendance, tels qu'applicables au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes.

Examinant en second lieu les modalités de mise en œuvre du pouvoir de saisine d'office confié par le législateur à l'Autorité, le Conseil a conclu à la constitutionnalité des dispositions lui permettant de se saisir d'office d'éventuels manquements aux engagements pris lors d'opérations de concentration. Il a souligné qu'une telle décision de saisine d'office intervenait sur proposition du rapporteur général de l'Autorité et excluait toute possibilité de préjugement dans le chef du collège, dans l'hypothèse où les services d'instruction considéreraient, à un stade ultérieur de la procédure, que l'entreprise concernée a manqué à ses engagements, où ils lui notifieraient par voie de conséquence un rapport énumérant leurs griefs à cet égard et où le collège serait donc appelé à se prononcer sur ce point. Le Conseil constitutionnel a conclu que «*la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction ; que, dans ces conditions, les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du Code de commerce ne portent aucune atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789*».

Sur le respect de la liberté d'entreprendre

S'agissant de la compatibilité du paragraphe IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce avec la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel a tout d'abord

Jurisprudence des juridictions de contrôle

rappelé qu'il était loisible au législateur d'y apporter des limitations, soit en raison d'autres exigences constitutionnelles, soit pour des motifs d'intérêt général.

En l'occurrence, le Conseil a relevé que, en confiant à l'Autorité de la concurrence, d'une part, le pouvoir de retirer une décision d'autorisation conditionnelle de concentration et, d'autre part, la possibilité d'imposer une sanction pécuniaire en cas de manquement de l'entreprise concernée aux engagements pris envers le régulateur, le législateur a entendu assurer le respect effectif des injonctions, des prescriptions ou des engagements dont sont assorties ces autorisations. De fait, une telle faculté de retrait est essentielle à l'effectivité du contrôle des concentrations, dans la mesure où celui-ci repose sur un mécanisme de notification et de contrôle *ex ante* des projets de concentration.

Au regard des garanties législatives entourant cette faculté de retrait (limitée aux seules décisions d'autorisation conditionnelle, encadrée dans le temps par un délai de prescription quinquennale et exercée sous le contrôle du juge), le Conseil constitutionnel a estimé que « *le législateur n'a pas porté au principe de la liberté d'entreprendre une atteinte qui ne serait pas justifiée par les objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés et proportionnée à cette fin* ».

Le Conseil constitutionnel a dès lors conclu à la validité de l'ensemble des dispositions contestées.

Rapport annuel du conseiller auditeur



Rapport annuel du conseiller auditeur

Les missions du conseiller auditeur	387
La saisine du conseiller auditeur	387
Les pouvoirs du conseiller auditeur	387
Les saisines du conseiller auditeur	389
Les suites données aux observations des parties par les décisions de l'Autorité et les arrêts de la cour d'appel	390

Les missions du conseiller auditeur

La mission confiée au conseiller auditeur par l'article L. 461-4 du Code de commerce consiste à permettre «*d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties*». À cette fin, il «*recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs*». Il transmet au président de l'Autorité un rapport d'évaluation de la situation et propose, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

L'article R. 461-9-II, troisième alinéa, du Code de commerce rappelle la mission du conseiller auditeur, dans des termes identiques à ceux de la loi : «*Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité.*»

Toutefois, cet article apporte une précision complémentaire importante, car «*le conseiller auditeur peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties*».

La saisine du conseiller auditeur

Le conseiller auditeur peut être saisi par les parties mises en cause dans des affaires donnant lieu à notification des griefs. Il peut aussi de sa propre initiative appeler l'attention du rapporteur général «*sur le bon déroulement de la procédure s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties*». Cette faculté correspond à un droit d'autosaisine du conseiller auditeur.

Les pouvoirs du conseiller auditeur

Contrairement à ses homologues communautaires, le conseiller auditeur français ne dispose pas de pouvoir décisionnel. Le législateur l'a cependant doté de différents pouvoirs qui lui permettent d'intervenir aux divers stades de la procédure devant l'Autorité de la concurrence et ainsi d'être à même de remplir la mission de protection des droits des parties qui lui a été confiée. Ces pouvoirs sont énumérés ci-dessous.

Recueillir les observations des parties

Aux termes de l'article L. 461-4, quatrième alinéa, du Code de commerce, le conseiller auditeur peut recueillir les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs.

L'article R. 461-9-II, deuxième alinéa confirme ce pouvoir. Il précise cependant que cela concerne «*des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité*».

Recueillir les observations complémentaires des parties et du rapporteur général

L'article R. 461-9 II, troisième alinéa, dispose que le conseiller auditeur «*recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure*». Ces observations peuvent venir compléter les observations principales prévues à l'article L. 461-4 du Code de commerce.

Cette disposition conduit à l'instauration d'un dialogue entre le conseiller auditeur, les parties saisissantes et le rapporteur général. Ce dialogue doit lui permettre de remplir au mieux sa mission de médiation dans un esprit constructif.

Proposer des mesures

L'article R. 461-9-II, troisième alinéa, précise que le conseiller auditeur «*peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties*». Les propositions du conseiller auditeur, en général concrètes et pragmatiques, sont destinées à orienter les décisions du rapporteur général.

Rédiger un rapport

Conformément à l'article L. 461-4, quatrième alinéa, une fois les observations recueillies, le conseiller auditeur «*transmet au président de l'Autorité un rapport évaluant ces observations*». Dans son rapport, le conseiller auditeur peut proposer tout acte «*permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties*».

L'article R. 461-9-II ajoute une précision. En son quatrième alinéa, il prévoit qu'une copie du rapport remis au président de l'Autorité dix jours ouvrés avant la séance, doit être adressée «*au rapporteur général et aux parties concernées*».

Assister à la séance et présenter le rapport sur invitation du président de l'Autorité

L'article R. 461-9-II, cinquième alinéa, dispose que «*le président de l'Autorité de la concurrence peut inviter le conseiller auditeur à assister à la séance et à y présenter son rapport*».

Par ailleurs, l'article R. 461-9-III prévoit que, «*pour l'exercice de ses fonctions, le conseiller auditeur bénéficie du concours des services d'instruction de l'Autorité. Il est habilité à demander la communication des pièces du dossier dont il est saisi auprès du*

Rapport annuel du conseiller auditeur

rapporteur général de l'Autorité. La confidentialité des documents et le secret des affaires ne lui sont pas opposables».

Afin d'assurer la pleine efficacité de la mission du conseiller auditeur, il est apparu nécessaire que celui-ci, soumis au secret professionnel, ait accès à tous les éléments des dossiers, sans qu'il puisse se voir opposer la confidentialité ou le secret des affaires.

Rédiger un rapport annuel d'activité

L'article R. 461-9-IV précise enfin que « *le conseiller auditeur remet chaque année au président de l'Autorité un rapport sur son activité* ». Ce rapport est joint au rapport public annuel de l'Autorité de la concurrence.

Les saisines du conseiller auditeur

Depuis sa création, le conseiller auditeur a été saisi à neuf reprises.

Année	N° de dossier	Secteur concerné	Décision rendue
2009	07/0047	Pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation	Décision 10-D-08 du 3 mars 2010
	08/0003F et 08/0023F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre	Décision 10-D-13 du 15 avril 2010 Arrêté du 20 janvier 2011 de la cour d'appel de Paris
2010	05/0044F	Pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression	Décision 10-D-12 du 15 avril 2010
	08/0040F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires	Décision 12-D-09 du 13 mars 2012*
	06/0070F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine	Décision 12-D-24 du 13 décembre 2012**
2011	09/0007F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives	Décision 11-D-17*** du 8 décembre 2011
2012	09/0117F et 10/0059F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de détail des produits pharmaceutiques en magasin spécialisé	Décision en délibéré
	07/0032F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits chimiques	Instruction en cours
	12/0032F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication de matériel d'installation électrique	Instruction en cours

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

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

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

Au cours de l'année 2012, le conseiller auditeur a donc été saisi dans le cadre de deux affaires ayant donné lieu à notification de griefs. Dans la troisième affaire, aucune notification de griefs n'est intervenue à ce jour.

Dans le courant du même exercice, l'Autorité de la concurrence a adressé onze notifications de griefs et une notification de griefs complémentaire.

Les suites données aux observations des parties par les décisions de l'Autorité et les arrêts de la cour d'appel

Au cours de l'année 2012, la cour d'appel n'a pas été amenée à statuer sur des affaires ayant donné lieu à saisine du conseiller auditeur.

Décision 12-D-09¹ du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires (affaire no 08/0040F).

Dans cette affaire, la notification des griefs est intervenue le 15 février 2010.

Entre le 23 mars 2010 et le 15 juin 2010 les sociétés Bach Mühle, Amo Celbert et Épis Centre, Minoterie Cantin, Moulin Soufflet, Grands Moulins de Strasbourg et Sofracal, France Farine, Grands Moulins de Paris, Euromill Nord et Grands Moulins Storione, et la société allemande VK Mühlen, plusieurs sociétés, par l'intermédiaire de leurs avocats, ont saisi le conseiller auditeur de leurs observations sur le déroulement de la procédure dans ce dossier.

Ces observations ont porté sur la fixation des délais de réponse à la notification des griefs eu égard au caractère incomplet du dossier, sur l'absence de traduction de certaines pièces du dossier, sur la présence de pièces au dossier dont la saisie a été annulée, ou couvertes par le secret des affaires et, enfin, sur le versement au dossier par le service d'instruction de pièces postérieurement à la notification des griefs.

À la suite de divers courriers échangés, la rapporteure générale, tenant compte des difficultés des entreprises pour accéder à l'intégralité des pièces du dossier dès la notification des griefs, a fixé le point de départ du délai de deux mois prévu à l'article L. 463-2 du Code de commerce au 15 avril 2011, date à laquelle les parties ont disposé de l'entier dossier. Cette solution est apparue satisfaisante.

Le conseiller auditeur a toutefois rappelé que le droit d'accès à la procédure reconnu aux parties dès la notification des délais s'étend à toutes les pièces composant le dossier à la date de notification des griefs sans restriction. Il s'agit donc des pièces qui fondent les griefs mais également de toutes celles que le rapporteur n'aurait pas exploitées et susceptibles de l'être par une partie pour sa défense. Ainsi, le respect de la contradiction et des droits des parties impose aux services d'instruction d'assurer la libre communication aux parties des pièces du dossier à charge mais également de celles, non visées dans la notification des griefs, qui pourraient être utilisées par les parties à décharge.

S'agissant de l'absence de traduction de certaines pièces, le conseiller auditeur a présenté des observations relatives à la plainte d'une société de droit allemand qui faisait valoir que la procédure d'instruction en langue française la pénalisait, et aux difficultés évoquées par les sociétés françaises pour accéder aux pièces du dossier produites en langue allemande.

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

Rapport annuel du conseiller auditeur

Il a rappelé que par application de l'article 2 de la Constitution, la langue en usage devant l'Autorité de la concurrence, comme devant toutes personnes morales de droit public ou de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ou toute administration, est le français. Nul ne saurait revendiquer l'usage d'une autre langue. L'article 26 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence, adopté le 30 mars 2009, transpose ce principe en exigeant que « *tout document produit devant l'Autorité soit rédigé en français ou, à défaut, accompagné d'une traduction en français* ».

Il a cependant précisé que ce principe devait être concilié avec le respect des droits de la défense reconnu aux parties mises en cause durant la phase de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence, tout en notant que ce respect n'exige pas nécessairement la traduction systématique de l'ensemble des actes de procédure et des pièces du dossier dans la langue nationale de la partie de nationalité étrangère.

Il a rappelé que le Conseil de la concurrence s'est inspiré dans sa pratique (99-D-54) de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 19 décembre 1989, Brozicek c/ Italie, et arrêt du 19 décembre 1989, Kamasinski, paragraphe 74) et de celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de procédure pénale (Cass. crim., 10 octobre 1985, Lodewijk, n° 84-92.734, Cass. crim., 4 octobre 1995, Ali, n° 94-86.206)².

L'Autorité doit s'assurer dans chaque cas d'espèce et « *de façon concrète* », que la partie mise en cause, compte tenu notamment de sa maîtrise de la langue française, de l'assistance et des conseils dont elle est entourée, de l'ensemble des moyens et des facilités dont elle dispose a pu prendre connaissance de la notification des griefs et accéder aux pièces du dossier dans des conditions lui permettant le plein exercice de ses droits.

Le conseiller auditeur a pu conclure, au vu des éléments du dossier démontrant que l'utilisation de la langue française n'était pas un obstacle à l'exercice de sa défense, et du délai supplémentaire accordé, que la société de droit allemand avait pu exercer sans entrave ses droits de la défense.

S'agissant de la production de pièces rédigées en langue allemande, le conseiller auditeur a considéré que les dispositions du règlement intérieur de l'Autorité qui envisagent pour les parties la possibilité de fournir une « *traduction abrégée ou par extraits, sans préjudice pour le rapporteur général ou le président de séance d'imposer une traduction complète* » paraissent équilibrées et que dans la présente affaire, les rapporteurs ont observé cette préconisation pour ne procéder qu'aux traductions leur apparaissant strictement nécessaires. Il a conclu en soulignant qu'aucune des pièces citées dans la notification de griefs n'est rédigée en langue allemande et que s'agissant des autres documents, figurant au dossier, ils sont accompagnés d'un résumé succinct ou sont couverts par le secret des affaires. Dans ces conditions,

2. La France va devoir transposer dans sa législation, avant octobre 2013, la directive adoptée par le Conseil et le Parlement européen (n° 2010/64/UE, 20 oct. 2010, JOUE L 280/1), qui prévoit la traduction obligatoire de certains documents officiels dans les procédures pénales : décisions privatives de liberté, jugement, charges et actes d'accusation. Les autorités compétentes décideront, au cas par cas, des autres documents essentiels à la procédure qui devront être traduits. Les frais de traduction seront pris en charge par les États quelle que soit l'issue de la procédure.

le défaut de traduction intégrale de l'ensemble des pièces du dossier ne paraît pas faire obstacle à l'exercice des droits des parties.

Sur la présence au dossier de pièces annulées ou couvertes par le secret des affaires, le conseiller auditeur, reprenant les observations des rapporteurs au terme des- quelles les pièces saisies dont la copie aurait été prétendument communiquée à tort n'étaient en réalité que des chemins informatiques ne donnant accès à aucun fichier et qu'aucune pièce n'avait été communiquée aux autres parties dans leur version confidentielle, a aussi souligné que le retard enregistré dans le retrait des dites pièces du dossier est sans incidence sur l'exercice des droits des parties, dès lors qu'elles ne fondent pas les griefs et qu'elles seront écartées par l'Autorité de la concurrence des motifs de sa décision (Com. 9 novembre 1993 : Bull. IV n° 399).

Il a par ailleurs précisé que l'éventuel préjudice pour l'entreprise résultant de la divulgation intempestive d'informations protégées par le secret des affaires, et pour lesquelles la confidentialité a été ordonnée par décision du rapporteur général, ne porte en soi aucune atteinte aux droits de la défense ou au principe du contradictoire (Paris, 27 mai 1992, BOCC 29 juin 1992), une telle classification ne pouvant d'ailleurs intervenir qu'à condition que ces documents n'apparaissent pas nécessaires à l'exercice des droits de la défense des autres parties.

S'agissant enfin du versement au dossier, par le service de l'instruction, de pièces postérieurement à la notification des griefs, le conseiller auditeur a rappelé la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence au terme de laquelle « *la notification des griefs, qui ouvre la phase contradictoire de la procédure, ne met pas fin à l'instruction, non seulement sur la matérialité des faits mais aussi sur leur analyse, et n'interdit pas la production de pièces nouvelles dans le respect des prescriptions de l'article L. 463-1 du Code de commerce* » (94-D-19 ; 08-D-12). « *Elle n'a pas pour objet d'anticiper ou d'épuiser dès l'origine le débat contradictoire ultérieur* » (05-D-64). Il en conclut que l'instruction se poursuit donc postérieurement à la notification des griefs et que si la loi impose au rapporteur l'obligation « *d'accompagner son rapport des documents sur lesquels il se fonde* », sous peine de ne pouvoir les invoquer devant l'Autorité, elle n'exige pas que ces pièces aient été soumises à la consultation des parties dès la notification des griefs dès lors qu'elles pourront l'être à l'occasion du rapport. La seule limite est que le périmètre des pratiques fixé par la notification des griefs est intangible ; les éléments apportés postérieurement à ce document ne peuvent conduire à l'extension de la saisine sans une notification de griefs complémentaire. En l'espèce, les pièces communiquées après la notification des griefs ont été soumises à l'examen contradictoire des parties. Le conseiller auditeur a constaté que leur versement ne paraissait ni porter atteinte à l'exercice des droits de la défense, ni emporter une aggravation de la situation des parties à défaut de notification de griefs complémentaire.

Devant l'Autorité, les parties ont réitéré leurs observations relatives aux conditions d'accès au dossier, à la langue employée dans certaines pièces du dossier et au versement au dossier de pièces communiquées par le Bundeskartellamt.

Rapport annuel du conseiller auditeur

Dans sa décision, l'Autorité a partagé l'analyse du conseiller auditeur, soulignant que le droit d'accès au dossier avait été respecté, que le versement au dossier des pièces en langue allemande ou l'absence de traduction en allemand de la notification des griefs ne constituaient pas une méconnaissance des droits de la défense des parties. Elle a enfin noté que la communication de pièces postérieurement à la notification des griefs ne contrevient pas aux droits de la défense dans la mesure où ces nouveaux éléments ne modifient pas les griefs notifiés et dès lors que les parties ont pu accéder au dossier et formuler des observations sur les pièces en question.

Décision 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine (affaire 06/0070F)

La notification des griefs est intervenue le 5 août 2011.

Par lettre du 10 octobre 2006 la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine. Des griefs ont été notifiés aux sociétés Orange et France Télécom le 20 mars 2008, portant sur des pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'enfreindre les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 82 du Traité CE. À la suite des observations des parties, un rapport a été établi le 4 août 2008.

À l'issue de sa séance du 15 mai 2009, l'Autorité de la concurrence, par décision 09-S-03, a ordonné un complément d'information pour examiner l'éventualité d'une pratique de discrimination tarifaire entre les appels «on net» et les appels «off net» et renvoyait l'affaire au service de l'instruction.

Les recours formés tant devant la cour d'appel de Paris que devant la Cour de cassation par les sociétés Orange et France Télécom contre cette décision n'ont pas prospéré.

À la suite de l'instruction, une seconde notification de griefs a été adressée aux sociétés Orange France, France Télécom et SFR le 5 août 2011, portant sur des pratiques de différenciation tarifaire susceptibles d'enfreindre les dispositions des articles L 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE.

Les rapporteurs ont ensuite rédigé deux rapports ; l'un, adressé aux parties le 12 avril 2012, destiné à compléter le rapport du 4 août 2008 qui ne mentionnait pas les éléments relatifs à la détermination des sanctions pécuniaires et l'autre, le 25 avril 2012, répondant aux observations des parties relatives à la notification de griefs.

Postérieurement à la décision de l'Autorité du 15 mai 2009, les sociétés Orange et France Télécom ont saisi le conseiller auditeur à deux reprises en application des dispositions de l'article R. 461-9 du Code de commerce des difficultés qu'elles estimaient rencontrer dans l'exercice de leurs droits à l'occasion de la poursuite de la procédure.

Par lettre du 13 août 2010, les sociétés ont sollicité l'intervention du conseiller auditeur au soutien de leurs demandes réitérées de restitution des documents transmis au rapporteur dans leur version intégrale et classés en annexes, au motif

que les informations contenues dans ces pièces étaient étrangères au champ de l'instruction et que leur rétention par le rapporteur contrevenait au principe de loyauté dans la recherche des preuves et entravait l'exercice effectif de leurs droits.

Par lettre du 22 mai 2012, complétée à la demande du conseiller auditeur par une note du 15 juin 2012, les sociétés ont estimé que les notifications successives des rapports du 12 avril puis du 25 avril 2012 ne répondraient pas aux exigences du procès équitable et avaient pour conséquence de leur interdire l'exercice effectif de leurs droits. Elles ont soutenu que le rapport complémentaire du 12 avril 2012 en s'abstenant d'évoquer le grief de discrimination tarifaire notifié le 5 août 2011 l'avait «*juridiquement abandonné définitivement*». Elles ont ajouté que «*le rapport dessaisit de jure les services de l'instruction qui ne peuvent dès lors plus procéder à aucun acte et donc notifier un nouveau rapport*». Elles ont sollicité l'appui du conseiller auditeur pour obtenir des services de l'instruction «*le retrait formel du rapport du 25 avril 2012*» et la clarification, en temps utile, des griefs définitivement retenus à leur encontre.

Le conseiller auditeur a noté que si la recevabilité de la seconde saisine ne fait aucun doute dans la mesure où elle a été déposée postérieurement à la notification des griefs du 5 août 2011, en revanche la première saisine, intervenue au stade de l'instruction avant la notification des griefs apparaît irrecevable. Il a toutefois considéré que la persistance du refus de restitution postérieurement à la notification des griefs pouvait l'autoriser, à ce stade de la procédure, à se prononcer sur la violation de leurs droits alléguée par les parties dans la mesure où, en application des dispositions du II de l'article précité, le conseiller auditeur peut d'initiative «*appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties*».

Sur le fond, et s'agissant de la première saisine, le conseiller auditeur a considéré que le rapporteur a exercé son droit de communication dans le respect des exigences légales et que la conservation des documents remis pendant le temps de l'instruction n'a pas porté atteinte aux droits de la défense et ne déroge pas au principe de loyauté. En effet, il a précisé que, sans autorisation judiciaire préalable, le rapporteur peut demander aux parties la communication «*des livres, factures et tous autres documents professionnels*³»; par loyauté, il doit cependant préalablement informer l'entreprise de «*l'objet de son enquête*», ce qui s'entend à la fois du «*cadre juridique*» dans lequel il intervient et du «*secteur économique*» dans lequel les pratiques visées par ses investigations ont été mises en œuvre.

Il a ajouté toutefois que, disposant seulement à ce stade de la procédure d'indices de pratiques anticoncurrentielles, il ne lui appartient ni de définir un marché (qui le sera en définitive par l'Autorité) ni de justifier de la pertinence de ses demandes de pièces au regard de griefs qui ne seront formulés qu'à l'issue de ses investigations (au vu notamment des informations recueillies) en sorte que le rapporteur dispose d'une grande latitude pour demander tous documents pouvant paraître utiles à ses investigations.

3. Article L. 450-3 du Code de commerce.

Rapport annuel du conseiller auditeur

Enfin, il a rappelé que les demandes doivent énoncer avec une précision suffisante la liste des documents dont la communication est attendue. Une demande rédigée en termes généraux contraindrait l'entreprise à communiquer au rapporteur une masse d'informations sans égard aux strictes nécessités de l'enquête qu'il conduit. Cette pratique, qui outrepasserait les pouvoirs reconnus par la loi au rapporteur, est sanctionnée par la jurisprudence.

Se référant aux éléments du dossier, le conseiller auditeur a noté que les demandes de pièces ont été formulées par le rapporteur à l'occasion des auditions de représentants des sociétés, que les procès-verbaux d'auditions rappellent les conditions de désignation du rapporteur et précisent l'objet de son instruction et qu'ainsi aucun doute n'est permis sur le cadre juridique de l'intervention du rapporteur et l'objet de ses investigations.

Il a souligné en outre que la liste précise des documents demandés figure sur les procès-verbaux et que leur analyse démontre qu'ils ne sont pas sans rapport avec l'objet de l'instruction.

Il a enfin noté que ces pièces, protégées par le secret des affaires et qui n'ont pas été utilisées par le rapporteur pour étayer ses griefs, ne peuvent dans ces conditions avoir causé le moindre tort aux entreprises et nuire aux droits de la défense.

S'agissant de la seconde saisine, le conseiller auditeur a rappelé que «*l'article R. 463-11 du Code de commerce dispose que "Le rapport soumet à la décision de l'Autorité de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés." Ainsi, l'Autorité de la concurrence devra nécessairement se prononcer dans sa décision sur le bien-fondé de tous les griefs notifiés alors même que le rapporteur, au vu des observations des parties et des éléments à décharge réunis à l'occasion de la poursuite de son instruction, déciderait de ne pas retenir un grief initialement formulé. En effet, il n'appartient pas au rapporteur, pas plus qu'au rapporteur général, d'annuler un grief. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis longtemps.*».

Le conseiller auditeur a noté qu'en l'espèce, il résulte sans ambiguïté de l'avertissement exposé dans le préambule du rapport du 12 avril 2012, au demeurant conforme à sa teneur, que ledit rapport a simplement complété celui du 4 août 2008 relativement aux éléments nécessaires à la détermination des sanctions afin de le mettre en conformité avec les exigences nouvellement édictées par l'Autorité de la concurrence dans son communiqué du 16 mai 2011 et que les sociétés ne peuvent prétendre s'être méprises sur le sens de ce rapport ni lui faire produire des effets d'une portée que la loi ne lui reconnaît pas.

Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence a partagé l'analyse du conseiller auditeur sur les différents problèmes soulevés.

Textes



Textes

Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer

401

Décret n° 2012-840 du 29 juin 2012 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence

405

Textes

Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer (1)

NOR : OMEX1230288L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Chapitre I^{er} : Dispositions relatives à la régulation économique outre-mer

Article 1^{er}

Le titre I^{er} du livre IV du code de commerce est complété par un article L. 410-3 ainsi rédigé :

«*Art. L. 410-3.* – Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, et dans les secteurs pour lesquels les conditions d'approvisionnement ou les structures de marché limitent le libre jeu de la concurrence, le Gouvernement peut arrêter, après avis public de l'Autorité de la concurrence et par décret en Conseil d'Etat, les mesures nécessaires pour remédier aux dysfonctionnements des marchés de gros de biens et de services concernés, notamment les marchés de vente à l'exportation vers ces collectivités, d'acheminement, de stockage et de distribution. Les mesures prises portent sur l'accès à ces marchés, l'absence de discrimination tarifaire, la loyauté des transactions, la marge des opérateurs et la gestion des facilités essentielles, en tenant compte de la protection des intérêts des consommateurs.»

[...]

Article 5

I. – Le titre II du livre IV du code de commerce est ainsi modifié :

1^o Après l'article L. 420-2, il est inséré un article L. 420-2-1 ainsi rédigé :

«*Art. L. 420-2-1.* – Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de

Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises.»;

2° A la fin de l'article L. 420-3, la référence : «et L. 420-2» est remplacée par les références : «, L. 420-2 et L. 420-2-1»;

3° L'article L. 420-4 est complété par un III ainsi rédigé :

«III. – Ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 420-2-1 les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.»

II. – L'article L. 420-2-1 du code de commerce s'applique aux accords ou pratiques concertées en cours. Les parties à ces accords ou pratiques disposent d'un délai de quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi pour se mettre en conformité avec les dispositions de ce même article.

III. – Après le premier alinéa de l'article L. 462-3 du code de commerce, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

«L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction.»

[...]

Article 8

L'article L. 462-5 du même code est ainsi modifié :

1° Au I, la référence : «et L. 420-5» est remplacée par les mots : «, L. 420-2-1 et L. 420-5 ou contraire aux mesures prises en application de l'article L. 410-3»;

2° Au II, la référence : «et L. 420-5» est remplacée par les mots : «, L. 420-2-1 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3»;

3° Il est ajouté un IV ainsi rédigé :

«IV. – L'Autorité de la concurrence peut être saisie par les régions d'outre-mer, le Département de Mayotte, la collectivité de Saint-Barthélemy, la collectivité de Saint-Martin et la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ou contraire aux mesures prises en application de l'article L. 410-3, ou de faits susceptibles de constituer une telle pratique, concernant leur territoire respectif.»

[...]

Article 9

Au troisième alinéa du III de l'article L. 430-2 du même code, le nombre : «7,5» est remplacé par le nombre : «5».

[...]

Article 10

I. – Le chapitre II du titre V du livre VII du même code est complété par une section 4 intitulée : «Du contrôle de l'Autorité de la concurrence en cas de position dominante», qui comprend l'article L. 752-26 et un article L. 752-27 ainsi rédigé :

«Art. L. 752-27. – Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en cas d'existence d'une position dominante, détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés, que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique, en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné, l'Autorité de la concurrence peut, eu égard aux contraintes particulières de ces territoires découlant notamment de leurs caractéristiques géographiques et économiques, faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, qui peut dans un délai de deux mois lui proposer des engagements dans les conditions prévues pour ceux de l'article L. 464-2.

«Si l'entreprise ou le groupe d'entreprises ne propose pas d'engagements ou si les engagements proposés ne lui paraissent pas de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence, l'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises concernés et à l'issue d'une séance devant le collège, leur enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder deux mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges. Elle peut, dans les mêmes conditions, leur enjoindre de procéder à la cession d'actifs si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective. L'Autorité de la concurrence peut sanctionner l'inexécution de ces injonctions dans les conditions prévues à l'article L. 464-2.

«Dans le cadre des procédures définies aux deux premiers alinéas du présent article, l'Autorité de la concurrence peut demander communication de toute information dans les conditions prévues aux articles L. 450-3, L. 450-7 et L. 450-8 et entendre tout tiers intéressé.»

II. – Au premier alinéa de l'article L. 464-8 du même code, la référence : «et L. 464-6-1» est remplacée par les références : «, L. 464-6-1 et L. 752-27».

III. – A la seconde phrase du second alinéa de l'article L. 752-26 du même code, les mots : «de surfaces» sont remplacés par les mots : «d'actifs».

[...]

Article 13

L'article L. 462-7 du même code est complété par trois alinéas ainsi rédigés :

«Le délai mentionné au troisième alinéa est suspendu jusqu'à la notification à l'Autorité de la concurrence d'une décision juridictionnelle irrévocable lorsque :

« 1^o L'ordonnance délivrée en application de l'article L. 450-4 fait l'objet d'un appel ou lorsque le déroulement des opérations mentionnées au même article fait l'objet d'un recours, à compter du dépôt de cet appel ou de ce recours;

« 2^o La décision de l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8, à compter du dépôt de ce recours.»

[...]

Décret n° 2012-840 du 29 juin 2012 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence

NOR : EFIC1220649D

Publics concernés : Autorité de la concurrence, opérateurs économiques soumis au contrôle de l'Autorité de la concurrence.

Objet : conditions d'examen des décisions de l'Autorité de la concurrence devant la cour d'appel de Paris.

Entrée en vigueur : le texte entre en vigueur le lendemain de sa publication.

Notice : par décision du 7 décembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'article 35 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 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas la faculté à une autorité de concurrence nationale de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur. Le décret tire les conséquences de cette décision et harmonise les droits procéduraux des intervenants à la procédure, tout en tenant compte de la nature spécifique de l'Autorité de la concurrence.

Références : le code de commerce modifié par le présent décret peut être consulté, dans sa rédaction issue de cette modification, sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu le code de commerce, notamment le chapitre IV du titre VI de son livre IV;

Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,

Décrète :

Art. 1^{er}. – Le code de commerce est ainsi modifié :

1^o L'article R. 464-11 est remplacé par les dispositions suivantes :

«*Art. R. 464-11. – L'Autorité de la concurrence est partie à l'instance selon les modalités prévues au présent chapitre.»;*

2^o L'article R. 464-19 est remplacé par les dispositions suivantes :

«*Art. R. 464-19. – Le ministre chargé de l'économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, et l'Autorité de la concurrence peuvent présenter des observations orales à l'audience à leur demande ou à la demande du premier président ou de la cour.»;*

3^o L'article R. 464-21 est remplacé par les dispositions suivantes :

«*Art. R. 464-21. – Le ministre chargé de l'économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, et l'Autorité de la concurrence ont la faculté de présenter des observations*

écrites et orales. Ces dernières sont présentées à leur demande ou à la demande du premier président ou de la cour.»;

4^o L'article R. 464-28 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, après les mots : «par le greffe de la cour aux parties à l'instance», sont insérés les mots : «, à l'Autorité de la concurrence»;

b) Le deuxième alinéa est supprimé.

Art. 2. - La garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre de l'économie et des finances sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Organisation



Organisation

Composition du collège au 31 décembre 2012	411
Sections du collège au 31 décembre 2012	412
Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2012	413
Commissaires du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence	414
Organigramme	415

Organisation

Composition du collège au 31 décembre 2012

Bruno Lasserre	Président (conseiller d'État)	Nommé le 14 janvier 2009
Françoise Aubert	Vice-présidente (conseiller honoraire à la Cour de cassation)	Nommée le 27 février 2009
Emmanuel Combe	Vice-président (professeur de sciences économiques à l'université Paris-I)	Nommé le 14 novembre 2012
Élisabeth Flury-Hérard	Vice-présidente (ancienne membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel)	Nommée le 27 février 2009
Patrick Spillaert	Vice-président (conseiller référendaire à la Cour des comptes)	Nommé le 27 février 2009

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

Pierrette Pinot	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 27 février 2009
Jean-Bertrand Drummen	Président du tribunal de commerce de Nanterre	Nommé le 27 février 2009
Noël Dircq	Conseiller-maître à la Cour des comptes	Nommé le 27 février 2009
Thierry Tuot	Conseiller d'État	Nommé le 27 février 2009

Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation

Reine-Claude Mader-Saussaye	Présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie	Nommée le 27 février 2009
Laurence Idot	Professeure de droit de la concurrence à l'université Paris-II	Nommée le 27 février 2009

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

Carol Xueref	Directrice des affaires juridiques et du développement du groupe Essilor International	Nommée le 27 février 2009
Yves Brissy	Avocat au barreau de Paris	Nommé le 27 février 2009
Pierre Godé	Administrateur du groupe LVMH	Nommé le 27 février 2009
Jean-Vincent Boussiquet	Président de l'Union nationale artisanale charpente, menuiserie, agencement	Nommé le 27 février 2009
Denis Payre	Administrateur délégué de Kiala SA	Nommé le 27 février 2009

Sections du collège au 31 décembre 2012

Section I A

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Emmanuel Combe, Élisabeth Flury-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Laurence Idot, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres

Section I B

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Emmanuel Combe, Élisabeth Flury-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq, Reine-Claude Mader-Saussaye, Denis Payre, Pierrette Pinot, membres

Section II

Françoise Aubert, vice-présidente, Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Reine-Claude Mader-Saussaye, membres

Section III

Emmanuel Combe, vice-président, Yves Brissy, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Denis Payre, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres

Section IV

Élisabeth Flury-Hérard, vice-présidente, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Pierrette Pinot, membres

Section V

Patrick Spilliaert, vice-président, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Thierry Tuot, membres

Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2012

Virginie Beaumeunier, rapporteure générale (arrêté du 3 mars 2009)

Éric Cuziat, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009)

Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 19 septembre 2012)

Nadine Mouy, rapporteure générale adjointe (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009)

Étienne Pfister, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 1^{er} octobre 2010)

Carole Champalaune, rapporteure générale adjointe (décision de la rapporteure générale en date du 10 janvier 2011)

Commissaires du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence

A été nommée le 3 juin 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Nathalie Homobono, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)

Ont été nommés le 17 mars 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Pierre Chambu, sous-directeur à la DGCCRF, chef du bureau 6 – Services et réseaux
André Marie, chef du bureau 3B à la DGCCRF – Politique de la concurrence

Ont été nommés le 29 avril 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Jean-Louis Gérard, sous-directeur à la DGCCRF, chef du bureau 4 – Produits alimentaires et marchés agricoles et alimentaires

Axel Thonier, sous-directeur à la DGCCRF, chef du bureau 5 – Industrie, santé et logement

A été nommée le 29 septembre 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Cécile Pendaries, sous-directrice à la DGCCRF, chef du bureau 3 – Affaires juridiques, politiques de la concurrence et de la consommation

A été nommé le 11 janvier 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Stanislas Martin, chef du service de la protection des consommateurs et de la régulation des marchés à la DGCCRF

A été nommé le 24 mars 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Joël Tozzi, chef du bureau 4C à la DGCCRF – Marchés des produits d'origine végétale et des boissons

Ont été nommés le 18 juin 2012 par arrêté du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

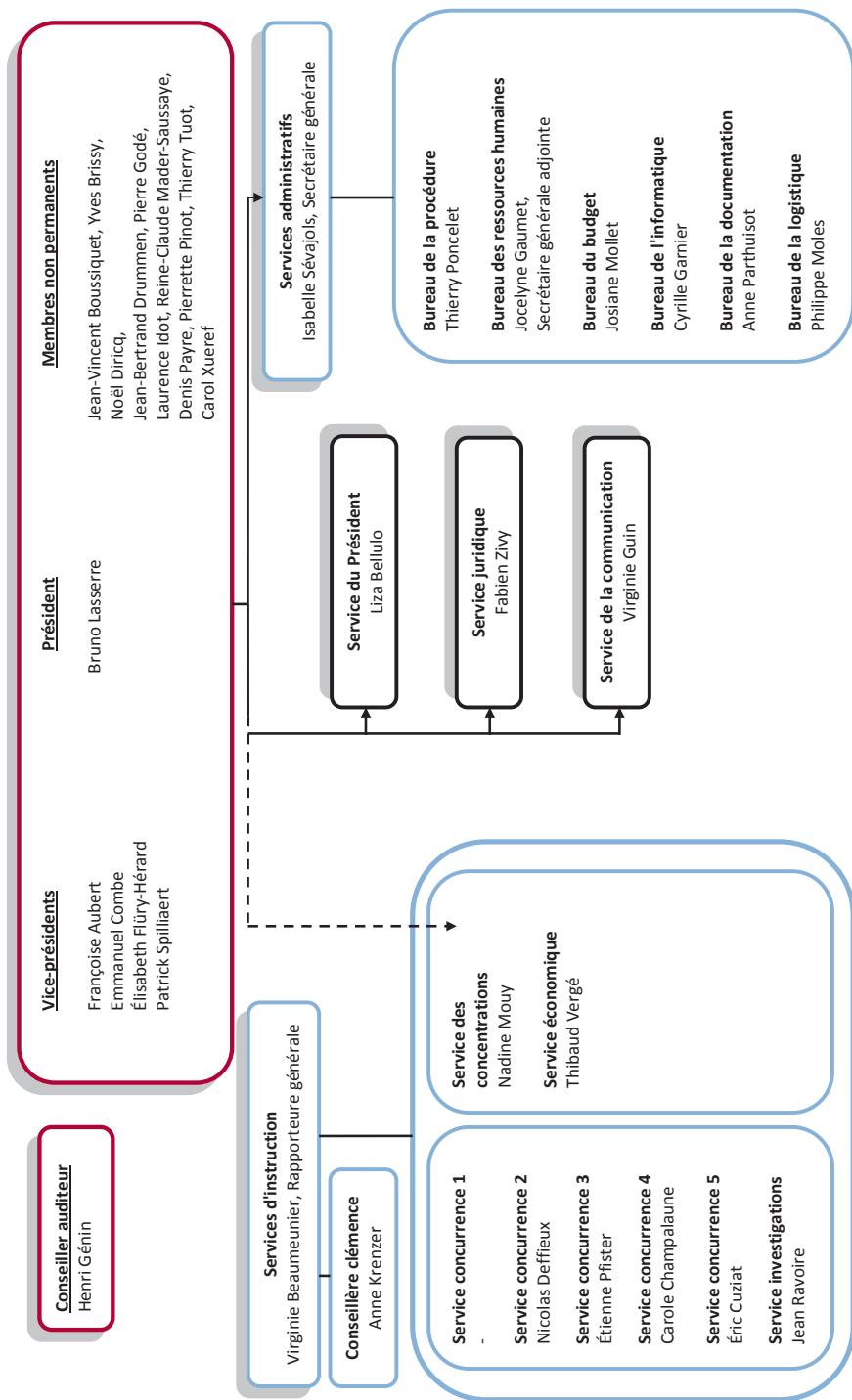
Alain Boulanger, chef du bureau 5B à la DGCCRF – Produits et prestations de santé et service à la personne

Emma Delfau-Frayssinier, chef du bureau 6A à la DGCCRF – Énergie, environnement et matières premières

Paul-Emmanuel Piel, chef du bureau 6B à la DGCCRF – Médias, télécommunications, biens et services culturels

Organigramme

Organisation de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2012



Index



Index

Index par secteur d'activité (codes NAF)	421
Index par entreprise ou organisme	425

Index par secteur d'activité (codes NAF)

01-Agriculture, chasse, services annexes

Culture de légumes; maraîchage
12-D-08

14-Autres industries extractives

Production de sables et de granulats
12-D-06

15-Industries alimentaires

Fabrication d'aliments pour animaux de compagnie
12-D-10

Meunerie
12-D-09

Préparation industrielle de produits à base de viandes
12-D-15

Production de viandes de boucherie
12-D-15

17-Industrie textile

Fabrication de linge de maison et d'articles d'ameublement
12-D-11

20-Travail du bois et fabrication d'articles en bois

Fabrication d'emballages en bois
12-D-07

22-Édition, imprimerie, reproduction

Édition de journaux
12-D-16; 12-A-24; 12-A-25

Édition de revues et périodiques
12-D-16

23-Cokéfaction, raffinage, industrie nucléaire

Raffinage de pétrole
12-A-12

24-Industrie chimique

Fabrication de médicaments
12-A-11

29-Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication d'autres machines d'usage général
12-D-26

30-Fabrication de machines de bureau et de matériel informatique

Fabrication d'ordinateurs et d'autres équipements informatiques
12-D-01

33-Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication d'appareils médico-chirurgicaux
12-A-06

Fabrication de lunettes
12-D-20

40-Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution de combustibles gazeux
12-A-03; 12-A-04

Distribution et commerce d'électricité
12-A-03; 12-A-09; 12-A-19

Production d'électricité
12-A-09; 12-A-19

Transport d'électricité
12-A-09; 12-A-19

45-Construction

Construction de bâtiments divers
12-D-06

Construction de chaussées routières et de sols sportifs
12-D-06

Construction d'ouvrages d'art
12-D-06

Terrassements divers, démolition
12-D-06

50-Commerce et réparation automobile

Commerce de détail de carburants
12-A-04; 12-A-12

Entretien et réparation de véhicules automobiles
12-A-21

51-Commerce de gros et intermédiaires du commerce

12-A-20

Autres intermédiaires spécialisés du commerce
12-D-16; 12-A-24; 12-A-25

Centrales d'achats alimentaires
12-A-15

Centrales d'achats non alimentaires
12-D-12

Commerce de gros alimentaires spécialisés divers
12-D-09

Commerce de gros de combustibles
12-A-04; 12-A-12

Commerce de gros de fruits et légumes
12-D-08

Commerce de gros de jouets
12-A-22

Commerce de gros de produits pharmaceutiques
12-A-14; 12-A-18

Commerce de gros de produits surgelés
12-D-12

Intermédiaires du commerce en produits alimentaires
12-D-12

52-Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

12-A-20

Commerce d'alimentation générale
12-D-09

Commerces de détail alimentaires spécialisés divers
12-D-12

Commerce de détail de produits pharmaceutiques
12-A-23

Commerce de détail d'appareils électroménagers et de radio-télévision
12-D-23

Commerce de détail d'optique et de photographie
12-D-20

Commerce de détail de livres, journaux et papeterie
12-D-16; 12-A-24; 12-A-25

Commerces de détail divers en magasin spécialisé
12-A-22

Hypermarchés
12-D-09; 12-A-01

Magasins populaires
12-A-01

Supermarchés
12-D-09; 12-D-12; 12-A-01;
12-A-15

Supérettes
12-D-09; 12-D-12; 12-A-01;
12-A-15

60-Transports terrestres

Transports ferroviaires
12-D-25

61-Transports par eau

Transports maritimes
12-A-05

63-Services auxiliaires des transports

Manutention non portuaire
12-D-21

64-Postes et télécommunications

Télécommunications
(hors transmissions audiovisuelles)
12-D-05; 12-D-18; 12-D-22;
12-D-24; 12-A-02; 12-A-08
Transmission d'émissions de radio
et de télévision
12-A-13

65-Intermédiation financière

Banques
12-D-17
Banques mutualistes
12-D-17
Caisse d'épargne
12-D-17

66-Assurances

Assurance dommage
12-D-29

71-Location sans opérateur

Location de linge
12-D-11

72-Activités informatiques

Autres activités de réalisation
de logiciels
12-D-01; 12-D-14
Conseil en systèmes informatiques
12-D-01
Édition de logiciels
(non personnalisés)
12-D-01; 12-D-14
Traitement de données
12-D-01

74-Services fournis principalement aux entreprises

Agences, conseil en publicité
12-D-22

Analyses, essais et inspections
techniques

12-A-16

Conseil pour les affaires et la gestion
12-D-02

Contrôle technique automobile
12-D-13

Gestion de supports de publicité
12-D-28

Ingénierie, études techniques
12-D-04

75-Administration publique

Distribution sociale de revenus
12-A-10

85-Santé et action sociale

Activités des auxiliaires médicaux
12-A-07
Activités hospitalières
12-D-03
Pratique dentaire
12-D-19; 12-A-06
Pratique médicale
12-D-03

90-Assainissement, voirie et gestion des déchets

Enlèvement et traitement
des ordures ménagères
12-A-17

Traitement des autres déchets
solides
12-A-17

92-Activités récréatives, culturelles et sportives

Autres activités sportives
12-D-28
Gestion de salles de spectacles
12-D-27
Gestion d'installations sportives
12-D-28

93-Services personnels

Blanchisserie – Teinturerie de gros
12-D-11

Index par entreprise ou organisme

A

- Aéroports de Paris (ADP)
12-D-21
Agence Heuveline
12-D-22
Agence I&MA Conseils
12-D-22
ANAF France
12-D-26
Arc essor
12-D-02
Assaï
12-D-02
Association dentaire française (ADF)
12-D-19
Association des producteurs d'endives de France (APEF)
12-D-08
Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE)
12-D-08
Association française de normalisation (AFNOR)
12-D-26
Association française des banques (AFB)
12-D-17
Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)
12-A-03
Association pour l'utilisation du rein artificiel (AURAL-Lyon)
12-D-03
Association pour la défense des utilisateurs des moyens de paiement européens (ADUMPE)
12-D-17
Astarté
12-D-02
Audit Conseil Publicité Annuaires
12-D-22

Autorité de la concurrence

12-D-02; 12-D-05; 12-D-06; 12-D-09;
12-D-12; 12-D-15; 12-D-20; 12-A-20;
12-A-21

Autorité de régulation de la distribution de la presse (ARDP)

12-A-25

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)

12-A-13

Autovision

12-D-13

Avycom publicité annuaire

12-D-22

Axiane Meunerie SAS

12-D-09

B

B comme Blanc

12-D-19

Bach Mühle SAS

12-D-09

Baggage Home

12-D-21

Bang & Olufsen A/S

12-D-23

Bang & Olufsen France

12-D-23

Banque de France

12-D-17

Bindewald Kupfermühlhe

12-D-09

Bliesmühle GmbH

12-D-09

BNP Paribas

12-D-17

Bouygues Télécom

12-D-24

BPCE

12-D-17

C

- Cap'Endives
12-D-08
- Carrefour Proximité France
12-A-15
- Centre national de prévention et de protection (CNPP)
12-D-26
- Chambre de commerce et d'industrie du Var (CCIV)
12-A-05
- Charcot.net
12-D-22
- Cogent Communications France
Cogent Communications Inc
12-D-18
- Collectivité territoriale de Corse (CTC)
12-A-05
- Comité économique fruits et légumes du nord de la France (CELFNORD)
12-D-08
- Comité économique régional agricole fruits et légumes (CERAHEL)
12-D-08
- Comité national malveillance incendie sécurité (CNMIS)
12-D-26
- Comité professionnel du pétrole (CPDP)
12-A-12
- Commission de régulation de l'énergie (CRE)
12-A-19
- Confédération des organismes indépendants tierce partie de prévention, de contrôle et d'inspection (COPREC)
12-A-16
- Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD)
12-D-19
- Confédération nationale du crédit mutuel
12-D-17
- Consortium Stade de France (CSDF)
12-D-28
- Cour d'appel de Paris
12-A-15
- Crédit agricole LCL
12-D-17

Crédit du Nord
12-D-17

Crédit industriel et commercial (CIC)
12-D-17

D

- Dekra
12-D-13
- Deloitte conseil
12-D-02
- Desriac
12-D-13

E

- Écoannuaires
12-D-22
- EDF
12-A-09
- Emil Stenzel GmbH & Co. KG
12-D-09
- Épis Centre
12-D-09
- Établissement Ségurel
12-A-15
- Euro Cargo Rail (ECR)
12-D-25
- Eurogolf Liber'Tee
12-D-29
- Euromill Nord
12-D-09

F

- Fédération du commerce de l'endive (FCE)
12-D-08
- Fédération bancaire française (FBF)
12-D-17
- Fédération des commerces spécialistes du jouet et des produits de l'enfant (FCJPE)
12-A-22
- Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD)
12-D-17

- Fédération française de golf (FFG)
12-D-29
- Fédération française de l'éclaircissement dentaire (FFED)
12-D-19
- Fédération française de rugby (FFR)
12-D-28
- Fédération française des industries jouet-puériculture (FJP)
12-A-22
- Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)
12-D-26
- Fédération française du matériel incendie (FFMI)
12-D-26
- Fédération nationale des activités de la dépollution et de l'environnement (FNNADE)
12-A-17
- Flechtorfer Mühle Walter Thonebe GmbH & Co. KG
12-D-09
- FNAC
12-D-27
- Fédération nationale des producteurs d'endives (FNPE)
12-D-08
- Fraileg
12-D-08
- France Billet
12-D-27
- France Endives
12-D-08
- France Farine SA
12-D-09
- France Télécom
12-D-24
- François-Tourisme-Consultants
12-D-02
- Friessinger Mühle GmbH
12-D-09
- Géfil
12-D-02
- Générales des farines
12-D-09
- Gouvernement
12-A-03 ; 12-A-09
- Grain Millers GmbH & Co. KG
12-D-09
- Grands Moulins de Paris SA
12-D-09
- Grands Moulins de Strasbourg
12-D-09
- Grands Moulins Storione
12-D-09
- Groupe Bigard
12-D-15
- Groupe Colruyt
12-D-12
- Groupe France Télécom
12-D-18
- Groupe Perle du Nord
12-D-08
- H**
- Hewlett-Packard France
12-D-01
- Heyl GmbH & Co. KG
12-D-09
- Hill's Pet Nutrition SNC
12-D-10
- Hôtel Action conseils
12-D-02
- HSBC France
12-D-17
- I**
- Incendie détection sécurité (IDS)
12-D-26
- G**
- Gebr Engelke Grosse Mühle Hasede-Hildesheim
12-D-09
- K**
- Kanopée
12-D-02

L

- Isovet
12-A-14
La Banque postale
12-D-17
Livesynchro
12-D-14

M

- Maîtres du rêve
12-D-02
Marché de Phalempin
12-D-08
Médiéval
12-D-02
Mérimée conseils
12-D-02
Messageries lyonnaises de presse (MLP)
12-A-24; 12-A-25; 12-D-16
Météo Consult
12-D-04
Météo France
12-D-04
Mewa
12-D-11
Microsoft Corporation
12-D-14
Microsoft France
12-D-14
Midprod
12-D-14
Mills United Hovestadt & Münstermann
GmbH
12-D-09
Ministère de l'Économie, des Finances
et de l'Emploi
12-D-07; 12-D-08; 12-D-10; 12-D-23;
12-D-26; 12-D-27; 12-A-04; 12-A-10;
12-A-11; 12-A-22; 12-A-23; 12-A-24
Ministère du Travail, de l'Emploi
et de la Santé
12-A-07; 12-A-11; 12-A-18
Minoteries Cantin
12-D-09
Moulins Soufflet
12-D-09

N

- Nestlé Purina Petcare France
12-D-10
Netcreative Pages Annuaires
12-D-22
NHK Conseil
12-D-22
Noé sécurité incendie
12-D-26
Nord Alliance
12-D-08
Nouvelles Messageries de la presse
parisienne (NMPP)
12-A-24; 12-A-25; 12-D-16
Nutrixo SAS
12-D-09

O

- Oracle Corporation
12-D-01
Oracle France
12-D-01
Orange
12-D-24
Ordre national des chirurgiens-dentistes
(ONCD)
12-D-19
Organisme certificateur de matériel
de sécurité incendie
12-D-26
OSCP
12-D-22

P

- PagesJaunes SA
12-D-22
Philippe Caparros Développement
12-D-02
Point Sourire
12-D-19
Polyclinique de Savoie
12-D-03
Presstalis
12-D-16 ; 12-A-24; 12-A-25

Prim'Santerre
12-D-08

Primcoop
12-D-08

Promotour consultants
12-D-02

R

Roland Vlaemynck Tisseur
12-D-11

Royal Canin SAS
12-D-10

RTE
12-A-09

S

Saalemühle Alsleben GmbH VK Mühlen
12-D-09

Sénat
12-A-02

SFR
12-D-24

Sipema
12-D-08

SNCF
12-D-25

Section nationale endives (SNE)
12-D-08

Société générale
12-D-17

Sofracal
12-D-09

Somival
12-D-02

SRR
12-D-05

Sudmédia conseil
12-D-22

Syndicat CFE-CGC France Télécom
Orange
12-A-08

Syndicat de l'industrie du médicament
vétérinaire et réactif (SIMV)
12-A-14

Syndicat des opticiens de la Réunion
(SOR)
12-D-20

Syndicat français des fabricants
d'extincteurs fixes et mobiles (SYFEX)
12-D-26

Syndicat national des dépositaires
de presse (SNPD)
12-D-16

Syndicat national des fabricants
de prothèses dentaires (SNFPD)
12-A-06

Syndicat national des télécoms
(SNT-CGC)
12-A-08

Syndicat national des vétérinaires
d'exercice libéral (SNVEL)
12-A-14

Syndicat national du contrôle technique
automobile (SNCTA)
12-D-13

T

Ticketnet
12-D-27

Toocom
12-D-22

Tourisme & Qualité
12-D-02

U

Union des importateurs indépendants
pétroliers (UIP)
12-A-12

V

Valois fruits
12-D-08

Ville de Paris
12-A-01

W

Wilh. Werhahn Mühlen GmbH & Co
12-D-09

Recours devant la Cour d'appel de Paris



Recours devant la Cour d'appel de Paris

Décisions 2011 ayant fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris (mis à jour le 2 mai 2013)

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
11-D-02 du 26 janvier 2011	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques	Arrêt du 11 octobre 2012 Confirmation pour l'essentiel
11-D-13 du 5 octobre 2011	relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et Limitephes	Arrêt du 28 mars 2013 Confirmation
11-D-17 du 8 décembre 2011	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives	Affaire pendante
11-D-18 du 15 décembre 2011	relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon	Arrêt du 7 février 2013 Désistement
11-D-19 du 15 décembre 2011	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie	Arrêt du 16 mai 2013 Confirmation
11-D-20 du 16 décembre 2011	relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire	Arrêt du 24 janvier 2013 Désistement

Décisions 2012 ayant fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris (mis à jour le 2 mai 2013)

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
12-D-02 du 12 janvier 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme	Affaire pendante
12-D-08 du 6 mars 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives	Affaire pendante
12-D-09 du 13 mars 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires	Affaire pendante
12-D-10 du 20 mars 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats	Affaire pendante
12-D-11 du 6 avril 2012	concernant une saisine de la société Roland Vlaemynck Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles	Affaire pendante
12-D-18 du 20 septembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet	Affaire pendante
12-D-21 du 18 octobre 2012	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle	Affaire pendante
12-D-23 du 12 décembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution selective de matériels hi-fi et home cinéma	Affaire pendante
12-D-24 du 13 décembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine	Affaire pendante
12-D-25 du 18 décembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises	Affaire pendante

Liste des décisions et avis



Liste des décisions et avis 2012

Décisions

Décision 12-D-01 du 10 janvier 2012 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par les sociétés Oracle Corporation et Oracle France

Décision 12-D-02 du 12 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme

Décision 12-D-03 du 23 janvier 2012 concernant une saisine de la Polyclinique de Savoie relative à des pratiques de l'Association pour l'utilisation du rein artificiel (AURAL-Lyon) dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse en Haute-Savoie

Décision 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels

Décision 12-D-05 du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009

Décision 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon

Décision 12-D-07 du 17 février 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des emballages en bois

Décision 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives

Décision 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires

Décision 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats

Décision 12-D-11 du 6 avril 2012 concernant une saisine de la société Roland Vlaemynck Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles

Décision 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce

Décision 12-D-13 du 15 mai 2012 relative à une saisine de la société Desriac et du syndicat national du contrôle technique automobile concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché du contrôle technique des véhicules lourds

Décision 12-D-14 du 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France

Décision 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard

Décision 12-D-16 du 12 juillet 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de distribution de la presse

Décision 12-D-17 du 5 juillet 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiement scripturaux (prélèvement, titre interbancaire de paiement, télérèglement, virement et lettre de change)

Décision 12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet

Décision 12-D-19 du 26 septembre 2012 relative à des pratiques dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents

Décision 12-D-20 du 12 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'optique-lunetterie de détail à la Réunion

Décision 12-D-21 du 18 octobre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle

Décision 12-D-22 du 22 novembre 2012 relative à une saisine présentée par les sociétés NHK Conseil, Agence I&MA conseils, Sudmédia conseil, OSCP, Audit Conseil Publicité Annuaires, Charcot.net, Agence Heuveline, Ayvocom publicité annuaire, Toocom, Écoannuaires, Netcreative Pages annuaires à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société PagesJaunes SA

Décision 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema

Décision 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine

Décision 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises

Décision 12-D-26 du 20 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs

Décision 12-D-27 du 20 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles

Décision 12-D-28 du 20 décembre 2012 relative à une saisine de la Fédération française de rugby

Décision 12-D-29 du 21 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf

Avis

Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris

Avis 12-A-02 du 17 janvier 2012 relatif à une demande d'avis de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit

Avis 12-A-03 du 14 février 2012 concernant un projet de décret relatif à l'automatisation de la procédure d'attribution des tarifs sociaux du gaz et de l'électricité

Avis 12-A-04 du 16 février 2012 relatif au projet de décret réglementant le prix du gaz de pétrole liquéfié dans le département de Mayotte

Avis 12-A-05 du 17 février 2012 relatif au transport maritime entre la Corse et le continent

Avis 12-A-06 du 29 février 2012 relatif aux effets sur la concurrence de l'exclusivité de la vente des prothèses dentaires par les chirurgiens-dentistes

Avis 12-A-07 du 1^{er} mars 2012 relatif à un projet de décret portant Code de déontologie des pédicures-podologues

Avis 12-A-08 du 20 mars 2012 relatif au cadre réglementaire concernant l'appel à candidature des attributions de fréquences « 4 G »

Avis 12-A-09 du 12 avril 2012 concernant un projet de décret relatif à l'instauration d'un mécanisme de capacité dans le secteur de l'électricité

Avis 12-A-10 du 12 avril 2012 relatif à un projet de décret relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'État

Avis 12-A-11 du 26 avril 2012 relatif à trois projets de décret concernant la publicité des médicaments à usage humain, des dispositifs médicaux et des dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*

Avis 12-A-12 du 15 mai 2012 relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité avec les règles de concurrence des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers réalisées par les entrepositeurs agréés

Avis 12-A-13 du 8 juin 2012 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels

Avis 12-A-14 du 19 juin 2012 relatif aux effets du regroupement de vétérinaires intervenant dans la distribution de médicaments vétérinaires, en matière de concurrence

Avis 12-A-15 du 9 juillet 2012 rendu à la cour d'appel de Paris concernant des litiges opposant les sociétés Carrefour Proximité France et CSF à la société Établissements Ségurel

- Avis 12-A-16 du 11 juillet 2012 relatif à l'élaboration d'une méthode d'évaluation de la vérification périodique réglementaire des installations électriques
- Avis 12-A-17 du 13 juillet 2012 concernant le secteur de la gestion des déchets couvert par le principe de la responsabilité élargie du producteur
- Avis 12-A-18 du 20 juillet 2012 portant sur un projet de décret relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain
- Avis 12-A-19 du 26 juillet 2012 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité
- Avis 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique
- Avis 12-A-21 du 8 octobre 2012 relatif à une saisine d'office pour avis relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange
- Avis 12-A-22 du 5 décembre 2012 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du jouet
- Avis 12-A-23 du 13 décembre 2012 relatif à un projet d'ordonnance et un projet de décret transposant la directive n° 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive n° 2011/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés
- Avis 12-A-24 du 21 décembre 2012 relatif au décroisement des flux dans le système de distribution de la presse magazine
- Avis 12-A-25 du 21 décembre 2012 relatif à la prise en compte des surcoûts dits historiques dans le système de péréquation entre coopératives de messageries de presse

Mesures conservatoires

En 2012, l'Autorité de la concurrence n'a pas prononcé de mesures conservatoires.