

de la **Autorité**
concurrent



Rapport annuel 2009

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Gillian Arnoux, Virginie Beaumeunier, Liza Bellulo, Gaël Bernicot, Isabelle Douillet, Laure Durand-Viel, Jocelyne Gaumet, Laure Gauthier-Lescop, Virginie Guin, Ghislaine Jaillon, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Irène Luc, Anne Marchand, Anne-Laure Meano, Nadine Mouy, Julien Neto, Étienne Pfister, Thierry Poncelet, Jean Ravoire, Isabelle Sévajols, Juliette Théry-Schultz, Thibaud Vergé, Fabien Zivy.

Par délibération en date du 17 mars 2010, 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. 64-8 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, 2010

ISBN : 978-2-11008150-6



Éditorial

La crise économique et financière a été l'occasion de prendre conscience que la régulation est plus que jamais nécessaire à notre temps. Le marché est un terrain fertile pour développer l'innovation, inventer de nouveaux produits, construire des stratégies commerciales audacieuses, se dépasser et « faire encore mieux ». Mais il ne peut pas tout. Livré à lui-même, il peut même créer le pire, en laissant certains abuser de la liberté qui leur a été donnée. L'économie a donc

besoin de règles et de sanctions si ces règles ne sont pas respectées. En un mot, la régulation consiste à faire en sorte que l'économie de marché joue au bénéfice de tous, et pas seulement de quelques-uns.

Cette nécessité, le Gouvernement et le Parlement l'avaient d'une certaine manière anticipée en matière de concurrence, en créant l'Autorité de la concurrence, autorité indépendante chargée de veiller au fonctionnement concurrentiel des marchés, d'aider à rendre l'économie plus productrice de croissance et d'emplois, et de protéger les consommateurs et les entreprises contre les ententes et les monopoles.

L'Autorité s'est donc naturellement engagée à faire vivre sans attendre les nouvelles compétences qui lui ont été données par la loi de modernisation de l'économie dans le but de rendre la régulation concurrentielle plus efficace.

La mise en place d'un contrôle indépendant des concentrations économiques, mesure phare de la réforme destinée à créer un système plus clair, plus rapide et plus efficace pour les entreprises qui fusionnent ou en rachètent d'autres, nous a mobilisés en continu. Si elle a ralenti certains projets, la crise a en effet aussi hâté les restructurations dans d'autres industries. Cela s'est traduit par une année un peu moins active que les précédentes, mais tout de même marquée par des opérations significatives.

Des décisions structurantes sont intervenues pour guider les acteurs dans des secteurs aussi variés que la banque, le transport ferroviaire ou encore l'industrie agroalimentaire. Dans ces domaines et dans d'autres, les entreprises ont pu se rendre compte qu'elles pouvaient compter sur l'Autorité pour obtenir une réponse constructive dans des délais rapides. Elles ont aussi compris que, en présence de problèmes pour la concurrence, la meilleure approche consiste à prendre les devants en proposant d'elles-mêmes des solutions permettant de préserver le bien-être des consommateurs.

Dans le même temps, l'abaissement des seuils de contrôle intervenu en 2008 pour le secteur du commerce de détail a donné à l'Autorité les moyens de porter une attention spécifique à ce secteur. Les projets de concentration examinés jusqu'ici n'ont pas, pour la plupart, entraîné de difficultés de concurrence significatives, mais cette veille permanente a permis à l'Autorité d'acquérir une connaissance plus fine du secteur. Une opération importante a néanmoins justifié la prise d'engagements par l'entreprise notificante, afin de garantir le maintien d'une concurrence suffisante dans l'ensemble des zones de chalandise concernées.

Mais un bon régulateur de la concurrence, ce n'est pas seulement une Autorité qui intervient vite et bien. C'est aussi une institution qui assure la transparence, qui permet aux régulés de comprendre ses convictions et son approche, et qui sait se mettre à leur écoute. Nous avons donc décidé de synthétiser l'expérience acquise tout au long de notre première année d'existence en matière de fusions dans des lignes directrices. Ce document de synthèse, publié par l'Autorité à la suite d'une consultation publique, constitue un véritable « mode d'emploi » du contrôle des concentrations. Il explique le fonctionnement concret de notre procédure, signale les problèmes de concurrence qui peuvent se poser dans le cadre d'une fusion et aide les entreprises à rechercher les meilleures solutions. Il assure également davantage de cohérence avec le droit de l'Union européenne, en intégrant dans notre pratique tout un ensemble d'éléments utiles pour la communauté d'affaires, du traitement des restrictions accessoires à la possibilité de présenter un dossier simplifié dans certains cas.

L'autre grand chantier de l'année a consisté à faire monter en puissance notre activité consultative. L'Autorité a fait un usage très proactif de sa faculté nouvelle de lancer de sa propre initiative des études sectorielles, de publier des avis et des recommandations au Gouvernement ou au Parlement sur des questions générales de concurrence, ou encore d'examiner l'impact concurrentiel de projets de loi ou de réglementation.

Il est en effet des sujets sur lesquels l'intervention au cas par cas, qu'il s'agisse de négocier des engagements avec une entreprise ou de lui infliger une sanction, n'est pas la meilleure solution. Il peut au contraire être plus stratégique de prendre de la hauteur, par exemple en examinant un marché dans son ensemble et en proposant si besoin est, des solutions permettant d'en améliorer le fonctionnement concurrentiel. L'intervention de l'Autorité peut aussi être utile pour aider le Gouvernement ou le Parlement à anticiper les effets anticoncurrentiels d'un projet de texte législatif ou réglementaire, ou pour dresser le bilan concurrentiel d'une réglementation déjà en place.

Pour la première fois, le nombre d'avis rendu en 2009 (62) a donc fait jeu égal avec celui des décisions contentieuses (63). L'intervention consultative de l'Autorité a ciblé des questions et des secteurs importants pour l'économie française, comme celui des transports ou encore celui des communications électroniques, ainsi que des sujets de préoccupation particuliers pour les autorités française et européenne, comme la crise du lait ou la distribution par internet. Une attention spécifique a aussi été portée aux départements d'outre-mer, pour fournir

au Gouvernement un diagnostic complet sur les aspects concurrentiels des difficultés propres à ces départements, notamment dans les secteurs des carburants et de la distribution ou de l'importation des produits de consommation courante. D'autres autosaisines ont été lancées dans le secteur de la grande distribution, qui mérite une vigilance particulière compte tenu de son importance pour l'ensemble des Français. Elles devraient déboucher sur des résultats concrets très prochainement.

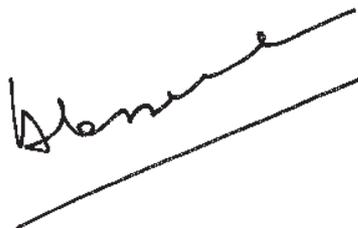
La diversification des outils de la régulation concurrentielle, voulue conjointement par les pouvoirs publics et l'Autorité, ne doit pas donner l'impression que le souci de réprimer les cartels et les abus de position dominante aurait vocation à passer au second plan.

Il faut au contraire se rappeler que la loi de modernisation de l'économie a été conçue comme l'aboutissement des réformes législatives entamées en 1986 avec l'ordonnance sur la liberté des prix et de la concurrence, et poursuivies en 2001 avec la loi sur les nouvelles régulations économiques. Le renforcement des pouvoirs d'enquête de l'Autorité, destiné à améliorer ses capacités de détection et de poursuite sur le terrain, est venu compléter la modernisation des procédures – clémence, transaction et engagements – et celle des règles relatives aux sanctions intervenues au cours des dix dernières années.

Cette série de réformes est loin d'être propre à la France. Elle reflète une évolution intervenue dans le monde entier. Conscients du mal que les cartels, considérés dans de nombreux pays comme de véritables crimes économiques, peuvent causer à l'économie toute entière – et singulièrement aux plus faibles, qu'il s'agisse de consommateurs individuels ou de petites et moyennes entreprises – les gouvernements et les parlements se sont mobilisés pour permettre aux autorités de concurrence de mener une véritable politique de dissuasion. Cette mobilisation répond à l'intérêt croissant des citoyens pour la concurrence et au jugement positif qu'une large majorité d'entre eux – plus de 60 % selon une étude récente – porte sur elle. Si l'on compare la situation actuelle à celle qui prévalait il y a seulement dix ans, on ne compte plus les secteurs dans lesquels les bénéfices concrets en termes de choix, de qualité ou de prix se sont fait sentir au quotidien : transport aérien, services de téléphonie mobile, internet, produits de grande consommation alimentaire, etc.

L'année 2009 a conduit l'Autorité, comme l'y invitaient le Gouvernement et le Parlement, à concentrer son effort sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves. Les décisions de sanction, moins nombreuses, ciblent donc les cas dans lesquels la condamnation apparaît comme la meilleure solution. Naturellement, le souci de condamner les entreprises qui ont violé la loi, et notamment les récidivistes, ne signifie pas que l'Autorité serait aveugle aux difficultés que la crise peut causer à certaines d'entre elles. La procédure contradictoire prévue par le Code de commerce permet au contraire de discuter de cette question, avant de prendre une décision en toute connaissance de cause au vu des pièces du dossier.

Les résultats de l'action menée par l'Autorité ne doivent pas se mesurer sur le court terme. Il a fallu bien des années pour que la politique de dissuasion entreprise dans le secteur du bâtiment et des travaux publics porte ses premiers fruits. L'Autorité s'engage donc à poursuivre sur le long terme les efforts accomplis, dans le cadre d'un système de régulation modernisé, pour permettre aux consommateurs et aux entreprises de retirer les fruits d'une économie concurrentielle, inventive et productrice de croissance.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bruno Lasserre', is written over two parallel diagonal lines that serve as a signature line.

Bruno Lasserre
Président de l'Autorité de la concurrence

Rapport d'activité



Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : les nouvelles lignes directrices en matière de contrôle des concentrations	9
Une procédure unifiée	10
Les nouveaux seuils introduits par la LME	11
Le commerce de détail	11
Les DOM et collectivités territoriales	12
Plus de simplicité et de clarté pour les entreprises	12
Les dossiers simplifiés	12
Les restrictions directement liées et nécessaires	13
Des méthodes d'analyse harmonisées avec celles de la Commission européenne	14
Sur la notion de concentration	14
Sur l'analyse des concentrations non horizontales	15
L'analyse économique au premier plan	16
Une approche économique des effets des opérations	16
Des conseils pour la présentation des études économiques	16
Activité en 2009	17
L'origine de l'activité	17
Les saisines externes	17
Les demandes d'avis	18
Les autosaisines	19
Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne	20
Les investigations	21
Les enquêtes transmises par la DGCCRF	21

Les enquêtes conduites sur autorisation judiciaire (article L. 450-4 du Code de commerce)	22
Le contentieux des OVS	23
Les décisions et avis	24
Les secteurs économiques concernés	24
Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles	27
Les décisions en matière de contrôle des concentrations	30
Les avis	31
Stock	31
L'activité contentieuse et consultative	31
Les opérations de concentration	32
Bilan des recours contre les décisions de l'Autorité	33
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles	33
Contrôle des concentrations	35
Organisation et fonctionnement	35
Évolution de l'organisation	35
Le service juridique	35
Le service des investigations	36
Le service des concentrations	37
Effectifs	37
Budget	38
Recouvrement des sanctions	38
L'Autorité française de la concurrence dans le Réseau européen de la concurrence	39
Activités générales	39
Les réunions au sein du Réseau européen de la concurrence (REC)	40
Les réunions d'experts	42
Les groupes de travail sectoriels	47
Activité relative à l'instruction des cas	50
Activité liée aux cas instruits par l'Autorité	50
Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne	52

Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : les nouvelles lignes directrices en matière de contrôle des concentrations

Le transfert à une Autorité indépendante rénovée du contrôle des concentrations économiques est l'un des points forts de la réforme mise en place par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008. Depuis le 2 mars 2009, date à laquelle l'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence, les opérations de concentration doivent être notifiées à l'Autorité de la concurrence, laquelle gère l'ensemble de la procédure jusqu'à la décision finale et s'assure de son exécution. Un service dédié au contrôle des concentrations a été créé au sein de l'Autorité pour l'examen de ces affaires. Les entreprises bénéficient des gains d'efficacité permis par cette intégration sous la forme d'une réduction des délais d'examen, désormais exprimés en jours ouvrés, en particulier lorsqu'un examen approfondi de l'opération apparaît nécessaire. Parallèlement, de nouveaux instruments permettant de suspendre ces délais ont été introduits afin de garantir à la procédure suffisamment de souplesse pour s'adapter à l'ensemble des situations. La LME a également mis en place de nouveaux seuils de contrôle pour les opérations concernant les magasins de commerce de détail et pour les activités exercées dans les départements et certaines collectivités d'outre-mer.

Cette réforme imposait une actualisation rapide des lignes directrices précédemment publiées par la DGCCRF¹. À cet effet, un premier document a été soumis à une consultation publique le 15 juillet 2009. Les contributions reçues dans ce cadre² ont permis de nombreux et utiles ajouts et clarifications.

Ces nouvelles lignes directrices (ci-après « LD ») ont été publiées sur le site de l'Autorité le 16 décembre 2009. Elles sont conçues comme un guide pédagogique et pratique à l'intention des entreprises. À cet effet, elles détaillent les conditions d'application du contrôle des concentrations, tant en ce qui concerne la procédure suivie devant la nouvelle Autorité que les critères mis en œuvre dans l'analyse

1. Initialement publiées en 2004, ces lignes directrices avaient été actualisées en 2007.

2. Des contributions ont été versées par : l'AFEC, l'AFEP, l'APDC, Coop de France, ICC France, LECG, Mapp, le Medef, et RBB Economics.

des effets des opérations sur la concurrence et la recherche des mesures correctives appropriées. Cette actualisation a permis une mise en cohérence avec les derniers développements de la pratique décisionnelle communautaire, précisée dans plusieurs documents publiés récemment par la Commission européenne³. L'importance de l'analyse économique, au cœur du contrôle des concentrations, est ainsi affirmée de façon plus explicite.

Une procédure unifiée

En matière de procédure, les LD intègrent toutes les précisions nécessaires relatives à la nouvelle procédure devant l'Autorité, en particulier, en ce qui concerne l'organisation des délais et l'utilisation des nouveaux instruments mis en place par la loi (possibilité de suspendre les délais en première et en deuxième phase).

Les opérations de concentration doivent être notifiées auprès du service des concentrations de l'Autorité. Les sanctions prévues à l'article L. 430-8 du Code de commerce pour défaut de notification sont désormais infligées par l'Autorité (points 99 et s. des LD). De même, les dérogations à l'effet suspensif de la procédure de contrôle, accordées en application de l'article L. 430-4, doivent être demandées à l'Autorité (points 106 et s. des LD).

Les différentes phases de l'examen des opérations de concentration sont assurées par l'Autorité (prénotification, gestion des dispositifs de renvois prévus par le règlement n° 139/2004, phase 1 appelée aussi allégée, phase 2 ou phase d'examen approfondi, définition et mise en œuvre des mesures correctives).

Les LD donnent des précisions pratiques relatives à la computation des délais d'examen, exprimés depuis l'entrée en vigueur de la LME en jours ouvrés et non plus en jours calendaires. Il est ainsi précisé que la phase 1 débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet et dure 25 jours ouvrés (article L. 430-5, I du Code de commerce). Cette date est matérialisée par un accusé de réception du dossier complet adressé aux parties notifiantes.

Toujours pour la phase 1, les modalités de mise en œuvre des nouveaux mécanismes permettant de suspendre ces délais sont également précisées, tant en ce qui concerne les suspensions motivées par le dépôt d'engagements (15 jours ouvrés conformément à l'article L. 430-5, II du Code de commerce) que celles demandées à l'initiative des parties « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* » (15 jours ouvrés, article L. 430-5). Les jours ouvrés ne comprennent ni les samedis et dimanches, ni les jours fériés. La liste des jours fériés est celle donnée par l'article L. 221-1 du Code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

Les LD rappellent ensuite que le déclenchement de la phase 2 peut désormais intervenir soit à l'initiative de l'Autorité, conformément à l'article L. 430-5, III,

3. Communication consolidée du 16 avril 2008 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; lignes directrices sur les concentrations non horizontales du 18 octobre 2008.

lorsque subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence à l'issue de la première phase, soit à la demande du ministre chargé de l'Économie, conformément à l'article L. 430-7-1, I. Il est précisé que la décision de l'Autorité prise à l'issue de la phase 1 étant communiquée simultanément par télécopie aux parties et au ministre, la date à laquelle le ministre a reçu la décision est la même que celle de la notification aux parties.

L'unification du contrôle des concentrations a permis de raccourcir les délais d'examen en phase 2, désormais de 65 jours ouvrés. Comme pour la phase 1, les LD détaillent les nouveaux mécanismes de suspension des délais de l'article L. 430-7 du Code de commerce (suspension motivée par le dépôt d'engagements soit 20 jours ouvrés si ces engagements sont reçus moins de 20 jours avant l'expiration du délai de 65 jours ; suspension demandée à l'initiative des parties « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* » soit 20 jours ouvrés ; mécanisme de *stop the clock* à l'initiative de l'Autorité).

Enfin, le suivi des mesures correctives mises en place afin de remédier aux éventuels effets anticoncurrentiels des opérations est également assuré par l'Autorité qui détient désormais le pouvoir de sanction prévu au IV de l'article L. 430-8 (points 263 et s. des LD), si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, ou dans une décision du ministre prise antérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions de la LME relatives au contrôle des concentrations.

Les nouveaux seuils introduits par la LME

Les LD apportent plusieurs explications très demandées par les entreprises en ce qui concerne le calcul des seuils prévus au II de l'article L. 430-2 (commerce de détail) et au III du même article (DOM-TOM).

Le commerce de détail

En ce qui concerne le commerce de détail, il est ainsi précisé, aux points 74 et suivants, que pour vérifier qu'une opération excède le seuil de 75 M€ prévu pour le chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des entreprises, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et pas seulement de celles de commerce de détail. En revanche, le seuil de 15 M€ prévu individuellement pour deux au moins des entreprises en France ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes. En illustration, ces seuils sont appliqués dans les LD à plusieurs exemples concrets.

Il est encore exposé dans les LD que la notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour leur usage domestique ; est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôt-vente, etc.). Sont traditionnellement

assimilées à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien de véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques) et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne, l'article L. 430-2, II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin. Enfin, les seuils prévus à l'article L. 430-2, II ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils de l'article L. 430-2, II.

Les DOM et collectivités territoriales

Lorsqu'au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, les LD précisent que, pour l'appréciation du seuil de chiffre d'affaires de 15 M€ réalisé individuellement dans au moins un des DOM et collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans chacun des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer pris isolément. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise ne franchit pas le seuil de 15 millions d'euros.

Plus de simplicité et de clarté pour les entreprises

Plusieurs innovations introduites dans les LD montrent que l'Autorité a fait siennes les préoccupations exprimées par les entreprises dans le cadre de la consultation publique en matière de simplification de la procédure et de clarification de certaines approches, et a privilégié le besoin de sécurité juridique des entreprises. Ce sont ces préoccupations qui sont, en particulier, à l'origine de l'introduction de la possibilité de déposer un dossier simplifié et de précisions s'agissant de l'approche par l'Autorité des restrictions directement liées et nécessaires.

Les dossiers simplifiés

À la demande des entreprises, les LD introduisent la possibilité de notifier au service des concentrations de l'Autorité un dossier simplifié par rapport à celui exigé par l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du Code de commerce relative au contrôle des concentrations, pour des opérations simples qui ne posent *a priori*

aucun problème de concurrence, limitativement énumérées aux points 164 et suivants. Cependant, un dossier complet, conforme aux dispositions de l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du Code de commerce, peut toujours être demandé aux parties par le service des concentrations si les spécificités de l'espèce le justifient. Dans ce cas, la transmission des informations complémentaires demandées sera exigée préalablement à l'envoi d'un accusé de réception du dossier.

Il s'agit d'abord des opérations de concentration dans lesquelles les entreprises concernées ne sont pas présentes sur les mêmes marchés, ni même sur des marchés ayant un lien entre eux, étant précisé qu'un dossier simplifié ne sera accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés. Il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition.

Il s'agit ensuite des notifications dans le secteur de la distribution lorsque l'une des parties à l'opération a un chiffre d'affaires compris entre 15 et 50 millions d'euros. Premièrement, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises. En effet, les opérations notifiées à ce titre concernent souvent un seul magasin et ne sont pas susceptibles d'avoir d'effet sur la puissance d'achat des groupes de distribution sur les marchés amont. Deuxièmement, un dossier simplifié peut être déposé lorsque l'opération n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés. Enfin, les entreprises concernées peuvent déposer en début d'année un dossier de notification formant tronc commun contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir, lesquelles peuvent ensuite être limitées aux informations spécifiques à l'opération.

La possibilité de déposer un dossier de notification simplifié pour les acquisitions réalisées par des fonds d'investissement, qui existait déjà dans les précédentes lignes directrices, a été maintenue.

Cette pratique fera l'objet d'un bilan au bout d'un an de mise en œuvre afin de vérifier, d'une part, qu'elle concerne un nombre suffisant de dossiers pour alléger les charges administratives qui pèsent sur les entreprises et, d'autre part, qu'elle ne conduit pas à un alourdissement du travail d'examen des dossiers.

Les restrictions directement liées et nécessaires

Comme cela est précisé dans les LD, le Code de commerce ne contient pas de dispositions similaires à celles des textes communautaires prévoyant l'examen, dans les décisions prises en application des articles L. 430-1 et suivants, du caractère lié et nécessaire à l'opération d'accords conclus entre le cédant et le cessionnaire et éventuellement restrictifs de concurrence. Néanmoins, dans la mesure où une autorité unique est désormais en charge de l'application du droit des ententes comme du contrôle des concentrations et où les entreprises s'interrogent sur la

légalité de ces accords, des indications en ce sens seront désormais fournies dans la décision autorisant l'opération. Comme le fait la Commission, il est précisé aux entreprises qu'il n'est pas nécessaire qu'elles informent l'Autorité de l'existence de ce type d'accords dans la mesure où à l'évidence, ils ne posent aucun problème de concurrence.

Des méthodes d'analyse harmonisées avec celles de la Commission européenne

La Commission a publié le 16 avril 2008 une « *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* » (ci-après « *communication consolidée* ») qui reprend et actualise le contenu de communications précédentes. Les chapitres des LD relatifs à la notion de concentration et aux méthodes de calcul du chiffre d'affaires à prendre en compte pour la détermination du seuil de compétence intègrent les précisions apportées par la Commission dans cette communication consolidée ou y renvoient. S'agissant de l'analyse au fond des effets des opérations de concentration, la Commission a publié le 18 octobre 2008 des lignes directrices sur les concentrations non horizontales qui viennent compléter le précédent document publié sur les concentrations horizontales le 5 février 2004. Les LD confirment sur ce point le souci de l'Autorité d'assurer la cohérence et l'harmonisation des méthodes d'analyse du contrôle des concentrations mises en œuvre au niveau communautaire et celles mises en œuvre au niveau national.

Sur la notion de concentration

La notion de concentration, précisée à l'article L. 430-1 du Code de commerce, est alignée sur celle utilisée dans le règlement (CE) n° 139/2004. Les différentes communications publiées par la Commission sur ce sujet ont toujours constitué pour l'autorité en charge du contrôle et les entreprises une référence utile. Trois points ont été particulièrement développés dans les nouvelles lignes directrices pour tenir compte des précisions apportées dans la communication consolidée.

En premier lieu, la définition des entreprises communes de plein exercice a été précisée, sur la base des conditions retenues en droit communautaire, en particulier en ce qui concerne l'ensemble des critères permettant d'établir l'autonomie d'une telle entreprise (points 53 et s. des LD).

En deuxième lieu, la notion d'opérateurs interdépendants a été introduite dans les LD sur la base des points 38 et suivants de la communication consolidée de la Commission et du considérant 20 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations : l'Autorité considère que des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre (points 60 et s. des LD).

En troisième lieu, l'Autorité s'est inspirée des dispositions de l'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations et des précisions apportées sur ce sujet par les articles 28 et suivants de la communication consolidée pour répondre à une demande des entreprises relative aux entreprises transitoires. De la même façon qu'en droit communautaire, une opération de concentration n'est pas considérée comme réalisée lorsque des établissements de crédit prennent, à titre temporaire, le contrôle d'une entreprise en vue de sa revente. L'Autorité peut être amenée à constater qu'une prise de contrôle d'actifs destinés à être revendus à courte échéance, n'est pas contrôlable (points 64 et s. des LD). En particulier, l'annexe C relative aux contrats de distribution indique que certaines prises de contrôle, par la tête de réseau, de sociétés exploitant des magasins de commerce de détail affiliés au réseau, faites à titre transitoire, la tête de réseau prévoyant, à plus ou moins courte échéance, de céder tout ou partie du contrôle acquis à un repreneur indépendant, peuvent ne pas être contrôlées lorsque le repreneur est connu et que la revente intervient à courte échéance, seule l'opération d'acquisition par ce repreneur étant alors contrôlée.

Sur l'analyse des concentrations non horizontales

Les développements consacrés à l'analyse des opérations verticales et congloérales ont été rapprochés des lignes directrices publiées par la Commission sur ce sujet.

Sur les opérations réunissant des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur, la distinction entre deux types de verrouillage, par les intrants ou par la clientèle, est ainsi introduite. Dans le premier cas, l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournit à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage du marché des intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents. Dans le second cas, la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle). Les LD précisent encore, comme les lignes directrices de la Commission, que la probabilité de ces scénarios de verrouillage est évaluée en examinant, premièrement, si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou à la clientèle de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire sont suffisantes, et troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

S'agissant des effets congloéraux qui peuvent survenir lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché (hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, *cf.* effets verticaux), les LD reprennent, comme les lignes directrices sur les concentrations non horizontales de la Commission, le même schéma d'analyse que pour les effets verticaux.

L'analyse économique au premier plan

L'importance d'une analyse économique des effets des opérations de concentration économique est particulièrement mise en avant dans les LD : en particulier, l'analyse du pouvoir de marché et des effets actuels ou potentiels des fusions figure au premier plan. Parallèlement, les LD innovent avec une annexe destinée à permettre aux études économiques de contribuer à l'instruction de la façon la plus efficace possible.

Une approche économique des effets des opérations

Il est, par exemple, rappelé dès le premier paragraphe que les concentrations permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs par des prix plus bas, une amélioration de la qualité des produits, ou un élargissement du choix qui leur est offert, mais que ce bénéfice pour les consommateurs peut cependant ne pas être assuré lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence. Il est également clairement précisé que le contrôle des concentrations n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint.

De même, les gains d'efficacité propres aux concentrations non horizontales sont soulignés. Il est ainsi rappelé au point 392 qu'une concentration verticale est susceptible de générer des gains d'efficacité et de favoriser la concurrence (intégration d'activités complémentaires, internalisation des doubles marges, réduction des coûts de transaction, meilleure organisation du processus de production, etc.) et, au point 423, que de façon générale, une concentration conglomérale ouvre la possibilité de développer, entre les différents éléments constitutifs du regroupement, des synergies proconcurrentielles au sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale.

Des conseils pour la présentation des études économiques

L'annexe B des LD formule des recommandations pour guider les entreprises et leurs conseils dans la présentation de travaux économiques, fournis à l'appui d'un dossier de notification, notamment lorsque ceux-ci reposent sur l'analyse de données statistiques. Ces recommandations visent à faciliter la communication entre les parties et les services de l'Autorité. Pour certaines opérations complexes, des échanges approfondis entre les entreprises et l'Autorité peuvent être nécessaires et il est recommandé aux parties d'engager les échanges avec les services d'instruction sur la méthodologie envisagée pour leurs études économiques, dès la phase de prénotification.

Plus généralement, les LD rappellent l'insertion du service économique de l'Autorité dans l'examen des opérations les plus complexes.

Comme les lignes directrices précédentes, les LD ne sauraient exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. Elles constituent cependant, pour l'Autorité, une directive opposable aux entreprises et invocable par elles.

Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité s'engage à appliquer les lignes directrices chaque fois qu'elle examinera une opération, notifiée à compter du 1^{er} janvier 2010, sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifie qu'il y soit dérogé. Ce guide est susceptible d'être mis à jour au fur et à mesure de l'évolution de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

Activité en 2009

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 collègue.

L'origine de l'activité

L'origine de l'activité de l'Autorité de la concurrence peut faire l'objet du découpage suivant : les saisines externes, provenant 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 2009, le nombre de saisines au fond externes se situe à un niveau en ligne avec celui de l'année précédente. Le nombre de saisines émanant des entreprises continue de croître, le nombre de saisines du ministre continuant à diminuer compte tenu de la mise en place de l'Autorité de la concurrence.

Tableau 1 : Origine des saisines au fond

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Entreprises	31	23	29	32	36	39
Organisations professionnelles	1	6	0	2	1	2
Associations de consommateurs	0	1	0	3	0	0
Ministre chargé de l'Économie	10	15	17	13	6	4
Collectivités territoriales	0	1	3	1	0	0
Autres	0	1	2	3	1	1
Respect d'injonction	5	0	0	2	1	1
Total	47	47	51	56	45	47

Les demandes de mesures conservatoires

Le nombre de demandes de mesures conservatoires demeure soutenu, tout en se situant dans la moyenne des années précédentes, l'année 2008 ayant été exceptionnelle à cet égard.

Tableau 2 : Demandes de mesures conservatoires

2004	2005	2006	2007	2008	2009
17	14	15	13	21	15

Les demandes d'avis

En 2009, 65 demandes d'avis ont été adressées à l'Autorité. Ce nombre est particulièrement élevé au regard des années précédentes, il s'explique notamment par les avis rendus en matière d'accords dérogatoires aux délais de paiement. Néanmoins, au-delà de ce sujet conjoncturel propre à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie, l'expertise de l'Autorité a été particulièrement sollicitée, en particulier par les pouvoirs publics, sur de nombreux sujets d'actualité relatifs aux dysfonctionnements concurrentiels ou aux problématiques d'ouverture des marchés. Cette évolution est conforme à la logique de la loi de modernisation du 4 août 2008, dont l'un des objectifs consistait à permettre au Gouvernement et au Parlement d'avoir davantage recours à l'Autorité, notamment dans le cadre de l'adoption ou de la révision de textes législatifs ou réglementaires susceptibles d'avoir une incidence sur la situation concurrentielle de l'économie ou de mériter une étude d'impact au regard des règles de concurrence. D'un point de vue qualitatif, cette mobilisation est ciblée sur des questions économiques structurantes pour les entreprises, sur des secteurs en pleine évolution technologique ou réglementaire, et sur des sujets d'actualité plus large ayant une dimension concurrentielle.

On peut notamment citer à cet égard les avis suivants : l'avis 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services, l'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, ou encore l'avis 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

Ces demandes ont été adressées sur les bases suivantes :

- 4 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 ;
- 13 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 ;
- 1 sur le fondement de l'article L. 461-5, qui prévoit que les commissions parlementaires peuvent consulter l'Autorité de la concurrence sur toute question entrant dans le champ de ses compétences ;
- 1 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 ;
- 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 il précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
- 5 à la demande des régulateurs sectoriels, en l'espèce l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ;
- 34 sur la base de l'article 21, III de la loi LME (accords dérogatoires aux délais de paiement) ;
- 2 sur le fondement de l'article L. 461-4 du Code de commerce qui dispose que l'Autorité rend un avis au ministre chargé de l'Économie sur les nominations du rapporteur général et du conseiller auditeur.

Tableau 3 : Évolution des demandes d'avis par catégorie depuis 2007

Nature des demandes d'avis :	2007	2008	2009
sur des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 410-2; L. 462-2; art. 16, loi 05/07/1996; art. 21, III, loi LME)	4	8	39
sur des questions générales de concurrence (L. 462-1)	5	13	13
sur saisine des commissions parlementaires (L. 461-5)	-	-	1
sur saisines des régulateurs sectoriels	2	2	5
sur saisines des juridictions (L. 462-3)	2	-	-
sur des demandes de clémence (L. 464-2, IV)	1	18	5
saisines diverses (L. 420-4, L. 430-5, L. 430-8, IV, L. 461-4)	6	4	2
Total	20	45	65

Les autosaisines

En 2009, l'Autorité de la concurrence s'est autosaisie à 8 reprises de dossiers individuels de pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles, contre 3 en 2007 et 6 en 2008 ; 5 autosaisines sont liées à la mise en œuvre du nouveau dispositif de l'article L. 450-5 du Code de commerce qui permet au Rapporteur général de proposer à l'Autorité de se saisir d'office du résultat des investigations menées par la DGCCRF. Cette montée en puissance de la politique d'autosaisine est le

reflet naturel de la réforme de 2008-2009, qui visait notamment à renforcer le rôle de veille concurrentielle de l'Autorité et à lui donner toute la panoplie d'outils nécessaires pour intervenir de façon ciblée à chaque fois qu'elle l'estime approprié pour faire respecter les règles de concurrence et promouvoir le bien-être des consommateurs.

Par ailleurs, disposant désormais de la possibilité d'intervenir de sa propre initiative à titre consultatif (c'est-à-dire pour donner son avis sur un projet de texte ou une question générale de concurrence), l'Autorité s'est autosaisie à deux reprises en 2009 : la première autosaisine a conduit à examiner les questions de l'intermodalité dans les transports (articulation entre le train et les autres modes de transport) et le rôle des gares dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire, la seconde porte sur l'utilisation croisée des bases de clientèle (*cross selling*). Ces saisines d'initiative permettent à l'Autorité d'assurer sa mission de pédagogie en matière de concurrence en apportant ainsi les signaux utiles et des recommandations à destination du monde des affaires ou des pouvoirs publics visant à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel d'un secteur.

Tableau 4 : Ventilation des autosaisines

Autosaisines en matière contentieuse	8
Autosaisines en matière consultative	2

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

Tableau 5 : Notifications reçues entre le 2 mars 2009 et le 31 décembre 2009

Notifications ayant abouti à une décision	94
Notifications retirées au 31 décembre 2009	2
Notifications en cours d'examen au 31 décembre 2009*	19
Total	115

* dont un renvoi de la Commission européenne.

L'Autorité de la concurrence a reçu, entre le 2 mars 2009 et le 31 décembre 2009, 115 notifications d'opérations de concentration. Sur la même période, le ministre de l'Économie avait reçu et publié 105 notifications en 2008, 138 en 2007, 115 en 2006. Le nombre de notifications reçues par l'Autorité est donc sensiblement similaire au nombre de notifications reçues par le ministre de l'Économie au cours des trois années précédentes. Il semblerait que la baisse du nombre d'opérations réalisées par les entreprises en raison de la crise économique ait été compensée par l'augmentation du nombre d'opérations notifiées dans le commerce de détail en raison de l'abaissement des seuils (*cf.* répartition des décisions par secteur *infra*).

Par ailleurs, on notera que la Commission européenne a renvoyé devant l'Autorité de la concurrence l'examen de l'opération de prise de contrôle de la société Keolis par le groupe SNCF et la Caisse de dépôts et placement du Québec (CDPQ).

Les investigations

Les enquêtes transmises par la DGCCRF

Les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et le décret n° 2009-311 du 20 mars 2009 instaurent une nouvelle répartition des pouvoirs entre l'Autorité de la concurrence et les services du ministre de l'Économie (DGCCRF).

Les projets d'enquête

Si le rapporteur général peut aujourd'hui lancer de sa propre initiative toute enquête qui lui semblerait utile, sans qu'il y ait, comme antérieurement, d'autosaisine du collègue, les nouvelles dispositions du Code de commerce (article L. 450-5) prévoient également 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 le délai de 35 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, c'est le service des investigations qui est chargé d'examiner les projets d'enquête du ministre et de proposer au rapporteur général à partir 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 indique les suites qui ont été données par la rapporteure générale aux 81 projets d'enquête que lui a adressés la DGCCRF depuis la mise en place de l'Autorité.

Tableau 6 : Projets d'enquête transmis par la DGCCRF du 25 mars 2009 au 31 décembre 2009

Total affaires transmises	Affaires non retenues par l'Autorité	Affaires retenues par l'Autorité	Affaires à l'étude
81	48	30 soit 38 % des dossiers analysés	3

Ces projets concernent pour une part équivalente les services et la distribution (27,5 % dans les deux cas) et pour 45 % les marchés publics.

Les rapports d'enquête

Le nouveau dispositif (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 le délai de 65 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.

Le service des investigations analyse les rapports d'enquête adressés par le ministre et dans certains cas le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office. 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 cumulés 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 jurisprudentiel ou de l'éventuelle connexité des faits avec une affaire dont l'Autorité (ou la Commission) 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 des faits qu'il estime contraires aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. C'est notamment le cas quand les montants de chiffre d'affaires des entreprises en cause ou la dimension communautaire des pratiques ne lui permettent pas de mettre en œuvre la procédure d'injonction ou de transaction.

Le tableau ci-après reprend les suites données aux 45 rapports transmis par le ministre à l'Autorité et qui concernent tous des investigations menées par la DGCCRF antérieurement à la mise en place du nouveau dispositif.

Tableau 7 : Suites données aux résultats d'enquête transmis par la DGCCRF du 25 mars 2009 au 31 décembre 2009

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
45	20	16	3	5 + 1 une autosaisine sur le même secteur soit 27 % des dossiers analysés

Les enquêtes conduites sur autorisation judiciaire (article L. 450-4 du Code de commerce)

Les enquêtes selon la procédure nationale

Les investigations auparavant réalisées par les services du ministre (DGCCRF) à la demande du rapporteur général sont désormais directement réalisées par les rapporteurs des services d'instruction habilités par la rapporteure générale (décision du 9 mars 2009) et notamment les opérations de visite et saisie.

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

Depuis la mise en place de l'Autorité, 6 enquêtes ont été concernées par ce dispositif impliquant la visite de 50 sites et la participation de 170 rapporteurs et de 39 enquêteurs de la DGCCRF (un même rapporteur ou enquêteur pouvant participer à plusieurs OVS).

L'Autorité s'est également dotée des moyens matériels et humains pour réaliser des investigations sur les systèmes informatiques des entreprises visitées. Un certain nombre de rapporteurs ont été formés aux techniques et procédures de l'investigation informatique pour compléter l'effectif des rapporteurs d'origine DGCCRF déjà formés à ce type d'investigations. L'Autorité participe également au réseau européen Forensic IT mis en place en 2002 qui rassemble les services d'enquête des autorités nationales de concurrence spécialisés dans les investigations informatiques et permet des échanges techniques et juridiques.

L'assistance aux inspections de la Commission européenne

Suite à la réforme, l'Autorité doit prêter assistance à la Commission européenne dans le cadre des inspections réalisées sur la base des dispositions de l'article 20 du règlement n° 1/2003. Ces compétences étaient antérieurement exercées par les services du ministre.

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.

L'assistance de l'Autorité de la concurrence a été requise à 3 reprises dans le cadre d'inspections menées par la Commission. Ces opérations ont concerné 12 sites et mobilisé 23 rapporteurs.

Le contentieux des 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 tribunal de grande instance concerné.

Au total en 2009, ce sont 82 entreprises qui ont déposé un recours devant le premier président de la cour d'appel (principalement Paris et Versailles). Ce chiffre

comprend les affaires en contestation de légalité des ordonnances qui ont basculé de la Cour de cassation vers la cour d'appel, à la suite du dispositif transitoire mis en place par l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008.

Sur ces 82 recours, 53 concernent la légalité et 29 le déroulement des opérations.

Concernant les décisions rendues en 2009, on notera plus particulièrement 2 arrêts de la Cour de cassation relatifs aux saisies informatiques : l'un rejette le pourvoi formé par une entreprise à l'encontre d'une décision du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris (Cass. crim., 17 juin 2009, n° 07-88.354) qui avait validé les saisies informatiques réalisées par la DGCCRF; l'autre (Cass. crim., 1^{er} juillet 2009, n° 07-87.080) casse la décision du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Nanterre et valide la saisie de messageries électroniques, avec renvoi pour le reste devant le premier président de la cour d'appel de Paris.

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 2009, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative.

En 2009, le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence, ont eu à se pencher sur des secteurs d'activité variés, au premier rang desquels la distribution. Ceci s'explique par l'analyse de nombreux accords dérogatoires aux délais de paiement conclus dans ce secteur, lesquels peuvent néanmoins concerner les marchés amont comme la fabrication. Viennent ensuite les télécoms, un secteur traditionnellement investi fortement par l'Autorité, et les services. On constatera que les secteurs de l'édition/médias/presse, des transports et du BTP sont, d'une année sur l'autre, présents en haut de tableau. Une dernière particularité est à souligner : l'importance des décisions et avis rendus en matière de santé en 2009.

Tableau 8 : Ventilation des décisions contentieuses et avis par secteurs économiques

Secteurs économiques	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
Distribution/ Commerce de détail et de gros	16	09-D-23 Distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires 09-A-02 Délais de paiement – bricolage 09-A-03 Délais de paiement – jouet 09-A-04 Délais de paiement – horlogerie, bijouterie 09-A-13 Délais de paiement – animaux de compagnie 09-A-15 Délais de paiement – jardin amateur 09-A-19 Délais de paiement – activités manuelles et artistiques 09-A-21 Carburants DOM 09-A-23 Délais de paiement armes et munitions pour la chasse 09-A-28 Délais de paiement – disque 09-A-29 Délais de paiement – cuir 09-A-30 Délais de paiement – textile habillement 09-A-32 Délais de paiement – optique, lunetterie 09-A-38 Délais de paiement – pêche de loisirs 09-A-40 Délais de paiement – articles de sport 09-A-45 Grande distribution DOM
Télécoms/Poste	11	09-D-09 Traitement de courriers 09-D-11 Internet DOM 09-D-15 Téléphonie mobile et Internet haut débit (offre « Unik ») 09-D-24 Téléphonie DOM 09-D-36 Téléphonie Antilles 09-MC-02 Téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte 09-A-09 Marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle 09-A-47 Fibre optique 09-A-52 Projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste 09-A-53 Analyse des marchés des services de capacité 09-A-57 Montée en débit
Services	11	09-D-01 Expertise des bateaux de plaisance 09-D-05 Travail temporaire 09-D-16 Logiciels de gestion des données de ressources humaines 09-D-19 Déménagement de personnels militaires 09-D-27 Mutualité de la Réunion 09-D-29 Bases de données informatiques 09-D-30 Services de commerce électronique pour les TPE et les PME 09-D-32 Photomaton 09-D-33 Location-gestion de bacs plastiques et de palettes 09-A-35 Fourniture de services de paiement 09-A-49 Assurance emprunteur
Édition/Médias/Presse	9	09-D-02 Rémunération des dépositaires de Presse 09-D-04 Distribution de la presse 09-D-31 Droits du football 09-A-01 Acquisition du groupe Maury par CirclePrinters 09-A-08 Délais de paiement – livre 09-A-10 Délais de paiement – papeterie 09-A-42 Avis exclusivités 09-A-50 Projet ordonnance cinéma 09-A-56 Livre numérique
Transports	9	09-D-03 Transports scolaires Pyrénées-Orientales* 09-D-06 Vente de voyages en lignes 09-D-08 Dépannage sur autoroutes 09-D-10 Transport maritime Corse/continent* 09-D-18 Tramway Marseille 09-D-35 Transport médical d'urgence 09-A-44 Vogüéo 09-A-51 Courses de taxi 09-A-55 Secteur ferroviaire – Intermodalité
Santé	8	09-D-07 Assurance complémentaire santé 09-D-17 Pharmaciens de Basse-Normandie 09-D-28 Commercialisation médicaments génériques 09-D-38 Fourniture d'implants de suture 09-D-39 Thermalisme 09-A-27 Délais de paiement – Compléments alimentaires 09-A-36 Délais de paiement – médicaments non remboursables 09-A-46 Réseaux de soins agréés
BTP/Construction	7	09-D-13 Travaux de voirie Isère* 09-D-20 Travaux de voirie Rhône-Alpes* 09-D-21 Travaux de lignes aériennes haute tension 09-D-25 Travaux de voies ferrées* 09-D-34 Travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse* 09-A-06 Délais de paiement – fournisseurs de bois, de matériaux, de produits et de services pour le bâtiment et les travaux publics 09-A-07 Délais de paiement – sanitaire, chauffage et matériel électrique

Secteurs économiques	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
Véhicules	8	09-D-12 Pneumatiques 09-D-37 Réparation de véhicules industriels, moteurs de bateaux et d'engins de travaux publics 09-A-12 Délais de paiement – pneumatiques 09-A-14 Délais de paiement – deux roues 09-A-16 Délais de paiement – nautisme 09-A-18 Délais de paiement – véhicules de loisirs 09-A-22 Délais de paiement – agroéquipement 09-A-34 Délais de paiement – commerce de gros de l'outillage automobile
Industrie	5	09-A-11 Délais de paiement – conserve alimentaire 09-A-17 Délais de paiement – industrie graphique 09-A-20 Délais de paiement – produits aciers 09-A-25 Délais de paiement – peintures, encres, couleurs et produits assimilés 09-A-24 Délais de paiement – quincaillerie industrielle
Énergie	4	09-D-14 Fourniture d'électricité 09-MC-01 Services destinés à la production d'électricité photovoltaïque 09-A-43 Tarifs réglementés de vente de l'électricité 09-A-54 Séparation comptable/GDF
Agriculture/pêche	3	09-A-31 Délais de paiement – pisciculture 09-A-37 Délais de paiement – agrofourniture 09-A-48 Secteur laitier
Bois	3	09-A-26 Délais de paiement – tonnellerie 09-A-33 Vente de bois par l'ONF 09-A-39 Délais de paiement – secteur du bois
Gestion des déchets	3	09-D-22 Traitement des déchets par la société Éco-Emballages 09-D-26 Déchets d'emballages ménagers plastiques 09-D-40 Secteur du traitement des huiles usagées

* Décisions concernant des marchés publics.

En ce qui concerne les décisions de contrôle des concentrations, la répartition par secteur est la suivante :

Tableau 9 : Répartition des décisions de concentration de l'Autorité par secteur d'activité en 2009

Commerce de détail	39
<i>dont à dominante alimentaire</i>	17
<i>dont automobile</i>	13
<i>dont carburants</i>	4
<i>dont mobilier et électrodomestique</i>	3
<i>dont télécoms</i>	1
<i>dont vêtements</i>	1
Agroalimentaire	11
Banque/Assurance	9
Industrie	8
<i>dont automobile</i>	3
<i>dont biens intermédiaires</i>	5
Commerce de gros	6
Services aux entreprises	5
Transport/Logistique	5
BTP/Construction	3
Télécoms & IT	3
Médias	2
Autres secteurs	3
<i>dont énergie</i>	1
<i>dont restauration</i>	1
<i>dont santé</i>	1
Total	94

41 % des décisions rendues concernent le commerce de détail, 12 % l'agroalimentaire, 10 % la banque et l'assurance, 9 % l'industrie, le solde étant réparti entre les autres secteurs.

La prédominance du commerce de détail s'explique par l'abaissement des seuils de contrôlabilité : à titre de comparaison, moins de 5 % des décisions rendues sur la même période par le ministre en 2008 concernaient le commerce de détail. L'agroalimentaire constitue un secteur important en cours de concentration, comme le montrent les 11 décisions rendues par l'Autorité dans ce secteur, qui concernent des opérations de rapprochement entre coopératives agricoles ou acteurs industriels présents à différents stades de la transformation alimentaire.

Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles

La nature des décisions contentieuses

Tableau 10 : Décisions contentieuses

Décisions	2006	2007	2008	2009
Affaires instruites	40	50	34	40 ¹
Mesures conservatoires	3	6	1	2
Désistement/classement	34	26	25	21
Total 1	77	82	66	63
Sursis à statuer	4	2	1	4
Total 2	81	84	67	67

1. Affaires instruites = 15 décisions de sanction + 7 décisions de non-lieu + 13 irrecevabilités/rejets + 5 engagements.

En 2009, on dénombre 40 décisions au fond : ce nombre est supérieur à celui de 2008 pour être équivalent à celui de 2006. Il est toutefois inférieur à 2007. La forte activité consultative en 2009 est venue peser sur le rythme de sortie des affaires contentieuses.

Les sanctions

Les décisions de sanction pécuniaire en 2009

Tableau 11 : Sanctions pécuniaires prononcées en 2009

Numéro de la décision	Date de la décision	Nature de la décision	Montant des sanctions (en €)
09-D-03	21/01/2009	Autocars Pyrénées-Orientales	357 000
09-D-04	27/01/2009	Messageries de presse	3 050 000
09-D-05	02/02/2009	Travail temporaire	94 400 000
09-D-06	05/02/2009	Vente de voyages en ligne	5 500 000
09-D-07	12/02/2009	Assurance complémentaire santé	78 250
09-D-10	27/02/2009	Transport maritime corse	300 000
09-D-14	25/03/2009	Fourniture électricité Grenoble	320 000
09-D-17	22/04/2009	Pharmacien Basse-Normandie	5 000
09-D-19	10/06/2009	Déménagements militaires Est	618 250
09-D-24	28/07/2009	Internet DOM	27 600 000
09-D-25	29/07/2009	Travaux voies ferrées	4 200 000
09-D-31	01/10/2009	Droits du foot	6 900 000
09-D-34	18/11/2009	Travaux électrification en Corse	169 000
09-D-36	09/12/2009	Téléphonie DOM	63 000 000
09-D-39	18/12/2009	Cures thermales	140 000
Total			206 637 500

L'Autorité (ou le Conseil de la concurrence avant le 2 mars 2009) a prononcé 15 décisions de sanction en 2009 pour un montant total de 206,6 M€. Ce niveau des sanctions se situe dans la ligne des montants constatés lors des années précédentes, si l'on écarte le chiffre de 2008 (631 M€), lequel est dû principalement à la décision dans le secteur du négoce de produits sidérurgiques. Il se situe ainsi au niveau de 2007 et confirme la tendance engagée avec l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, par laquelle le législateur avait incité l'Autorité à réévaluer fortement les sanctions qu'elle impose aux auteurs de cartels, afin d'assurer la dissuasion et de protéger les consommateurs. En 2009, le secteur des communications électroniques demeure le premier concerné par des sanctions de l'Autorité et cette année particulièrement pour des pratiques se déroulant dans les DOM. La décision ayant donné lieu au montant de sanctions le plus élevé concerne le secteur du travail temporaire et traduit l'implication de l'Autorité dans le secteur des services.

L'évolution des sanctions sur longue période

Tableau 12 : Évolution des sanctions pécuniaires depuis 2003

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	19	26	31	13	24	16	15
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	57	91	131	162	82	65	49
Montant des sanctions (en M€)	88,5	49,3	754,1	127,9	220,4	630,3	205,5
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	4	46 ¹	6	16	12	17	9
Montant des sanctions (en M€)	0,05	0,9	0,26	0,38	0,6	1	1,1
Montant total des sanctions (en M€)	88,5	50,2	754,4 ²	128,2	221	631,3 ³	206,6

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

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

3. 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.

Les pratiques sanctionnées en 2009

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par l'Autorité en 2009, en fonction d'une typologie classique : abus de position dominante, ententes, et non respect d'injonction.

Tableau 13 : Nature des pratiques sanctionnées

Abus de position dominante	4
Ententes	9
Décisions mixtes (entente + abus de position dominante)	2
Non-respect d'injonction	0
Total décisions de sanction	15

La non-contestation des griefs

En 2009, l'Autorité de la concurrence a rendu six décisions dans lesquelles elle a appliqué la procédure de non-contestation des griefs (09-D-03 ; 09-D-05 ; 09-D-06 ; 09-D-19 ; 09-D-24 et 09-D-31).

Tableau 14 : Évolution du nombre de décisions de non-contestation des griefs depuis 2003

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Non-contestation des griefs	2	4	2	1	6	6	6

La clémence

L'année 2008 avait été exceptionnelle en nombre de demandes de clémence, l'année 2009 se situe sur une tendance plus conforme aux années précédentes.

Tableau 15 : Évolution du nombre de demandes de clémence

	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	2008*	2009*	Total
Demandes de clémence	1	2	5	6	8	1	18	5	46

* Sans compter les demandes de clémence sommaires faites dans le cadre du Réseau européen, soit quatre pour 2007, huit pour 2008 et cinq pour 2009.

Les engagements

En 2009, l'Autorité a lancé à trois reprises des tests de marché dans le cadre de la procédure d'engagements en matière de concurrence (cabines de photos d'identité, accès aux remontées mécaniques, distribution de l'iPhone en France).

Tableau 16 : Évolution du nombre de procédures d'engagements

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Engagements*	0	0	6	6	8	7	3

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

Les décisions en matière de contrôle des concentrations

Tableau 17 : Décisions rendues en 2009 par l'Autorité de la concurrence

• Autorisations	85
• Autorisations sous réserve de mise en œuvre d'engagements	3
• Décisions d'inapplicabilité du contrôle	6
Total	94

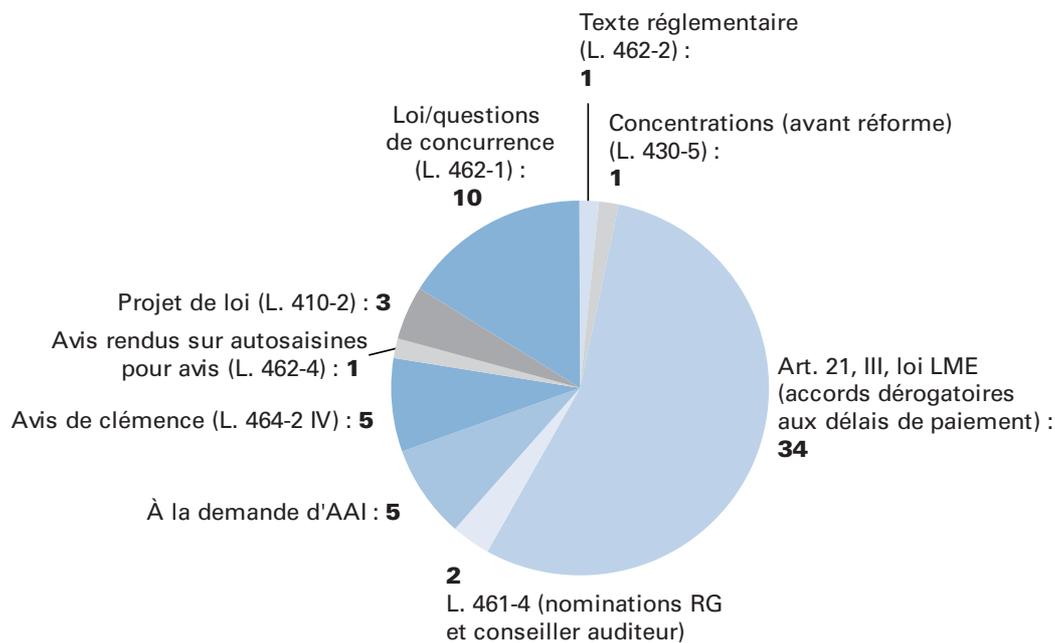
L'Autorité a rendu, en 2009, 94 décisions relatives à des opérations de concentration. 88 étaient des décisions d'autorisation, toutes rendues en phase 1, dont trois sous réserve de mise en œuvre des engagements déposés par les parties :

- la décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire ;
- la décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA (groupe SNCF) ;
- la décision 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté l'inapplicabilité du contrôle dans six décisions.

Les avis

L'Autorité a rendu 62 avis qui se répartissent de la manière suivante.



L'activité consultative a été particulièrement dense en 2009. Plus de la moitié des avis rendus ont concerné les accords dérogatoires aux délais de paiement. Pour autant, abstraction faite de cet élément particulier, le nombre d'avis rendu a été plus élevé qu'en 2008 : 28 avis contre 26 en 2008. Pour la première fois, l'Autorité a rendu un avis après s'être autosaisie sur le secteur du transport ferroviaire.

Stock

L'activité contentieuse et consultative

État du stock au 31 décembre 2009

En 2009, le nombre d'affaires terminées a été supérieur au nombre d'affaires nouvelles, ce qui a conduit à une légère diminution du stock, qui passe de 176 affaires à 168.

Tableau 18 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2008	2009		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2009
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	145	54	57	142
Mesures conservatoires	13	15	19	9
Respect d'injonction	1	1	0	2
Avis	17	67	69	15
Total	176	137	145	168

Évolution du stock sur longue période

La réforme achevée et la transition institutionnelle terminée, l'Autorité a repris en 2009 le rythme de diminution du stock d'affaires en cours engagé depuis 2001 et qui s'est accéléré en 2005.

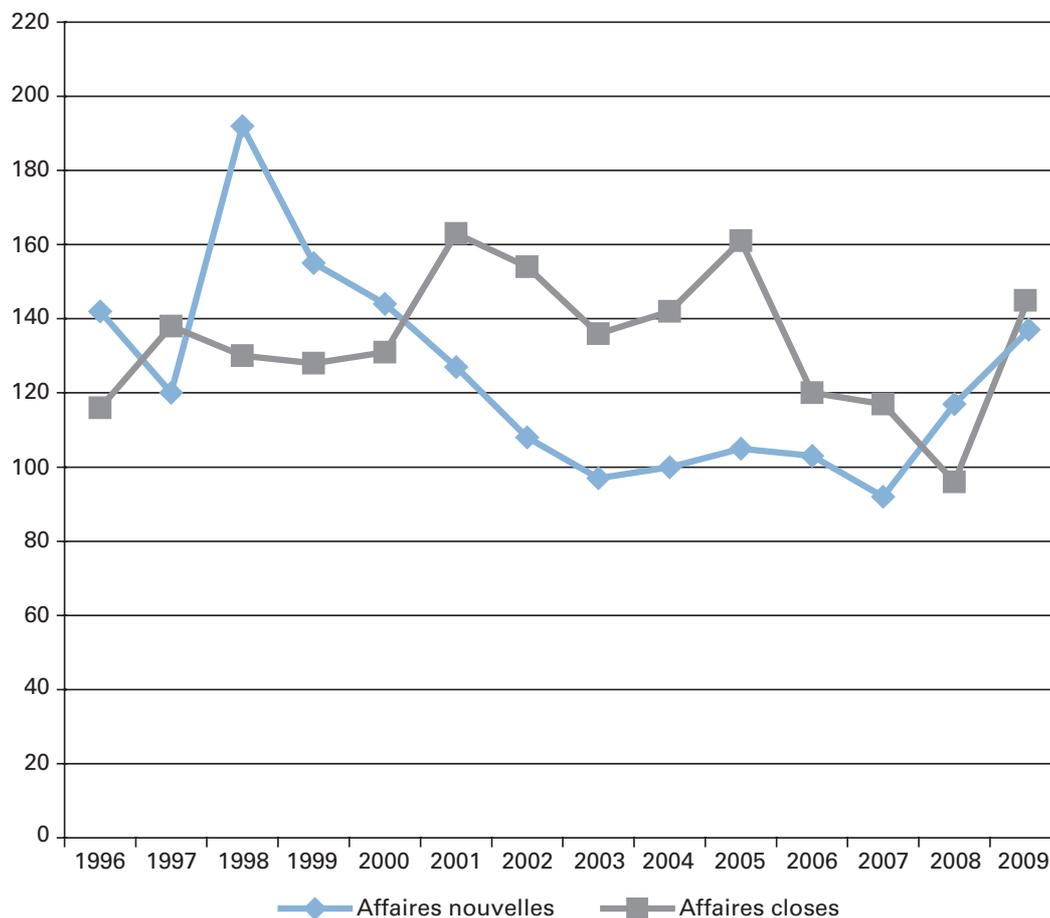


Tableau 19 : Évolution du stock sur plusieurs années

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Stock au 1^{er} janvier	333	315	377	404	417	381	335	296	254	198	180	155	176
Affaires nouvelles	120	192	155	144	127	108	97	100	105	103	92	117	137
Affaires terminées	138	130	128	131	163	154	136	142	161	121	117	96	145
Variation du stock	- 18	+ 62	+ 27	+ 13	- 36	- 46	- 39	- 42	- 56	- 18	- 25	+ 21	- 8
Stock au 31 décembre	315	377	404	417	381	335	296	254	198	180	155	176	168

Les opérations de concentration

Au 31 décembre 2009, 19 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 2009, 12 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 42 décisions rendues (décisions de fond et mesures conservatoires), ce qui représente un taux de recours de 29 %. Ce taux est en baisse par rapport à 2008, comme le montre le tableau ci-après.

Tableau 20 : Taux de recours

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Nombre de décisions total (D + MC)	81	75	43	56	35	42
Nombre de recours	23	28	15	25	12	12
Taux de recours (en %)	28	37	35	45	34	29

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2009 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 21 : Suivi qualitatif des recours au 30 avril 2010

	2005	2006	2007	2008	2009
Nombre de recours introduits	28	15	25	12	12
Nombre de décisions confirmées :	23	11	18	10	8
– arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements	16	9	16	7	8
– réformation partielle/confirmation au fond	7 ¹	2 ²	2 ³	3 ⁴	
Total recours examinés	28	15	25	12	8
Affaires pendantes	0	0	0	0	4
% décisions confirmées/total recours examinés	82	73	72	83	NS

1. Décisions 05-D-19; 05-D-26; 05-D-43; 05-D-58; 05-D-66; 05-D-67 et 05-D-75.

2. Décisions 06-D-03 et 06-D-13.

3. Décision 07-D-15 et 07-D-50.

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

Des tableaux récapitulatifs détaillés, comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants, sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2008 et 2009.

En ce qui concerne l'année 2009, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2009 ayant fait l'objet d'un recours et indique les références des arrêts déjà connus à la date de bouclage du présent rapport. Ce document sera complété dans le rapport de l'année suivante.

Les sanctions *ex post*

L'examen des sanctions dites *ex post* (après passage en cour d'appel) ne peut se faire qu'avec au moins un an de recul. Le tableau suivant présente donc les données de 2008.

Tableau 22 : État des sanctions 2008 après passage en cour d'appel (au 30 avril 2010)

N° décision	Libellé décision	Sanctions avant CA (en €)	Référence cour d'appel	Sanctions <i>post</i> CA (en €)
08-D-03	Gîtes de France	2 000	Pas d'appel	2 000
08-D-06	Médecins spécialistes	814 000	Arrêt du 18 mars 2009 : réformation	0
08-D-07	Taxis marseillais	5 500	Pas d'appel	5 500
08-D-09	Pompes funèbres Lyon	50 000	Arrêt du 31 mars 2009 : confirmation	50 000
08-D-12	Contreplaqué	8 184 000	Arrêt du 29 septembre 2009 : confirmation pour l'essentiel (fond confirmé – réduction de la sanction pour 3 entreprises) *	5 985 200
08-D-13	Nettoyage industriel	1 680 000	Pas d'appel	1 680 000
08-D-15	Rénovations chaufferies Saône-et-Loire	52 840	Pas d'appel	52 840
08-D-20	Agrofourniture	2 000 000	Pas d'appel	2 000 000
08-D-22	Géomètres experts Haut-Rhin	80 800	Pas d'appel	80 800
08-D-23	Taxis Alpes-de-Haute-Provence	40 750	Pas d'appel	40 750
08-D-25	Pierre Fabre Dermo-Cosmétique	17 000	Arrêt du 29 octobre 2009 : renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE	17 000
08-D-28	Granulats Ille-et-Vilaine	530 000	Pas d'appel	530 000
08-D-29	Marchés publics d'entretien	133 600	Pas d'appel	133 600
08-D-30	Carburéacteurs	41 100 000	Arrêt du 24 novembre 2009* : confirmation sauf en ce qui concerne la formulation de l'injonction de publication	41 100 000
08-D-32	Négoce produits sidérurgiques	575 454 500	Arrêt du 19 janvier 2010 : confirmation des faits/ sanctions fortement réduites	74 179 500
08-D-33	Autocars Annecy	1 175 500	Arrêt du 3 novembre 2009* : confirmation	1 175 500
Total		631 320 490	Total	127 032 690

* Des pourvois en cassation ont été formés contre ces arrêts.

Sur plus longue période, on constate que les sanctions prononcées par le Conseil sont largement confirmées par la cour d'appel.

Tableau 23 : Taux de confirmation du montant des sanctions en 2004, 2005, 2006, 2007 et 2008

Années	Sanctions prononcées (en €)	Sanctions après passage en cour d'appel (en €)	Montant confirmé (en %)
2004	50 229 728	70 151 728	139,6 ¹
2005	754 396 914	740 341 915	98,1
2006	128 269 000	70 487 000	55 ²
2007	221 070 750	197 202 950	89,2
2008	631 320 490	127 032 690	20 ³

1. La cour d'appel a doublé le montant de la sanction prononcée par le Conseil à l'encontre de FranceTélécom, dans sa décision 04-D-18, pour non-respect d'injonction dans le secteur de l'Internet haut débit.

2. La cour d'appel de Paris, sur renvoi de la Cour de cassation, a annulé la décision dite « parfums » (06-D-04) dont les sanctions représentaient plus du tiers (35 %) du total des sanctions prononcées par le Conseil en 2006. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

3. Concernant l'affaire du « cartel de l'acier », la cour d'appel de Paris a entièrement confirmé les faits, mais a fortement réduit les sanctions infligées en les faisant passer de 575,4 millions d'euros à 74,1 millions d'euros. C'est cette réformation qui explique le pourcentage exceptionnellement bas pour 2008. Le ministre ne s'est pas pourvu en cassation (décision 08-D-32 – négoce produits sidérurgiques).

Contrôle des concentrations

Les décisions de l'Autorité n'ont fait l'objet d'aucun recours en 2009.

Organisation et fonctionnement

Évolution de l'organisation

Le service juridique

Le service juridique a fait l'objet, avec la réforme, d'une réorganisation et d'un repositionnement destiné à poursuivre la montée en puissance amorcée en 2006. Il est désormais placé sous l'autorité du président de l'Autorité.

Il est composé de sept conseillers juridiques (dont deux adjoints), de trois référendaires et de deux assistantes dirigés par un chef de service.

Le nouveau « pool » de référendaires a été créé pour assister le président et les vice-présidents, à leur demande, dans leurs fonctions de présidents des sections appelées à se réunir en séance pour examiner les dossiers « contentieux » (saisines en matière de pratiques anticoncurrentielles) ou « consultatifs » (demandes d'avis ou avis d'initiative sur un projet de texte législatif ou réglementaire ou sur une question générale de concurrence) traités par l'Autorité. Ils ont aussi vocation à assister les membres du collège dans la rédaction et la finalisation du projet d'avis ou de décision faisant suite au délibéré, en veillant à sa cohérence avec la pratique décisionnelle de l'Autorité et avec la jurisprudence nationale et communautaire, ainsi qu'en s'assurant de son exactitude juridique et factuelle. Ils constituent donc une équipe d'appui dédiée à la phase « décisionnelle » des procédures contentieuses et consultatives.

Autre changement notable, le service juridique appuie le président de l'Autorité dans le cadre de la représentation en justice de l'Autorité et de la préparation de ses observations en demande ou en défense à tous les stades de la procédure contentieuse. À cet effet, il rédige les observations écrites de l'Autorité au soutien de ses décisions frappées de recours, auprès de la cour d'appel de Paris et représente l'Autorité dans la majorité des audiences de la cour d'appel. Il assure également le suivi des pourvois en cassation avec l'avocat de l'Autorité et des autres contentieux intéressant l'Autorité de la concurrence.

Il continue par ailleurs à assurer l'interface avec la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence pour les questions relatives aux affaires de pratiques anticoncurrentielles qu'elles traitent en vertu du règlement (CE) n° 1/2003. Un conseiller juridique principal assure un rôle de coordination afin de renseigner le réseau sur les affaires communautaires de l'Autorité et de mettre en œuvre, en liaison avec les autorités de concurrence nationales, les mesures de coopération du règlement (CE) n° 1/2003.

Dernière mission nouvelle, le service juridique assure enfin le suivi de l'exécution des décisions d'engagements et des décisions de non-contestation des griefs assorties d'engagements.

Plus généralement, il met son expertise à la disposition de l'Autorité, notamment en réalisant des études juridiques ou en rédigeant des notes à la demande des vice-présidents et en assurant une veille de la jurisprudence nationale et communautaire.

Le service des investigations

La réforme a conduit à intégrer à l'Autorité de la concurrence l'activité d'enquête, notamment la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce (opérations de visite et saisie sur autorisation judiciaire) jusque-là essentiellement menée par la DGCCRF. L'exercice de ces nouvelles compétences a conduit à la création d'un autre service dédié, le service des investigations.

Ce service constitue une fonction support des cinq services concurrence. Il est placé sous l'autorité de la rapporteure générale, au sein des services d'instruction.

Trois missions lui ont été confiées :

- la préparation et l'aide à la réalisation des opérations de visite et saisie, nécessitées par les enquêtes dont les rapporteurs des services concurrence ont la charge. Cette activité intègre la préparation de la requête de la rapporteure générale (qui sera présentée au juge des libertés et de la détention aux fins d'obtenir l'autorisation), la préparation matérielle des investigations et la coordination des opérations en cours sur le terrain. Dans le cadre de cette mission, une cellule « Informatique Légale » est spécifiquement chargée de la mise en œuvre des saisies informatiques, de l'animation du réseau de rapporteurs formés à ce type de procédure ainsi que des relations avec le réseau des enquêteurs spécialisés de la DGCCRF et ceux des autres autorités de concurrence membres du réseau européen Forensic IT ;
- la gestion du contentieux engendré par ces opérations (écritures, représentation de l'Autorité lors des audiences) qui peuvent donner lieu à recours devant

- le premier président de la cour d'appel du tribunal de grande instance du juge ayant autorisé l'opération, tant pour ce qui concerne l'ordonnance d'autorisation que pour le déroulement de la visite elle-même ;
- l'analyse des projets et rapports d'enquête qui sont adressés à l'Autorité par les services du ministre (DGCCRF) sur la base des dispositions des articles D. 450-3, I et II du Code de commerce et pour lesquels le service des investigations propose à la rapporteure générale les suites à donner. Pour les projets d'enquête, la rapporteure générale peut décider de prendre la direction des investigations ou, au contraire, renoncer à cette faculté pour laisser la DGCCRF procéder à l'enquête. Pour les rapports d'enquête, la rapporteure générale peut proposer à l'Autorité de se saisir d'office. En l'absence de suites données par l'Autorité et sous réserve des dispositions de l'article L. 464-9, le ministre peut décider de proposer une injonction ou une transaction aux entreprises concernées.

Le service des concentrations

Le service des concentrations, service dédié chargé de suivre l'ensemble des étapes de la procédure de contrôle des concentrations, est placé sous l'autorité de la rapporteure générale. Il compte, au 31 décembre 2009, 13 personnes (un chef de service, un adjoint, huit rapporteurs et trois greffières). Les rapporteurs présentent des profils variés (économistes, juristes, autres experts). Ces effectifs devraient encore être significativement renforcés en 2010. Le greffe des concentrations assure la gestion de la procédure et des dossiers de façon distincte de celles des autres dossiers traités par l'Autorité.

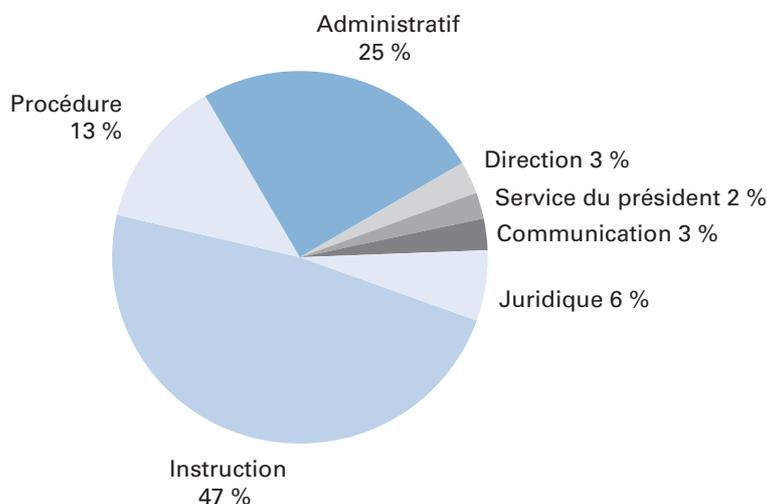
Le service assure par ailleurs le suivi des engagements pris devant l'Autorité (3 décisions en 2009) ainsi que des engagements pris au cours des années antérieures devant le ministre de l'Économie et des Finances (article L. 462-5, III du Code de commerce). Cette activité englobe notamment l'agrément 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, l'instruction des demandes de modification des engagements ainsi que l'instruction des procédures de mise en œuvre de l'article L. 430-8 du Code de commerce (défaut de notification, omission et inexactitude dans les notifications).

Effectifs

Le tableau et le graphique ci-après présentent la répartition des effectifs au 31 décembre 2009. On note, comme les années précédentes, une augmentation sensible de la part cumulée des effectifs affectés aux services d'instruction, au service juridique et au service du président par rapport à l'effectif global : 59 % en 2008 et 69 % en 2009. L'augmentation des effectifs des services d'instruction s'explique par la création de nouveaux services chargés de prendre en charge les nouvelles missions, tout particulièrement le contrôle des concentrations et l'organisation d'enquêtes auparavant réalisés par la DGCCRF.

Services	Nombre	%
Direction	5	3
Service du président	4	2
Communication	5	3
Juridique	10	6
Instruction	83	47
dont :		
- <i>rapporteurs</i>		
- <i>service des investigations</i>		
- <i>service des concentrations</i>		
- <i>service économique</i>		
Procédure	23	13
Administratif	44	25
Conseiller auditeur	1	-
Total	175	

Répartition de l'effectif physique par grandes fonctions – Année 2009



Au cours de l'année 2010, 13 recrutements supplémentaires sont prévus pour atteindre le plafond d'emplois actuellement fixé à 187 postes (en équivalent temps plein travaillé).

Budget

En 2009, le budget de l'Autorité s'est élevé à 19,3 millions d'euros dont 13,8 millions d'euros pour les dépenses de personnels et 5,5 millions d'euros pour les dépenses de fonctionnement.

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, ressort des 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.

Cette nouvelle organisation n'est pas adaptée, compte tenu de la spécificité de ces créances et du nombre peu élevé de dossiers traités chaque année.

Pour l'année 2009, le montant net des titres de perception émis s'est élevé à 829 744 665,92 € et le montant effectivement recouvré à 136 842 389,92 €, soit un taux de recouvrement de 16,50 %.

Ce taux très bas s'explique par les délais de paiement accordés aux entreprises par les services de la DGFIP.

Cette situation est cependant momentanée, les sanctions étant au bout du compte presque toujours recouvrées, comme l'atteste l'examen du recouvrement des sanctions des années précédentes. En effet, au 31 décembre 2009, le taux de recouvrement des sanctions de 2007 est de 99,73 % et celui des sanctions de 2008 de 84,35 %.

L'Autorité française de la concurrence dans le Réseau européen de la concurrence

Activités générales

En 2009, l'Autorité de la concurrence a continué à contribuer activement à la politique communautaire de la concurrence. Par ailleurs, la nouvelle répartition des rôles issue de la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a eu pour conséquence de faire de l'Autorité une unique autorité française de concurrence au sens de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003. Ceci implique notamment qu'elle participe désormais seule aux travaux des comités consultatifs sur des projets de décision de la Commission concernant des cas individuels et des pratiques anticoncurrentielles. Un représentant du Gouvernement peut en revanche participer, aux côtés de l'Autorité, aux comités concernant les projets de textes législatifs communautaires et aux comités concernant des cas de fusion de dimension communautaire.

Ce chapitre présente une vue d'ensemble de la coopération au sein du Réseau européen de la concurrence (ci-après « REC »).

La première partie expose les objectifs fixés par la Commission et les autorités nationales de concurrence (ci-après « ANC ») au sein du REC pour renforcer le développement et l'application au cas par cas des instruments de la politique de la concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations). La seconde partie détaille, dans certains secteurs prioritaires, le travail effectué par les ANC au sein des groupes de travail du REC.

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

La réunion des directeurs généraux

La réunion des « *directeurs généraux* », traditionnellement chargée de définir les priorités du REC, s'est tenue à Bruxelles le 13 octobre 2009. Elle s'est déroulée en trois parties.

Lors de la première partie, les présidents des ANC se sont répartis en quatre ateliers. Ils se sont consacrés à un large échange d'expériences et de réflexions sur la coordination des priorités au sein du réseau (cas et enquêtes sectorielles), les domaines dans lesquels une plus grande convergence pourrait être recherchée entre les pratiques décisionnelles, les relations entre les autorités compétentes en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et les juridictions pénales, et la coopération entre autorités lors de l'établissement du bilan concurrentiel des projets de concentrations. Les résultats des travaux ont été présentés et débattus en séance plénière, puis se sont traduits par la fixation de nouvelles priorités pour les sous-groupes sectoriels du REC ainsi que par la création d'un groupe de travail spécifique consacré aux cartels, traitant non seulement de questions pratiques sur la clémence, mais également destiné à réfléchir, de façon plus transversale, aux moyens de renforcer la coopération entre autorités dans le traitement de cartels et d'en maximiser les effets.

Dans une deuxième partie, le directeur général Philip Lowe a exposé la pratique décisionnelle de la Commission dans le contexte de la crise économique et financière et invité ses homologues à présenter leurs réflexions sur la politique de sanction administrative.

Enfin, les participants ont validé les travaux des sous-groupes du réseau portant, d'une part, sur l'évaluation de la convergence des programmes nationaux de clémence sur la base du programme modèle élaboré en commun en 2006 ; et, d'autre part, sur un projet de lettre d'actualité des autorités de concurrence de l'Union européenne, destinée à être diffusée à l'ensemble des parties intéressées, qu'il s'agisse d'avocats, de chefs d'entreprises ou d'organisations de consommateurs.

Les réunions plénières du REC

La Commission a organisé, en 2009, quatre réunions plénières réunissant les experts nationaux des autorités de la concurrence.

La première réunion, qui s'est tenue début mars, a eu pour principal objet de présenter un projet de rapport de la Commission sur l'évaluation du fonctionnement du règlement n° 1/2003, qui a finalement donné lieu à un document publié le 29 avril 2009. Dans ce document, la Commission dresse un bilan positif du fonctionnement du règlement n° 1/2003 et souligne que sa mise en œuvre a concouru à simplifier et à renforcer l'application des règles *antitrust* par un certain nombre de mesures clés, comme le passage à un système d'exception légale ou la décentralisation au niveau national des règles communautaires en matière d'entente et d'abus de position dominante. Les principales conclusions du rapport sont les suivantes :

- la mise en œuvre de ce texte a permis à la Commission de revoir ses priorités. Elle a ainsi pu concentrer ses ressources sur la lutte contre les cartels et contre les infractions les plus préjudiciables pour les consommateurs ;
- la Commission reconnaît que subsistent des divergences entre États membres dans l'application du droit de la concurrence en particulier en matière de sanction, d'imputabilité des infractions, de standard de preuve et de priorisation ;
- l'objectif, qui était de créer un réseau (le REC) renforçant la mise en œuvre des règles de concurrence au sein des 27 États membres, est largement atteint ;
- l'implication des juridictions nationales dans l'application du droit communautaire de la concurrence doit continuer à progresser.

La deuxième réunion, qui s'est tenue à Brno en mai, a été l'occasion pour les experts nationaux de mettre à jour le programme de travail de certains groupes de travail du REC. Cette réunion a également permis à l'Autorité de la concurrence de présenter le nouveau visage du système de mise en œuvre des règles de concurrence en France.

La troisième réunion plénière s'est tenue en octobre. Deux sujets ont particulièrement été discutés lors de celle-ci. Premièrement, la Commission a présenté un rapport sur l'état de la convergence des programmes nationaux de clémence en comparaison avec le programme modèle du REC adopté en 2006. La Commission a conclu à une convergence globale des programmes de clémence, chacun des 25 programmes nationaux existant à la date de la réunion reprenant par principe les éléments clés mis en avant dans le programme modèle. Néanmoins, le groupe de travail n'a pas exclu que des divergences en matière de mise en œuvre pratique de la clémence subsistent entre les différents membres du réseau. Il a donc été décidé que le travail de convergence sur la clémence devait continuer. Deuxièmement, suite à une initiative de l'Autorité, une proposition a été émise de créer un nouveau groupe de travail du REC spécialisé dans la lutte contre les cartels.

La quatrième et dernière réunion a eu lieu en décembre. Elle a notamment eu pour objet de faire le point sur des évolutions récentes de la politique de concurrence au niveau communautaire, comme la signature par Neelie Kroes, commissaire européen en charge de la concurrence, d'un *Memorandum of Understanding* avec les différentes autorités de concurrence brésiliennes. Cette réunion a également été l'occasion de présenter l'étude comparative du groupe de travail « *coopération* » sur l'utilisation de remèdes structurels en matière de procédures d'ententes et d'abus de position dominante dans le réseau. De plus, la création du groupe

de travail « cartels » a été entérinée, son champ d'action couvrant toute question relative à la lutte anti-cartels, même si les travaux sur la clémence ont été identifiés, dans un premier temps, comme prioritaires. Enfin, les principes communs pour la rédaction de la lettre d'actualité « externe » du réseau ont été établis, la première version de cette lettre de diffusion devant être disponible fin janvier 2010.

Les réunions d'experts

Les réunions d'experts sur des questions générales

Le groupe de travail « coopération »

Ce groupe de travail réunit les représentants des ANC pour examiner des questions relatives aux méthodes de travail des ANC au sein du REC. Il vise à identifier les points importants sur lesquels des actions de convergence seraient bienvenues pour assurer une meilleure efficacité dans la mise en œuvre des règles de concurrence en Europe.

En 2009, trois réunions ont eu lieu. Le groupe d'experts a travaillé sur différents projets visant à évaluer le degré de convergence de certains éléments de la politique de concurrence au sein du réseau. Les projets les plus marquants ont été :

- l'établissement du rapport sur l'état de la convergence des programmes nationaux de clémence par rapport au programme modèle du REC de 2006 ;
- la réalisation d'une étude comparative sur l'existence de pouvoirs spécifiques au niveau national pour imposer des remèdes dans la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité CE (devenus 101 et 102 TFUE). Cette étude a mis en avant un fort degré de divergence, la majorité des ANC ne disposant pas formellement d'un tel pouvoir.

Des travaux ont également été menés sur l'application de procédures parallèles sur des cas similaires par différents membres du réseau. De plus, sur la base des résultats du rapport d'évaluation sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003, un projet d'importance a été lancé sur la convergence en matière de mesures d'enquête, et plus particulièrement d'inspections informatiques.

Le groupe de travail sur la clémence

Réactivé en 2008, le groupe de travail s'est réuni une fois en septembre 2009 sous la présidence de la Commission. Il a pour but d'être un forum de discussion pratique entre les membres des services d'instruction des ANC du REC spécialisés dans le traitement des demandes de clémence, qui ont notamment à gérer les cas les plus problématiques, comme les demandes multiples ou sommaires auprès de différentes autorités du réseau. Forte d'une expérience grandissante en la matière, l'Autorité prend une part active dans les débats de ce groupe.

Lors de la réunion de septembre 2009, les ANC ont partagé leurs expériences et notamment réfléchi sur les thèmes suivants :

- possibilité d'étendre le bénéfice de la clémence à une société mère quand la demande de clémence émane d'une de ses filiales ;

- conditions requises pour qu'une association d'entreprises puisse demander la clémence;
- prise en compte d'une demande de clémence dans une affaire distincte, mais reliée;
- allocation de cas entre ANC, suite à une demande de clémence multiple.

Il est désormais acté que 2009 fut la dernière année d'activité pour ce groupe de travail. Néanmoins, les travaux du REC sur la clémence continueront et s'intensifieront même, car le nouveau groupe de travail « cartels » les reprendra à son compte et élargira le champ de la coopération à ses aspects plus transversaux et politiques.

Le bilan du fonctionnement du règlement relatif aux concentrations

À la suite de l'envoi d'un questionnaire aux autorités nationales de concurrence (à l'époque, pour la France, les services de la DGCCRF), la Commission a établi un projet de communication dressant un bilan du fonctionnement du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, destiné à ce dernier. La version finale de cette communication a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* le 18 juin 2009. Elle a soumis le projet au sous-groupe compétent du réseau, qui s'est réuni le 6 mai 2009.

À cette occasion, l'Autorité de la concurrence a relevé que la pratique avait confirmé que les seuils définissant les compétences respectives de la Commission et des autorités nationales de concurrence étaient adaptés. Elle a souligné que les mécanismes de renvoi prévus par le règlement, à l'initiative des parties ou des autorités de concurrence, antérieurement ou postérieurement à la notification, apportaient la souplesse nécessaire.

Pour autant, compte tenu des préoccupations légitimes des entreprises face à la complexité des procédures de renvoi avant la mise en œuvre de notifications multiples, l'Autorité s'est déclarée disposée à réfléchir à des propositions pratiques de simplification.

Les réunions d'experts sur des projets de textes

Le règlement d'exemption relatif aux restrictions verticales

Le règlement d'exemption (CE) n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, complété par la communication n° 2000/C 291/01 de la Commission du 13 octobre 2000 portant lignes directrices sur les restrictions verticales, vient à expiration le 31 mai 2010.

Poursuivant les travaux de réflexion engagés en 2008, la Commission a réuni en 2009 un sous-groupe de travail du réseau, le 18 mai, et un comité consultatif, le 22 juillet, avant de lancer une large consultation publique. Plus d'une réponse sur huit à cette consultation émanait d'une entité établie en France.

Dans le prolongement de sa contribution aux réflexions au sein du Réseau européen de la concurrence, l'Autorité a rédigé une réponse à la consultation publique. Elle a intégré dans ses réflexions sur le bilan concurrentiel du règlement en vigueur certains éléments apportés par les parties intéressées.

L'Autorité a soutenu le maintien d'un règlement d'exemption et de lignes directrices dédiés aux relations verticales, qui apportent la sécurité juridique nécessaire aux entreprises et favorisent une convergence des pratiques décisionnelles des autorités nationales de concurrence, qui traitent désormais la très grande majorité des contentieux en la matière. Elle a également invité la Commission, à la lumière de quarante-deux décisions et avis adoptés⁴, à tenir compte de l'enrichissement de l'analyse économique et à intégrer les évolutions intervenues dans le monde de la distribution depuis dix ans. Elle a néanmoins souligné que la modernisation et l'enrichissement de ces textes devaient être effectués à niveau de pédagogie et de prévisibilité constants, dans l'intérêt des entreprises ainsi que dans celui des autorités et des juridictions de contrôle.

Compte tenu du peu de preuves concrètes, à ce jour, des effets proconcurrentiels des prix de détail imposés, qui sont qualifiés de restrictions caractérisées par les textes actuels, l'Autorité a estimé qu'il était légitime de conserver cette qualification, en ligne avec le consensus international. Pour autant, elle a invité la Commission à préciser expressément dans ses lignes directrices que de telles pratiques étaient susceptibles d'être justifiées au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, si les entreprises étaient en mesure de faire valoir des gains d'efficacité économique susceptibles de les fonder. Elle a ainsi anticipé l'arrêt Glaxo de la Cour de justice de l'Union européenne, rendu le 6 octobre 2009.

En ce qui concerne les restrictions relatives aux modalités de vente, l'Autorité a jugé que tous les aspects du bien-être du consommateur devaient être pris en compte, c'est-à-dire le prix, mais aussi la qualité, la proximité et la diversité des services, et qu'il convenait donc de préserver la diversité des stratégies de distribution qui concourent à ce bien-être, dès lors qu'elles sont fondées sur une logique de concurrence. En particulier, il est important d'assurer dans la durée la coexistence du commerce en ligne et des réseaux de distribution en dur, en prévoyant les outils de « *réglage fn* » nécessaires pour assurer un équilibre équitable entre ces deux activités.

Enfin, elle a précisé que l'évolution préconisée du mode de calcul du seuil de parts de marché conditionnant l'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie devrait conduire les autorités de concurrence à appréhender plus finement le pouvoir de marché de l'ensemble des agents de la chaîne de distribution, mais en se préoccupant surtout des cas de verrouillage de nature à porter une atteinte sensible à la concurrence.

La position de l'Autorité de la concurrence a été très largement prise en compte dans la version finale du règlement adoptée par le collège des Commissaires.

4. À la date de la réponse à la consultation publique, soit le 28 septembre 2009.

Le règlement d'exemption relatif aux véhicules automobiles

Le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile expire le 31 mai 2010. Poursuivant son travail de réflexion initié durant l'année 2008, la Commission envisage de réformer en profondeur le régime actuellement applicable à la vente et à la distribution de véhicules neufs, ainsi qu'à la fourniture de pièces détachées et de services de réparation et d'entretien de véhicules (ci-après les « *activités d'après-vente* »).

La Commission a publié le 22 juillet 2009 une communication exposant ses futures orientations pour le régime applicable aux accords verticaux dans le secteur automobile. La Commission constate premièrement que les conditions de marché dans l'industrie automobile sont hétérogènes, un fort degré de concurrence existant pour la distribution de véhicules neufs, alors qu'il est encore faible pour les activités après-vente. Elle en conclut que ces deux types d'activités doivent être soumis à des régimes différents.

D'une part, elle envisage de soumettre la distribution de véhicules neufs au régime de droit commun des restrictions verticales, complété de lignes directrices spécifiques. D'autre part, elle laisse plus ouverte la question du traitement des activités après-vente, proposant une alternative entre une réintégration dans le droit commun des restrictions verticales et le maintien d'une exemption par catégorie spécifique pour ces activités. Ces deux options pourraient, le cas échéant, être complétées de lignes directrices spécifiques. Sur la base de ces propositions, la Commission a invité les tiers intéressés à formuler des observations.

L'Autorité a rédigé une contribution en réponse à cette consultation publique. Elle a, premièrement, fait valoir qu'elle était favorable à la logique de la Commission visant à simplifier par principe les règles en matière d'exemption catégorielle sectorielle. Elle a, de plus, souligné certaines lignes de force qui lui apparaissent fondamentales pour préserver un degré de concurrence optimal dans le secteur automobile. Elle a mis en avant que la réintégration de la distribution de véhicules neufs dans le régime de droit commun, compte tenu de la structure actuelle de la concurrence sur ces marchés, ne devrait être effectuée que progressivement et que l'objectif d'encouragement du multimarquisme devrait continuer à être encouragé comme facteur de dynamisme concurrentiel. De plus, elle a souligné que, compte tenu de son faible degré de concurrence et du rôle vital que jouent les réparateurs indépendants sur le marché, les activités d'après-vente devraient continuer à bénéficier d'une exemption par catégorie spécifique, afin de protéger la libre circulation des pièces détachées et des informations techniques, ainsi que d'interdire l'usage abusif des garanties constructeur.

Sur la base des nombreuses réponses à sa première consultation, la Commission a rédigé un projet de règlement totalement refondu, ainsi qu'un projet de lignes directrices sectorielles. Elle a soumis ces textes à un comité consultatif le 7 décembre 2009, puis à une large consultation publique.

Le règlement d'exemption relatif aux assurances

Le règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission du 27 février 2003 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances expire le 31 mars 2010. Il s'agit, avec le règlement automobile également en cours de révision, du seul règlement d'exemption ayant un caractère sectoriel, ce qui souligne la spécificité de ces domaines d'activité économique.

Sur la base d'un bilan du fonctionnement de ce règlement établi en avril 2008 et d'une consultation publique sur ce document, la Commission a réuni en 2009 le sous-groupe de travail du réseau, le 27 février et le 29 juillet, puis a soumis un premier projet de règlement à un comité consultatif, le 23 septembre.

L'Autorité a exprimé sa satisfaction quant au renouvellement du règlement actuel sous une forme amendée. La non-reconduction du règlement aurait en effet rendu plus difficile le traitement de pratiques propres au secteur de l'assurance qui sont porteuses d'efficacités économiques, en particulier la conduite en commun d'études actuarielles et certains pools.

Elle a fait valoir que la suppression de l'exemption relative aux contrats-types ne paraissait pas créer de difficulté particulière, pour trois raisons. En premier lieu, l'Autorité n'a recueilli, lors des consultations qu'elle a menées, aucun élément de nature à infirmer l'analyse de la Commission selon laquelle les contrats-types peuvent avoir pour effet d'harmoniser l'offre et de limiter le choix du consommateur. En deuxième lieu, la suppression de l'exemption ne crée aucune présomption d'illégalité des contrats-types. Enfin, les contrats-types peuvent être traités de façon adéquate par le cadre général relatif à la coopération horizontale et, le cas échéant, les entreprises concernées peuvent solliciter des exemptions si des conditions-types sont particulièrement nécessaires pour la couverture efficace de risques spécifiques et si elles recherchent une plus grande sécurité juridique.

S'agissant des pools, l'Autorité a souhaité attendre les résultats de la seconde consultation publique avant de se prononcer de façon définitive sur les propositions de la Commission. Ces propositions doivent, au sens de l'Autorité, permettre d'éviter que les pools n'abritent des pratiques anticoncurrentielles, par exemple des échanges d'informations stratégiques entre concurrents ou des partages de marché, tout en évitant de remettre en cause les conditions économiques permettant d'assurer une couverture adéquate des risques par la coassurance et la coréassurance. Les demandes d'amendement de l'Autorité visant à clarifier le texte, et notamment à bien établir la distinction entre les pools qui échappent à une analyse sur le fondement de l'article 101, paragraphe 1 du traité, les pools qui assurent des risques qui ne seraient pas « *suffisamment* » couverts en leur absence et enfin les autres pools, susceptibles d'être analysés sur le fondement du règlement d'exemption, ont été prises en compte.

Les groupes de travail sectoriels

Agroalimentaire

Bien que la Commission dispose de certaines compétences exclusives déterminées par l'acquis communautaire, l'essentiel du contentieux dans le domaine agroalimentaire est traité au niveau des ANC, car les marchés géographiques pertinents sont, le plus souvent, de taille nationale ou infranationale. Une coordination des actions des ANC est donc particulièrement souhaitable.

La nécessité de cette coordination s'est accrue dans un contexte de baisse spectaculaire des revenus des agriculteurs pendant la période récente, par l'effet conjugué de larges fluctuations de prix, souvent fixés au niveau mondial, et de rigidités dans 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 en vue de la fixation collective de prix imposés au niveau national, ce qui est économiquement inefficace et contraire aux règles de concurrence de l'Union européenne.

Le sous-groupe « *agroalimentaire* » du Réseau européen de la concurrence s'est réuni à deux reprises à ce sujet.

Les réunions ont permis de faire un point précis et actualisé de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence de l'ensemble de l'Union.

L'Autorité a, à cette occasion, présenté son avis sur le secteur laitier⁵ rendu à la demande de la commission du Sénat en charge des affaires économiques, qui constitue la première enquête sectorielle sur ce sujet dans l'Union européenne. Ses conclusions convergent très largement avec celles de la Commission. L'Autorité de la concurrence a été élue, conjointement avec le Bundeskartellamt, afin de représenter les autorités nationales de concurrence aux côtés de la Commission dans le cadre des réflexions préparant le rapport que cette dernière doit remettre au Conseil européen en juin 2010 sur le secteur laitier.

Produits pharmaceutiques

Le secteur des produits pharmaceutiques occupe une place particulière dans l'économie européenne compte tenu de l'importance de son chiffre d'affaires (214 milliards d'euros en 2007), 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 « *pharmacie* » du Réseau européen de la concurrence, dont l'Autorité assure la présidence aux côtés de la Commission, s'est réuni à deux reprises.

5. Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

Au cours de ces réunions, les autorités nationales de concurrence ont échangé sur leurs pratiques décisionnelles récentes et ont fait part de leurs observations sur le projet de rapport définitif concluant l'enquête lancée en janvier 2008 dans le secteur pharmaceutique, avant la publication de sa version finale au *Journal officiel de l'Union européenne* du 8 juillet 2009. Ce débat a permis aux autorités de concurrence d'affiner leurs observations en tenant notamment compte de la consultation des parties prenantes sur le rapport préliminaire. Cette enquête a permis de dégager une vision complète de la situation concurrentielle dans le secteur pharmaceutique. Elle a permis de déceler d'éventuelles stratégies anticoncurrentielles des laboratoires pharmaceutiques ayant pour effet de dissuader ou retarder l'entrée de médicaments génériques sur les marchés, incluant par exemple l'usage potentiellement abusif de systèmes de protection de la propriété industrielle ou la conclusion d'accords, à l'occasion de transactions conclues pour clore un litige, visant à retarder l'entrée de génériques sur le marché.

Les autorités de concurrence ont aussi échangé sur leurs pratiques décisionnelles concernant la définition des marchés pertinents, que ce soit dans le cadre de l'examen des concentrations ou de pratiques anticoncurrentielles. Les participants ont également exposé leur pratique décisionnelle en matière de restrictions au commerce parallèle de médicaments (restrictions verticales et abus de position dominante) et évoqué les conséquences de l'arrêt Glaxo de la Cour de justice du 6 octobre 2009.

Ciment

En 2009, la Commission a lancé, au sein du REC, un nouveau groupe de travail sectoriel concernant l'approche des autorités au sujet du ciment et ses produits dérivés. Cette initiative a été motivée par la constatation de la Commission de certains éventuels dysfonctionnements sur ces marchés à l'échelle européenne, qui l'ont conduite à pratiquer des *dawn raids* dans divers États membres. De plus, est venue s'ajouter à ces données l'existence de multiples procédures parallèles menées par certaines ANC dans ce secteur. Ce dernier élément a montré qu'une coopération serait bienvenue pour assurer une surveillance suivie de ce secteur au niveau du REC, afin que les autorités puissent échanger leurs points de vue et leurs expériences.

Pour initier les travaux sur ce secteur, la Commission a procédé en deux temps. Premièrement, un questionnaire détaillé a été rempli par les ANC pour faire état de leur pratique décisionnelle et des actions actuellement en cours dans le secteur du ciment. L'Autorité a donc fait part de son expérience récente en mettant notamment l'accent sur sa décision de sanction relative à la distribution du ciment en Corse (07-D-08). Deuxièmement, une réunion s'est tenue en septembre pour que l'ensemble des ANC, ainsi que la Commission, puissent directement confronter leurs points de vue sur ce secteur. Un consensus a émergé autour de quatre facteurs de marché demandant une attention toute particulière : la concentration des marchés qui tend à être de plus en plus importante, l'intégration verticale

des producteurs de ciment, le niveau des prix, ainsi que l'accessibilité des facilités portuaires et de stockage.

Le groupe de travail « *ciment* » sera amené à tenir des réunions régulières dans le futur.

Banque

La création d'un espace unifié 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 du traité.

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.

Le sous-groupe « *banque* » du Réseau européen de la concurrence, chargé de ces questions, s'est réuni à deux reprises.

Lors de ces réunions, les participants ont échangé sur le fonctionnement pratique des CMI dans leurs États respectifs et les méthodes retenues par les autorités de concurrence pour appréhender celles-ci au regard du droit de la concurrence.

Lors de la réunion du 12 novembre, le sous-groupe a examiné le projet de lignes directrices relatif à l'interprétation de l'article 101, paragraphe 3 du traité en ce qui concerne les CMI appliquées aux prélèvements automatiques et retraits pendant la période intermédiaire entre le 1^{er} novembre 2009, date d'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 924/2009 sur les paiements transfrontaliers en euros, et le 31 octobre 2012, date à laquelle la Commission et la Banque centrale européenne, ont, dans une déclaration commune en date du 24 mars 2009, estimé que les CMI ne devaient plus être appliquées. Le document concerne également les CMI en matière de virements bancaires transfrontaliers, auxquels s'applique un régime spécifique fondé sur le règlement précité, fondé sur un principe dit d'« *accessibilité* » posé en son article 8. La consultation publique relative à ce projet de lignes directrices s'est close le 14 décembre 2009.

En ce qui concerne les contentieux concrets, il convient de souligner que la Commission a déclaré, le 1^{er} avril, qu'elle ne comptait pas poursuivre l'examen du dossier Mastercard dans la mesure où elle avait reçu une lettre de cette entité l'informant d'une baisse substantielle du niveau des MIF et de l'application d'une nouvelle méthodologie de calcul de celles-ci. En revanche, la Commission a adressé à Visa une communication de griefs le 3 avril, dans laquelle elle expose son analyse préliminaire selon laquelle les CMI fixées directement par Visa restreignent la concurrence entre les banques qui acceptent les cartes de paiement sans pour autant contribuer au progrès économique et technique et profiter aux

consommateurs, conformément aux conditions posées par l'article 101, paragraphe 3 du traité.

Activité relative à l'instruction des cas

Activité liée aux cas instruits par l'Autorité

Le règlement n° 1/2003 est fondé sur un régime de compétences parallèles, selon lequel toutes les autorités de concurrence ont l'obligation d'appliquer les articles 101 et 102 du traité (anciennement, articles 81 et 82 du traité CE) lorsqu'il y a affectation du commerce entre États membres. Dans la mesure où les autorités de la concurrence des 27 États membres appliquent toutes le droit de l'Union européenne des pratiques anticoncurrentielles, une coordination est apparue indispensable pour garantir le bon fonctionnement de ce système décentralisé. Cette coordination recouvre principalement deux formes : tout d'abord, en début de procédure, les autorités doivent s'informer mutuellement des cas qu'elles ont en portefeuille afin d'entamer des discussions et d'envisager, le cas échéant, une allocation optimale de certaines affaires. En second lieu, avant la prise de décision par chacune des autorités nationales, la Commission exerce un contrôle afin de s'assurer de la cohérence de l'application du droit de l'Union.

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

L'article 11, paragraphe 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 de la concurrence et donc dans l'affectation sensible du commerce entre États membres. L'examen de cette condition d'applicabilité du droit de l'Union est réalisé en premier lieu par le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Pour être utile – l'information du réseau devant intervenir juste avant ou dès la première mesure d'enquête – cet examen doit être effectué très tôt. C'est la raison pour laquelle, en dépit d'une réponse aisée dans la majorité des cas, certaines affaires ont pu susciter des discussions plus poussées.

Après ce premier examen, il revient à l'Autorité, au moment de la prise de décision, de développer une motivation sur ce point. Sa pratique décisionnelle est cohérente avec celle de la Commission européenne et avec la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Concernant la mise sur le réseau des fiches 11 § 3, l'Autorité a diffusé onze fiches 11 § 3 sur le réseau en 2009, ce qui représente une légère baisse par rapport à l'année 2008 (16).

Parmi les 27 États membres de l'Union européenne en 2009, la France reste le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches 11 § 3 sur le réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 décembre 2009, les autorités françaises de concurrence ont mis 173 cas sur le réseau (dont 108 pour l'Autorité de la concurrence), suivies par le Bundeskartellamt de l'Allemagne (114), le GVH de Hongrie (76) et la NMa des Pays-Bas (67)⁶.

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 l'Autorité. Elles constituent un système interactif et dynamique permettant une mise en commun des connaissances et du savoir-faire des différentes autorités pour assurer un traitement efficace des infractions.

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

Dans ce cadre, si les autorités de concurrence sont chargées d'opérer une division efficace du travail en collaborant étroitement avec leurs homologues pour les affaires dont l'instruction est nécessaire, chacune d'entre elles conserve son pouvoir de décider d'enquêter ou non sur une affaire. À ce titre, la communication relative à la coopération au sein du réseau explique que, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire.

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

L'article 11, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 dispose qu'« *au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. [...] Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ».

Il s'agit d'un mécanisme d'information obligatoire de la Commission avant la fin de la procédure qui lui confère un rôle de pilotage du REC. Il y a lieu de souligner que cette obligation d'informer la Commission est limitée aux décisions ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Pour toutes les autres décisions,

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

l'information de la Commission et des autres ANC est facultative et se fait dans le cadre de l'article 11, paragraphe 5, du règlement.

Compte tenu de l'organisation de l'Autorité de la concurrence (séparation des fonctions d'instruction et de décision), le type d'information qu'elle communique à la Commission au titre de ses obligations prévues à l'article 11, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 (fiche « 11 § 4 ») n'est pas un « *projet de décision* » mais la notification des griefs et le rapport établis par le rapporteur en charge de l'affaire.

En 2009, l'Autorité de la concurrence a mis sept cas « 11 § 4 » sur le réseau (contre neuf en 2008). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence prend la tête en nombre de cas « 11 § 4 » mis sur le réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 décembre 2009, l'Autorité de la concurrence a diffusé 59 cas « 11 § 4 » sur le réseau, suivi par le Bundeskartellamt (47) et l'autorité italienne (43)⁷.

Dans le cadre de son rôle de pilote au sein du réseau européen de la concurrence, la Commission veille à l'application cohérente du droit de l'Union par les autorités nationales de concurrence. L'année 2009 témoigne d'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 communiqué 16 cas de ce type en 2009 (contre 19 en 2008).

Le dessaisissement (article 11 § 6)

Le règlement n° 1/2003 permet notamment à la Commission de « *reprendre* » la main dans des cas de pratiques affectant les échanges entre États membres et posant des questions d'interprétation ou d'application cohérente du droit communautaire. Cet article n'a pas été mis en œuvre en ce qui concerne des cas traités par l'Autorité en 2009.

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 audition des parties : « *La Commission donne aux parties auxquelles elle a adressé une communication des griefs l'occasion de développer leurs arguments lors d'une audition, si elles en font la demande dans leurs observations écrites.* » La Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

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

Les représentants des autorités de concurrence des États membres assistent à ces auditions. Un temps de parole pour permettre aux représentants de poser des questions est expressément inscrit à l'ordre du jour de la réunion.

Le comité consultatif (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, ces derniers devant donner leur avis sur les avant-projets de décision de la Commission européenne. La Commission européenne, dans sa communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence du 27 avril 2004, définit ce comité comme « *l'enceinte où les experts des diverses autorités de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence* ».

La Commission européenne 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 est également sollicité pour se prononcer sur des textes. À titre d'exemple, en 2009, le comité s'est prononcé à plusieurs reprises sur des projets de textes modifiant des règlements d'exemption par catégorie de la Commission, un grand mouvement de réforme des textes de la Commission européenne ayant été engagé.

En 2009, les comités consultatifs ont été moins fréquents qu'en 2008. En revanche, les procédures d'engagements, notamment dans le secteur de l'énergie et des nouvelles technologies, ont été plus souvent employées que les années précédentes.

La coopération au sein du REC

Les enquêtes (article 22)

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 101 et 102 du TFUE, le règlement n° 1/2003 a conféré aux autorités de concurrence la possibilité de s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. En effet, les membres du réseau ayant la responsabilité d'assurer de manière efficace la division du travail entre eux et une application cohérente des articles 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 du règlement n° 1/2003 offre donc la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toutes enquêtes et inspections pour le compte de l'autorité d'un autre État membre. Ces enquêtes sont effectuées en application du droit national de l'autorité qui réalise effectivement les investigations. Les éléments recueillis sont transmis au membre du réseau demandeur de l'assistance sur la base de l'article 12 du règlement n° 1/2003.

L'année 2009 a inauguré un changement à cet égard. En effet, c'est à l'Autorité, et non plus à la DGCCRF, qu'incombe désormais la tâche d'effectuer les visites

et saisies au nom d'une autre autorité de concurrence membre du réseau (autorité nationale ou Commission européenne).

En pratique, l'Autorité de la concurrence n'a pas encore été sollicitée par une autre autorité nationale de concurrence à ce titre. En revanche, les agents de l'Autorité ont assisté la Commission européenne à trois reprises en 2009 lors d'opérations de visite et saisie sur le territoire français.

Les échanges d'informations (article 12)

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

L'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, commenté dans le considérant n° 16, donne aux autorités nationales et de l'Union le pouvoir d'échanger et d'utiliser, comme moyens de preuves, 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 preuves, sous les réserves prévues par l'article 12 concernant l'utilisation des informations pour sanctionner une personne physique.

Il existe une autre limite importante et nécessaire à ce principe de libre circulation et d'utilisation pour les informations recueillies dans le cadre de programmes de clémence. En effet, en l'absence de dispositions spécifiques dans le règlement (CE) n° 1/2003 pour garantir le caractère opératoire de ces programmes, la communication sur la coopération au sein du réseau a prévu des mécanismes pour préserver la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence.

Ces protections ont été instituées, tant en ce qui concerne les informations communiquées de manière obligatoire au réseau en application de l'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, qu'en ce qui concerne les échanges opérés sur la base volontaire des dispositions de l'article 12.

Dans la pratique, en 2009, l'Autorité a utilisé l'article 12 à deux reprises pour échanger des informations et des documents avec ses homologues allemand et néerlandais. La Commission européenne a, quant à elle, sollicité l'Autorité sur ce fondement à trois reprises.

Études thématiques



Études thématiques

Concurrence et contrat _____	59
Introduction _____	59
Le contrat, objet d'analyse du droit de la concurrence _____	61
Le contrat, sujet de la régulation concurrentielle _____	77
La technique de négociation du contrat, instrument de la régulation concurrentielle _____	89
Conclusion _____	103
Les échanges d'informations _____	105
Les effets anticoncurrentiels des échanges d'informations _____	107
Les effets proconcurrentiels _____	117
L'examen des échanges d'informations au regard du droit de la concurrence _____	122
Les actions menées pour préserver ou restaurer la concurrence _____	138
Conclusion _____	146

Études thématiques

Concurrence et contrat

Introduction

L'étude des relations entre concurrence et contrat¹ nécessite de tenir compte de la double dimension du contrat. Dans sa dimension juridique, familière des civilistes, le contrat est identifié à l'acte conclu entre deux parties qui s'obligent l'une envers l'autre « à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »². Le contrat résulte alors d'une volonté tendue vers une fin pratique : produire des effets de droit. Dans une dimension plus commune, le contrat est identifié à sa méthode d'élaboration, celle de la négociation. Ce n'est plus l'acte juridique, « chose des parties », qui est alors envisagé mais plutôt le processus contractuel, le *bargaining*.

Lorsqu'il tient de la première définition, le contrat est donc la chose des parties, et le lieu de rencontre de leurs intérêts particuliers. Le contrat ainsi défini poursuit, de prime abord, un objectif différent de celui de la concurrence : en tant que manifestation de l'ordre public économique, le droit de la concurrence poursuit un objectif de défense de l'intérêt général ; le contrat, à l'inverse, est un outil au service de l'intérêt privé des parties. En ce sens, le contrat et le droit de la concurrence ne se situent pas sur le même plan : l'un vise la satisfaction des besoins des parties contractantes, l'autre le bon fonctionnement du marché et des règles de concurrence. L'article 6 du Code civil cristallise le point d'articulation des deux : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »³ Appliqué à notre sujet, cet article signifie concrètement que les entreprises ne peuvent se soustraire aux règles du marché par conventions ou clauses particulières : l'ordre public prime en effet sur l'intérêt privé.

1. Il ne rentre pas dans l'objet de la présente étude d'envisager les relations entre contrat et concurrence sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence du titre IV du Code de commerce. De même, l'étude sera centrée sur la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et de l'Autorité, et non sur les décisions et arrêts des juridictions administratives ou judiciaires.

2. Article 1101 du Code civil.

3. Cet article est complété par l'article 1133 du Code civil (« *La cause est illicite quand [...] elle est contraire à l'ordre public* ») et L. 420-3 du Code de commerce (« *Est nul tout engagement, convention, ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2* »).

Faut-il en conclure que le droit de la concurrence contrarie le principe contractuel ? À ces relations hiérarchisées s'ajoutent en réalité des relations complémentaires.

En tant qu'organisation économique libérale, la concurrence entretient une certaine proximité avec le contrat. Les deux reposent sur l'idée de liberté individuelle et de priorité laissée à l'initiative privée. Techniquement, la liberté contractuelle et la libre concurrence procèdent du même principe général de liberté économique consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.* »⁴ La satisfaction des besoins individuels obtenue grâce au contrat permet donc de satisfaire également l'équilibre économique général : lorsque l'article L. 410-2 du Code de commerce prévoit que les prix sont « *librement déterminés par le jeu de la concurrence* », c'est en effet non seulement le principe du « *laisser-faire* » qui est consacré, mais également celui du « *laisser-contracter* ». Le lien nécessaire entre la liberté contractuelle et la libre concurrence était également présent dans l'esprit des rédacteurs du Code civil. Alors que le postulat selon lequel les individus doivent être libres de définir eux-mêmes les termes de leurs propres contrats est reconnu, il est aussi admis que le « *prix est fondé sur la comparaison de l'abondance et de la rareté relative de l'argent, avec la rareté ou l'abondance relative des objets ou des marchandises que l'on achète. Il ne peut être fixé par des règlements. Le grand principe sur ces matières, est de s'abandonner à la concurrence et à la liberté* »⁵. En droit communautaire, la liberté d'entreprise est en particulier protégée au titre des droits fondamentaux⁶, liberté inséparablement liée à la liberté contractuelle : « *Dans une communauté qui s'est engagée à respecter le principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre, il est indispensable de garantir la liberté contractuelle.* »⁷

Le contrat, cellule de l'organisation économique, participe ainsi pour partie à l'ordonnement économique. Il apparaît en effet comme l'outil de mise en œuvre de la concurrence, grâce auquel la rencontre de l'offre et de la demande peut être formalisée et, surtout, sécurisée : la volonté exprimée dans le contrat est expression de la liberté contractuelle, mais aussi du respect de la parole donnée⁸. Or, la sécurité des transactions est un élément indispensable à l'initiative individuelle.

En définitive, le contrat dans son principe sert les objectifs concurrentiels, à la condition que son contenu ne soit pas contraire à ces objectifs.

Cette utilité du contrat pour la concurrence se trouve renforcée lorsque le contrat est identifié à sa seconde définition mentionnée plus haut, celle du *bargaining*.

4. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a ainsi été consacré en tant que principe général du droit sur le fondement de ce texte : CE Ass., 22 juin 1951, Daudignac ; 13 mai 1983, René Moline.

5. Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Centre de droit de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1992, 51 (soulignement ajouté).

6. Article 16 de la Charte des droits fondamentaux.

7. J. Kokott, conclusions présentées le 19 septembre 2009 dans l'affaire De Beers, C-441/07P.

8. L'article 1134 du Code civil (selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ») signifie ainsi que la volonté contractuelle n'est pas la volonté dans sa réalité psychologique changeante, mais la volonté telle qu'exprimée lors de la conclusion du contrat. Le contrat, vu par les économistes est, en ce sens, « *une façon de se prémunir contre l'incertitude inhérente au futur* » : A. Perrot, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 151.

L'autorité de concurrence peut en effet utiliser cette technique de négociation pour obtenir des entreprises des informations sur le marché ou un changement rapide de leurs comportements. La « contractualisation » est alors utilisée comme remède aux pratiques anticoncurrentielles.

Ces différents points de rencontre entre la régulation concurrentielle et le contrat seront donc ainsi successivement envisagés.

En tant qu'acte juridique pouvant engendrer des effets de droit contraires aux conditions nécessaires à une saine concurrence, le contrat est soumis aux règles de concurrence. Le contrat est ainsi à la fois objet d'analyse des autorités de concurrence et sujet de la régulation concurrentielle. Mais le contrat est aussi instrument de la régulation concurrentielle, d'une part, lorsqu'il est envisagé comme cellule de l'ordonnancement économique concurrentiel, et d'autre part, lorsqu'il est utilisé comme processus de négociation entre les autorités et les entreprises⁹.

Le contrat, objet d'analyse du droit de la concurrence

Différents types de contrats peuvent être concernés par l'analyse concurrentielle. Il s'agit principalement des contrats d'échange, entendus dans leur sens général de contrats synallagmatiques assurant la transmission onéreuse des biens et des services, et des contrats d'organisation des marchés, qu'il s'agisse, pour les entreprises, de s'unir dans le cadre d'une concentration ou d'organiser leurs réseaux de distribution.

Dans ces différentes situations contractuelles, l'analyse du contrat n'est pas détachée de celle du marché sur lequel il intervient. Ce n'est pas seulement la relation contractuelle, ni le contrat en lui-même qui importe pour le droit de la concurrence, mais le contrat dans son contexte juridique et économique. Ce qui est recherché, en effet, n'est pas de savoir si le consentement des parties est vicié ou si le contrat est exécuté de bonne foi, mais si le contrat ou ses clauses sont anti-concurrentiels. De même, ce ne sont pas les parties au contrat qui intéressent le droit de la concurrence, mais l'entreprise, en tant qu'unité économique autonome sur un marché. Cette appréciation du contrat sous l'angle des conditions concurrentielles de son environnement s'applique ainsi tant à l'égard du contrat et de ses clauses, qu'à l'égard des opérateurs concernés par le contrat.

L'appréciation concurrentielle de la réalité contractuelle

L'appréciation concurrentielle du contrat revêt deux caractéristiques qui distinguent le droit de la concurrence et le droit des contrats. D'une part, elle est objective, d'autre part, elle est générale car elle concerne l'environnement du contrat et non seulement ses dispositions contractuelles.

9. Les titres de cette étude ont pour partie été empruntés à l'article de B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 239 : « Le contrat entre acteurs économiques, sujet à la fois de la régulation sectorielle et du droit commun de la concurrence », « le contrat, instrument de la régulation sectorielle et de l'application du droit commun de la concurrence ».

Une appréciation objective

L'autorité de concurrence appréhende le contrat comme une cellule du marché. Le contrat est donc analysé au regard de sa finalité économique, de la perturbation éventuelle qu'il apporte à la concurrence sur le marché, mais non au travers de considérations subjectives, telles que l'intention des parties contractantes, la réalité de leur consentement, leur bonne ou mauvaise foi ou le préjudice subi du fait de son inexécution. L'appréciation objective du contrat est illustrée notamment lorsqu'il formalise une entente anticoncurrentielle, tant à l'égard de l'analyse du comportement des entreprises ayant mis en œuvre des ententes prohibées que de celui des victimes de leurs pratiques.

Analyse objective du comportement de l'entreprise mise en cause

S'agissant de l'examen du comportement des entreprises ayant commis des pratiques d'entente, on peut rappeler que l'intention subjective de porter atteinte à la concurrence n'est pas requise pour qualifier ces pratiques d'anticoncurrentielles¹⁰. Contrairement au droit des contrats qui prévoit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi¹¹, ce qui permet parfois à la jurisprudence de moduler la portée de la force obligatoire des clauses contractuelles¹², l'absence d'intention de l'entreprise de porter atteinte à la concurrence ne peut l'exonérer de sa responsabilité au regard des règles de concurrence : « *On ne peut en aucun cas exempter une entente illicite, au prétexte que les parties n'auraient pas eu pour intention de fausser le jeu de la concurrence* », a précisé le Conseil de la concurrence dans une étude consacrée à l'objet, l'effet et l'intention anticoncurrentiels¹³.

Réciproquement, la démonstration de l'intentionnalité des entreprises n'est pas nécessaire pour qualifier les pratiques contractuelles. Ainsi, dans l'affaire du bœuf irlandais, la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle rappelé « *qu'à supposer même qu'il soit établi que les parties à l'accord ont agi sans aucune intention subjective de porter atteinte à la concurrence [...], de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition* » (article 81, paragraphe 1 du traité CE)¹⁴. Dans cette perspective, « *l'intention des parties ne constitue pas*

10. Décision 01-D-67 (confirmée par CA Paris, 30 avril 2002, Jean François; rejet du pourvoi par Cass. com., 28 avril 2004, Colas); CJCE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society, (C-209/07, Rec. p. I-8637), point 21 : « *Pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. À cet égard, à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition.* »

11. Article 1134 du Code civil.

12. Par exemple : refus de faire produire effet à une clause résolutoire de plein droit invoquée de mauvaise foi (Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1976, Bull. civ., n° 465; 16 février 1999, D. 1999, IR 5).

13. In Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2003, La Documentation française, p. 73. Ainsi, dans un arrêt « Pâtes de bois » du 31 mars 1993 (C-89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85 à 129/85, Rec. p. I-1307), la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le fait que des clauses anticoncurrentielles ont été insérées par négligence dans un contrat ne suffisait pas à exonérer l'entreprise de la pratique commise.

14. CJCE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society, précité.

*un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, [mais] rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions communautaires d'en tenir compte*¹⁵.

Il reste que, dans le cas où les parties se sont entendues sans conclure de contrat, la démonstration du concours de volontés est nécessaire. Dans un arrêt du 9 janvier 2001, la cour d'appel de Paris précisait en ce sens que « *pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du Code de commerce, [il faut] que les entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché* »¹⁶. Cette précision s'explique cependant par le fait que l'entente est formalisée en l'espèce par un simple échange d'informations, et non par la conclusion d'un contrat ; elle peut en ce sens être rattachée à la définition même de l'entreprise en droit de la concurrence qui, en tant qu'opérateur libre et autonome, agit de « *manière rationnelle* » sur un marché et est donc « *consciente des conséquences vraisemblables* » de l'accord anticoncurrentiel qu'elle a conclu¹⁷. Il faut, en effet, pour reprendre les termes utilisés par le Conseil de la concurrence dans le rapport mentionné plus haut, distinguer « *l'intention de porter atteinte à la concurrence* » et « *l'intention de s'entendre* », seule requise pour qualifier les pratiques¹⁸. La formule utilisée par la cour d'appel se place dans cette perspective de démonstration du concours de volontés, première étape de l'établissement d'une entente.

Ce dernier élément nous amène à nous interroger sur l'appréciation éventuelle, par les autorités de concurrence, des vices du consentement des entreprises qui concluent une entente. En droit des contrats, « *le consentement de la partie qui s'oblige* » fait partie des « *conditions essentielles pour la validité d'une convention* »¹⁹, le juge étant donc appelé à prononcer la nullité du contrat si le consentement d'une des parties est vicié.

Ce raisonnement n'est pas transposable à l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles, tant à l'égard de la prise en compte des vices du consentement, qu'à l'égard de leurs conséquences civiles. Dans son étude consacrée à la preuve des concours de volontés constitutifs d'entente, le Conseil de la concurrence a constaté que les pressions économiques, même violentes, exercées par une partie sur une autre ne sont pas considérées comme viciant l'intégrité du consentement de cette partie, mais sont parfois prises en compte dans le calcul des sanctions²⁰. En effet, « *les vices du consentement [...] assurent, en droit civil, la protection subjective des opérateurs ; ils sont donc mal adaptés au droit de la concurrence qui tend à la protection objective du marché* »²¹. Cette différence d'analyse entre le droit des contrats et le droit

15. CJCE, 6 octobre 2009, Glaxo, (C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P, C-519/06P, non encore publié au Recueil), point 58. Cf. également, lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3 du traité CE (JOUE C 101/97, 27 avril 2004).

16. CA Paris, 9 janvier 2001, SEEE (soulignement ajouté).

17. Cf. sur ce point, les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire du bœuf irlandais, point 43.

18. Rapport précité, p. 74.

19. Article 1108 du Code civil.

20. In Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2006, La Documentation française, p. 93 et s.

21. In Rapport annuel 2006 précité, p. 93.

de la concurrence est soulignée par la Commission européenne dans l'affaire des viandes bovines françaises. Selon une des entreprises, l'accord anticoncurrentiel avait été conclu sous la contrainte exercée par des éleveurs, ce qui constituait une cause de nullité du contrat en droit civil français. La Commission a écarté cet argument : « *Pour qu'un engagement soit qualifié d'accord au sens de l'article 81, il n'est pas nécessaire qu'il constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national [...]. En revanche, le fait que l'accord ait été conclu sous la contrainte peut être pris en compte dans l'appréciation de la participation de la victime à l'infraction aux fins de la détermination des amendes.* »²² La logique présidant au droit des contrats n'est donc pas transposable à la prohibition des ententes. Pour les autorités de concurrence, la question n'est pas, en effet, de savoir si les entreprises parties à l'entente ont librement consenti à un accord, mais si les pratiques anticoncurrentielles peuvent leur être imputées. L'exigence d'un concours de volontés libres à l'origine d'une entente semble, certes, faire appel au concept d'échange de consentements caractérisant la formation d'un contrat, mais il s'agit de deux réalités différentes. Dans un cas, l'appréciation porte sur la liberté commerciale et économique de l'entreprise, un opérateur qui n'est pas autonome ou ayant vu sa liberté restreinte ne pouvant se voir imputer certaines pratiques : en effet, deux sociétés liées entre elles et constituant une seule et même entreprise ne peuvent nouer un accord de volontés. Dans l'autre, l'appréciation porte sur l'intégrité du consentement des parties lors de la conclusion du contrat. La première analyse affecte l'imputabilité des pratiques, la seconde l'existence même du contrat. Cette circonstance explique pour partie que les ententes recouvrent une réalité plus étendue et diverse que le contrat²³.

Indifférence du préjudice subi par la victime des pratiques, ou de son dol ou erreur

L'appréciation économique du contrat est, de la même façon, indifférente au préjudice subi par la victime des pratiques anticoncurrentielles, ou à son dol ou erreur.

La pratique décisionnelle et la jurisprudence en matière d'ententes passées dans le cadre de marchés publics sont, à cet égard, révélatrices. Dans ce cas de figure, le contrat n'est plus le vecteur des pratiques, comme c'est notamment le cas lorsque les entreprises concluent des ententes contractuelles anticoncurrentielles, mais il est l'objet des pratiques. Les entreprises s'entendent en effet pour fausser la concurrence qui aurait dû présider à la conclusion d'un contrat public. Ces pratiques sont considérées comme d'autant plus graves qu'elles pénalisent en définitive les contribuables, « *payeurs en dernier ressort des travaux* » effectués en exécution du contrat public²⁴. Alors que dans cette situation, le juge peut indemniser le maître d'ouvrage, sur le fondement de son dol concurrentiel²⁵, il est admis, en droit de

22. Décision de la Commission du 2 avril 2003, COMP/C. 38279/F3, viandes bovines françaises, point 122, confirmée pour l'essentiel par TPICE, 13 décembre 2006, FNCBV c/Commission, (T-217/03 et T-245/03, *Rec.* p. II-4987).

23. Nous renvoyons sur ce point à l'étude thématique précitée, Rapport annuel 2006, p. 77 (« La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente ») : « *En droit de la concurrence, on verra que l'on n'aborde pas seulement des relations contractuelles, mais aussi des pratiques concertées qui ne remplissent pas toutes les conditions juridiques du contrat, ni même de l'accord, et n'ont pas la même valeur entre les parties.* »

24. CA Paris, 3 juillet 2008, Eiffage construction SAS.

25. Cf. l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 22 avril 2004, Bouygues (confirmé par Conseil d'État, 19 décembre 2007, Campenon-Bernard), faisant suite à la décision 95-D-76.

la concurrence, que l'absence de préjudice subi par le maître d'ouvrage est indifférente, tant au regard de la qualification des pratiques²⁶ que de l'évaluation de l'importance du dommage à l'économie²⁷. La qualification d'une pratique au regard des règles de concurrence ou l'évaluation de l'importance du dommage à l'économie qu'elle a engendré ne poursuit pas, en effet, la même finalité que la recherche d'une inexécution contractuelle dommageable ouvrant droit à indemnisation au profit du contractant victime de cette inexécution. Si ces pratiques d'ententes préalables au dépôt des offres sont sanctionnées, c'est en effet parce qu'elles sont de nature à « *diminuer l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées relativement au comportement de leurs concurrentes. Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser les opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour obtenir le marché. À l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée* ». ²⁸

Il est vrai que cette appréciation objective du contrat public conclu par voie d'appel d'offres semble être contredite par la référence, dans les décisions et les arrêts, à la tromperie du maître d'ouvrage. Cette référence à la tromperie subie par le maître d'ouvrage du fait des manœuvres des entreprises semble même pouvoir être assimilée à l'erreur ou au dol qui peut être subi par un des contractants lors de la conclusion du contrat, et qui a pour effet de vicier son consentement et de rendre son engagement nul²⁹.

Ce qui est cependant recherché par les autorités de concurrence n'est pas de savoir si le maître d'ouvrage a été personnellement trompé sur l'objet du contrat, mais si la mise en concurrence des entreprises par la voie d'appel d'offres a été perturbée. En particulier, les autorités de concurrence n'ont pas à prouver que sans les manœuvres des entreprises, le maître d'ouvrage n'aurait pas contracté³⁰ ou qu'il y a eu erreur sur la substance de la chose, objet de la convention³¹. La tromperie renvoie donc moins à la duperie du maître d'ouvrage qu'aux manœuvres occultes des entreprises perturbant l'appel d'offres. Le Conseil de la concurrence rappelle régulièrement sa doctrine sur le sujet dans ses différents rapports annuels : si des 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*

26. Décision 07-D-29, § 43 (confirmée par CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF).

27. CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF : le dommage à l'économie « *ne se réduit pas au préjudice éventuellement subi par le maître d'ouvrage et s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause* ».

28. Décision 09-D-34, § 81 (recours pendant devant CA). Cf. également décisions 89-D-42 et 01-D-17 (rejet partiel du recours par CA Paris, 20 novembre 2001, SA Norelec), 07-D-47 (annulation partielle par CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec), 06-D-08 (confirmée par CA Paris, 23 octobre 2007, Eiffage construction ; pourvoi en cassation formé contre cet arrêt).

29. Article 1109 du Code civil : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.* »

30. Article 1116 du Code civil : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.* »

31. Article 1110 du Code civil : « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.* »

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». ³² La Cour de cassation a également précisé en ce sens 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 ». ³³ C'est donc parce que la tromperie perturbe le système d'appel d'offres et le secteur qu'elle est relevée. L'intervention des autorités de concurrence n'a donc pas pour objet de protéger le consentement du maître d'ouvrage lors de la conclusion du contrat, mais de tenir compte de la perturbation de la concurrence. Un arrêt récent de la cour d'appel retient ainsi que « tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes, cette incertitude étant en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché et qu'à l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée ». ³⁴

L'analyse du contrat par les autorités de concurrence est donc avant tout une analyse objective, peu perméable aux moyens de droit subjectifs qui, en droit des contrats, affectent la validité des conventions ou la force obligatoire de leurs obligations. Mais il s'agit aussi d'une analyse générale, qui concerne le marché dans son ensemble, et qui n'est pas limitée aux seules stipulations contractuelles.

Une appréciation réalisée au regard du contexte concurrentiel

Alors qu'en droit des contrats, l'interprétation de la convention doit être recherchée « dans la commune intention des parties contractantes » ³⁵, en droit de la concurrence, le contrat n'est pas compris en lui-même, ou selon l'équilibre contractuel qui en résulte ³⁶, mais au regard du contexte concurrentiel en général.

Prise en compte du contexte économique et juridique

En pratique, l'approche concurrentielle du contrat implique de resituer la convention non seulement dans son contexte économique, mais aussi dans son contexte

³². Cf. par ex., Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2008, La Documentation française, p. 218.

³³. Cass. com., 24 mars 1998, Sade, n° 96-14-845.

³⁴. CA Paris, 3 novembre 2009, Compagnie française de transport interurbain.

³⁵. Article 1156 du Code civil.

³⁶. Les juges du fond peuvent ainsi écarter l'application d'une clause contractuelle qui se trouve être en contradiction avec l'économie générale de la convention : Cass. com., 15 février 2000, *Bull. civ.*, n° 29.

juridique. La Cour de justice a ainsi rappelé que l'analyse de l'accord anticoncurrentiel doit « *s'attacher notamment à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère [...]* »³⁷.

On peut, à cet égard, se référer à la jurisprudence et à la pratique décisionnelle applicables en matière d'exclusivité. Les clauses d'exclusivité sont considérées comme anticoncurrentielles par l'effet d'éviction, potentiel ou réel, qu'elles entraînent³⁸. Or, la force des mécanismes d'éviction « *dépend des caractéristiques précises de l'environnement, en particulier de la structure des marchés concernés et de la forme des contrats en cause* »³⁹. Ainsi, la cour d'appel de Paris a défini, dans un arrêt du 7 mai 2002 relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la glace à impulsion, les critères d'appréciation de l'effet sur la concurrence de clauses d'exclusivité dans un contrat de distribution : « *L'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes.* » L'étude du Conseil de la concurrence consacrée au sujet a constaté qu'en pratique, « *l'effet d'éviction dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, l'enchevêtrement temporel des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la dispersion géographique et l'atomi-cité de la demande* »⁴⁰.

Dans certaines situations, le contrat n'est pas seulement apprécié au regard de la teneur de ses dispositions ou de son contexte économique, mais également au regard des autres contrats similaires affectant les conditions de concurrence du marché.

Cette approche a d'abord été celle de la jurisprudence communautaire pour l'appréciation des « *contrats de bière* » emportant généralement, à la charge du débitant de boissons, une obligation d'achat exclusif au profit d'un fournisseur de bière, qui s'engage de son côté à concéder certains avantages économiques et financiers. Dans un arrêt du 12 décembre 1967, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que l'appréciation des effets d'un tel accord au regard des dispositions de l'article 85 § 1 du traité CE (devenu depuis 81 § 1, et aujourd'hui 101 § 1 du TFUE), impliquait la nécessité de prendre en considération l'effet cumulatif produit par plusieurs accords similaires pour évaluer l'altération éventuelle du jeu de la concurrence produit par le contrat : « *Il serait vain, en effet, de viser un accord, une décision ou une pratique en raison de leurs effets, si ceux-ci devaient être séparés du marché où ils se manifestent. [...]* Par rapport à cet objectif, l'existence de contrats similaires peut être prise en considération dans la mesure où l'ensemble des

37. CJCE, 6 octobre 2009, Glaxo, C-501/06 e.a., point 58 (soulignement ajouté).

38. Cf. par ex., décision 07-MC-01, § 32 (rejet du recours par CA Paris, 26 juin 2007, KalibraXe).

39. « Exclusivité et contrat de long terme », étude du Rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 2007, La Documentation française, p. 89 et s.

40. Étude précitée, p. 94.

contrats de ce genre est de nature à restreindre la liberté du commerce .»⁴¹ Le Conseil de la concurrence admet également « le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés individuellement, ne poseraient pas de problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées »⁴². Le Conseil a appliqué cette approche dans l'affaire des machines à affranchir : « Ces atteintes sont d'autant plus graves que le contexte économique et juridique du marché en cause est très défavorable à la concurrence et qu'elles sont le résultat d'un ensemble significatif de contrats similaires couvrant la quasi-totalité du marché concerné et produisant un effet cumulatif. »⁴³

Le Conseil a également apprécié la portée du contrat dans son contexte juridique et économique dans le contrôle des concentrations. Dans les avis qu'il a rendus à propos de concentrations verticales dans le secteur de la distribution de la bière, il a souligné que « dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission européenne mentionne, parmi ces pratiques, le monomarquisme, qui consiste pour le fabricant à inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement ou principalement auprès d'un seul fournisseur, sous l'effet d'une obligation expresse ou d'un mécanisme incitatif. Elle signale que, du point de vue de la concurrence, les clauses de ce type risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché ou de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative ». Le Conseil ajoute, qu'en effet, « la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration ».⁴⁴

Inapplication du droit de la concurrence aux contrats qui ne sauraient affecter le marché

L'appréciation concurrentielle du contrat marque la différence entre les pratiques contractuelles restrictives de concurrence du titre IV du livre IV du Code de commerce, et les pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques déloyales protège les parties présumées faibles dans les transactions et ne relève pas à titre principal d'une logique de bon fonctionnement des marchés. Or, il arrive que les entreprises saisissent l'autorité de concurrence de telles pratiques, par exemple pour lui demander d'obliger un opérateur à reprendre des relations commerciales avec elles⁴⁵, alors que le refus de contracter qui leur est opposé induit une appréciation de l'équilibre contractuel et non du contexte concurrentiel dans lequel le contrat est exécuté.

41. CJCE, 12 décembre 1967, Brasserie De Haecht, 23/67 (Rec. p. I-525); cf. également, CJCE, 25 novembre 1971, Béguelin, (22/71, Rec. p. 949); CJCE, 28 février 1991, Delimitis, (C-234/89, Rec. p. I-935); CJCE, 7 décembre 2000, Neste Markkinointi, (C-214/99, Rec. p. I-11121); TPICE, 5 juillet 2001, Roberts c/Commission, (T-25/99, Rec. p. II-1881).

42. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, p. 247.

43. Décision 05-D-49, § 45.

44. Avis 04-A-07 (§ 274 et 275) et 04-A-08 (§ 257-258).

45. Cf. par ex., décision 08-D-08.

Cette appréciation concurrentielle du contrat explique que les opérations de faible dimension peuvent échapper à l'application du droit de la concurrence en ce qu'elles ont une faible probabilité d'affecter le marché. Une opération de concentration n'est ainsi contrôlable que si elle dépasse les seuils indiqués à l'article L. 430-2 du Code de commerce. S'agissant de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, les accords d'importance mineure sont écartés, sauf s'ils formalisent des pratiques anticoncurrentielles d'une particulière gravité. Dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (article 101 du TFUE), la Commission européenne précise ainsi que « l'article 81, paragraphe 1, du traité interdit les accords entre entreprises 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 ». Cependant, « la Cour de justice des Communautés européennes a établi que cette disposition n'était pas applicable aussi longtemps que l'incidence de l'accord sur les échanges intracommunautaires ou sur la concurrence n'était pas sensible ».⁴⁶ La règle de *minimis* s'impose également en droit national. L'Autorité de la concurrence peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises, parties à un accord, ne dépasse pas les seuils prévus à l'article L. 464-6-1 : 10 % sur l'un des marchés affecté par l'accord conclu entre entreprises concurrentes, ou 15 % lorsque les entreprises ne sont pas concurrentes sur le marché en cause. Ces seuils sont identiques à ceux retenus par la Commission dans sa communication⁴⁷. Dans le même esprit, l'analyse de la position dominante dépend du pouvoir de marché des entreprises auxquelles sont imputées les pratiques contractuelles abusives : toute pratique abusive n'est donc pas qualifiée d'anticoncurrentielle.

Ainsi, tous les contrats ne relèvent pas indifféremment du droit de la concurrence : les règles sont modulées selon l'impact du contrat sur l'économie. Lorsque le droit de la concurrence est applicable, l'appréciation du contrat par l'autorité de concurrence se fait au regard des considérations de marché. On peut constater à cet égard que cette appréciation n'est en réalité pas limitée aux accords considérés comme anticoncurrentiels en raison de leurs effets sur l'économie, elle concerne aussi les accords anticoncurrentiels par objet.

Appréciation concurrentielle du contrat restrictif par objet ou par effet

Les accords anticoncurrentiels par objet reposent sur une présomption de nocivité à l'égard de la concurrence. Ainsi que le précise la Commission européenne dans ses lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE du 24 avril 2004, « les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire ». La Commission détaille ensuite quels sont leurs effets sur la concurrence : « Les restrictions de concurrence par objet, comme la fixation des prix et le partage du marché, entraînent des réductions

46. Communication de la Commission du 22 décembre 2001, § 1, JOCE n° C 368/13.

47. Communication du 22 décembre 2001, précitée, § 7.

de la production et des hausses de prix, aboutissant ainsi à une mauvaise répartition des ressources parce que les biens et services demandés par les clients ne sont pas produits. Elles provoquent aussi une réduction du bien-être des consommateurs, en raison des prix plus élevés que ceux-ci doivent payer pour se procurer ces biens et services.»⁴⁸ Ainsi, s'agissant des restrictions par objet, « l'atteinte à la concurrence est contenue à titre latent dans l'accord »⁴⁹. Pour reprendre les termes de la Cour de justice, l'appréciation de l'accord anticoncurrentiel par objet doit « s'attacher notamment à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère [...] ».⁵⁰

La différence entre les accords ayant un objet anticoncurrentiel et ceux ayant des effets anticoncurrentiels ne concerne pas l'appréciation de l'accord, appréciation économique dans tous les cas, mais la charge de la preuve : les restrictions par objet sont présumées porter préjudice au fonctionnement des marchés ; l'effet, au moins potentiel, des autres restrictions doit être prouvé⁵¹.

En présence d'une restriction par objet, la preuve que doit apporter l'autorité de concurrence est donc allégée, mais les entreprises peuvent toujours prouver que leur accord répond aux conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE)⁵² ou au 2° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce⁵³. Dans ce cas, l'analyse économique de la restriction redevient explicite. Dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission précise en ce sens que : « Si les entreprises établissent que des gains d'efficacité probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies ».⁵⁴ Dans l'affaire « Pierre Fabre », le Conseil de la concurrence a également rappelé que « les accords comportant des « restrictions

48. Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, §3, du traité CE, JOCE 27 avril 2004, n° C101, § 21.

49. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2003, La Documentation française, p. 57.

50. CJCE, 6 octobre 2009, Glaxo, précité, point 58 (soulignement ajouté). Cf. également les lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, §3, du traité CE, précitées, § 22 : « La question de savoir si un accord a pour objet de restreindre la concurrence ou non est fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment de la teneur de l'accord et de ses buts objectifs. Il peut également s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il est (doit être) appliqué ainsi que la conduite et le comportement effectifs des parties sur le marché. En d'autres termes, avant de pouvoir déterminer si une restriction donnée a pour objet de restreindre la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits sur lesquels repose l'accord, ainsi que les circonstances spécifiques dans lesquelles il fonctionnera. Il arrive que les modalités concrètes de mise en œuvre d'un accord révèlent une restriction par objet, alors que celle-ci n'est pas expressément stipulée dans l'accord. »

51. Lignes directrices précitées, § 24. Cf. également, CJCE, 30 juin 1966, Société technique minière (C-56/65, Rec. p. 337); CJCE 17 juillet 1997, Ferrière Nord (C-219/95, Rec. p. I-4411), points 14 et 15.

52. « Les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises [...] qui contribue(nt) 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. »

53. « 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 [...]. »

54. Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), § 47 (soulignement ajouté).

caractérisées», au sens du règlement européen (CE) n° 2790/99 en date du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, sont exclus de l'exemption par catégorie prévue par ce texte, mais peuvent, s'ils apportent une contribution suffisante au progrès économique, bénéficier d'une exemption individuelle, dans les conditions définies au paragraphe 3 de l'article 81 du traité ou à l'article L. 420-4 du Code de commerce»⁵⁵. En l'espèce, le Conseil a considéré que la société Pierre Fabre n'avait pas fait la démonstration que l'interdiction de vente en ligne de ses produits par ses distributeurs agréés répondait aux conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 81 ou à l'article L. 420-4.

La preuve par l'objet ou par les effets repose en définitive sur des scénarios économiques différents selon les pratiques commises. Plus le caractère anticoncurrentiel d'une pratique sera évident, moins l'analyse de l'autorité de concurrence nécessitera d'être poussée. Une illustration de cette gradation dans l'appréciation des pratiques peut être donnée en matière de remises de fidélité. Alors que cette pratique est considérée comme ne pouvant être sanctionnée *par objet*⁵⁶, il est admis que dans certains cas, «le caractère anticoncurrentiel du système de remises est tellement évident que le Conseil n'approfondit pas l'examen des effets réels»⁵⁷. L'autorité de concurrence caractérise alors les remises fidélisantes en recherchant l'existence d'une contrepartie économiquement justifiée à l'avantage financier consenti : «Un système de rabais sera considéré comme abusif si les critères et les modalités de son attribution font apparaître que le système ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée mais tend, à l'instar d'un rabais de fidélité, à limiter l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents.»⁵⁸ En l'absence de contrepartie justifiée, seule la stratégie anticoncurrentielle permet d'expliquer l'existence des rabais. Si l'entreprise en position dominante consent à octroyer des remises non justifiées, c'est qu'elle rémunère l'absence de mise en concurrence (réelle ou attendue) de la part des bénéficiaires. Pour autant, les entreprises peuvent encore apporter la preuve que la remise en question est pro concurrentielle mais la charge de la preuve repose alors sur elles.

Le contrat est donc apprécié par les autorités de concurrence et les juridictions de contrôle d'un point de vue concurrentiel, qu'il soit sanctionné en raison de la nocivité qu'il apporte à la concurrence par son objet ou par ses effets. Il s'agit d'une appréciation à la fois objective, qui ne s'attache pas à la volonté subjective des parties contractantes, et générale, qui n'est pas limitée aux termes contractuels, mais étendue à son contexte juridique et économique. Cette appréciation est également celle utilisée pour l'analyse du lien contractuel.

55. Décision 08-D-25, § 44 (renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE par la cour d'appel : CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique).

56. Décisions 07-D-28, 04-D-65, 04-D-13.

57. Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE, «Fidelity and Bundled Rebates and Discounts», 2008, p. 67 et s.

58. Décision 04-D-13, § 57 (confirmée par CA Paris, 9 novembre 2004, SA des caves et producteurs réunis de Roquefort; rejet du pourvoi par Cass. com., 6 décembre 2005, SA des caves et producteurs réunis de Roquefort). Pour la jurisprudence communautaire, cf. CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche (C-85/76, *Rec.* p. 461); TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar (T-228/97, *Rec.* p. II-2969).

L'appréciation concurrentielle du lien contractuel

La théorie de l'effet cumulatif expliquée plus haut, par laquelle l'appréciation d'un contrat se fait à l'aune de l'examen des autres contrats similaires conclus par d'autres parties sur le même marché, permet de saisir la conception qu'a le droit de la concurrence du lien contractuel. Alors qu'en droit des contrats, le principe de l'effet relatif impose que « *les conventions [n'aient] d'effet qu'entre les parties contractantes* »⁵⁹, le droit de la concurrence admet que les effets anticoncurrentiels de certains contrats puissent rejaillir sur l'appréciation de clauses conclues entre parties étrangères à ces contrats.

Cette différence tenant à la portée des obligations contractées s'explique par la définition du sujet en droit des contrats, distincte de celle utilisée en droit de la concurrence. En droit des contrats, le sujet est la partie qui a formellement consenti aux obligations contractuelles. Il s'agit donc d'une personne juridique, physique ou morale, dotée de la capacité de contracter. Le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise. Cette notion est fonctionnelle et économique, mais non juridique. La Cour de justice, dans son arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser, la définit comme « [...] *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement* »⁶⁰. Dès lors, la répartition du droit civil entre, d'une part, les parties contractantes à l'égard desquelles les conventions conclues « *tiennent lieu de loi* »⁶¹ et, d'autre part, les tiers auxquels le contrat n'est pas directement opposable, n'est pas transposable en droit de la concurrence.

Le contrat peut en particulier engager la responsabilité de personnes morales non contractantes. À l'inverse, certains contrats ne relèvent pas du droit de la concurrence en raison de l'absence d'autonomie économique des parties. Dans un cas, la portée du contrat en droit de la concurrence est extensive, car elle concerne des personnes juridiques tierces à sa conclusion. Dans l'autre, la portée du contrat en droit de la concurrence est nulle car les parties ne sont pas considérées comme deux entités économiques distinctes.

L'imputabilité des pratiques contractuelles aux sociétés non contractantes

L'examen des règles d'imputabilité en droit de la concurrence montre que des personnes juridiquement étrangères à la conclusion d'accords anticoncurrentiels peuvent se voir imputer la responsabilité des pratiques commises.

Ainsi en est-il lorsque des pratiques sont matériellement commises par une société contrôlée par une autre : une société mère peut se voir imputer la responsabilité des accords anticoncurrentiels conclus par sa filiale, dès lors que cette dernière n'est pas considérée comme autonome vis-à-vis de la mère. Privilégiant une analyse économique plutôt que juridique, les autorités de la concurrence refusent en effet de qualifier la société contrôlée d'entreprise autonome. Le principe a été

59. Article 1165 du Code civil.

60. CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90, *Rec. p. I-1979*), point 21.

61. Article 1134 du Code civil.

expressément posé dès 1972 par la Cour de justice : « *La circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère; tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère.* »⁶²

L'absence d'autonomie de la filiale concernant la détermination de sa ligne d'action sur le marché peut être établie par différents indices : des sujétions financières de la filiale, des dirigeants de la société mère exerçant des responsabilités au sein de la filiale, un contrôle exercé par la mère à travers les objectifs de vente⁶³, la détention, par la mère, du capital social de la filiale, à hauteur de 100 %, ou de pourcentage inférieur. Dans ce dernier cas, la maison mère est présumée contrôler les agissements de sa filiale⁶⁴ : « *Dans le cas particulier où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles communautaires de la concurrence, 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 influence déterminante sur le comportement de sa filiale [...]* »⁶⁵ Il peut être souligné qu'il n'est pas nécessaire que la maison mère ait dicté le comportement anticoncurrentiel de la filiale, ni que cette dernière ait conclu l'accord anticoncurrentiel au nom et pour le compte de la mère⁶⁶. Le droit de la concurrence ne reproduit pas, en d'autres termes, les mécanismes de la représentation contractuelle : il suffit que la société mère détienne un contrôle total ou quasi total sur le capital de sa filiale ou ait mis en place des mécanismes de contrôle ou de direction lui permettant d'avoir une influence sur le comportement commercial de la filiale en général pour que les pratiques de cette dernière puissent lui être imputées. En n'exigeant donc pas la preuve d'une implication, fût-elle indirecte, de la société mère dans la conclusion de l'accord, le droit de la concurrence déroge radicalement au principe de l'effet relatif du contrat.

L'imputabilité des pratiques à la société contrôlante pour les agissements de sa filiale répond à deux logiques.

La première est relative à l'organisation interne du groupe : en l'absence d'autonomie de la filiale vis-à-vis de la mère, c'est cette dernière qui doit répondre des pratiques. Dans cette perspective, les deux sociétés ne peuvent être solidairement responsables car ce qui est recherché, c'est la *cohérence* d'action du groupe : la filiale n'étant pas autonome, la société mère est considérée comme étant à l'origine de

62. CJCE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd (48-69, *Rec.* p. 619), point 133.

63. Décisions 00-D-50 (confirmée par CA Paris, 20 novembre 2001; rejet du pourvoi par Cass. com., 10 décembre 2003, Française des jeux, n° 01-17.493) et 00-D-67.

64. Décision 05-D-38, § 297 (confirmée par CA Paris, 7 février 2006, Transdev; cassation partielle par Cass. com., 9 octobre 2007, Veolia, n° 06-12.446); CA Paris, 15 juin 1999, SACER.

65. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel NV e. a. (C-97/08P, non encore publié), point 60.

66. Cf. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel, précité, point 59 : « *Le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 CE permet à la Commission d'adresser une décision imposant des amendes à la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction.* »

l'acte. Jusqu'à récemment, cette position était celle du Conseil de la concurrence et des juridictions de contrôle⁶⁷. Une formule reprise plusieurs fois dans les décisions présente ainsi la responsabilité de la société mère ou celle de la filiale comme deux solutions alternatives : «*À l'intérieur d'un groupe de sociétés, les pratiques, lorsqu'elles sont mises en œuvre par une société filiale, ne sont imputables à cette filiale, que pour autant qu'elle dispose d'une autonomie de décision par rapport à la société mère. Au cas contraire, les pratiques doivent être imputées à la maison mère*». ⁶⁸

La seconde logique est relative à la *cohésion* du groupe vis-à-vis des autorités de concurrence. L'entreprise étant définie comme une unité économique, l'organisation interne du groupe n'est pas opposable aux autorités de concurrence. Les différentes personnalités juridiques impliquées dans la conclusion de l'accord anticoncurrentiel sont, en conséquence, solidairement responsables des pratiques. La jurisprudence communautaire adopte traditionnellement cette perspective. Dans l'arrêt *Imperial Chemical Industries* de la Cour de justice des Communautés européennes mentionné plus haut, lorsque la filiale ne se détermine pas de façon autonome, son comportement peut être imputé à la société mère, «*en considération de l'unité du groupe ainsi formé*» ⁶⁹. Autrement dit, l'absence d'autonomie permet à l'autorité de concurrence ou à la juridiction de considérer les sociétés comme faisant partie d'un tout. Dans un arrêt récent, la Cour de Luxembourg a rappelé en ce sens que c'est l'entité économique que constitue l'entreprise au sens du droit de la concurrence qui doit répondre des infractions anticoncurrentielles commises, conformément au principe de la responsabilité personnelle. La Commission a précisé à cet égard que «*la responsabilité d'une société mère pour le comportement de sa filiale, lorsqu'elle est établie, ne saurait en aucune manière exonérer la filiale de sa propre responsabilité. La filiale demeure en effet individuellement tenue des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle a pris part. La responsabilité de la société mère vient s'ajouter, le cas échéant, en raison de l'influence et du contrôle qu'elle exerce sur sa filiale*» ⁷⁰.

L'Autorité de la concurrence a modifié sa pratique sur ce point, pour se rallier à cette position : «*La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité*», constate l'Autorité, «*relèvent des règles matérielles du droit communautaire de la concurrence. L'interprétation qu'en donnent les juridictions communautaires s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique le droit communautaire, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent*» ⁷¹. En l'espèce, l'Autorité a donc condamné conjointement et solidairement Orange Caraïbe et France Télécom, qui forment une seule et même entreprise.

67. Cf. par ex., Cass. com., 14 mars 1997, Spie batignolles, n° 94-15.133.

68. Décision 04-D-32, § 167 (confirmée par CA Paris, 22 février 2005, JC Decaux); 04-D-56, § 80; 05-D 38, § 297 (confirmée par CA Paris, 7 février 2006, Transdev; cassation partielle par Cass. com., 9 octobre 2007, Veolia, n° 06-12.446).

69. CJCE, 14 juillet 1972, précité, point 135.

70. Décision de la Commission du 30 novembre 2005, COMP/38354, sacs industriels, point 588. Cf. également, TPICE, 15 juin 2005, Tokai Carbon Co. Ltd, Intech EDM BV, Intech EDM AG et SGL Carbon AG (T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, Rec. p. II-10).

71. Décision 09-D-36, § 423 (recours pendant devant CA Paris).

Les contrats conclus entre parties non autonomes

Alors que les accords anticoncurrentiels peuvent avoir une portée plus large dans leurs effets en droit de la concurrence qu'en droit des contrats, notamment dans le cas où la responsabilité d'une société mère non partie à l'accord anticoncurrentiel peut être engagée, à l'inverse, certains actes juridiques, reconnus par le droit des contrats, ne relèvent pas du droit de la concurrence en raison de l'absence d'autonomie économique des parties.

Dans l'étude précitée, consacrée à la preuve des accords de volontés constitutifs d'entente, le Conseil de la concurrence précise qu'« aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence. L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence; les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome »⁷². À cet égard, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que les dispositions prohibant les ententes n'étaient pas applicables aux conventions intragroupes, même lorsque ces conventions produisent des effets sur la concurrence à l'extérieur de la sphère du groupe⁷³. En effet, dès lors que la société mère et ses filiales forment une « unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont imparties par la société mère qui les contrôle »⁷⁴, leur convention ne peut être qualifiée d'entente, qui suppose dans son principe l'existence de volontés indépendantes⁷⁵.

Ces principes ont été rappelés récemment par l'Autorité de la concurrence dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires. L'Autorité a, en effet, considéré que les conventions conclues entre un fabricant et ses revendeurs, qui ont notamment pour objet de fixer le prix de revente de la marchandise auprès des consommateurs, ne pouvaient se voir appliquer les règles des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE (article 101 du TFUE). L'Autorité relève en particulier que les distributeurs n'ont « pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, [le fournisseur] et ses distributeurs partenaires forment une unité économique

72. In Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2006, p. 87.

73. CJCE, 24 octobre 1996, Viho (C-73/95P, Rec. p. I-5457).

74. CJCE, 24 octobre 1996, précité, § 16.

75. Rapport annuel précité, p. 79. Cf. également, décision 06-D-26 : le Conseil a rappelé qu'aucune entente ne pouvait être constituée entre deux filiales d'un même groupe, si celles-ci n'ont pas d'autonomie de décision par rapport au groupe : « En l'absence de volontés qui seraient suffisamment autonomes pour manifester un accord, les politiques de coordination des filiales d'un même groupe, connues ou non des clients, en tant qu'elles concernent les relations entre sociétés du groupe, sont donc exclues du champ d'application des dispositions relatives à l'interdiction des ententes dans un cas tel que celui de l'espèce. En l'occurrence, Yamaha Motor France et MBK, sociétés du même groupe, n'ont pas d'autonomie de décision. »

unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent à la prohibition posée par [les articles précités] »⁷⁶.

C'est ainsi que les contrats d'agence, par lesquels un agent est investi du pouvoir de négocier 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 la vente de biens ou services fournis par le commettant, ne relèvent généralement pas du droit des ententes, parce qu'ils ne sont pas conclus entre des entreprises indépendantes. Les risques supportés par l'agent dans le cadre de son activité commerciale ne doivent cependant pas être tels qu'ils remettent en cause la présomption d'absence d'autonomie de l'agent par rapport au commettant.

L'Autorité de la concurrence a, plus récemment, eu à détailler ces principes dans son avis sur le prix du livre numérique⁷⁷. Le ministre de la Culture l'avait saisie sur la question de la mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique, à l'instar du système existant avec la loi Lang de 1981 pour le livre imprimé, et sur la possibilité d'un schéma contractuel dans lequel l'éditeur pourrait imposer le prix du livre numérique au détaillant. L'Autorité a rappelé sur ce dernier aspect que la pratique de prix imposé constitue une entrave particulièrement lourde aux règles de concurrence, qui ne paraît pouvoir être mise en œuvre que dans le cadre d'une relation d'agent, dans laquelle le détaillant agit essentiellement pour le compte de l'éditeur : *« Le contrat de mandat, ou plus précisément de commission, apparaît ainsi comme une solution possible. Dans ce cadre, les relations contractuelles entre éditeurs (ou distributeurs) et détaillants devront cependant se conformer pleinement aux exigences d'un véritable « contrat d'agence » afin de respecter le droit de la concurrence. Ceci implique la perte d'autonomie du libraire, qui ne pourra jouer son rôle de prescripteur que dans les limites que lui autorisera son mandat (éditeur ou distributeur), dont il est chargé d'appliquer la stratégie commerciale. »⁷⁸*

En définitive, le contrat fait l'objet d'une appréciation particulière par les autorités de concurrence, appréciation objective et générale, qui peut engager des tiers économiquement liés aux contractants. Ces différences d'analyse en droit de la concurrence et en droit des contrats s'expliquent par les finalités divergentes de la régulation concurrentielle et du contrat. L'une intervient pour défendre l'ordre public économique, l'autre, les intérêts privés des parties contractantes. Or, l'approche du contrat par l'autorité de concurrence montre qu'intérêt public et intérêts privés ne coïncident pas nécessairement : ainsi que le Conseil de la concurrence l'a précisé, il est *« investi d'une mission générale de protection de l'ordre public concurrentiel qui ne se confond pas avec la défense d'intérêts particuliers en cause dans un litige. Les procédures qu'il conduit se distinguent ainsi du procès civil qui est la chose des parties »⁷⁹.*

Lorsque le contrat est envisagé comme sujet de la régulation concurrentielle, on constate qu'intérêt public et intérêts privés n'obéissent pas seulement à des logiques différentes, mais qu'ils sont hiérarchisés.

76. Décision 09-D-23, § 101 (décision définitive).

77. Avis 09-A-56.

78. Avis précité, § 170.

79. Décision 09-D-07, § 103 (confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, pourvoi pendant devant la Cour de cassation).

Le contrat, sujet de la régulation concurrentielle

Les dispositions de l'article 6 du Code civil rappelées en introduction précisent que le contrat, lieu de rencontre d'intérêts privés, doit respecter les dispositions d'ordre public : « *On ne peut déroger par conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public.* » L'influence du droit de la concurrence sur la liberté contractuelle et la force obligatoire des conventions est ainsi le reflet de la hiérarchie existante entre intérêts privés et ordre public : les entreprises disposent d'une entière liberté dans le choix de leur contractant et le contenu de leurs conventions, à la condition de respecter les règles de concurrence régissant l'ordre économique. Les dispositions de l'article 1134 du Code civil font écho à ce principe : si les conventions « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », c'est à la condition qu'elles soient « *légalement formées* ».

Les dispositions contractuelles ne peuvent donc contrevenir au droit de la concurrence. Dans un avis relatif au secteur de la distribution de la presse, le Conseil de la concurrence a rappelé en ce sens que « *le droit de la concurrence est, pour l'essentiel, constitué par des contraintes limitant la liberté de contracter, justifiées par le fait que certains contrats (par exemple une entente anticoncurrentielle ou un contrat commercial constituant un abus de position dominante) peuvent avoir un effet destructeur du mécanisme de la concurrence sur un marché, c'est-à-dire un effet indésirable pour la collectivité dans son ensemble. En d'autres termes, c'est dans les cas dans lesquels l'intérêt privé des parties à une pratique diverge de l'intérêt collectif, en faussant le jeu de la concurrence sur un marché, que le droit de la concurrence intervient pour limiter la liberté contractuelle des parties* »⁸⁰. Ainsi, en cas de divergence entre l'intérêt privé servi par le contrat et l'intérêt public défendu par le droit de la concurrence, c'est l'intérêt public qui prime.

Ce principe hiérarchique entre l'ordre public et l'intérêt contractuel peut être mis en œuvre à titre préventif : c'est le cas dans le mécanisme de contrôle des concentrations. L'autorisation de concentration conditionne la réalisation de l'opération : le « contrat de concentration » ne peut donc être finalisé qu'avec l'accord de l'Autorité de la concurrence, qui examinera le pouvoir de marché des entreprises concernées à l'issue de l'opération. « *Le contrôle des concentrations* », précisent en ce sens les lignes directrices de l'Autorité, « *poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs. [II] n'a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties, mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s'avère utile au maintien d'une concurrence effective sur les différents marchés concernés.* »⁸¹ Le contrat est ainsi contrôlé dès son origine : même s'il est généralement conclu antérieurement à la notification, afin de permettre à l'Autorité d'examiner un projet suffisamment abouti⁸², cette conclusion

80. Avis 02-A-08.

81. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 282.

82. Article L. 430-3 du Code de commerce : « [...] *La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique.* »

est soumise à une forme de condition résolutoire légale. Les parties qui n'ont pas notifié leur opération doivent en effet le faire sous astreinte, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration⁸³. En intervenant dès l'origine du contrat, avant tout commencement d'exécution, l'autorité de concurrence apporte aux contractants la sécurité juridique nécessaire aux opérations de restructuration, dont les effets peuvent être quasi irréversibles.

Mais l'autorité de concurrence peut aussi intervenir postérieurement, à un stade plus avancé de la vie du contrat, dans le cadre de l'interdiction de pratiques anticoncurrentielles. Le contrat est alors soumis aux règles de concurrence de deux façons. De façon négative tout d'abord : les parties se soustrayant aux règles de concurrence par la voie contractuelle sont sanctionnées par l'autorité de concurrence. Mais parfois l'autorité va plus loin et remodèle positivement le contrat par la voie d'injonctions. L'intervention de l'autorité de concurrence s'impose alors aux entreprises dans le contenu même de leur convention.

La sanction des entreprises responsables de la conclusion de contrats anticoncurrentiels

Le caractère dissuasif de la sanction pécuniaire

L'autorité de concurrence peut tout d'abord réprimer les pratiques contractuelles anticoncurrentielles par la sanction pécuniaire des entreprises responsables. La sanction a une fonction dissuasive et ne contribue en ce sens que de façon indirecte à modifier le contrat anticoncurrentiel : « *Le propre d'une autorité de marché est de se reposer sur la liberté contractuelle, quitte à réprimer les atteintes constatées ex post au droit de la concurrence. C'est donc une approche [qui] s'appuie sur une grande responsabilisation des acteurs [...] : l'intervention de l'autorité de concurrence repose sur le pari que l'opérateur va modifier ses pratiques, ses contrats, pour les mettre en ordre avec le droit de la concurrence.* »⁸⁴ L'importance du caractère dissuasif des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles est attestée par les modifications législatives relatives au plafond de sanctions. Le montant des sanctions infligées par l'Autorité peut aller jusqu'à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial des entreprises sanctionnées. La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a en effet permis de retenir comme chiffre d'affaires, non seulement celui de l'entreprise formellement responsable de l'infraction qui resterait seule (et non le groupe) mise en cause à ce titre, mais aussi le chiffre d'affaires du groupe auquel elle appartient, la référence étant alors le chiffre d'affaires résultant des comptes consolidés ou combinés. Ce qui signifie que si l'entreprise contrevenante appartient à un groupe, le chiffre retenu est celui du groupe, alors même que c'est l'entreprise formellement responsable de l'infraction, et non le groupe, qui reste seul mise en cause et est donc sanctionnée⁸⁵.

83. Article L. 430-8 du Code de commerce.

84. B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », précité.

85. Sur le caractère dissuasif de la sanction, cf. l'étude thématique consacrée aux « Sanctions pécuniaires et injonctions », Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, La Documentation française, p. 97.

L'autorité sanctionne les entreprises contractantes mais n'est pas le juge du contrat

Lorsque le contrat ou la clause contractuelle est considéré comme illicite au regard des règles de concurrence, l'entreprise à qui ces pratiques contractuelles sont imputables peut être condamnée au versement d'une sanction pécuniaire par l'autorité de concurrence. On peut, à cet égard, distinguer selon que les pratiques sanctionnées sont qualifiées d'ententes ou d'abus. En tant que pratique bilatérale, l'entente conduit à la sanction de l'ensemble des entreprises responsables de la conclusion du contrat anticoncurrentiel, que l'accord soit conclu entre des entreprises se situant au même stade économique (accords horizontaux) ou entre des distributeurs et des fournisseurs (accords verticaux⁸⁶). En tant que pratique unilatérale, l'abus de position dominante conduit à la sanction de la seule l'entreprise qui a abusé de sa position dominante, par exemple en imposant des ventes liées ou des conditions de vente discriminatoires à ses contractants.

Dans tous les cas, la sanction porte moins sur le contrat lui-même, que sur l'entreprise responsable. Amenée à connaître les pratiques contractuelles et à sanctionner les entreprises à qui elles sont imputables, l'autorité de concurrence n'est, en effet, pas juge du contrat.

En ce sens, il n'appartient pas à l'autorité de prononcer la nullité d'une clause contractuelle ou d'un contrat anticoncurrentiel en application de l'article L. 420-3 du Code de commerce, selon lequel « *est nul tout engagement, convention, ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2* »⁸⁷. La Cour de justice a ainsi souligné que l'application du point 2 de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE), selon lequel « *les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* », exigeait de la juridiction nationale d'apprécier, en vertu du droit national applicable, la portée et les conséquences, pour l'ensemble des relations contractuelles, d'une éventuelle nullité⁸⁸. En d'autres termes, alors que la qualification d'entente ou d'abus de position dominante s'effectue par référence aux règles communautaires de concurrence, les conséquences de la nullité se déterminent par référence au droit national applicable, notamment le droit des contrats.

Cette position s'explique par l'examen des conséquences exactes d'une nullité. La nullité d'un contrat ne peut, certes, emporter de conséquences en termes de responsabilité contractuelle et d'allocation de dommages et intérêts, la responsabilité ne se concevant que là où le contrat est valable. Mais elle implique fréquemment des obligations de restitution entre les parties⁸⁹. Or, cet « échange inversé » entre les parties est étranger aux considérations d'ordre public que doivent défendre les

86. Dans les accords verticaux, les autorités de concurrence se réservent toutefois la faculté de ne poursuivre et sanctionner que les seuls fournisseurs, quand la responsabilité des distributeurs dans la mise en œuvre de l'entente est très atténuée (CA Paris, 28 janvier 2009, Société coopérative de commerçants et détaillants).

87. En ce sens : décisions 03-D-23, 05-D-36, § 47 (annulation partielle par CA Paris, 21 février 2006, SEMUP).

88. CJCE, 18 décembre 1986, VAG France (10/86, *Rec.* p. 4071), point 15.

89. Lorsqu'un contrat exécuté est déclaré nul, par la suite, les parties doivent en effet restituer ce qu'elles avaient perçu. Ces obligations découlent du caractère rétroactif de l'annulation.

autorités de concurrence : s'il appartient à l'autorité de concurrence de qualifier les accords d'anticoncurrentiels, il ne lui revient pas, en revanche, de régler entre les parties au contrat les conséquences civiles d'une telle qualification. Destinées à défendre l'ordre public économique, les décisions des autorités de concurrence répondent à une logique de régulation ou de sanction, mais ni de réparation ni de rétablissement de la situation patrimoniale initiale (avant l'annulation du contrat) existant entre les parties.

De plus, la logique de la nullité, qui anéantit rétroactivement l'accord, va à l'encontre du principe même d'une intervention répressive de l'autorité de concurrence. La Commission a eu l'occasion de préciser en ce sens que : « *Si un accord entaché d'une "cause" de nullité échappait à l'article 81, comme le soutient [l'entreprise mise en cause] en invoquant la violence, il en résulterait qu'aucune convention ne pourrait jamais être qualifiée d'accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, puisque le fait qu'un accord emporte une restriction de concurrence est en soi une cause de nullité, conformément à l'article 81, paragraphe 2, du traité.* »⁹⁰ En d'autres termes, l'autorité de concurrence ne peut dans une même décision déclarer un accord nul et le qualifier d'illicite au regard des règles de concurrence.

Lorsque l'autorité de concurrence inflige une sanction pécuniaire aux entreprises responsables de la conclusion d'un contrat anticoncurrentiel, elle n'agit donc pas directement sur le contrat. En revanche, la force persuasive de la sanction incitera les entreprises à modifier leur comportement à l'avenir.

Est-ce à dire que l'autorité de concurrence n'est jamais amenée à modifier le contenu contractuel? La réponse est négative : lorsque l'autorité de concurrence impose des injonctions aux entreprises relatives à leurs clauses contractuelles, le contrat s'en trouve remodelé.

L'imposition de conditions contractuelles propices à la concurrence

L'autorité de concurrence peut enjoindre aux entreprises de modifier leurs contrats pour l'avenir s'ils sont de nature à perturber la concurrence.

Dans ce cas de figure, les injonctions sont, tout comme les sanctions, adressées aux entreprises afin d'obtenir une modification de leurs comportements. En ce sens, elles ne peuvent être assimilées à des règles d'ordre public qui s'imposeraient directement au contenu contractuel sans qu'il soit nécessaire que les parties contractantes s'y réfèrent explicitement dans leurs conventions. Les entreprises doivent en effet modifier leurs clauses contractuelles ou conclure des contrats dans le sens de l'injonction de l'autorité. Ainsi, les injonctions sont particulières à un cas d'espèce ; elles ne présentent donc pas le caractère de généralité d'une règle d'ordre public, et elles s'adressent aux entreprises et non directement aux contrats qu'elles ont conclus. Le rôle d'une autorité de concurrence est en effet de corriger les comportements constituant des obstacles à la mise en œuvre d'une saine concurrence, mais non de se substituer à l'entreprise sanctionnée.

⁹⁰. Décision du 2 avril 2003, viandes bovines françaises, précitée, point 122.

Cet aspect ne remet cependant pas en cause le caractère obligatoire et unilatéral des injonctions. Lorsque les autorités de concurrence imposent une modification contractuelle, l'entreprise concernée est obligée de procéder à cette modification sans qu'elle puisse opposer le principe de liberté contractuelle. Le contrat résultant des injonctions de l'autorité de concurrence n'est en ce sens plus le reflet de la seule volonté des parties, il comprend également les conditions édictées par l'autorité de concurrence, qui permettront de rétablir les conditions de mise en œuvre d'une saine concurrence. Cette hybridité de l'origine des règles contractuelles n'est pas sans rappeler le mot de Durkheim au sujet des conventions : « *Tout n'est pas contractuel dans le contrat.* »

Les injonctions apparaissent adaptées lorsque les clauses contractuelles sont en cours d'exécution à la date de la décision de l'autorité de concurrence⁹¹. Ces injonctions peuvent alors être prononcées soit à titre conservatoire⁹², soit à titre définitif⁹³.

*Les injonctions prononcées à titre conservatoire*⁹⁴

Lorsque le comportement d'une entreprise porte « *une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* »⁹⁵, l'Autorité de la concurrence peut prononcer des mesures conservatoires relatives aux clauses contractuelles susceptibles d'être anticoncurrentielles. Dans ce contexte, l'urgence constitue à la fois le fondement et la limite des injonctions : destinées à répondre à la situation d'urgence soumise à l'Autorité, les injonctions doivent être strictement proportionnées aux atteintes à la concurrence identifiées⁹⁶. En particulier, les mesures conservatoires ne peuvent avoir de caractère définitif et doivent répondre à une situation actuelle.

Nature des injonctions prononcées

À l'origine, le Conseil de la concurrence s'est montré réticent à imposer la modification ou la conclusion de contrats par voie d'injonctions⁹⁷. C'est ainsi, qu'au début des années 1990, le Conseil a décidé qu'il ne pouvait imposer à un producteur d'établir avec son distributeur de nouvelles relations commerciales relatives à une activité que le distributeur n'exerce pas encore. Dans d'autres décisions, le Conseil a considéré qu'il ne saurait faire droit à la demande d'une société d'obliger

91. Cf. étude précitée, p. 132 : « *Les injonctions apparaissent [...] particulièrement nécessaires lorsque l'atteinte à la concurrence résulte des stipulations d'un contrat toujours en vigueur à la date de la décision du Conseil. Le Conseil enjoint alors à l'intéressé de supprimer des clauses concernées. L'immixtion dans la stratégie de l'entreprise est alors limitée au strict nécessaire.* »

92. Article L. 464-1 du Code de commerce.

93. Premier alinéa de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

94. Pour des développements plus détaillés sur les mesures conservatoires : cf. l'étude thématique consacrée au sujet dans le Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2007, La Documentation française, p. 45 et s.

95. Article L. 464-1 du Code de commerce.

96. Sur cette double dimension des mesures conservatoires, cf. l'étude thématique précitée.

97. Cf. par ex. : décision 90-MC-04 (le Conseil s'interdit d'imposer à un producteur d'établir avec son distributeur de nouvelles relations commerciales relatives à une activité que le distributeur n'exerce pas encore) ; 91-MC-04 (le Conseil ne saurait faire droit à la demande d'une société d'obliger une autre à respecter ses engagements contractuels) ; 91-MC-06 (le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires ne saurait imposer au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de contracter avec une entreprise candidate à un contrat de licence de brevet) ; 95-MC-06 (le Conseil ne peut demander à EDF de signer des contrats d'achat d'électricité).

une autre à respecter ses engagements contractuels, ou qu'il ne pouvait demander à EDF de signer des contrats d'achat d'électricité.

Vers le milieu des années 1990, les injonctions concernant les stipulations contractuelles, existantes ou à venir, sont beaucoup plus nombreuses. Leur augmentation reflète d'une part, une perception plus aiguë du temps économique, et de la nécessité de « *suivre le rythme des entreprises* »⁹⁸, et d'autre part l'évolution du rôle de l'autorité de concurrence, non seulement « gendarme » de la concurrence, mais aussi régulateur⁹⁹.

La possibilité reconnue au Conseil, par la jurisprudence, de prévenir une atteinte grave et immédiate à l'économie lui a aussi permis d'intervenir en urgence, avant que la conclusion de clauses contractuelles à objet ou effets anticoncurrentiels ne vienne définitivement obérer l'ouverture des marchés à la concurrence (CA Paris, 9 mars 2006, SAEM-TP).

Aujourd'hui, les injonctions « contractuelles » influencent tant la liberté contractuelle des entreprises que la force obligatoire de leurs conventions. De façon positive, elles peuvent ainsi obliger les entreprises à négocier un contrat¹⁰⁰, à formuler une offre commerciale¹⁰¹, modifier les clauses d'un contrat ou de conditions générales de ventes¹⁰², modifier ou réviser des tarifs¹⁰³. De façon négative, les injonctions peuvent obliger les entreprises à ne pas signer un contrat¹⁰⁴ ou ne pas appliquer un contrat conclu¹⁰⁵, ne pas inclure certaines clauses dans des conventions¹⁰⁶, ou encore ne pas s'opposer à l'exécution de contrats¹⁰⁷. Les injonctions temporaires sont donc utilisées par l'autorité de concurrence dans toute leur diversité. Comme l'a indiqué la cour d'appel de Paris, le Conseil peut, en sus des mesures de suspension et d'injonction de revenir à l'état antérieur, prendre « *toutes décisions de nature à prévenir ou à redresser les situations économiques déviantes* ».

Impact des injonctions sur les contractants de l'entreprise concernée

Ces injonctions « contractuelles » concernent les entreprises visées, ainsi que, par voie de conséquence, leurs cocontractants. Or, les injonctions peuvent s'adresser

98. Rapport annuel pour 2007, étude précitée, p. 45.

99. Cette évolution est également marquée par les modifications législatives intervenues depuis 1986 : la loi NRE du 15 mai 2001 a ainsi organisé la procédure de non-contestation des griefs, puis l'ordonnance du 4 novembre 2004 a permis au Conseil de négocier des engagements avec les entreprises en amont de la procédure, avant la notification des griefs. Ces deux facultés permettent à l'autorité de concurrence d'agir directement sur le comportement des entreprises. Sur cette question, cf. la troisième partie de la présente étude.

100. Décision 07-MC-04.

101. Décisions 00-MC-01 ; 01-MC-06 ; 02-MC-04 (réformée par CA Paris, 21 mai 2002, TDF), 03-MC-03 (confirmée par CA Paris, 8 janvier 2004, TDF), 07-MC-04 ou 07-MC-05 (confirmée par CA Paris, 24 août 2007, TDF).

102. Décision 07-MC-01 (confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, KalibraXE).

103. Décisions 99-MC-09 ; 01-MC-06 et 04-MC-02 (réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe).

104. Décision 06-MC-03.

105. Décisions 99-MC-01 (confirmée par CA Paris, 15 mars 1999, France Télécom ; rejet du pourvoi par Cass. com., 18 avril 2000, France Télécom) ; 08-MC-01 (confirmée par CA Paris, 4 février 2009, Apple et pourvoi formé devant la Cour de cassation).

106. Décision 07-MC-02.

107. Décision 95-MC-10 (réformée par CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, arrêt lui-même cassé par Cass. com., 2 décembre 1997, Nike France).

aux relations contractuelles d'un opérateur dominant avec ses partenaires sur le marché intermédiaire¹⁰⁸, mais également aux relations contractuelles directes d'un opérateur avec les consommateurs sur le marché final¹⁰⁹, ce qui accroît le nombre de contrats concernés par les injonctions.

Une décision récente de l'Autorité de la concurrence¹¹⁰ répond à ce dernier cas de figure. L'Autorité a constaté en l'espèce qu'un des trois opérateurs de téléphonie mobile présents sur le marché de la Réunion et de Mayotte pratiquait une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net* (sur le même réseau) et les appels *off net* (vers un autre réseau) dans la quasi-totalité des offres proposées à ses clients. Face à la situation d'urgence résultant des circonstances de l'espèce (le marché mobile se trouvant dans une période charnière, la demande de mesures conservatoires intervenant de surcroît avant les fêtes de fin d'année), l'Autorité a demandé à l'opérateur à ce qu'il soit mis fin, dans ses offres tarifaires, à cet écart de prix discriminatoire.

Caractère unilatéral des injonctions

Les injonctions de l'autorité de concurrence imposées dans le cadre d'une procédure d'urgence agissent ainsi sur le comportement de l'entreprise contractante, et donc sur les contrats susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle. Le caractère unilatéral des injonctions permet également d'imposer rapidement les conditions contractuelles nécessaires au rétablissement d'une saine concurrence.

Force des injonctions, leur caractère unilatéral en constitue cependant aussi leur faiblesse. Lorsque plusieurs solutions sont envisageables pour faire cesser le comportement anticoncurrentiel, il est, en effet, difficile à l'autorité de connaître celle qui est la plus adaptée aux intérêts de l'entreprise, et donc qui sera la mieux appliquée. De ce point de vue, les engagements proposés par les entreprises et acceptés par l'autorité, sur le fondement de la procédure du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, présentent un avantage par rapport aux injonctions prononcées unilatéralement. Ce constat a déjà été fait par le Conseil de la concurrence, dans son étude thématique consacrée aux instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence : « *Le couple "mesure conservatoire/engagement" est assez complémentaire, la menace de mesures conservatoires, subies plus que choisies, rendant plus attractif pour une entreprise le choix de proposer elle-même des remèdes adaptés à sa situation et au problème de concurrence soulevé. Cette option intéresse également le Conseil car elle lui permet d'obtenir le résultat visé par la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées a minima* ». ¹¹¹ Ces remarques se vérifient particulièrement quand l'injonction vise à modifier un acte dont la force exécutoire réside à l'origine dans

¹⁰⁸. Il en est ainsi des décisions 00-MC-01 (relations contractuelles de France Télécom avec les opérateurs tiers); 02-MC-04; 03-MC-03; 07-MC-04; 07-MC-02 (relations contractuelles de TDF avec les radios et les chaînes de télévision).

¹⁰⁹. Il en est ainsi des décisions 01-MC-06; 04-MC-02; 09-MC-02 (relations contractuelles de France Télécom avec les consommateurs); 07-MC-01 (relations EDF/consommateurs).

¹¹⁰. Décision 09-MC-02.

¹¹¹. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, La Documentation française, p. 177.

la volonté des parties qui s'obligent. Dans ce cas, les procédures négociées, qui n'entravent pas la liberté contractuelle de l'entreprise, apparaissent pleinement adaptées, ainsi que nous le verrons dans les développements de la prochaine partie.

Articulation entre les injonctions et les engagements

Afin notamment de contourner cette limite propre aux injonctions, les deux procédures (mesures conservatoires et engagements) sont fréquemment articulées, les entreprises offrant alors des engagements conformes aux orientations de l'autorité de concurrence prises dans ses décisions relatives aux mesures conservatoires¹¹². Cette articulation entre une procédure unilatérale et une procédure négociée permet à l'autorité d'orienter clairement les entreprises sur la teneur des engagements attendus par l'adoption d'une décision de mesures conservatoires, et aux entreprises d'offrir des engagements adaptés non seulement au problème de concurrence identifié, mais aussi à leur situation en tant qu'acteurs du marché.

Cette répartition des rôles se vérifie dans plusieurs affaires que le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité, ont eu à connaître. Ainsi en a-t-il été récemment dans l'affaire relative au contrat d'exclusivité conclu entre Orange et Apple pour la commercialisation de l'iPhone. Dans sa décision de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence a constaté que les exclusivités liant les deux entreprises étaient susceptibles d'être prohibées par les règles de concurrence et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence. Il a donc été enjoint à France Télécom et à Apple de suspendre l'application des clauses d'exclusivité contenues dans leurs contrats. La teneur des injonctions a, par la suite, été reprise dans les propositions d'engagements des deux entreprises¹¹³.

Dans certains cas, l'autorité indique, dans la décision de mesures conservatoires, le cadre contractuel en dehors duquel les entreprises risquent de porter atteinte à la concurrence, tandis que l'entreprise propose des engagements fixant plus précisément le contenu contractuel de leurs conventions à venir. L'autorité de concurrence et l'entreprise respectent ainsi le rôle de chacun sur le marché.

Tel fut le traitement d'une des affaires intervenues dans le secteur de l'électricité, concernant les comportements d'EDF lors de la libéralisation du marché¹¹⁴. Le Conseil a alors constaté que le prix de l'électricité sur le marché de gros ne permettait pas au saisisant de concurrencer EDF sur le marché de détail sans subir de pertes, cette situation étant susceptible d'être qualifiée de ciseau tarifaire et de constituer un abus de position dominante. Dans cette situation, il a enjoint à EDF de formuler des offres d'approvisionnement en gros qui permettent aux fournisseurs alternatifs de le concurrencer effectivement sur le marché de détail. Le Conseil a précisé que « *dans l'hypothèse où EDF souhaiterait [...] répondre à cette injonction par un engagement d'offrir un produit à terme en énergie de base d'origine nucléaire à un prix conventionnel, cette proposition devra [...] : couvrir une durée et*

112. Sur cette question, cf. étude thématique du Conseil de la concurrence consacrée aux mesures conservatoires, précitée, p. 70 et s.

113. Décision 10-D-01.

114. Décision 07-MC-04.

proposer des quantités suffisantes pour la mise en place effective d'une offre de détail viable par un opérateur aussi efficace; proposer des conditions contractuelles non discriminatoires, applicables à tous les fournisseurs souhaitant servir les clients finals». Par la suite, EDF a présenté des engagements, acceptés par le Conseil, détaillant la durée des contrats, le volume annuel d'énergie offert, et le tarif applicable¹¹⁵. Dans une autre décision, relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne, le Conseil a également enjoint à TDF de modifier ses contrats et de communiquer à toute entreprise qui en ferait la demande une offre de prestation d'accueil concernant certains sites de diffusion hertzienne, avant que l'entreprise ne précise le contenu exact des conventions dans le cadre de la procédure ultérieure d'acceptation d'engagements¹¹⁶.

L'intervention de l'autorité de concurrence dans le domaine contractuel par la voie d'injonctions provisoires est donc patente, notamment lorsque ces injonctions sont relayées au fond par des engagements de même nature proposés par l'entreprise.

Dans certaines espèces, l'autorité de concurrence a également été amenée à prononcer des « injonctions contractuelles » à titre définitif.

Les injonctions prononcées à titre définitif

Lorsqu'elle statue au fond, l'autorité de concurrence peut non seulement infliger une sanction pécuniaire aux entreprises, mais aussi leur imposer des injonctions, qui, à la différence de celles prises dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires, sont définitives. Les décisions d'injonctions destinées à modifier le contenu contractuel sont plus rares lorsqu'elles résultent d'une procédure au fond. Pour être modifiés, les contrats doivent, en effet, être en cours d'exécution au moment où l'autorité statue. Or, cette situation est plus fréquente dans le cadre d'une procédure d'urgence que dans celui d'une procédure au fond, sanctionnant *ex post* les pratiques commises.

Influence sur le contenu contractuel

Le Conseil de la concurrence a néanmoins été amené à modifier des contrats dans plusieurs affaires.

Tel a été le cas dans la décision citée précédemment, relative à la vente de produits dermo-cosmétiques sur Internet¹¹⁷. Dans cette affaire, le Conseil a enjoint à Pierre Fabre de modifier ses contrats pour autoriser ses distributeurs à vendre en ligne ses produits, notamment par la suppression, dans ses contrats de distribution sélective, de toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits, et par l'insertion de clauses prévoyant pour les distributeurs la possibilité de recourir à ce mode de distribution¹¹⁸.

115. Décision 07-D-43.

116. Décisions 07-MC-02 et 07-D-30.

117. Décision 08-D-25 (CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre : renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE).

118. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris a prononcé le sursis à l'exécution de cette décision (ordonnance du 18 février 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique).

Dans le secteur des chocolats, il a été enjoint à Leonidas de modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre à ses détaillants de s'approvisionner en chocolats Leonidas auprès de la source de leur choix : les conditions générales de vente du fabricant prévoyaient en effet que les revendeurs n'étaient autorisés à vendre les chocolats que « *dans des points de vente au détail bien précis* »¹¹⁹. Quelques mois plus tôt, la société Jeff de Bruges s'était vue enjoindre de rendre caduc un code de bonne conduite annexé au contrat de franchise qui contenait des clauses d'entente sur les prix entre franchiseur et franchisés, et de rappeler dans le contrat de franchise que les prix indiqués sont des prix maximaux conseillés, le franchisé restant libre de fixer ses prix de vente au détail¹²⁰.

Influence sur la liberté contractuelle des entreprises

Ainsi, les injonctions définitives peuvent remodeler le contenu du contrat, et donc la force obligatoire des conventions. Il est très rare en revanche qu'elles influent directement sur la liberté contractuelle des entreprises en les obligeant à contracter.

Depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, l'Autorité de la concurrence a néanmoins la possibilité d'imposer non seulement des modifications contractuelles aux entreprises exploitant des magasins de commerce de détail, mais aussi des cessions de surfaces, dans le cas où les condamnations précédemment prononcées n'auraient pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante ou à l'état de dépendance économique : « *L'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis ces abus. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder à la cession de surfaces, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée.* »¹²¹ Cette faculté n'a pas encore été utilisée par l'Autorité.

En matière de concentration, l'Autorité peut également, « *en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet* » d'une procédure de concentration¹²². Avant la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, cette faculté revenait au ministre chargé de l'Économie. Le Conseil de la concurrence pouvait donc demander au ministre d'adresser des injonctions aux entreprises. C'est ainsi que dans une décision du 11 juillet 2002, le Conseil a établi que les sociétés Compagnie générale des eaux (CGE) et Lyonnaise des eaux (SLDE) avaient abusé de leur position dominante collective sur les marchés de l'eau et de l'assainissement. Il a alors appliqué

119. Décision 07-D-24.

120. Décision 07-D-04. Cf. également, décision 06-D-06 concernant la Fédération des Gîtes de France.

121. Article L. 752-26 du Code de commerce.

122. Article L. 430-9 du Code de commerce.

l'article L. 430-9, en demandant au ministre de l'Économie d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de « *modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement* »¹²³.

La liberté des entreprises de contracter ou de ne pas contracter n'a été définitivement remise en cause de façon directe par l'autorité de concurrence que dans un seul cas de figure, celui des infrastructures essentielles. Les infrastructures ou facilités essentielles sont les installations (biens ou services) détenues par une entreprise en position dominante, qui ne sont pas reproductibles et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné. Dans ce cas, l'autorité de concurrence peut être conduite à obliger le détenteur de l'infrastructure à en assurer l'accès à l'opérateur qui lui fait concurrence sur un marché amont, aval ou connexe. L'entreprise dominante peut alors se voir enjoindre d'assurer l'accès à l'infrastructure et être ainsi obligée de contracter dans des conditions non discriminatoires avec l'opérateur qui en fait la demande.

C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a condamné France Télécom pour avoir subordonné au paiement d'un prix excessif l'accès à la liste d'abonnés au téléphone, liste qui constitue une ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection¹²⁴. Afin d'assurer « *le rétablissement du libre jeu de la concurrence sur le marché* », la cour a enjoint à France Télécom de fournir à toute personne qui en fait la demande les informations contenues dans l'annuaire universel, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande.

Dans une autre affaire, l'exploitant d'une hélistation, bénéficiaire d'une convention lui assurant l'exclusivité de celle-ci pour une durée déterminée, avait refusé de communiquer à l'entreprise attributaire du marché de fourniture de transports sanitaires héliportés une tarification détaillée de ses services. Le Conseil de la concurrence a estimé qu'il avait abusé de sa position dominante et de la situation de dépendance dans laquelle se trouvait ce transporteur à son égard : « *Lorsque l'exploitant monopolistique d'une infrastructure essentielle est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent ses concurrents à son égard en établissant un prix d'accès injustifié à cette facilité.* »¹²⁵ Le Conseil a également enjoint à l'entreprise de faire des offres contractuelles dans des conditions tarifaires satisfaisantes.

123. Décision 02-D-44 (confirmée par CA Paris, 18 février 2003, et annulation par Cass. com., 12 juillet 2004, CGE).

124. CA Paris, 29 juin 1999, France Télécom (rejet du pourvoi par Cass. com., 4 décembre 2001, France Télécom). Cet arrêt intervient à la suite de la décision 98-D-60, qui avait également sanctionné l'opérateur, mais qui a été annulée pour des raisons procédurales.

125. Décision 96-D-51 (confirmée par CA Paris, 9 septembre 1997, et rejet du pourvoi par Cass. com., 25 janvier 2000, SARL Heli-Inter assistance).

On le voit, dans ces deux cas, la liberté contractuelle de l'entreprise est doublement limitée. Non seulement elle se trouve contrainte de contracter avec la personne qui en fait la demande, mais elle doit également le faire dans des conditions satisfaisantes pour la concurrence.

Dans un avis postérieur¹²⁶, le Conseil de la concurrence a précisé que si la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle pouvait être limitée, c'est dans des conditions très exigeantes posées par la jurisprudence et la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. Le Conseil reconnaît tout d'abord que « *certain auteurs ont soutenu que l'utilisation du principe susmentionné dans le droit de la concurrence porte atteinte au droit de contracter librement et au droit de propriété. Cela est exact. En effet, le détenteur d'une facilité essentielle est soumis à deux contraintes : d'une part il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient, ou qu'il contrôle, et il n'a pas la liberté de refuser de contracter; d'autre part, il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires, ce qui l'expose à voir contester les conditions qu'il offre à ses concurrents* ». Mais le Conseil rappelle que cette limitation de la liberté contractuelle se trouve tempérée par les conditions très strictes de mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles : « *La jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure essentielle. À cet égard, il y a lieu de noter que les principes dégagés aux États-Unis sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux dégagés dans le droit européen ou le droit français de la concurrence. La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque : en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante); en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante); en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère; en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées; en cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.* »

On constate en définitive que l'autorité de concurrence peut être conduite de différentes manières à influencer sur le contrat. De manière indirecte tout d'abord, en imposant des sanctions pécuniaires dissuadant les entreprises de conclure à l'avenir de nouveaux contrats ou clauses contractuelles anticoncurrentiels. De manière plus directe ensuite, en enjoignant aux entreprises de remodeler le contrat, voire même, dans les circonstances exceptionnelles des infrastructures essentielles, de contracter.

Ces injonctions, surtout lorsqu'elles sont temporaires, peuvent être très diverses dans leur nature. Seule limite, elles ne peuvent avoir pour objet de fixer un prix : une injonction de cette nature irait en effet directement à l'encontre du principe de liberté des prix dont l'autorité de concurrence a précisément pour mission

126. Avis 02-A-08.

d'assurer la mise en œuvre. Cette limite n'empêche cependant pas, notamment en matière d'infrastructures essentielles, d'orienter les prix vers les coûts.

Certaines affaires nous ont montré que les injonctions temporaires peuvent être relayées par une offre d'engagements de l'entreprise. Ce cas de figure nous permet d'aborder le contrat sous l'angle particulier de sa technique de négociation. Le droit de la concurrence utilise, en effet, pour réguler la concurrence, des techniques qui s'apparentent à la négociation contractuelle et font participer les entreprises à la résolution commune des problèmes identifiés.

La technique de négociation du contrat, instrument de la régulation concurrentielle

Les développements précédents ont montré que la concurrence et le contrat appartiennent à des sphères différentes, mettant en jeu des intérêts parfois opposés.

Mais cet aspect ne saurait remettre en cause l'objet même du droit de la concurrence, destiné dans son principe à rétablir les conditions du « laisser-faire », et donc, ainsi qu'il a été précisé en introduction, du « laisser-contracter ». La libre concurrence permet en effet d'offrir spontanément des prix efficaces, et donc une allocation des ressources satisfaisante. Or, lorsque les autorités de concurrence interviennent, c'est pour « soigner » le marché atteint de pathologies propres à bloquer le jeu concurrentiel. En d'autres termes, l'établissement ou le rétablissement des conditions de concurrence permet aux opérateurs d'exercer leur totale liberté contractuelle. Le contrat demeure en effet un outil incontournable pour l'exercice d'une saine concurrence : en assurant la diversité de l'offre, l'action même de l'autorité de concurrence permet aux opérateurs concurrents et aux consommateurs d'exercer un choix contractuel, et donc de contracter librement. C'est l'exercice de cette liberté contractuelle qui, réciproquement, stimulera la concurrence.

Outil de la concurrence, le contrat peut aussi servir les autorités de concurrence dans sa méthode de négociation. L'« accord » qui en résulte ne lie plus alors deux acteurs d'un marché, mais directement l'autorité de concurrence et l'entreprise impliquée dans une procédure.

Ainsi, le principe contractuel entre opérateurs sur un marché peut être préconisé par l'autorité de concurrence, mais également directement utilisé par elle dans ses relations avec les entreprises.

La préconisation du principe contractuel

D'une façon générale, l'action de l'autorité de concurrence tend à limiter ou interdire les restrictions apportées à la liberté commerciale des opérateurs ou des consommateurs. Ainsi, en levant les barrières à l'entrée sur un marché, l'application du droit de la concurrence permet soit aux opérateurs concurrents, soit aux consommateurs, de contracter librement. L'autorité de concurrence peut également préconiser explicitement la conclusion de certains contrats pour stimuler la concurrence dans certains secteurs.

La liberté contractuelle assurée

De nombreuses pratiques soumises à l'examen des autorités de concurrence tendent à restreindre la liberté commerciale ou contractuelle des entreprises concurrentes ou des consommateurs.

Liberté contractuelle de l'acheteur final

Le Conseil de la concurrence a, ainsi, récemment statué sur les pratiques de la Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) lors du déroulement de l'appel d'offres organisé par l'Office des transports de la Corse, destiné à renouveler la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille. Par une décision de mesures conservatoires¹²⁷, il a d'abord enjoint à la SNCM de rendre son offre globale divisible, de façon à ce que la collectivité soit en mesure de panacher plusieurs offres concurrentes. En effet, la SNCM était la seule entreprise en mesure d'assurer toutes les dessertes. En présentant une offre globale, elle était assurée de remporter la totalité des lignes. Au fond, la SNCM a également été sanctionnée pour avoir présenté puis maintenu une offre indivisible¹²⁸. Dans cette affaire, les pratiques étaient donc destinées à limiter la liberté contractuelle de la collectivité en empêchant les offres concurrentes de prospérer.

Dans l'avis qu'elle a rendu sur les assurances emprunteur, l'Autorité de la concurrence a également relevé l'existence de restrictions tendant à limiter la liberté contractuelle des emprunteurs immobiliers. Le Code de la consommation laisse en effet au prêteur la possibilité de lier l'octroi d'un prêt à l'adhésion de l'emprunteur à un contrat d'assurance collective qu'il a lui-même souscrit en vue de garantir le remboursement total ou partiel des échéances, en cas de survenance d'un risque défini par le contrat. Or, constate l'Autorité, cette possibilité conduit « à restreindre le choix des consommateurs et à fermer le marché : le fait pour un établissement de crédit d'imposer aux emprunteurs d'adhérer à son contrat d'assurance groupe non seulement restreint la liberté de l'emprunteur de souscrire un contrat à titre individuel mais a aussi un effet restrictif sur l'accès d'autres compagnies d'assurance au marché de l'assurance emprunteur »¹²⁹. Afin de permettre aux consommateurs de choisir librement leur assureur, l'Autorité a préconisé toutes les solutions favorables au découplage entre offre de crédit immobilier et offre d'assurance : renforcer l'information des emprunteurs sur les conditions d'assurance afin qu'ils puissent comparer les offres concurrentes ; motiver le refus d'un contrat d'assurance équivalent à celui proposé par la banque ; interdire de moduler le taux de l'emprunt en fonction de l'assurance retenue.

Liberté contractuelle des revendeurs

La préservation de la liberté contractuelle des acteurs sur un marché peut être un des critères utilisés pour apprécier le caractère anticoncurrentiel ou non d'une

127. Décision 06-MC-03 (irrecevabilité du recours par CA Paris, 6 février 2007, SNCM).

128. Décision 09-D-10 (confirmée par CA Paris, 9 mars 2010).

129. Avis 09-A-49, § 25.

pratique. Tel est le cas dans certains accords verticaux. La Cour de cassation a ainsi confirmé que le versement par un fournisseur d'une rémunération de coopération commerciale à des distributeurs, en contrepartie de prestations de service spécifiques, n'était pas de nature à fausser le jeu de la concurrence lorsque cette forme de coopération n'excluait aucun distributeur disposé à fournir les mêmes services, qu'elle était offerte de façon non discriminatoire, et qu'elle n'avait ni pour objet ni pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer librement leurs prix de revente¹³⁰. L'analyse du contrat de franchise tient également compte de la liberté ou non du franchisé de négocier librement ses prix de revente. La centralisation des achats imposant au franchisé un fournisseur obligatoire, selon des prix d'achat imposés par la centrale d'achat a ainsi été soumise à l'examen du Conseil de la concurrence. Se référant à une décision de la cour d'appel de Paris favorable à l'imposition de prix d'achat à condition que cette clause ne fasse pas obstacle à la liberté du franchisé de négocier librement ses prix de revente¹³¹, le Conseil a validé le mécanisme du référencement et de la centralisation des achats qui lui était soumis¹³². Dans une autre décision, le Conseil relève que l'imposition de prix de revente limite la liberté commerciale des franchisés. Or, « *de tels agissements, qui trouvent leur source dans le contrat lui-même, sont constitutifs d'une entente sur les prix entre franchiseur et franchisés, pratique qui, par sa nature même, a pour objet de porter atteinte à la concurrence* »¹³³.

Libre de déterminer les prix de vente au détail, le revendeur doit également être libre de choisir son mode de commercialisation. Cette dernière question s'est posée pour les reventes en ligne. Aujourd'hui, ce mode de commercialisation détient un fort potentiel de croissance, décuplant les possibilités de mises en concurrence par les prix : « *L'utilisation d'Internet permet en effet aux consommateurs de visiter le site d'un distributeur, de commander le produit, et de se le faire livrer, sans avoir à se déplacer.* »¹³⁴ Cependant, lorsque ce mode de distribution est assuré de manière exclusive, se pose la question de la prise en compte des coûts de constitution de réseau et du parasitisme : le distributeur par Internet peut profiter des efforts engagés par les autres entreprises, sans en partager les coûts. Si donc la vente en ligne « *est favorable, dans un sens, au consommateur dès lors qu'elle facilite la concurrence par les prix, [elle] peut aussi être source de distorsions de concurrence entre vendeurs et, en étant susceptible d'entraîner indirectement la disparition ou la raréfaction de certains services, induire des effets moins positifs pour le consommateur* »¹³⁵. Finalement, ainsi que l'a expliqué l'Autorité de la concurrence dans l'avis sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales, la

130. Cass. com., 24 octobre 2000, n° 98-12.947, SA Concurrence.

131. CA Paris, 20 juin 1993 : « *Il ne peut être soutenu que, telle qu'elle est rédigée, cette disposition impose directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente des produits, objet du contrat; elle vise seulement par une disposition qui n'est à cet égard critiquée ni quant à son objet ni quant à son effet, à imposer au franchisé les conditions de vente conclues par le franchiseur avec les fournisseurs agréés, sans pour autant lui interdire de négocier librement ses prix de revente avec les professionnels qui constituent sa clientèle.* »

132. Décision 03-D-39, § 58 et s.

133. Décision 07-D-04, § 106.

134. Décision 08-D-25, § 57 (CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre, renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE).

135. Décision 06-D-24, § 70 (confirmée par CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama).

*« double caractéristique [d’Internet] – ubiquité et dématérialisation – explique tant les potentialités que les limites actuelles du commerce en ligne, à la fois source d’opportunités nouvelles pour les consommateurs et substitut imparfait du commerce physique »*¹³⁶.

Les affaires relatives à la vente en ligne soumises au Conseil de la concurrence concernent l’articulation de ce mode de vente avec les réseaux de distribution sélective.

Dans une première affaire, le Conseil a accepté les engagements d’un fournisseur, consistant à compléter et à modifier son contrat de distribution sélective, afin d’y prévoir la commercialisation en ligne. Ainsi, les membres du réseau peuvent connaître les conditions exactes dans lesquelles la commercialisation des produits par Internet peut s’exercer. En revanche, le Conseil a accepté que le fournisseur refuse d’agréer des entreprises vendant exclusivement sur Internet. En l’espèce, la part de marché du fournisseur ne dépassait pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vendait ses biens ou services contractuels, et l’accord bénéficiait donc d’une exemption catégorielle qui permettait au fournisseur de ne pas justifier ses choix au regard des règles de concurrence par un bilan coûts-avantages. Dans son arrêt de rejet, la cour d’appel ajoute que l’entreprise fournissant les produits *« est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur Internet n’intervienne, dans l’intérêt même des consommateurs, qu’en complément d’un point de vente physique »*¹³⁷.

Une autre affaire concernait les réseaux de distribution sélective de plusieurs fabricants de produits cosmétiques et d’hygiène corporelle, qui interdisaient à leurs distributeurs de vendre leurs produits sur Internet ou leur imposaient des conditions restreignant substantiellement leur capacité à se lancer dans la vente en ligne. La majeure partie des sociétés s’étaient alors engagées à modifier leurs contrats pour permettre l’accès aux distributeurs agréés de ce canal de distribution. Par décision du 8 mars 2007, le Conseil avait accepté ces engagements¹³⁸.

Cependant, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a maintenu la prohibition des ventes en ligne par ses distributeurs agréés. Or, le Conseil a considéré que l’interdiction de vente sur Internet imposée par le fournisseur aux membres de son réseau de distribution sélective équivalait à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs et présentait, en raison de cette restriction caractérisée de concurrence, un objet anticoncurrentiel : *« En imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur Internet, [le fournisseur] limite d’emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d’hygiène corporelle. De ce fait, [il] restreint le choix des consommateurs désireux d’acheter par Internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise “physique” du distributeur*

¹³⁶. Avis du 28 septembre 2009 sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales.

¹³⁷. CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama.

¹³⁸. Décision 07-D-07.

agrée.»¹³⁹ Le Conseil a toutefois précisé que si des accords verticaux comportant une telle restriction caractérisée ne peuvent bénéficier de l'exemption catégorielle du règlement n° 2790/1999, ils sont susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE. Appelée à intervenir en tant qu'*amicus curiae* devant la cour d'appel¹⁴⁰, la Commission européenne a adopté une analyse similaire à celle du Conseil : l'interdiction générale de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée par le fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 du traité CE. L'autorité, en conséquence, n'est pas obligée d'analyser les effets de la restriction sur le marché pour la qualifier d'anticoncurrentielle, mais l'entreprise peut apporter la preuve que les conditions nécessaires à une exemption individuelle sont remplies.

Ces affaires mettent en évidence le conflit latent existant entre, d'une part, la force obligatoire des contrats de distribution sélective et, d'autre part, la liberté commerciale et contractuelle des distributeurs et des consommateurs. Les autorités de concurrence ont trouvé un point d'équilibre : alors qu'il est admis que la possibilité de vendre les produits par Internet puisse être limitée aux revendeurs agréés disposant d'un point de vente physique, une interdiction générale, comprenant aussi les distributeurs du réseau, apparaît comme étant une restriction de concurrence par objet. C'est cette approche qu'a aussi adoptée la Commission européenne dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales. Elles retiennent en effet qu'il est loisible à des fournisseurs d'imposer l'exploitation d'un lieu de vente physique aux détaillants qui souhaiteraient intégrer leur réseau de distribution¹⁴¹. « *Le point d'équilibre* » précise ainsi l'Autorité « *est donc articulé autour d'un mix entre la vente en dur et la vente en ligne, que l'on pourrait appeler le brick and click* »¹⁴². Ainsi, les contrats actuels de distribution sélective ne peuvent empêcher toute conclusion de contrats futurs par voie électronique.

Dans les différentes décisions mentionnées, l'effectivité du principe contractuel est ainsi assurée par les autorités de concurrence. Mais ce principe peut être également explicitement préconisé.

Le principe contractuel explicitement préconisé

L'autorité de concurrence peut être amenée à préconiser la voie contractuelle pour assurer les conditions nécessaires à l'exercice d'une saine concurrence. Le contrat vient alors corriger les imperfections du fonctionnement du marché. Deux avis récents, rendus dans le secteur de la santé et du lait, illustrent cet usage de la voie contractuelle.

139. § 57.

140. CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. Dans cet arrêt, la question de la qualification de la pratique au regard des règles de concurrence fait l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes.

141. Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), § 54.

142. Avis précité.

Dans le secteur de la santé

Le premier avis est relatif aux réseaux de soins agréés par les complémentaires santé¹⁴³. Des partenariats conclus entre les professionnels de santé et les organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM) se sont en effet développés sur les marchés de soins dentaires et d'optique non soumis à régulation tarifaire. Ces partenariats reposent sur la combinaison d'engagements réciproques : les professionnels de santé agréés s'engagent sur des services à prix modérés et de qualité et sur la mise en place du tiers payant ; en contrepartie, les assurés de l'OCAM concerné sont orientés vers les professionnels de santé membres du réseau, ce qui leur assure un flux de clientèle régulier.

Comme tout marché de soins¹⁴⁴, les marchés dentaires ou de l'optique revêtent certaines caractéristiques de nature à perturber le libre fonctionnement des règles de concurrence : la relation professionnel/consommateur est caractérisée par une forte asymétrie d'informations au détriment du consommateur ; la demande de ce dernier, comme celle de tout patient, est captive et incertaine ; enfin l'interposition du mécanisme assurantiel rend le patient relativement insensible aux prix, et fait converger les tarifs pratiqués par les professionnels et le montant maximal des garanties accordées par les OCAM¹⁴⁵.

Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence estime que « *la mise en place de réseaux de professionnels agréés est précisément de nature à perturber positivement ce schéma. Axée, de fait, sur la régulation de l'offre, et reposant sur une identité d'intérêts entre l'organisme complémentaire – qui cherche à mieux maîtriser ses coûts – et les assurés – qui souhaitent bénéficier d'un reste à charge nul ou limité et d'une prime d'assurance la moins élevée possible –, elle soumet les professionnels souhaitant être sélectionnés à l'obligation de respecter des tarifs maximaux, déterminés de manière à freiner ou mettre fin aux hausses constatées sur les marchés concernés. Ainsi, à supposer qu'il y ait uniformisation des tarifs, il y a toute probabilité qu'il s'agisse, d'une uniformisation à un niveau sensiblement moindre qu'en l'absence de tout mécanisme de contractualisation* »¹⁴⁶. Ainsi, la mise en concurrence des professionnels par le patient, nécessairement imparfaite étant donnée l'asymétrie d'informations que celui-ci subit, se trouve reportée sur les OCAM qui agissent comme clients des professionnels, « par subrogation » des assurés. En conséquence, c'est l'assurance qui met en concurrence les professionnels de santé. Dans ce cadre, les niveaux des tarifs proposés par les professionnels conditionnent fortement les chances de ces derniers d'être acceptés dans le réseau, au bénéfice tant des assurés que des mutuelles complémentaires.

143. Avis 09-A-46.

144. Cf. l'étude thématique du Conseil de la concurrence : « Concurrence et santé », in Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2008, La Documentation française, p. 85 et s.

145. Avis précité, § 115.

146. Avis précité, § 116 (soulignement ajouté).

Dans le secteur du lait

Dans un second avis¹⁴⁷, l'Autorité ne s'est pas prononcée sur les aspects proconcurrentiels de partenariats déjà conclus, mais a recommandé la conclusion de contrats pour l'heure inexistants pour remédier aux blocages concurrentiels dans le secteur du lait.

Cet avis a été adopté à la demande de la commission des Affaires économiques du Sénat sur le fondement de l'article L. 461-5 du Code de commerce. Il propose d'abord un diagnostic des causes de la crise que connaît actuellement la filière laitière, notamment caractérisée par une chute brutale des prix à la production (plus de 37 % entre septembre 2008 et avril 2009) : faible concentration du secteur de la production, déséquilibre corrélatif dans le pouvoir de négociation, forte volatilité des prix des produits industriels en absence de mécanismes contractuels particuliers, inadéquation de la régulation par le biais de mécanismes d'orientation des prix. Parmi les solutions préconisées¹⁴⁸ par l'Autorité de la concurrence, « *la contractualisation apparaît comme la solution la plus prometteuse* »¹⁴⁹. L'Autorité a en effet constaté que, dans ce secteur, les producteurs pour lesquels la collecte du lait est assurée par une société commerciale (et non une coopérative) écoulent leur lait en dehors de tout cadre contractuel. Les relations entre producteurs et industriels sont, dans ce cas, des relations informelles basées sur la confiance pour lesquelles il n'existe ni prix ni volume ni qualité formalisés. Or, la conclusion de contrats entre producteurs et industriels présente plusieurs avantages rappelés par l'Autorité : « *Une contractualisation portant sur des volumes, des prix, et des éléments de qualité, doit prendre le relais et permettre de donner la visibilité nécessaire pour les producteurs. En effet, la production laitière présente la double caractéristique d'avoir un cycle de production long et rigide et des charges fixes nettement supérieures aux charges variables. Cela limite fortement la capacité d'adaptation des éleveurs laitiers. Par ailleurs, cette visibilité ne peut également qu'être bénéfique pour les transformateurs, qui pourraient ainsi avoir une meilleure prévisibilité de leurs approvisionnements et leurs coûts. Enfin, la mise en œuvre de contrats avec des prix fixés sur des périodes de plusieurs mois peut permettre de lisser la variabilité saisonnière, ce qui semble possible compte tenu du fait qu'une part des produits transformés fait l'objet de négociations avec la grande distribution, qui sont annuelles la plupart du temps.* »¹⁵⁰ Pratiquement, la contractualisation pourrait s'opérer par le regroupement des producteurs, afin de réduire le déséquilibre du rapport de force entre producteurs et industriels, et de restaurer le pouvoir de négociation des producteurs.

Ces deux avis montrent que le contrat peut rééquilibrer les rapports de force entre les opérateurs sur un marché et, par là, assurer un meilleur fonctionnement de la concurrence.

147. Avis 09-A-48.

148. En résumé : la mise en place d'un marché à terme pour lutter contre la volatilité des prix, l'assouplissement de l'organisation commune de marchés, la concentration de l'offre pour renforcer le pouvoir de négociation des producteurs.

149. Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 2 novembre 2009.

150. Avis précité, § 114.

Dans le premier cas, le développement de partenariats entre assureurs privés et professionnels de santé permet notamment de remédier à l'asymétrie d'informations subie par le patient dans sa relation avec le professionnel. La mise en concurrence « verticale » des réseaux de santé tend à se substituer, pour les marchés concernés, à la mise en concurrence « horizontale » des professionnels par le patient, mise en concurrence nécessairement imparfaite. Les payeurs (assureurs complémentaires), étant davantage incités à faire jouer la concurrence, et mieux informés pour le faire, le rôle sélectif de la demande – qui ne peut être correctement joué par les patients dont le choix n'est pas éclairé – se trouve assumé par les assureurs.

Dans le second cas, le contrat permettrait aux producteurs de lait de négocier les conditions de vente de leurs produits, et donc de bénéficier de la sécurité juridique et économique liée à ces accords.

Dans ces exemples, il ne s'agit pas, pour l'Autorité, de protéger le contractant faible des abus éventuels de son cocontractant, mais de favoriser les meilleures conditions de rencontre de l'offre et de la demande. Or, le contrat, point de rencontre de deux intérêts divergents, peut, dans certaines situations particulières, servir cet objectif.

Les développements précédents concernent les contrats conclus ou à conclure entre opérateurs sur un marché. Mais les autorités de concurrence font elles-mêmes appel, dans leurs relations avec les entreprises, à la technique contractuelle.

L'utilisation du principe contractuel

Jusqu'à présent, le contrat envisagé était le contrat du droit civil, chose des parties, assurant la satisfaction de besoins individuels. Ce type de contrat entretient plusieurs types de relations avec la concurrence : à la fois soumis à ce droit et outil de fonctionnement du marché.

Le contrat peut aussi être envisagé dans son mécanisme d'élaboration : ce n'est plus l'acte qui est alors envisagé, mais plutôt le processus d'élaboration du contrat, qui peut être utilisé par l'autorité de concurrence dans ses relations avec les entreprises. La relation entre l'autorité et les entreprises se concrétise alors en une discussion libre entre autorité et entreprises, et elle a pour objet d'instaurer ou de restaurer les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une saine concurrence.

Le terme de « négociation », souvent employé pour décrire ce processus de discussion, n'est pas juridiquement exact. La précision sémantique nous conduit à préférer le terme de discussions ou à n'employer le mot qu'entouré de guillemets afin de mettre en évidence qu'il ne traduit qu'imparfaitement la réalité.

Il ne s'agit, dans cette partie de l'étude, que de mettre en évidence un emprunt aux techniques d'élaboration des contrats. La matérialisation des discussions auxquelles les procédures décrites plus bas donnent lieu, entre parties inégales, ne se concrétise pas, bien sûr, dans la formalisation d'un contrat.

Dans le cadre du contrôle des concentrations

Cette technique a d'abord été utilisée par les autorités de concurrence dans le cadre du contrôle *ex ante* des concentrations. Lorsque l'opération projetée est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante, les parties peuvent y remédier en proposant des engagements. Si ces engagements sont suffisants, l'autorisation de concentration peut être conditionnée à leur mise en œuvre. Il est intéressant de souligner que, dans ce contexte, les engagements peuvent être non seulement comportementaux mais aussi structurels, ce qui confère à l'autorité de concurrence un rôle déterminant sur la structure même des marchés. Ainsi que l'indiquent les lignes directrices, cet aspect est même privilégié par l'Autorité de la concurrence : « *L'Autorité de la concurrence recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération.* »¹⁵¹

Trois décisions rendues par l'Autorité de la concurrence ont, en 2009, autorisé l'opération notifiée sous réserve d'engagements.

La première¹⁵² est relative à la fusion de la Banque Populaire et de la Caisse d'Épargne. Dans son analyse, l'Autorité a constaté que la diversité de l'offre bancaire serait sérieusement réduite à la Réunion en raison de l'opération, où près de 50 % des agences bancaires de l'île seraient rattachées au nouveau groupe. Afin de remédier aux problèmes spécifiquement identifiés à la Réunion, le nouveau groupe s'est engagé à maintenir l'indépendance juridique et l'autonomie de gestion de leurs trois futurs réseaux (Banque de la Réunion, Caisse d'Épargne et BRED), pour une durée de cinq ans. Durant cette période probatoire, l'Autorité examinera la position concurrentielle du nouveau groupe afin de vérifier si ces engagements sont suffisants ou s'il convient que des actifs soient cédés.

La deuxième¹⁵³ est relative au rachat de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route et gestionnaire de plusieurs terminaux, par la SNCF. L'Autorité a autorisé l'opération sous réserve d'engagements concernant les différents marchés sur lesquels le nouveau groupe serait appelé à intervenir. Ces engagements sont à la fois structurels (sur le marché des services des terminaux, la SNCF s'est notamment engagée à constituer des sociétés d'exploitation à capital ouvert permettant l'entrée dans leur capital d'autres opérateurs de transport combiné exploitant des trafics sur les terminaux concernés) et comportementaux (la SNCF s'étant engagée à ce que Novatrans mette en concurrence les entreprises ferroviaires pour la traction de ses trains et un accès transparent et non discriminatoire à tous les transporteurs routiers, y compris ceux extérieurs au groupe SNCF pendant une certaine période).

151. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives aux concentrations, § 528.

152. Décision 09-DCC-16.

153. Décision 09-DCC-54.

La troisième¹⁵⁴ concerne une opération de concentration entre deux entreprises présentes dans les secteurs de l'alimentation animale et de la volaille. Si l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence dans le premier secteur, l'Autorité a, en revanche, constaté qu'elle renforcerait de façon significative la présence du nouveau groupe à plusieurs stades de la production et de la commercialisation de viande de volaille et de produits élaborés à base de volaille. Comme dans le cas précédent, l'Autorité a autorisé l'opération sous réserve d'engagements structurels (de cession d'actifs) et comportementaux (absence de remises liées) permettant de remédier aux problèmes concurrentiels identifiés.

Dans ces différents cas, la décision d'autorisation de concentration reste subordonnée à la mise en œuvre des engagements. En cas de non-respect d'engagements mentionnés dans une décision statuant sur une opération de concentration, l'Autorité peut, en effet, retirer la décision autorisant la concentration, les parties devant alors soit revenir à l'état antérieur à la concentration soit notifier de nouveau l'opération. L'Autorité peut également enjoindre sous astreinte aux parties d'exécuter les engagements ou prononcer une sanction pécuniaire¹⁵⁵.

Dans le cadre de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles

Les autorités de concurrence utilisent, dans leur contrôle *ex post*, destiné à réprimer les pratiques anticoncurrentielles, des techniques unilatérales (sanctions, injonctions...). Mais se font jour aussi des procédés alternatifs ou complémentaires, qui font appel à des discussions avec les entreprises. Le terme de contrat est impropre mais la technique emprunte certaines caractéristiques propres à l'instrument contractuel.

Discussion avec les entreprises dans le cadre d'un programme de clémence

Elle peut ainsi constituer une réponse aux situations anticoncurrentielles occultes, difficiles à détecter pour l'autorité de concurrence. Les pratiques concernées sont des ententes horizontales comme celles consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d'appels d'offres¹⁵⁶. Quels sont alors les termes de la négociation ? Du côté de l'entreprise, il s'agit d'apporter à l'autorité des informations nouvelles et suffisantes pour permettre l'établissement de la pratique prohibée : son apport doit donc remédier au déficit d'informations subi par l'autorité. Du côté de l'autorité, il s'agit d'accorder une exonération à l'entreprise, totale ou partielle, selon la valeur de l'information fournie et l'étendue de sa coopération¹⁵⁷. En dehors de son objectif affirmé de détection des ententes, la mise en œuvre d'un tel programme de clémence permet donc aussi de prévenir les pratiques, par la précarisation des accords anticoncurrentiels : l'existence même d'une possibilité de discussion avec l'autorité fait, qu'à

154. Décision 09-DCC-67.

155. Article L. 430-8 du Code de commerce.

156. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, § 9.

157. Cette valeur est appréciée en considération, d'une part, des éléments de preuve dont disposait déjà l'Autorité, et, d'autre part, du fait que l'entreprise est la première ou non à dénoncer l'entente (communiqué précité, § 13 et s.)

tout moment, un des membres de l'entente peut choisir de coopérer avec l'autorité plutôt que de poursuivre les pratiques.

La simple promesse de coopération de l'entreprise se rapprochant de l'autorité au début de la procédure ne suffit pas à lui accorder le bénéfice d'une exonération définitive. En ce sens, l'avis de clémence rendu sur la base de la demande de clémence ne peut formaliser d'engagement définitif. Le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence précise à ce sujet que *« dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, l'Autorité estime que les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, elle accorde l'exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires telle quelle était indiquée dans l'avis de clémence. Dans le cas de l'exonération partielle, elle en fixe le niveau exact »*¹⁵⁸. Ainsi, dans l'affaire du négoce des produits sidérurgiques¹⁵⁹, le Conseil de la concurrence a relevé que l'entreprise ayant sollicité à son profit la mise en œuvre du programme de clémence s'est manifestée plus de deux ans après les opérations de visite et saisie. Cependant, sa coopération à compter de l'enquête administrative et durant la phase d'instruction tempère les conséquences de cette démarche tardive. Le Conseil précise que *« pour déterminer, après avoir vérifié que ces conditions sont remplies, la part de l'exonération accordée, le Conseil prend en compte la date à laquelle la société a fait sa démarche, la valeur ajoutée des éléments apportés et toutes les autres circonstances concrètes de l'espèce. Il n'est, ce faisant, pas lié par la fourchette fixée dans l'avis conditionnel de clémence et peut aller plus loin dans l'exonération finalement décidée »*¹⁶⁰. Ce n'est donc qu'après examen de la coopération concrète de l'entreprise lors de l'enquête et de l'instruction du dossier que l'autorité accordera définitivement une exonération. En d'autres termes, la négociation entre l'autorité et l'entreprise n'est aboutie que par l'accomplissement des prestations réciproques (coopération contre exonération), et non par la simple promesse d'accomplissement de celles-ci.

Réponse procédurale au déficit d'information de l'autorité de concurrence, **l'utilisation de techniques s'apparentant à la négociation d'un contrat peut aussi servir** à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles commises. Deux cas de figure peuvent alors se présenter.

« Négociation » avec les entreprises dans le cadre d'une procédure d'acceptation d'engagements ou d'une procédure de non-contestation des griefs

L'entreprise peut tout d'abord présenter des engagements en amont de la procédure, avant même la notification des griefs. Lorsque l'atteinte à l'économie est *« actuelle »*¹⁶¹ et n'a pas encore produit d'effet irréversible sur la concurrence, la procédure d'acceptation d'engagements semble en effet plus appropriée que celle aboutissant au prononcé d'une sanction pécuniaire. Le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence relatif aux engagements met en évidence la technique de libre négociation qui préside à cette procédure. Il s'agit *« d'obtenir*

158. Communiqué précité, § 36 (soulignement ajouté).

159. Décision 08-D-32.

160. Soulignement ajouté.

161. CA Paris, 6 novembre 2007, Canal 9.

que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant»¹⁶². À cet effet, les entreprises sont libres de se rapprocher des services d'instruction pour explorer la voie d'engagements, du moins tant que les griefs ne sont pas notifiés¹⁶³. Ainsi, indépendamment du rôle d'orientation ou d'incitation que peut jouer l'autorité dans la négociation, les engagements proposés par l'entreprise concernée sont libres. Réciproquement, l'Autorité apprécie la pertinence des engagements et, le cas échéant, leur donne force exécutoire¹⁶⁴.

Mais l'entreprise peut aussi, après avoir reçu une notification des griefs, choisir de ne pas les contester, et donc de renoncer à se défendre sur la matérialité des faits, leur qualification juridique et leur imputation. Dans ce cas de figure, elle peut également proposer de « modifier son comportement pour l'avenir »¹⁶⁵. Si ces engagements sont considérés comme crédibles et vérifiables par l'autorité, cette dernière peut abaisser la sanction qui aurait normalement dû être infligée, le plafond de sanction étant automatiquement diminué de moitié.

La procédure d'acceptation d'engagements et celle de non-contestation des griefs donnent lieu à une négociation entre l'autorité de concurrence et l'entreprise mise en cause, permettant de mettre fin aux pratiques : « Dans les deux cas, cette faculté de négocier transforme la relation qui s'instaure entre le Conseil de la concurrence et les entreprises ; elle change d'image et de nature. »¹⁶⁶ Cet aspect n'est pas sans rappeler la rencontre de deux volontés libres nécessaire à la formation d'un contrat au sens civiliste du terme. Cependant, à la différence du contrat conclu entre opérateurs, l'accord qui en résulte ne formalise pas la satisfaction d'intérêts privés divergents. En particulier, l'autorité n'agit pas pour représenter les intérêts privés des concurrents de l'entreprise concernée ou du saisissant : la négociation passée entre l'entreprise et l'autorité n'a d'autre objet que de répondre à l'ordre public concurrentiel. Le Conseil de la concurrence a précisé à cet égard, pour la procédure d'acceptation d'engagements, que, « rendue par une autorité de concurrence qui remplit une mission ayant pour finalité la défense de l'ordre public économique, la décision d'accepter des engagements n'intervient pas pour satisfaire la demande d'une partie mais pour mettre fin à une situation objectivement préjudiciable à la concurrence »¹⁶⁷. Autre différence, notable, entre le contrat civil et la négociation passée entre l'autorité de concurrence et l'entreprise : l'absence de faculté de résiliation unilatérale

162. Communiqué précité, § 5 (soulignement ajouté).

163. Précité, § 14.

164. Précité, § 33.

165. III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

166. B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence ».

167. Décision 06-D-24, § 100.

pour l'entreprise¹⁶⁸. En acceptant les engagements de l'entreprise, l'autorité de concurrence les rend obligatoires et l'entreprise n'a ensuite pas la faculté de sortir des termes de ses engagements, ainsi qu'elle le pourrait pour les contrats à durée indéterminée conclus avec ses contractants ordinaires : « *Il s'agit [...] d'une négociation qui donne lieu à une décision d'injonction du Conseil de la concurrence, dont l'exécution sera étroitement surveillée.* »¹⁶⁹

Modification des clauses contractuelles par la voie de la négociation entre l'entreprise et l'autorité de concurrence

Il est intéressant de constater que les engagements proposés dans ces deux procédures permettent à l'autorité d'obtenir la modification des clauses contractuelles faisant l'objet des préoccupations de concurrence. Ces voies procédurales respectent en effet la liberté contractuelle de l'entreprise. Cet aspect a été rappelé par l'avocat général Kokott dans ses conclusions relatives à l'affaire Alrosa pour la procédure d'acceptation d'engagements. Un des moyens du recours formé à l'encontre de l'arrêt du Tribunal de première instance auprès de la Cour de justice portait sur l'absence de respect, dans le cadre d'une procédure d'engagements, de la liberté contractuelle de l'entreprise ayant proposé des engagements. L'avocat général réfute cet argument : « *Par les engagements individuels qu'elle a offerts à la Commission, [l'entreprise] fait usage de sa liberté contractuelle négative. Elle a renoncé librement à passer des contrats à l'avenir avec [une autre]. Le fait [qu'elle] a offert ses engagements au cours d'une procédure d'application du droit de la concurrence dans le but d'éviter de faire l'objet d'une décision d'interdiction [...] ne porte pas atteinte au caractère volontaire de ce renoncement.* »¹⁷⁰ Ces procédures permettent ainsi aux entreprises de déterminer elles-mêmes les engagements : ceux-ci n'en seront donc que plus adaptés à leur situation.

Dans le cadre de la procédure d'acceptation d'engagements, cette voie peut en pratique être utilisée après une procédure de mesures conservatoires, ainsi qu'il a été expliqué précédemment. L'autorité peut alors indiquer par voie d'injonctions provisoires le cadre contractuel satisfaisant aux conditions de concurrence, et l'entreprise en détailler le contenu par une offre d'engagements.

Mais ces engagements de modification de contrats peuvent aussi intervenir seuls, sans injonctions préalables. Dans un autre contexte déjà décrit dans la présente étude, le Conseil de la concurrence a ainsi obtenu des fabricants la modification de leurs contrats de distribution sélective afin d'y intégrer des stipulations concernant la vente en ligne dans le cadre d'une procédure d'acceptation d'engagements. Dans une première affaire¹⁷¹, le Conseil avait constaté que le contrat-cadre de distribution sélective mis en place par Festina, fabricant de produits d'horlogerie, ne

¹⁶⁸. Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* » : Cons. constit., 9 novembre 1999, 99-419 DC.

¹⁶⁹. B. Lasserre, précité.

¹⁷⁰. Conclusions présentées le 17 septembre 2009, précitées, points 228-229 (soulignement de l'auteur).

¹⁷¹. Décision 06-D-24 (confirmée par CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama).

contenait aucune disposition régissant la vente sur Internet et qu'il n'existait aucun contrat spécifique de vente par correspondance. L'entreprise a donc proposé de compléter son contrat à l'égard des distributeurs agréés, engagements acceptés par le Conseil. Dans une seconde affaire, des fabricants de produits parapharmaceutiques interdisaient, formellement ou implicitement, à leurs distributeurs agréés de revendre leurs produits en ligne. Les entreprises ont donc proposé de modifier leurs contrats afin de permettre à leurs distributeurs de revendre par Internet les produits, sous certaines conditions¹⁷².

Dans une autre décision, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma¹⁷³, le Conseil avait formulé des préoccupations de concurrence concernant notamment l'interdiction totale de la vente sur Internet de ces produits par les distributeurs agréés, ou l'autorisation de ce type de vente à des conditions trop restrictives. Au titre de la procédure des engagements, les fabricants ont proposé de modifier le cadre contractuel de distribution sélective de leurs produits afin, principalement, d'autoriser leurs distributeurs agréés, dans des conditions non restrictives, à vendre leurs produits sur Internet.

Plus récemment, l'Autorité de la concurrence a accepté les engagements de Photomaton destinés à modifier les contrats que cette entreprise conclut avec les détenteurs d'emplacement des cabines de photographies d'identité. L'Autorité avait en effet constaté que le jeu cumulé de différentes clauses pouvait créer des barrières à l'entrée du marché pour les concurrents de Photomaton. À cet effet, l'Autorité a accepté les engagements tendant principalement à ne plus conclure de contrats contenant des clauses d'exclusivité (ce qui permet l'implantation d'équipements appartenant à des opérateurs concurrents sur un même site), et à limiter la durée des contrats¹⁷⁴.

Des modifications contractuelles ont également été obtenues dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs. La Poste a, dans ce cadre, proposé de modifier ses contrats commerciaux contenant des remises de couplage et des remises de fidélité dans le secteur de la vente par correspondance. Elle s'est engagée en particulier, pour les produits sous monopole, à ne pas pratiquer de remises qui traiteraient de façon discriminatoire des clients exerçant leur activité sur le même marché; et pour les produits ou services en concurrence et pour lesquels La Poste serait en position dominante, ne pas pratiquer de remises de couplage dont l'assiette serait constituée par le chiffre d'affaires additionné de deux ou plusieurs prestations appartenant à des marchés distincts, ainsi que de remises de fidélité (remises de développement) assises sur la progression du chiffre d'affaires des bénéficiaires¹⁷⁵.

Dans un autre secteur, l'Autorité de la concurrence a obtenu de la Fédération française de football (FFF) de modifier ses contrats de gestion de droits marketing

172. Décision 07-D-07.

173. Décision 06-D-28.

174. Décision 09-D-32.

175. Décision 04-D-65.

de l'Équipe de France et de la Coupe de France. La FFF avait en effet conclu des accords exclusifs et de très longue durée avec Sportfive sans appel à la concurrence. Or, l'Autorité a constaté que la combinaison de clauses d'exclusivité, de tacite reconduction et d'avenants de prolongation signés plusieurs années avant l'échéance théorique des contrats présentait un caractère anticoncurrentiel en ce que la commercialisation des droits était soustraite pendant une très longue période au libre jeu de la concurrence. Dans ce contexte, la FFF s'est notamment engagée à mettre en place une procédure de mise en concurrence pour les contrats relatifs au choix de l'équipementier sportif, à l'acquisition des droits audiovisuels, ainsi que pour les contrats d'intermédiation, sans que, pour ces deux dernières catégories, la durée des contrats puisse dépasser quatre ans (ou six ans dans certains cas particuliers). Elle a en contrepartie bénéficié d'une réfaction de sanction de 40 %¹⁷⁶. Ces différents exemples montrent que le caractère bilatéral des procédures négociées peut s'avérer particulièrement adapté pour modifier des dispositions contractuelles dont la force obligatoire repose précisément sur la libre volonté de l'entreprise concernée. Les entreprises s'étant librement engagées à modifier leurs clauses, elles n'en seront que davantage incitées à les respecter et à les appliquer. Si les procédures négociées permettent ainsi de respecter la liberté contractuelle des entreprises, cet aspect ne saurait cependant occulter le fait qu'une fois acceptés par l'autorité de concurrence, les engagements deviennent obligatoires, et que les entreprises sont tenues d'en assurer la mise en œuvre. En particulier, l'entreprise concernée peut être amenée à s'engager à rendre compte à l'Autorité de l'exécution des engagements rendus obligatoires. En outre, l'Autorité de la concurrence peut assortir une décision rendant un engagement obligatoire d'astreintes, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe. Enfin, la violation ou l'inexécution des engagements peut, conformément à l'article L. 464-3 du Code de commerce, être sanctionnée par une amende dont le montant maximal est de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'entreprise concernée. Ainsi, les entreprises sont libres de proposer des engagements, mais elles ne sont plus libres de s'en défaire dès lors que la décision de l'Autorité les a rendus obligatoires. Les procédures négociées permettent donc de « contractualiser » les relations entre l'autorité de concurrence et les entreprises mais ne consacrent pas la conclusion de contrats au sens civiliste du terme.

Conclusion

L'étude des relations entre le contrat et la concurrence permet de constater que le contrat intéresse les autorités de concurrence en tant qu'élément de fonctionnement ou d'organisation du marché, mais non comme vecteur de satisfaction d'intérêts privés.

L'intervention de l'autorité présente alors deux caractéristiques par rapport à celle du juge des contrats. D'une part, le contrat est apprécié, non en lui-même, mais au regard de son contexte économique et juridique : ce n'est pas l'équilibre

¹⁷⁶. Décision 09-D-31.

contractuel qui compte pour l'autorité de concurrence, mais l'équilibre du marché. D'autre part, l'action de l'autorité de concurrence vise les comportements déviants des entreprises et non directement le contrat illicite. Les sanctions pécuniaires ou les injonctions s'adressent en conséquence à l'entreprise et n'affectent en ce sens pas directement le contrat.

Ce rôle « répressif » de l'autorité de concurrence ne reflète pas seulement un partage de compétence entre le juge des contrats et l'autorité de concurrence, l'un étant compétent pour prononcer la nullité de la convention et régler les conséquences civiles de cette nullité, l'autre pour sanctionner les entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Il s'explique aussi par la philosophie sous-jacente à la libre concurrence, dont la mise en œuvre dépend de l'initiative des entreprises, et de l'exercice de leur liberté contractuelle. La mission de l'autorité de concurrence s'adresse avant tout aux acteurs du marché, et est destinée à modifier leur comportement, par voie de sanction, d'injonction ou par voie de négociation, mais n'a pas pour objet de sanctionner directement un contrat contraire à l'ordre public. L'examen de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et de l'Autorité montre en ce sens que si des « injonctions contractuelles » peuvent être imposées aux entreprises ayant commis des pratiques anticoncurrentielles, la voie de la négociation reste néanmoins privilégiée lorsque les conditions procédurales sont remplies et que le contexte du marché s'y prête.

En définitive, envisager les relations entre contrat et concurrence renvoie implicitement aux relations entre entreprise et autorité de concurrence, la première étant à l'origine du contrat, la seconde chargée de la mise en œuvre des règles de concurrence.

« L'entreprise » est alors souvent identifiée à l'entreprise à laquelle sont imputées des pratiques, qu'elles soient avérées ou non. Les relations entre cette entreprise et l'autorité ont été modifiées depuis 1986, d'abord à l'initiative du Conseil de la concurrence utilisant progressivement les mesures conservatoires pour influencer sur la relation contractuelle, puis sous l'impulsion du législateur, qui a organisé la procédure de non-contestation des griefs, et a ensuite permis au Conseil de négocier des engagements avec les entreprises en amont de la procédure, avant la notification des griefs. Ainsi, le rôle de l'autorité s'est-il doublement étendu : en intervenant *ex ante*, et en obtenant des entreprises des modifications contractuelles.

Mais l'entreprise peut également être un opérateur du marché subissant des limitations à sa liberté contractuelle à cause des pratiques de son concurrent. L'intervention de l'autorité de concurrence permet alors à cet acteur, mais également au consommateur final, lui aussi contractant, de retrouver un choix contractuel lui permettant d'exercer cette liberté. Le marché est, en effet, souvent formalisé par un « *tissu contractuel* » : agir, *ex ante* ou *ex post*, sur un contrat anticoncurrentiel permet bien souvent à d'autres contrats de se conclure dans des conditions plus libres.

Dans tous les cas, l'équilibre du marché est respecté : l'intervention de l'autorité influe sur les conditions de mise en œuvre de la concurrence sur un marché, mais n'a pas pour objet de se substituer aux entreprises, à qui revient notamment la tâche essentielle de librement fixer le tarif de leurs biens ou services.

Les échanges d'informations

Les échanges d'informations entre entreprises jouent un rôle particulièrement sensible dans l'intensité de la concurrence que ces dernières sont susceptibles de se livrer et, plus généralement, dans l'efficacité des mécanismes de marché. Dans certains cas, une meilleure information peut améliorer l'efficacité économique, par exemple lorsqu'elle renseigne les opérateurs sur l'état de la demande ou qu'elle accroît l'efficacité de leur production. Dans d'autres situations, en revanche, elle peut conduire à une atténuation du jeu concurrentiel en entraînant un risque de collusion. Ainsi, des informations sur les stratégies commerciales qu'entendent suivre des concurrents peuvent permettre une coordination tacite des comportements autour d'un équilibre collusif. L'échange d'informations relatives aux comportements passés des opérateurs peut également les dissuader d'entreprendre une politique commerciale agressive : si leurs concurrents sont rapidement informés de leurs initiatives et à même d'y répliquer dans de brefs délais, le gain attendu est minime et les entreprises préféreront donc préserver les équilibres existants. Enfin, en diffusant des informations de façon discriminatoire, certains opérateurs peuvent sciemment avantager une entreprise ayant des liens avec eux ou désavantager des concurrents.

Comme le montrent ces quelques exemples, les échanges d'informations, qui recouvrent tout l'éventail des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être prohibées par les règles européennes ou nationales de concurrence, présentent des aspects très différenciés, tant dans leurs formes que dans leurs effets. Leur traitement par les autorités de concurrence européennes et nationales reflète naturellement cette diversité et cette complexité. Ainsi, un échange d'informations n'est jamais condamné en tant que tel, c'est-à-dire *per se* au sens du droit antitrust américain. Au contraire, l'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne s'appuient sur une analyse au cas par cas, en fonction des données propres à chaque pratique d'échanges d'informations.

Selon leurs caractéristiques intrinsèques et le contexte juridique et économique dans lequel ils s'insèrent, les échanges d'informations pourront soit être qualifiés de restrictions de la concurrence par objet, soit devront être appréciés au regard de leurs effets, l'autorité de concurrence devant alors démontrer la portée anticoncurrentielle actuelle ou potentielle de ces pratiques. Dans cette seconde hypothèse, qui est fréquente en pratique, les autorités de concurrence suivent bien sûr les enseignements de l'analyse économique selon laquelle les effets des échanges d'informations diffèrent selon la structure du marché dans lequel ils interviennent, la nature des informations échangées et les modalités de ces échanges.

La jurisprudence européenne et nationale illustre de façon claire la mise en œuvre de cette approche « graduée » dans le cas des échanges d'informations emportant un risque de collusion. Le cas le plus simple est celui d'échanges d'informations intervenant dans le cadre d'une entente explicite. De tels échanges d'informations constituent une infraction par objet à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « traité »), de sorte qu'il n'est pas nécessaire de

détacher leur examen de celui de cette pratique elle-même. Une entente paraît en effet difficilement concevable sans échange d'informations entre ses membres, pour se coordonner, puis surveiller le respect de la stratégie commune.

En revanche, lorsque les échanges d'informations permettent aux entreprises de coordonner leur politique commerciale sans aller jusqu'à la définition d'un plan ou d'une convention communs, ils constituent une pratique anticoncurrentielle spécifique, analysée sous l'angle des pratiques concertées. Certains de ces échanges d'informations, de par leur nature et compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, sont particulièrement susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence, et pourront être qualifiés d'infractions par objet à l'article 101 du traité. Tel a par exemple été le cas, dans les affaires Bananes¹⁷⁷ et T-Mobile¹⁷⁸, des échanges d'informations entre concurrents portant sur des déterminants des prix futurs permettant aux entreprises concurrentes de réduire très significativement l'incertitude et facilitant ainsi l'adoption d'une ligne de conduite commune. De telles pratiques sont donc sanctionnées sans qu'il soit nécessaire, au stade de la qualification, de démontrer leurs effets anticoncurrentiels. Les entreprises parties à l'échange conservent néanmoins la possibilité de démontrer les effets pro concurrentiels de leur pratique, dans le cadre d'une application de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Lorsque de tels gains d'efficacité sont avérés, il revient à l'autorité de concurrence chargée du cas d'examiner aussi les effets anticoncurrentiels, dans le cadre du bilan à effectuer au titre de cette disposition.

Si les pratiques concertées d'échanges d'informations n'ont pas un objet anticoncurrentiel aussi évident, il conviendra, pour évaluer leurs effets sur la concurrence (et s'il y a lieu, les éventuels gains d'efficacité qu'elles peuvent apporter), de tenir compte de nombreux facteurs, relatifs au marché concerné, aux informations échangées et aux modalités de cet échange. Dans cette perspective, l'analyse de la jurisprudence européenne et nationale aide à comprendre les circonstances qui font qu'un système d'échanges d'informations sera de nature à produire un effet négatif sur la concurrence. Une référence essentielle à cet égard est l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni, où des fabricants de tracteurs s'étaient échangé des données détaillées sur leurs ventes passées. Dans son arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice ») a énoncé pour la première fois les critères qui fondaient son analyse¹⁷⁹, mettant l'accent sur la structure oligopolistique du marché d'une part, sur la précision et le caractère récent et stratégique des informations échangées d'autre part. Dans ses décisions récentes *Palaces Parisiens*¹⁸⁰ et *Téléphonie mobile*¹⁸¹, le Conseil de la concurrence s'est appuyé sur cette grille d'analyse pour sanctionner des échanges d'informations détaillées et

177. Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39188, Bananes.

178. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., C-8/08.

179. CJCE, 28 mai 1998, John Deere, C-7/95P.

180. Décision du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens (05-D-64).

181. Décision du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile (05-D-65).

sensibles entre concurrents, relatifs à leurs comportements passés, prenant bien soin de démontrer concrètement comment ces pratiques d'échanges d'informations étaient susceptibles de modifier les incitations des acteurs à se faire concurrence.

Enfin, les échanges d'informations peuvent engendrer des distorsions de concurrence, par exemple, en permettant à certaines entreprises de bénéficier de données privilégiées du fait de leurs liens avec une entreprise qui les détient de façon exclusive. Ces entreprises sont ainsi indûment favorisées par rapport à leurs rivales. À l'inverse, le refus, par une entreprise qui détient des informations exclusives, de transmettre ces informations à des concurrents réels ou potentiels sur un marché connexe, peut, sous certaines conditions, constituer un abus lorsqu'il s'agit d'informations indispensables à l'activité de ces opérateurs. Dans les deux cas, ces pratiques seront traitées sous l'angle de l'abus de position dominante. Enfin, dans certaines situations, des échanges d'informations entre entreprises liées entre elles (d'un même groupe, par exemple) pourraient permettre à l'une d'elles d'acquérir des données confidentielles et stratégiques sur ses concurrents, à leur insu ou sans leur accord. La Commission européenne comme l'Autorité de la concurrence accordent une attention particulière à ce type de risque lors de l'examen des opérations de concentration, en imposant si nécessaire des mesures propres à restreindre de tels échanges d'informations.

Cette étude a donc pour but de présenter le traitement des pratiques d'échanges d'informations par les autorités de concurrence, tant au niveau national qu'euro-péen. La première partie présente les principaux effets anticoncurrentiels que peuvent avoir les échanges d'informations (risque de collusion, mais aussi d'abus de position dominante). La seconde partie rappelle les gains d'efficacité qu'ils sont susceptibles de générer. La troisième partie détaille les critères sur lesquels l'Autorité de la concurrence fonde son analyse pour établir le bilan concurrentiel d'un échange d'informations. Enfin, la dernière partie explique comment elle procède pour prévenir le risque d'effets anticoncurrentiels liés aux échanges d'informations, ou pour restaurer le jeu concurrentiel affecté par de tels échanges.

Les effets anticoncurrentiels des échanges d'informations

Les échanges d'informations servant de support à une pratique anticoncurrentielle, comme une entente explicite, constituent, quelle que soit la nature des informations en cause, l'accessoire de cette infraction à l'article 101, paragraphe 1 du traité, dans la mesure où ils facilitent le respect de l'entente par ses membres¹⁸². Lorsqu'ils ne sont pas accessoires à des pratiques prohibées, les échanges d'informations peuvent en revanche présenter un caractère anticoncurrentiel spécifique. L'augmentation artificielle de la transparence entre concurrents peut en effet les conduire à aligner leurs stratégies commerciales, et leur permettre de restreindre ou de fausser la concurrence. En plus de ce rôle collusif, les échanges d'informations peuvent aussi permettre à certains opérateurs d'obtenir des informations

182. CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg Portland, aff. jointes C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P et C-219/00P, § 281.

sensibles sur des concurrents à leur insu ou sans leur accord. Enfin, la transmission d'informations privilégiées, par une entreprise dominante ou détenant un monopole légal, à une filiale opérant sur un marché concurrentiel peut donner à cette dernière un avantage illégitime, au détriment de ses concurrents.

Les effets collusifs des échanges d'informations

La théorie économique distingue les équilibres oligopolistiques coopératifs et non coopératifs. Dans un équilibre non coopératif, chaque entreprise détermine sa stratégie de façon autonome, compte tenu du comportement anticipé de ses concurrents. Un équilibre non coopératif n'est pas, pour autant, nécessairement concurrentiel. Cela n'est vrai que dans un cadre statique. Supposons en effet que des entreprises produisant un bien homogène, sans contraintes de capacité, se font concurrence en prix sur une seule période : tant que le prix est supraconcurrentiel, chaque entreprise a intérêt à diminuer son prix pour attirer à elle toute la demande ; l'équilibre ne sera atteint que lorsque aucune entreprise ne peut proposer un prix plus faible. En revanche, lorsque les interactions entre les opérateurs sont répétées, les gains immédiats liés à une baisse unilatérale de son propre prix doivent être comparés aux pertes futures que de possibles représailles des concurrents pourraient générer. Une entreprise suffisamment patiente peut accorder assez d'importance à ses profits futurs pour éviter d'enclencher une guerre des prix, et préférer s'abstenir de dévier de la ligne de conduite commune.

Le caractère plus ou moins concurrentiel de l'équilibre obtenu dans un contexte dynamique dépend des caractéristiques du marché, et notamment de son degré de transparence. Dans un marché où la transparence est structurellement élevée, il est possible de maintenir un équilibre supraconcurrentiel même en l'absence de toute concertation entre concurrents. Ainsi, lorsque chaque entreprise peut observer à tout moment le comportement de ses concurrents, qu'il existe des incitations à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune – par exemple des possibilités de représailles – et que cette ligne de conduite ne peut être remise en cause par des concurrents actuels ou potentiels ou par des consommateurs (critères *Airtours*¹⁸³ de position dominante collective), le marché est propice à la « *collusion tacite* », c'est-à-dire à un équilibre non coopératif supraconcurrentiel. Il n'y a pas, dans ce cas, de pratique concertée, et le droit des ententes ne s'applique donc pas.

Si ces conditions ne sont pas réunies, et notamment si la transparence du marché est insuffisante, un équilibre supraconcurrentiel ne peut être soutenu que grâce à des échanges d'informations : l'équilibre devient alors collusif. C'est le cas, notamment, quand un choc externe empêche les entreprises de se coordonner sur un simple maintien des positions acquises et les pousse à échanger des informations sur les réponses qu'elles envisagent d'adopter. De façon plus générale, la théorie économique montre que, dans le cadre de la collusion tacite, il existe une multiplicité d'équilibres possibles caractérisés par différents niveaux de prix supraconcur-

183. TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, § 62.

rentiels, c'est pourquoi la communication avec les concurrents peut être cruciale pour parvenir à se positionner sur un équilibre commun.

Les échanges d'informations peuvent ainsi permettre de soutenir un équilibre collusif sur un marché qui n'est pas structurellement propice à la collusion tacite. De même que le contrôle des concentrations permet d'éviter l'apparition de structures de marché favorables à la collusion tacite (position dominante collective), les autorités de concurrence peuvent sanctionner des échanges d'informations en tant que pratiques concertées s'ils ont un objet ou des effets réellement ou potentiellement collusifs. Dès 1975, dans la décision *Suiker Unie*, la Commission européenne a considéré que « *s'il est exact que [l']exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché* »¹⁸⁴.

Les échanges d'informations peuvent favoriser la collusion de deux façons différentes : soit en facilitant la coordination sur un même équilibre supraconcurrentiel, soit en permettant la surveillance de la conduite des concurrents et la punition des éventuels écarts à une ligne de conduite commune. Selon les caractéristiques du marché, l'échange d'informations peut jouer ce double rôle, ou se limiter à un seul de ces deux rôles. Ainsi, lorsqu'une coordination tacite sur les positions historiques est possible, il suffira de dissuader les déviations. À l'inverse, sur un marché où la tricherie est rendue difficile par une faible élasticité de la demande ou par des contraintes de capacités, ou dans lequel une transparence élevée permet une détection immédiate des déviations, les échanges d'informations pourront avoir pour principal objectif la coordination des opérateurs sur une stratégie commune.

Coordination des comportements d'entreprises concurrentes

Les échanges d'informations permettent aux entreprises de se coordonner lorsqu'ils sont de nature « *à atténuer ou à supprimer [...] toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements [des] concurrents* »¹⁸⁵. Tel est notamment le cas lorsque les informations échangées portent sur des intentions futures. Ainsi, dans une récente affaire relative au commerce des bananes dans l'Europe du Nord, la Commission européenne a sanctionné les trois principaux importateurs de bananes pour s'être échangé des informations régulièrement, chaque semaine, avant l'annonce de leurs prix de référence (auxquels les prix effectivement pratiqués étaient liés). Ces discussions bilatérales portaient sur des facteurs généraux de tarification, sur les tendances des prix, et dans certains cas, sur les modifications envisagées de leurs prix de référence. La Commission européenne a considéré que « *les discussions et les révélations portant soit sur les "tendances de prix, soit spécifiquement*

184. CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, aff. jointes 40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113 et 114/73, § 174.

185. TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere*, T-35/92, § 51.

*sur les prix de référence, avaient pour objet de coordonner l'établissement des prix de référence par les parties»*¹⁸⁶.

De même, dans l'affaire des Palaces parisiens, pour faire face à la chute de la fréquentation hôtelière au lendemain du 11 septembre 2001, les dirigeants des huit palaces parisiens ont échangé des informations sur leurs taux d'occupation prévisionnels, afin de mieux prévoir leurs réactions respectives à ce choc de demande. Comme l'a exprimé la directrice commerciale de l'un des palaces, dans le compte rendu d'une de ces réunions, cet échange d'informations a permis *« une très belle coordination des palaces parisiens pendant ces moments difficiles. Pas de dumping sur les prix »*¹⁸⁷.

Selon les caractéristiques structurelles du marché, la coordination peut être plus ou moins difficile à réaliser. Les barrières à l'entrée jouent un rôle important, en garantissant que l'équilibre supraconcurrentiel résultant de la coordination ne sera pas menacé par des nouveaux entrants qui viendraient proposer des prix plus bas. La coordination peut aussi être facilitée par certaines caractéristiques structurelles du marché. C'est le cas lorsque les opérateurs présentent un haut degré de symétrie en termes de coûts ou de capacités, quand les produits sont relativement homogènes, quand la demande est stable ou quand la transparence sur le marché est déjà élevée. Sur un tel marché, l'échange d'informations visant à la coordination peut se limiter à un contenu restreint, et une concertation ponctuelle peut alors être suffisante. Statuant sur une question préjudicielle dans l'affaire T-Mobile, la Cour de justice a déclaré que *« ce sont tant l'objet de la concertation que les circonstances propres au marché qui expliquent la fréquence, les intervalles et la manière dont les concurrents entrent en contact les uns avec les autres pour aboutir à une concertation de leur comportement sur le marché. En effet, si les entreprises concernées créent une entente avec un système complexe de concertation sur un grand nombre d'aspects de leur comportement sur le marché, elles pourront avoir besoin de contacts réguliers sur une longue période. En revanche si, comme dans l'affaire au principal, la concertation est ponctuelle et vise une harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser la finalité anticoncurrentielle recherchée par les entreprises concernées »*¹⁸⁸.

Pour faciliter la coordination entre les opérateurs, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un engagement ferme sur la conduite envisagée : au contraire, le *cheap talk* permet à une entreprise qui envisage de modifier son comportement sur le marché de tester la réaction des concurrents et, le cas échéant, de réviser sans coût sa stratégie. Ainsi, dans l'affaire United States Airline Tariff Publishing (ATP)¹⁸⁹, des compagnies aériennes avaient mis en place une plate-forme électronique commune qui leur permettait d'y annoncer à l'avance des changements de prix en y précisant le trajet concerné ainsi que la date d'entrée en vigueur du nouveau

¹⁸⁶. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 268.

¹⁸⁷. Décision 05-D-64, précitée, § 275.

¹⁸⁸. CJCE, 4 juin 2009, précitée, § 60.

¹⁸⁹. United States c/Airline Tariff Publishing Co., 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,687 (D.D.C. 1994) (jugement d'expédient final).

tarif. Cette annonce n'engageait toutefois en rien la compagnie qui l'effectuait, ce qui lui permettait d'annuler la mise en place de ce nouveau tarif en l'absence de réaction (par exemple, alignement du prix) des concurrents. Ce mécanisme d'annonce préalable de changements de prix sans engagement envers les consommateurs a été considéré comme facilitant la coordination et a été interdit. À l'inverse, dans l'arrêt *Pâte de bois*¹⁹⁰, la Cour de justice a rejeté les conclusions de la Commission européenne et a conclu que les annonces de prix par les fabricants de pâte de bois ne constituaient pas une pratique concertée anticoncurrentielle car ces tarifs étaient diffusés auprès des acheteurs, qui étaient demandeurs d'une information prévisionnelle sur les prix. Le prix annoncé était conçu comme un prix plafond au-dessous duquel le prix de transaction pouvait toujours être négocié mais ce plafond était effectivement respecté. Le caractère ferme des prix annoncés, leur diffusion auprès des acheteurs et les gains d'efficacité qui en résultaient pour ces derniers ont joué un rôle essentiel dans l'évaluation des effets de ces échanges d'informations.

Surveillance des comportements des concurrents

Pour soutenir la collusion, une fois la coordination atteinte, il faut dissuader les participants de tricher. Il est donc nécessaire de pouvoir détecter et punir les déviations à la ligne de conduite commune. C'est le rôle des échanges d'informations portant sur le passé.

De manière générale, la trahison sera d'autant plus tentante que les profits qu'elle peut générer – à court terme – sont élevés, et que les risques de détection et de représailles sont faibles. Ainsi, dans le cas d'une concurrence en prix, les gains générés par une faible baisse du prix – par rapport au prix collusif – seront élevés dès lors que la demande à laquelle fait face l'entreprise déviante est plutôt élastique (*i. e.*, une faible baisse du prix engendre une forte hausse des volumes vendus) et que l'entreprise déviante dispose d'une capacité excédentaire suffisante pour pouvoir absorber la hausse de la demande. Mais une telle déviation risque d'engendrer de fortes représailles de la part des concurrents (surtout si leurs capacités de production leur permettent de fournir la demande à laquelle ils devraient faire face à l'équilibre concurrentiel) et donc s'avérer extrêmement coûteuse à long terme.

Pour que la collusion tacite soit soutenable, il faut que le risque de représailles soit important et crédible. Ainsi, dans le cas où les entreprises négocient avec leurs clients des contrats de long terme, une déviation sous la forme d'une baisse du prix proposé aux clients peut être rapidement observée par ses concurrents, qui n'obtiendront pas autant de contrats qu'ils l'avaient anticipé; cependant, elle ne pourra conduire à des représailles que tardivement, ce qui en limite le coût donc l'effet dissuasif pour l'entreprise déviante.

En outre, la mise en œuvre des représailles peut être très délicate lorsque, compte tenu des caractéristiques du marché, la déviation est difficile à détecter. Par exemple,

¹⁹⁰ CJCE, 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e. a.*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, ci-après l'arrêt « Pâte de bois ».

lorsque la demande est relativement incertaine et qu'une entreprise n'observe pas les prix pratiqués par ses concurrents mais uniquement la demande qui s'adresse à elle, il lui est extrêmement difficile d'observer une déviation par rapport à l'équilibre collusif : une baisse de la demande s'adressant à une entreprise peut certes être due à une déviation de l'un des concurrents (ce qui pourrait suffire à déclencher une guerre des prix même si l'entreprise déviante n'est pas identifiée), mais il pourrait tout simplement s'agir d'un choc adverse sur la demande globale. Dans ce cas, des échanges d'informations sur les actions passées peuvent s'avérer extrêmement utiles pour restaurer la soutenabilité d'un équilibre supraconcurrentiel. Par exemple, être en mesure d'observer les prix pratiqués par les concurrents ou même simplement les quantités qu'ils ont vendues (il peut parfois suffire de connaître la quantité totale vendue par l'ensemble des entreprises) permettra de s'assurer que l'ensemble des acteurs continue à suivre la ligne de conduite commune.

L'affaire dite des Tracteurs au Royaume-Uni¹⁹¹ est emblématique d'un système d'échange d'informations détaillées permettant de vérifier l'application effective d'une ligne de conduite commune. En 1988, trois associations professionnelles ont notifié à la Commission européenne un accord d'échange d'informations (*UK Tractor Registration Exchange*) mis en œuvre depuis 1975. Il s'agissait de la diffusion de données individualisées et très détaillées, provenant du ministère des transports, sur les ventes et les parts de marché de huit producteurs et importateurs de tracteurs agricoles au Royaume-Uni. Le marché était concentré, caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, et en déclin, ce qui était propice à une coordination tacite sur la base des positions commerciales historiques. Les prix des tracteurs étant négociés avec les acheteurs, chaque vente s'apparentait à une enchère. Les fabricants avaient défini leurs territoires de vente en suivant un découpage correspondant aux codes postaux, de sorte que les informations diffusées, qui précisaient le code postal de l'acheteur, permettaient d'identifier les importations et exportations des concessionnaires à partir de leurs territoires respectifs. Il était ainsi possible de savoir, pour chaque vente, si le fabricant qui avait gagné le client était bien celui qui était supposé l'emporter, et toute éventuelle déviation pouvait être immédiatement détectée.

Dans son arrêt *John Deere* du 28 mai 1998, la Cour de justice a détaillé les critères d'appréciation de cet échange d'informations : « *Sur un marché oligopolistique fortement concentré, un accord prévoyant un système d'échange d'informations entre les entreprises de ce marché atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et est de nature à altérer la concurrence entre les opérateurs économiques dès lors que les informations échangées sont des secrets d'affaires et permettent aux entreprises parties à l'accord de connaître les ventes effectuées par leurs concessionnaires en dehors et à l'intérieur du territoire attribué, ainsi que celles des autres entreprises concurrentes et de leurs concessionnaires parties à l'accord, sont diffusées selon une*

¹⁹¹. Cf. notamment la décision de la Commission du 17 février 1992, *UK Tractor Registration Exchange*, 92/157/CEE; les arrêts du TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere*, T-35/92 et 27 octobre 1997, *Fiatagri et New Holland Ford*, T-34/92; ainsi que les arrêts de la CJCE : 28 mai 1998, *John Deere*, C-7/95P, et 28 mai 1998, *New Holland Ford*, C-8/95P.

périodicité rapprochée et de manière systématique, et sont diffusées entre les principaux offreurs, au seul profit de ceux-ci, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs.»¹⁹²

Pour pouvoir remplir ce rôle de surveillance, il faut en premier lieu que l'échange d'informations couvre une partie suffisamment importante du marché, pour empêcher que des opérateurs qui ne transmettraient pas les données les concernant ne puissent entreprendre une stratégie opportuniste sans courir le risque d'être détectés. En second lieu, il faut que l'échange d'informations porte sur des données permettant d'identifier la stratégie des concurrents. Le degré d'agrégation, aussi bien dans le temps que dans l'espace et entre les différents acteurs du marché, est un paramètre essentiel. Comme le précise la Commission européenne dans les lignes directrices sur les services de transport maritime, il convient de vérifier s'il est possible «*de désagréger les informations et ainsi de permettre à des entreprises d'identifier directement ou indirectement les stratégies concurrentielles des concurrents*»¹⁹³. Le nombre d'entreprises sur lesquelles s'opère l'agrégation est bien sûr un critère primordial : ainsi, si deux opérateurs seulement sont actifs sur un marché, comme chacun d'eux connaît sa propre stratégie commerciale, des données agrégées lui permettront d'identifier immédiatement celle de son rival. Le degré d'agrégation doit aussi être apprécié au regard des données déjà disponibles sur le marché, ainsi que des données qui pourraient être accessibles à certains opérateurs du fait, notamment, des participations qu'ils détiennent dans d'autres entreprises¹⁹⁴. Enfin, les différentes informations échangées peuvent parfois être recombinaisonnées de façon à permettre une analyse pertinente de la stratégie des concurrents. Dans l'affaire des Palaces parisiens¹⁹⁵, le Conseil de la concurrence s'est attaché à montrer la façon dont les données sur le revenu moyen et le taux d'occupation pouvaient être croisées afin d'interpréter la stratégie des concurrents : une dégradation du revenu moyen à remplissage constant signifiait que l'hôtel pratiquait des rabais pour maintenir une bonne occupation, et à l'inverse, un maintien du revenu moyen avec une baisse du taux d'occupation signifiait que l'hôtel refusait de consentir des remises malgré un faible remplissage de ses chambres. Dans les lignes directrices sur le transport maritime, la Commission européenne souligne que «*d'une manière générale, il importe d'évaluer globalement les différentes composantes de tout système d'échange d'informations afin de prendre en compte les interactions éventuelles, par exemple entre l'échange de données relatives à la capacité et au volume, d'une part, et la divulgation d'un indice des prix de l'autre*»¹⁹⁶.

192. CJCE, 28 mai 1998, John Deere, C-7/95P, § 7.

193. Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime, Commission européenne, SEC (2008) 2151 final (1^{er} juillet 2008), § 52.

194. Dans l'affaire Statistisches Informationssystem Transportbeton (Bundeskartellamt, B1-63/00, 9 août 2001) portant sur la diffusion des données de chiffre d'affaires ventilées par région, l'autorité de concurrence allemande a considéré que le critère d'un nombre minimal de 5 entreprises ne garantissait pas l'impossibilité d'inférer des informations individuelles à partir des données agrégées. En effet, les entreprises du secteur étaient liées par de nombreuses participations croisées, or il suffisait d'une participation minoritaire pour avoir accès aux données concernant la politique commerciale d'une entreprise.

195. Décision 05-D-64 précitée.

196. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 57.

Les autres effets anticoncurrentiels

Si le principal risque lié aux échanges d'informations est de faciliter les comportements collusifs, ils peuvent aussi avoir d'autres effets anticoncurrentiels ne relevant pas des pratiques concertées, mais de l'abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence prête une attention particulière aux risques de distorsion de concurrence dus à l'accès exclusif, par une entreprise liée à un opérateur historique ou dominant, à des informations sur les consommateurs, détenues par ce dernier du fait de sa situation privilégiée. Un autre risque, en particulier dans le cadre d'opérations de concentration, est de permettre à une entreprise d'accéder à des informations sensibles et confidentielles sur ses concurrents. Enfin, dans certaines circonstances, le refus de transmettre des informations qui s'avèrent indispensables à l'activité des entreprises qui en sont privées peut être constitutif d'un abus et être sanctionné en tant que tel.

Transmission d'informations privilégiées sur les consommateurs

Lorsqu'un opérateur historique en position dominante transmet des informations détenues du fait de cette position privilégiée au profit d'une filiale active sur un marché concurrentiel, ou qu'il s'appuie sur ces informations pour évincer ses concurrents, de tels échanges d'informations peuvent constituer un abus de position dominante. En effet, l'accès à des informations exclusives sur les consommateurs, informations auxquelles ses concurrents n'ont pas accès, peut conférer à une entreprise un avantage déloyal.

L'Autorité de la concurrence a ainsi été conduite à prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale EDF ENR, suite à une saisine de Solaire Direct, entreprise proposant des services aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque. L'opérateur historique EDF faisait bénéficier EDF ENR de la base de données qu'il détient sur les clients régulés, comportant des informations telles que le profil de consommation et la situation géographique des consommateurs. Ces informations permettaient notamment de déterminer les subventions locales dont les consommateurs pourraient bénéficier pour leurs investissements. De plus, les renseignements sur les personnes intéressées par la production d'énergie photovoltaïque obtenus par la plateforme téléphonique 3929 – destinée à tous les abonnés d'EDF, y compris les clients régulés – étaient transmis à EDF ENR. L'Autorité a considéré que *« l'utilisation [...] de la base de données non reproductible détenue par l'opérateur historique, est susceptible de donner un avantage indu à sa filiale EDF ENR, au détriment de ses concurrents sur le marché connexe en cause »*¹⁹⁷.

Dans une décision récente¹⁹⁸, l'Autorité a également sanctionné France Télécom pour avoir abusé de sa position dominante résultant de son ancien monopole afin de s'octroyer, de manière déloyale, des avantages sur ses concurrents dans les départe-

¹⁹⁷. Mesure conservatoire du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct (09-MC-01).

¹⁹⁸. Décision du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM (09-D-24).

tements d'outre-mer, et d'entraver ainsi leur développement. L'opérateur historique avait, entre autres, utilisé les fichiers qu'il détient en tant que gestionnaire de la quasi-totalité des boucles locales, pour concentrer ses actions commerciales sur les abonnés qui avaient migré vers un opérateur concurrent, afin de les faire revenir vers ses propres offres. En pratique, les services de France Télécom chargés de la gestion de la boucle locale transmettaient aux forces commerciales de France Télécom des informations relatives à ces abonnés ; ces données étaient stratégiques, très détaillées (tableaux distinguant les clients présélectionnés chez un opérateur alternatif selon la commune, le nom de l'opérateur alternatif et la qualité résidentielle, professionnelle ou entreprise du client), et récentes (données datant de moins d'un mois sur l'évolution mensuelle, voire journalière, du nombre de clients présélectionnés pour chaque opérateur concurrent). L'Autorité a considéré que France Télécom s'est ainsi réservé un avantage artificiel dont les opérateurs alternatifs ne pouvaient aucunement bénéficier, qui lui a permis de cibler ses actions commerciales auprès des abonnés ayant fait le choix de la présélection d'un opérateur concurrent. La sanction a été accrue pour réitération, France Télécom ayant déjà été condamnée, par le passé, pour des pratiques similaires. En effet, le Conseil de la concurrence avait notamment sanctionné l'opérateur pour avoir entravé le développement des concurrents de sa filiale Wanadoo sur le marché de la fourniture d'accès à haut débit à Internet¹⁹⁹. France Télécom utilisait alors des données sur les abonnés qu'elle détenait du fait de son monopole sur la boucle locale, pour promouvoir la commercialisation de services d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo. Les plateformes chargées de démarcher des prospects utilisaient les données de la facture des abonnés, et notamment le volume de leur consommation Internet, pour cibler la clientèle.

Transmission d'informations sensibles sur des concurrents

Dans le cadre de l'examen d'opérations de concentration, les autorités de concurrence sont sensibles aux risques de divulgation, entre sociétés parentes, d'informations sensibles détenues par l'une d'elles sur des entreprises en concurrence avec la seconde. La transmission de telles informations risquerait de fausser la concurrence en conférant un avantage indu à l'entreprise qui en bénéficierait, au détriment de ses concurrents. Ainsi, l'acquisition par Boeing de Jeppesen²⁰⁰, qui commercialise des services de cartographie et de navigation aérienne, a été autorisée sous réserve d'injonctions visant à empêcher tout transfert vers Boeing d'informations confidentielles détenues par Jeppesen, notamment sur son client Airbus, principal concurrent de Boeing. Plus récemment, lors de l'acquisition de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route, par le groupe SNCF²⁰¹, Novatrans s'est engagé à ce que les réponses des entreprises ferroviaires aux appels

¹⁹⁹. Décision du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit (07-D-33).

²⁰⁰. Arrêté du 4 juillet 2001 relatif à l'acquisition du groupe Jeppesen par la société Boeing, *BOCCRF* n° 15 du 23 octobre 2001.

²⁰¹. Décision du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA (09-DCC-54).

d'offres pour la traction de ses trains fassent l'objet d'un traitement confidentiel, et ne soient pas transmises aux sociétés du groupe SNCF.

Ce type de pratiques se rencontre aussi dans le contexte d'abus de position dominante. Ainsi, le Conseil de la concurrence a été amené à se prononcer sur l'utilisation, par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille²⁰², de statistiques de la ville détaillant les parts de marché des concurrents, qui constituaient « *une information à caractère "officiel dont ses concurrents [étaient] privés* ». En effet, la régie avait un accès exclusif aux informations sur l'activité commerciale de ses concurrents pour chaque établissement de soins ou de séjour, données fournies par le bureau de la réglementation de la mairie qui recense, dans le cadre des activités de police municipale, les décès et leurs modalités de traitement. Le Conseil de la concurrence a considéré que ce type de pratique était susceptible de fausser la concurrence. Il a finalement obtenu des parties des engagements structurels visant à assurer une séparation entre la régie et le bureau de la réglementation qui compile ces statistiques, afin que la régie ne puisse plus disposer d'informations privilégiées sur ses concurrents.

Discrimination dans l'accès à des informations essentielles

Le refus de transmettre à des concurrents actuels ou potentiels sur un marché connexe des informations indispensables à leur activité économique peut constituer un abus de position dominante. Il faut néanmoins que certaines conditions restrictives soient remplies. Pour déterminer si l'accès aux informations est réellement indispensable à l'activité économique d'un opérateur, il ne suffit pas de prouver que la mise en place d'une solution alternative soit coûteuse mais bel et bien d'établir que cette alternative ne saurait prendre forme dans des conditions économiques raisonnables²⁰³. D'autre part, le refus d'accorder une licence, même de la part d'une entreprise dominante, relève de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle qui ne saurait constituer, en soi, un abus de position dominante. Une telle qualification ne sera possible que dans des circonstances exceptionnelles. Le Conseil de la concurrence a ainsi précisé, dans une décision relative aux supports pédagogiques pour auto-écoles, que « *l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle peut, pour une entreprise dominante, être constitutif d'abus lorsqu'il est utilisé pour exclure toute concurrence sur un marché dérivé* »²⁰⁴, en se référant à l'arrêt Magill²⁰⁵. Dans cet arrêt, la Cour de justice a énoncé les trois conditions qui doivent être remplies pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou service indispensable pour exercer une activité donnée puisse être qualifié d'abus :

202. Décision du 22 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille (08-D-34).

203. CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, C-418-01.

204. Décision du 31 mars 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles (04-D-09).

205. CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission (« Magill »), C-241/91P et C-242/91P.

- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.

Dans l'affaire Microsoft²⁰⁶, le premier critère a été interprété de façon plus large par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, devenu Tribunal de l'Union européenne (ci-après, ensemble, le « Tribunal »), pour inclure non seulement les produits ou services nouveaux mais aussi les améliorations de produits existants. Le Tribunal a ainsi validé l'analyse de la Commission européenne qualifiant d'abus de position dominante le refus par Microsoft de divulguer des informations relatives à l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveur de groupe de travail en concurrence avec son propre système d'exploitation, en position dominante, installé sur les ordinateurs personnels clients. Il a jugé que les informations relatives à l'interopérabilité doivent être considérées comme indispensables, notamment en raison du fait que l'interopérabilité revêt une importance concurrentielle significative sur ce marché, et ce même si leur indisponibilité n'a pour conséquence qu'une élimination progressive et non pas immédiate de la concurrence²⁰⁷.

Lorsque l'accès à des informations privilégiées résulte non d'un droit de propriété intellectuelle, mais est l'héritage d'une position de monopole historique, et que ces informations se révèlent indispensables à l'activité des nouveaux entrants lors de l'ouverture du marché à la concurrence, les autorités de concurrence peuvent imposer un accès libre et non discriminatoire à ces informations (comme dans les affaires Pages Jaunes et Wanadoo ADSL, décrites p. 145 et s.).

Les effets proconcurrentiels

Les échanges d'informations n'ont pas toujours un objet ou des effets anticoncurrentiels, et l'Autorité de la concurrence tient compte dans son évaluation des gains d'efficacité qu'ils peuvent engendrer. La Commission européenne a souligné que l'échange d'informations entre entreprises peut leur permettre d'optimiser leur stratégie commerciale : *« Afin de pouvoir soutenir efficacement la concurrence sur un marché donné, les sociétés ont besoin d'informations sur celui-ci et sur son évolution. La préparation et la distribution des statistiques de la production, des ventes ou autres à l'intérieur d'un secteur est une tâche qui peut légitimement être entreprise par les bureaux statistiques et associations professionnelles. La fourniture de ces statistiques peut améliorer la connaissance qu'ont les sociétés du marché sur lequel elles opèrent et donc renforcer la concurrence. C'est pourquoi la Commission n'a pas d'objections à formuler lorsque des associations professionnelles [...] échangent des statistiques de la production et des ventes du secteur en question sans spécifier les entreprises individuel-*

206. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft Corp., T-201/04, § 11.

207. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft Corp., T-201/04, § 7.

lement.»²⁰⁸ D'autre part, elle souligne que ces échanges peuvent être bénéfiques s'ils accroissent la transparence du marché au profit des consommateurs : « Dans de nombreux secteurs, il est de pratique courante que des statistiques agrégées et des informations générales relatives au marché soient rassemblées, échangées et publiées. Ces informations publiées sont un bon moyen d'accroître la transparence du marché et d'améliorer sa connaissance par les clients, et peuvent donc aussi générer des gains d'efficacité. »²⁰⁹

Ajuster l'offre à la demande

La littérature économique sur les oligopoles statiques montre qu'en présence d'incertitude, un échange d'informations peut apporter des gains d'efficacité en termes d'ajustement de l'offre. Ces travaux soulignent toutefois les difficultés liées à l'évaluation de ces échanges : le bilan concurrentiel dépend de caractéristiques fines du marché, comme le mode de concurrence (en prix ou en quantités) ou les variables sur lesquelles porte l'incertitude (demande ou coûts)²¹⁰. Or, il est extrêmement complexe d'identifier précisément ces caractéristiques, ce qui rend quasiment impossible toute qualification juridique des échanges d'informations fondée sur ce type d'analyse. On peut cependant en tirer certaines intuitions concernant les gains d'efficacité que les échanges peuvent apporter quand les entreprises font face à un environnement incertain.

Les échanges d'informations agrégées sur l'offre ou la demande peuvent favoriser une réallocation efficace de la production vers les marchés où la demande est forte par rapport à l'offre, ou encore promouvoir la différenciation des produits, au bénéfice des consommateurs. Dans un avis relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture²¹¹, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'échange d'informations agrégées et suffisamment anciennes sur les volumes de ventes des différents produits ne présentait pas de risques de coordination anticoncurrentielle entre les fabricants, mais pouvait leur donner une meilleure visibilité sur l'évolution du marché, leur permettant ainsi de mieux s'adapter à la demande.

Une meilleure connaissance de la demande ou des caractéristiques individuelles des consommateurs peut aussi réduire des coûts inutiles. Ainsi, dans le cas de produits périssables, l'échange d'informations sur le niveau de la demande peut aider les entreprises à ajuster leur prix afin d'assurer un déstockage efficace, plutôt que d'accumuler les invendus. Dans le secteur de l'assurance, des échanges d'informations sur les caractéristiques des assurés peuvent également contribuer à réduire les risques des assureurs, donc leurs coûts. En effet, alors que le remboursement des sinistres représente le coût le plus important, chaque assureur ne dispose que d'une information restreinte sur les risques individuels, ce qui ne lui permet pas

208. Décision de la Commission du 16 février 1994, 94/215/CECA, Thyssen Stahl, § 266.

209. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 39.

210. Pour une revue récente de cette littérature, voir par exemple M. Raith (1996), « A General Model of Information Sharing in Oligopoly », *Journal of Economic Theory*, 71, pp. 260-268.

211. Avis du 23 février 2010 relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture (10-A-05).

d'évaluer avec suffisamment de précision la probabilité des sinistres. Ceci conduit les assureurs, notamment les plus petits, à incorporer une prime de risque plus importante dans leurs tarifs. L'échange d'informations statistiques entre assureurs peut donc avoir des effets proconcurrentiels en permettant une réduction de la prime de risque. La Commission européenne a adopté un règlement d'exemption par catégorie qui exempte les accords entre assureurs visant à réaliser ou à diffuser des études statistiques sur les sinistres, à condition que les données échangées ne permettent pas d'identifier les assureurs concernés : « *La collaboration entre entreprises d'assurance ou au sein d'associations d'entreprises en matière de calcul du coût moyen de la couverture d'un risque donné dans le passé [...] permet d'améliorer la connaissance des risques et facilite leur évaluation par les compagnies individuelles, ce qui peut faciliter l'entrée sur le marché et donc bénéficier aux consommateurs.* »²¹²

Enfin, des échanges d'informations sont également susceptibles d'accroître l'efficacité productive d'un secteur pris dans son ensemble. Ainsi, l'échange d'informations sur des programmes d'investissement ou de recherche et développement peut éviter que des opérateurs entreprennent des stratégies parallèles conduisant à des surcapacités ou à une duplication d'efforts de recherche coûteux et irrécupérables ; ces gains d'efficacité doivent cependant être mis en regard des effets négatifs liés à la limitation de la « *concurrence pour le marché* », qui stimule l'innovation.

Améliorer l'efficacité interne des entreprises

Pour pouvoir évaluer ses propres performances sur le marché, il est utile d'utiliser, comme références, des données concernant les entreprises qui se trouvent dans une situation similaire. Les méthodes d'étalonnage (*benchmarking*) sont couramment employées par des entreprises qui souhaitent se positionner par rapport à leurs concurrents. La connaissance de ses propres points forts et points faibles permet à une entreprise d'améliorer son efficacité. Concrètement, elle peut construire des indicateurs qui permettront de définir des objectifs à atteindre, et de donner des incitations plus efficaces à ses salariés. Il convient toutefois de souligner que l'évaluation de ses propres performances par rapport au marché ne nécessite que des données agrégées sur le secteur, ou éventuellement des données anonymes sur les meilleures pratiques, et ne justifie aucunement l'échange d'informations permettant d'identifier les performances individuelles des concurrents.

De façon similaire, le partage d'informations agrégées sur les coûts peut permettre aux entreprises d'identifier les technologies les plus performantes et d'optimiser ainsi leurs choix de production. En effet, l'agrégation des données provenant de plusieurs entreprises permet de gommer de possibles variations individuelles qui seraient indépendantes du choix effectué, et d'obtenir ainsi une information plus fiable.

²¹². Règlement (CE) n° 358/2003 du 27 février 2003, § 10.

Améliorer l'information des consommateurs

Si les informations diffusées le sont aussi au bénéfice des consommateurs, et si elles constituent des éléments pertinents dans la comparaison entre les offres des différentes entreprises, les échanges d'informations stimulent la concurrence entre elles par rapport à ces critères, puisque les consommateurs peuvent aisément identifier le produit le plus adapté à leur demande et l'entreprise la plus performante. En réduisant les coûts de recherche, de tels échanges d'informations augmentent l'élasticité de la demande, ce qui rend la collusion plus difficile à soutenir, puisqu'une entreprise qui dévie en baissant ses prix pourra attirer rapidement une partie importante de la demande. Dans cette perspective, des annonces publiques constituant un engagement ferme envers les clients sur les prix futurs peuvent être bénéfiques, puisqu'elles permettent de se protéger contre les fluctuations cycliques du marché, en instituant un partage des risques entre acheteurs et vendeurs. Dans l'arrêt Pâte de bois précité, la Cour de justice a affirmé que « *le système des annonces de prix peut être considéré comme apportant une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux* »²¹³.

Toutefois, les échanges d'informations à l'intention des consommateurs ne sont pas nécessairement proconcurrentiels, ils peuvent au contraire favoriser la collusion si la structure du marché y est propice. En particulier, grâce à ces échanges d'informations, les concurrents pourront rapidement repérer et punir l'entreprise déviante en diminuant leurs propres prix, ce qui limitera les gains liés à cette déviation et incitera donc les entreprises à rester fidèles à la ligne de conduite commune. Ainsi, l'autorité de concurrence danoise, constatant que les producteurs de béton prêt à l'emploi proposaient des remises secrètes à leurs clients, avait décidé de promouvoir la transparence du marché pour permettre aux acheteurs de comparer plus facilement les offres et d'améliorer leur position de négociation²¹⁴. Elle a donc entrepris en 1994 la publication des prix de toutes les transactions effectuées dans ce secteur. Suite à cette mesure, on a constaté une augmentation et une convergence des prix, ce qui laisse penser que cet accroissement de la transparence a permis aux entreprises, sur ce marché caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, un produit homogène et une concentration élevée, de soutenir un équilibre collusif.

Améliorer l'information des investisseurs

Les entreprises cotées en bourse ont l'obligation de communiquer régulièrement sur leurs résultats réalisés et prévisionnels, afin de permettre aux investisseurs d'évaluer correctement leurs perspectives de rendement. Cette transparence a de nombreux effets positifs. Elle permet notamment une information plus fiable des acheteurs sur les produits financiers, une meilleure gestion des risques et une

²¹³. CJCE, 31 mars 1993, précité, § 126.

²¹⁴. Cf. S. Albæk, H.P. Møllgaard et P.B. Overgaard (1997), « Government-Assisted Oligopoly Coordination? A Concrete Case », *Journal of Industrial Economics*, 45, pp. 429-443.

atténuation des chocs, puisque les prévisions peuvent être révisées si nécessaire. Les entreprises peuvent ainsi être amenées à communiquer publiquement leurs chiffres d'affaires, profits, parts de marché, aussi bien passés que prospectifs. Les données de ce type peuvent en principe être sensibles si les informations transmises sont très désagrégées, c'est-à-dire communiquées non pas au niveau global, mais marché (de produit mais aussi géographique) par marché. Cependant, il suffit aux investisseurs, pour estimer la valeur de l'entreprise, de disposer de données agrégées sur l'ensemble des activités de l'entreprise (éventuellement ventilées par grands secteurs), alors que de telles données s'avéreront généralement insuffisantes pour soutenir un équilibre collusif sur un marché en particulier.

Pallier des défaillances de marché

Certains marchés sont caractérisés par des asymétries d'information entre vendeurs et acheteurs, qui peuvent avoir des effets néfastes sur les uns comme sur les autres. C'est le cas, notamment, dans le secteur de l'assurance, où les clients détiennent une information privée sur leur propre risque. Faute de pouvoir identifier le risque de leurs nouveaux clients, les assureurs doivent leur appliquer systématiquement une prime de risque assez élevée. Ceci est d'autant plus vrai que les consommateurs qui ont subi un sinistre, pour éviter de payer un malus, sont tentés de quitter leur assureur actuel pour se présenter chez un nouvel assureur qui ignore leurs antécédents. En France, le Code des assurances²¹⁵ prévoit la transmission, lors de la souscription d'un contrat d'assurance-automobile auprès d'un nouvel assureur, d'un relevé d'informations sur les antécédents de sinistres de l'assuré. Les compagnies d'assurance-automobile peuvent s'échanger directement ces informations à travers un fichier nommé AGIRA. Cet échange permet de réduire l'asymétrie d'information entre les assureurs et les assurés (information que le client « révèle » au fil du temps à l'occasion des sinistres ou du fait de l'absence de sinistre), ce qui permet donc – du fait de la concurrence entre assureurs – de limiter la prime de risque et donc le coût de l'assurance pour les assurés.

Le marché du crédit bancaire est caractérisé par le même type d'asymétrie d'information. Dans l'affaire Asnef-Equifax, la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle relative à un système d'échanges d'informations sur la solvabilité, la défaillance et le crédit des emprunteurs²¹⁶. La cour a considéré que le fichier en cause, qui atténue l'asymétrie d'information entre créancier et débiteur, et permet ainsi de mieux évaluer la probabilité de remboursement, n'a pas d'objet anticoncurrentiel. La cour a par ailleurs admis que ce type de fichier n'a pas, en principe, d'effet anticoncurrentiel, dès lors que les marchés concernés sont peu concentrés, que les informations qu'ils contiennent ne permettent pas d'identifier les créanciers, et que les conditions d'accès au fichier ne sont pas discriminatoires. En tout état de cause, l'accord pourrait faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3 du traité. La cour a souligné que même si, indivi-

215. Code des assurances, annexe à l'article A121-1, articles 12 et 13.

216. CJCE, 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05.

duellement, certains emprunteurs peuvent être désavantagés par des majorations de taux d'intérêt, voire essuyer des refus de crédit, c'est l'effet favorable sur l'ensemble des consommateurs qui doit être pris en compte.

L'examen des échanges d'informations au regard du droit de la concurrence

L'article 101, paragraphe 1 du traité interdit les pratiques concertées en tant que «*forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*»²¹⁷. La conception inhérente aux règles de concurrence européennes exige, en effet, que tout opérateur économique détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. «*S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché.*»²¹⁸ Un comportement peut donc relever de l'article 101 du traité en tant que pratique concertée même lorsque les parties ne se sont pas entendues explicitement sur un plan commun définissant leur action sur le marché, si elles ont adopté des mécanismes facilitant la coordination de leurs politiques commerciales. Des échanges d'informations peuvent constituer un tel mécanisme.

Le standard de preuve

Lorsqu'un échange d'informations constitue le support d'une entente anticoncurrentielle, il enfreint nécessairement l'article 101, paragraphe 1 du traité, dans la mesure où il tend à faciliter la surveillance du respect de l'entente par ses membres et/ou de leur permettre d'adopter une stratégie commune mutuellement bénéfique. Si tel n'est pas le cas, l'échange d'informations est analysé comme une pratique concertée, qui peut avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Il convient d'abord de vérifier si l'échange d'informations en cause est anticoncurrentiel par objet. Selon la jurisprudence, il sera d'autant plus susceptible de l'être que les informations échangées sont relatives à des données futures, *a fortiori* lorsque les communications sont destinées uniquement aux concurrents, à l'exclusion des consommateurs ou des entreprises clientes. C'est seulement lorsqu'il est établi qu'un échange d'informations n'a pas d'objet anticoncurrentiel que ses effets doivent être analysés. Cette analyse est effectuée au cas par cas, en tenant compte des circonstances concrètes dans lesquelles s'insère la pratique (contexte du marché, nature des informations échangées et modalités de l'échange). La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence suit une même grille d'analyse.

²¹⁷. CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie, 40/73, p. 1663, § 26.

²¹⁸. Précité, § 174.

Échanges d'informations et pratiques concertées

Aux termes de l'article 101 du traité, la notion de pratique concertée requiert, outre l'existence d'une concertation, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. Toutefois, selon une jurisprudence constante, et sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs économiques concernés de rapporter, les entreprises qui participent à une concertation et qui demeurent actives sur le marché sont présumées tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché²¹⁹. Comme l'a souligné la Cour de justice dans l'arrêt T-Mobile²²⁰, cette présomption s'impose également aux autorités et aux tribunaux nationaux lorsqu'ils appliquent l'article 101, paragraphe 1 du traité.

Les conditions de validité de cette présomption sont étendues. Ainsi, l'application effective de la ligne de conduite commune définie grâce aux échanges d'informations n'est pas un argument de réfutation pertinent, dès lors que l'objet des échanges est anticoncurrentiel : « *Le fait qu'une entreprise ne se plie pas aux résultats des réunions ayant un objet manifestement anticoncurrentiel n'est pas de nature à la priver de sa pleine responsabilité du fait de sa participation à l'entente, dès lors qu'elle ne s'est pas distanciée publiquement du contenu des réunions.* »²²¹ En effet, comme le relève la Commission européenne, « *même si un participant à une entente peut chercher à exploiter des accords d'entente, voire tricher, à ses propres fins, il reste néanmoins entièrement responsable de son comportement. Selon la jurisprudence constante, une entreprise qui, malgré une entente avec ses concurrents, suit une politique plus ou moins indépendante sur le marché, peut simplement tenter d'utiliser l'entente pour son bénéfice propre* »²²². Dans le cadre d'un échange d'informations, la tricherie peut ainsi prendre la forme d'une transmission délibérée de données inexactes. Celle-ci n'exonère pas l'entreprise de sa participation à un échange d'informations anticoncurrentiel. En effet, si le but de cet échange est par exemple de surveiller les participants à une pratique concertée afin d'éviter qu'ils ne dévient d'une ligne de conduite commune, une entreprise peut vouloir prendre le risque de dévier pour réaliser des profits à court terme, puis tenter de masquer son comportement en transmettant de fausses informations. Dans l'affaire Plaques de plâtre²²³, après avoir déclaré que les échanges d'informations en cause avaient un caractère explicitement collusif, le Tribunal a ajouté que « *cette conclusion vaut à plus forte raison parce que M. [G] soupçonnait qu'il y avait des "tricheries. [...] L'existence de "tricheries" indique qu'il y avait un objectif de surveillance, car un simple échange tend à être fiable. En effet, il n'y a pas de raison de tricher si l'on ne fait qu'échanger des informations, alors que, dans un mécanisme de surveillance, on essayera de tricher pour ne pas dévoiler un gain de parts de marché* ».

219. CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni SpA, C-49/92, § 41.

220. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile, précité.

221. TPICE, 14 mai 1998, Sarrío, T-334/94, § 118.

222. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 324.

223. TPICE, 8 juillet 2008, Lafarge, T-54/03, § 274.

Pour être valide, la présomption selon laquelle la concertation a effectivement influencé les comportements des opérateurs ne nécessite pas non plus qu'un échange mutuel d'informations ait eu lieu. Le Tribunal a estimé, dans l'affaire *Tate & Lyle*²²⁴, que cette présomption « *est applicable également lorsque [...] la participation d'une ou de plusieurs entreprises à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel se limite à la seule réception d'informations relatives au comportement futur de leurs concurrents sur le marché* ». Dans l'affaire *Cimenteries*²²⁵, tout en relevant que la notion de pratique concertée suppose des contacts caractérisés par la réciprocité, le Tribunal a considéré que « *cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futur sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins, acceptée par le second* ». Dans cet arrêt, le Tribunal a également souligné que pour prouver l'existence d'une pratique concertée, il n'est pas nécessaire de démontrer « *que les concurrents ont été de connivence sur leur conduite future sur le marché [...]. Il suffit que, par sa déclaration d'intention, le concurrent ait éliminé ou tout au moins, substantiellement réduit l'incertitude quant à la conduite à attendre des autres sur le marché* »²²⁶.

La présomption que les informations échangées affectent le comportement des participants à la concertation peut être réfutée : l'entreprise qui y a pris part doit alors démontrer que cette concertation n'a eu absolument aucune influence sur son propre comportement sur le marché. L'entreprise doit au moins avoir cessé sa participation aux accords anticoncurrentiels et s'être distancée publiquement du contenu des réunions, ou démontrer qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans un état d'esprit différent des autres. Comme le souligne la Commission européenne, « *il ne suffit pas d'avancer simplement des arguments affirmant qu'il n'y avait aucun esprit anticoncurrentiel; l'entreprise impliquée dans de telles pratiques doit apporter des preuves* »²²⁷.

Objet et effet anticoncurrentiel

Dans l'arrêt *HFB Holding*²²⁸, le Tribunal a précisé que « *si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement des entreprises participantes sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence* ». En effet, pour relever de l'interdiction énoncée par l'article 101, paragraphe 1 du traité, une pratique concertée doit avoir « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun* ». Le caractère alternatif de cette condition conduit à considérer d'abord l'objet même de la pratique, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel elle s'inscrit. Dès lors qu'il est établi qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel, il n'est pas nécessaire d'évaluer les effets d'une telle pratique au stade de la qualification. Il importe donc

224. TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98.

225. TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e. a.*, aff. jointes T-25/95, etc., § 1849.

226. TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries* précité, § 1852.

227. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 234.

228. TPICE, 20 mars 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik*, T-9/99, § 217.

de préciser comment on évalue si un échange d'informations a ou non un objet anticoncurrentiel.

De façon générale, « *la distinction entre “infractions par objet” et “infractions par effet” tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence* »²²⁹. Comme le précisent les lignes directrices sur l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité, « *il s'agit de restrictions qui [...] sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché* »²³⁰. En outre, en réponse à une question préjudicielle, la Cour de justice a précisé que pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être 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 au sein du marché commun²³¹.

Pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'une pratique concertée, les autorités de concurrence fondent leur analyse sur sa teneur et sur les buts objectifs poursuivis. Il importe peu que les parties se soient concertées pour des motifs dont certains étaient légitimes²³². Si l'objet anticoncurrentiel est établi, les éléments relatifs aux gains d'efficacité ne pourront être invoqués que dans le but d'obtenir une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3. Dans ce cas, il revient aux entreprises d'apporter la preuve des effets proconcurrentiels de la pratique, et notamment, d'établir que les consommateurs profitent des gains d'efficacité réalisés.

L'appréciation de l'objet d'un échange d'informations doit donc se faire au cas par cas. Néanmoins, quelques critères essentiels peuvent être dégagés. Les échanges d'informations entre concurrents portant sur des intentions futures, qui sont particulièrement à même d'induire une coordination des comportements des entreprises, ont été qualifiés à plusieurs reprises, dans la jurisprudence, d'infractions par objet (notamment dans la décision Bananes et dans l'arrêt T-Mobile, où les informations échangées étaient relatives à des déterminants des prix futurs). De fait, la frontière entre une fixation en commun des prix ou des quantités et des échanges d'informations relatifs à de telles données futures peut être délicate à tracer. Dans le premier cas, l'échange d'informations constitue en fait le support d'une entente explicite, dont l'objet est clairement anticoncurrentiel, et il sera analysé comme l'un des éléments constitutifs du cartel. Mais un échange d'informations peut aussi avoir un objet anticoncurrentiel même s'il n'y a pas à proprement parler de négociation en commun.

Dans l'affaire T-Mobile, les opérateurs de téléphonie mobile néerlandais avaient discuté, au cours d'une réunion, d'une réduction de la rémunération standard de

229. CJCE, 20 novembre 2007, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07, § 17.

230. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité, § 21.

231. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., précité, § 35.

232. CJCE, 20 novembre 2007, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité, § 21.

leurs revendeurs pour les abonnements. Dans son arrêt, la Cour de justice a considéré qu'un échange d'informations pouvait constituer une infraction par objet même lorsque les informations échangées ne portaient pas directement sur les prix réels payés par les consommateurs, mais constituaient cependant des éléments déterminants quant à la fixation du prix final : « *Il y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation que l'entreprise concernée doit mettre en œuvre, y compris lorsque, comme dans l'affaire au principal, l'adaptation concerne la réduction de la commission standard des revendeurs.* »²³³ Ainsi, tout en reconnaissant que « *la pratique concertée ne saurait être considérée comme ayant directement pour objet de déterminer les prix des abonnements sur le marché de détail* »²³⁴, la cour a estimé que « *le libellé de l'article 81, paragraphe 1, CE ne permet pas de considérer que seules seraient interdites les pratiques concertées ayant un effet direct sur le prix acquitté par les consommateurs finaux* »²³⁵, puisqu'il précise qu'une pratique concertée peut avoir un objet anticoncurrentiel si elle consiste à « *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* ». En l'espèce, la cour a souligné l'existence concrète d'un lien indirect entre les informations échangées et le prix de vente des abonnements : « *Pour les abonnements, les rémunérations des revendeurs sont des éléments déterminants quant à la fixation du prix que paiera le consommateur final.* »²³⁶

Dans la décision Bananes, les échanges d'informations entre importateurs de bananes portaient sur les prix de référence, qui sur ce marché sont annoncés de façon hebdomadaire avant la détermination des prix réels, ces derniers étant tantôt basés sur les prix de référence, tantôt négociés avec les acheteurs. Chaque jeudi matin, avant la fixation des prix de référence, les importateurs discutaient entre eux des facteurs de tarification des prix de référence pour la semaine à venir, débattaient ou révélaient les tendances de prix, et dans certains cas, donnaient des indications sur leurs prix de référence pour la semaine à venir. La Commission européenne a souligné que « *cette décision ne sous-entend pas une concertation directe sur les prix réels. La Commission fait remarquer qu'en vertu de la jurisprudence constante, la concertation sur des prix annoncés peut aussi constituer une infraction par objet* »²³⁷. En l'espèce, elle estime que « *les prix de référence ont, à tout le moins, servi de signaux pour le marché, de tendances ou d'indications quant au développement prévu des prix de la banane* »²³⁸. Par ailleurs, elle a considéré que même lorsque les importateurs discutaient non pas de leurs propres intentions de tarification, mais des facteurs de tarification et de l'évolution des prix du marché, de telles discussions avaient pour conséquence de révéler la vision subjective du marché par chaque entreprise, permettant ainsi d'estimer les intentions futures des concurrents en matière de tari-

233. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., précité, § 41.

234. CJCE, 4 juin 2009, précité, § 19.

235. Précité, § 36.

236. Précité, § 35.

237. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 284.

238. *Idem*.

fication²³⁹. De telles discussions pouvaient donc suffire à éliminer ou à réduire l'incertitude concernant l'établissement des futurs prix de référence.

Les échanges d'informations sur les prix futurs peuvent difficilement être justifiés par des allégations de gains d'efficacité, *a fortiori* lorsque ces informations ne sont pas transmises aux consommateurs ou lorsque les entreprises ne s'engagent pas vis-à-vis des consommateurs sur l'application de ces prix. Si, dans le cas de discussions portant sur des lancements de nouveaux produits, des extensions de capacités ou des plans de recherche et développement, on peut concevoir l'existence d'effets proconcurrentiels du fait d'une meilleure allocation des ressources, dans le cas de discussions portant sur les prix sans engagement envers les clients, l'objectif ne peut être que la recherche d'une meilleure coordination. Certains économistes préconisent donc d'interdire toute discussion secrète sur des prix futurs²⁴⁰.

Les critères d'appréciation d'un échange d'informations sur des données futures, et plus particulièrement des prix futurs, dont l'objet anticoncurrentiel peut être établi, seront différents des critères pris en considération dans le cas d'un échange d'informations portant, par exemple, sur des ventes passées (comme dans l'affaire des Tracteurs au Royaume-Uni²⁴¹, où la Cour de justice a concentré son analyse sur les effets de la pratique). Dans l'affaire Bananes, les communications entre importateurs étaient relatives à la fixation des prix, et la Commission européenne a considéré que « *par conséquent, il n'est pas nécessaire [d'analyser] la structure du marché et/ou les caractéristiques des communications à la lumière des critères [de l'arrêt John Deere]* »²⁴². Comme l'explique la Commission européenne, « *les infractions de nature horizontale qui concernent la tarification par les concurrents ont toujours été considérées comme particulièrement graves* »²⁴³. Parmi les critères qu'elle n'a pas jugé nécessaire de prendre en compte dans un tel contexte, la Commission européenne mentionne, outre le degré de concentration du marché, l'existence d'un pouvoir d'achat compensateur²⁴⁴, la fréquence et la régularité des échanges²⁴⁵, leur caractère clandestin²⁴⁶, le fait qu'ils étaient limités aux parties²⁴⁷, le caractère public de certaines informations échangées²⁴⁸, l'application effective des prix évoqués²⁴⁹, et l'existence d'effets anticoncurrentiels sur le marché²⁵⁰.

À l'inverse, dans le cas d'échanges d'informations qui ne sont pas le support d'une entente explicite et qui ne peuvent être qualifiés de restriction par objet, l'Autorité de la concurrence – et le Conseil avant elle –, veille à démontrer leur effet

239. Précité, § 298.

240. K.-U. Kühn (2001), « Fighting Collusion : Regulation of communication between firms », *Economic Policy*, vol. 32, pp. 167-204.

241. CJCE, 28 mai 1998, New Holland Ford, C-8/95P, § 42.

242. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 315.

243. Précité, § 299.

244. Précité, § 282.

245. Précité, § 270.

246. Précité, § 307.

247. Précité, § 274.

248. Précité, § 276.

249. Précité, § 275.

250. Précité, § 299.

négatif sur la concurrence. Ainsi, dans l'affaire des Palaces parisiens, le Conseil s'est attaché à expliquer l'usage qui pouvait être fait des données échangées pour exercer une surveillance efficace des hôtels concurrents, en vérifiant si certains d'eux ne baissaient pas secrètement leurs prix pour attirer plus de clients. Dans l'affaire Téléphonie mobile, le Conseil a justifié cette approche en expliquant que « *ce qui importe, selon la jurisprudence John Deere, n'est pas la précision, mesurée en termes abstraits, des informations échangées mais bien le lien entre la nature de ces informations et la possibilité pour les opérateurs de surveiller l'impact de leur politique commerciale, et de celle de leurs concurrents, sur leurs ventes* »²⁵¹. La Cour de cassation a rappelé que le même standard s'imposait, en cas de recours, à la cour d'appel de Paris, à laquelle il revient donc, dans sa motivation, d'expliquer « *de façon concrète [...] si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées [...], de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* »²⁵². En retour, la cour d'appel²⁵³ a repris les nombreux arguments exposés dans la décision du Conseil²⁵⁴, expliquant que les données échangées avaient été commentées lors de comités exécutifs ou de conseils d'administration, et utilisées pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en œuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, la politique commerciale, ou anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts de marché.

Les lignes directrices de la Commission européenne sur le transport maritime, après avoir précisé qu'elles ne traitent pas des échanges d'informations ayant un objet anticoncurrentiel, synthétisent notamment cette approche en proposant des orientations générales pour examiner les effets possibles d'un échange d'informations. Elles soulignent d'abord que l'appréciation doit se faire au cas par cas, puis mettent en relief deux axes d'analyse : « *La structure du marché sur lequel l'échange a lieu et les caractéristiques de l'échange d'informations sont deux éléments importants que la Commission examine lorsqu'elle évalue un échange d'informations.* »²⁵⁵ Nous allons donc présenter comment les critères relatifs à la structure du marché, au caractère sensible des données échangées et aux modalités de l'échange peuvent être pris en compte pour évaluer les effets d'un échange d'informations.

La structure du marché

La jurisprudence essentielle relative au critère de la structure du marché est celle des Tracteurs du Royaume-Uni²⁵⁶. « *En principe, la transparence entre les opéra-*

251. Décision du 30 novembre 2005 précitée, § 209.

252. Cass. com., 29 juin 2007, Téléphonie Mobile, arrêt 1020.

253. CA Paris, 11 mars 2009, Téléphonie Mobile.

254. Décision 05-D-65 précitée, § 220 à 224.

255. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 45.

256. CJCE, 28 mai 1998, John Deere, C-7/95P, § 88.

teurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs», à tout le moins, lorsque cette transparence bénéficie aux consommateurs. À l'inverse, un marché concentré est plus propice à l'apparition de comportements collusifs. Se référant à cette même jurisprudence, la Commission européenne a détaillé, dans sa décision *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, le mécanisme par lequel des échanges d'informations, sur un marché concentré, permettent de soutenir la collusion : « *Un accord d'échange d'informations sensibles, récentes et individualisées sur un marché concentré où existent d'importantes barrières à l'entrée est susceptible de restreindre la concurrence entre les entreprises qui y sont parties dans la mesure où il accroît la transparence du marché de telle manière que tout acte de concurrence indépendant de la part d'une entreprise est immédiatement décelé par ses concurrents lesquels sont à même de prendre des mesures de rétorsion ciblées. En éliminant la concurrence cachée sur le marché, l'échange d'informations réduit considérablement le gain qu'une entreprise peut retirer d'une action concurrentielle et tend à la dissuader de tenter d'augmenter ses parts de marché.* »²⁵⁷

Dans la décision *Téléphonie Mobile*, le Conseil a précisé les critères qu'il juge pertinents pour l'analyse de la structure du marché. « *Les critères qui fondent l'analyse du juge communautaire [dans l'arrêt *John Deere*] sont donc ceux d'un oligopole fermé, en raison de l'existence d'importantes barrières à l'entrée, sur lequel les positions des entreprises sont relativement stabilisées. C'est au regard de ces critères, et d'eux seuls, qu'il convient d'analyser le marché des mobiles sur lequel ont pris place les pratiques reprochées d'échanges d'informations, afin de vérifier si ces dernières ont eu un caractère anticoncurrentiel.* »²⁵⁸ Même s'il n'y était pas tenu par la jurisprudence, le Conseil a toutefois également pris en compte d'autres critères tels que l'évolution de la demande, l'intensité de la concurrence ou encore la possibilité de représailles, pour étudier de la manière la plus complète possible les effets de ces échanges d'informations.

Dans l'affaire *Thyssen Stahl*, la Cour de justice a jugé bon de préciser que « *contrairement à ce qu'affirme la requérante, un système d'échange d'informations peut constituer une violation des règles de concurrence même lorsque le marché en cause n'est pas un marché oligopolistique fortement concentré. Certes, l'arrêt du Tribunal *Deere/Commission*, précité, confirmé en cela par l'arrêt de la cour, *Deere/Commission*, précité, a conclu que le marché des tracteurs présentait ce caractère. Toutefois, ces arrêts prennent en considération un ensemble de critères à cet égard, le seul principe général retenu en matière de structure du marché étant que l'offre ne doit pas avoir un caractère atomisé* »²⁵⁹. À l'inverse, lorsque le marché est très fragmenté, et que les parts de marché des entreprises participantes sont faibles, comme dans l'affaire *EUDIM*²⁶⁰ (il y avait sur le marché européen plus de 3 000 grossistes chauffagistes), il est peu probable qu'un échange d'informations, même individuelles et confidentielles, telles que le volume des ventes et les parts de marché, puisse avoir un effet sensible sur la concurrence.

257. Décision de la Commission du 26 novembre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA, aff. IV/36 069 *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, § 39.

258. Décision 05-D-65 précitée, § 164, soulignement ajouté.

259. CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl*, C-194/99, § 86.

260. Communication faite conformément à l'article 19, § 3 du règlement (CE) n° 17 du Conseil, *EUDIM*, IV/33 815, 35 842.

Pour caractériser la concentration du marché, il ne suffit pas de vérifier si le nombre d'entreprises actives sur ce marché est faible. Un critère tout aussi important est le nombre de celles qui ont participé à l'échange, et leur part de marché cumulée. Dans certaines affaires où des échanges d'informations ont été jugés anticoncurrentiels, le marché n'était pas fortement concentré, mais la majorité des acteurs participaient à l'échange d'informations²⁶¹, ce qui limitait le risque de comportements opportunistes de la part d'entreprises non participantes. De même, lorsque le marché est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, issues de la nécessité d'investissements initiaux coûteux ou de dispositions légales, l'équilibre collusif ne sera pas menacé par la possibilité que de nouveaux entrants viennent proposer des prix plus faibles, captant une partie importante de la demande.

D'autres caractéristiques du marché peuvent être pertinentes pour l'analyse des effets concurrentiels d'un échange d'informations en particulier, un critère lié au degré de concentration, l'existence de liens structurels entre les entreprises²⁶², qui peut faciliter à la fois l'alignement sur un équilibre commun, et la surveillance des entreprises quant à l'application de la ligne de conduite commune. L'homogénéité des produits et la symétrie des acteurs, notamment en termes de structure de coûts et de capacités²⁶³, contribueront aussi bien à la coordination qu'à la surveillance, tout comme la stabilité de la demande et un rôle mineur de l'innovation.

Le caractère sensible des données échangées

Pour déterminer si les informations échangées constituent des secrets d'affaires, il est nécessaire de croiser plusieurs critères : des données de même nature pourront être ou non sensibles en fonction de leur degré d'ancienneté, d'agrégation, de précision et selon les informations disponibles par ailleurs sur ce marché.

Contenu des échanges d'informations

La Commission européenne a précisé dans ses lignes directrices sur le transport maritime que l'échange, entre concurrents, de données commercialement sensibles concernant les prix, les capacités ou les coûts, est plus susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels que l'échange d'autres informations²⁶⁴.

En ce qui concerne les données futures, pour lesquelles il convient d'être particulièrement prudent, la Commission européenne précise qu'elles concernent non seulement la stratégie qu'une entreprise a l'intention d'adopter, mais aussi « *l'avis d'une entreprise sur la manière dont le marché va évoluer* »²⁶⁵, puisque ce point de vue subjectif donne des indications précieuses pour anticiper son comportement futur. De telles communications se rapprochent des échanges d'informations sur

261. Dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl* précitée, parmi les 20 entreprises du marché, 16 participaient à l'échange, et les 4 premières représentaient la moitié de la production. Dans l'affaire *Thyssen Stahl* précitée, 12 des 19 entreprises actives sur le marché avaient pris part aux échanges d'informations.

262. Cf. par exemple, la décision de la Commission du 26 novembre 1997 précitée, § 45.

263. Décision 05-D-64 précitée, § 217 et 220.

264. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 50.

265. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 54.

les prix futurs, déjà évoqués. De manière générale, les critères d'appréciation des échanges de données futures sont plus restrictifs que ceux appliqués aux échanges de données passées. Ainsi la Commission européenne déclare-t-elle « [qu']il convient d'évaluer avec prudence les échanges de prévisions de capacité, même sous forme agrégée, surtout lorsqu'ils ont lieu sur des marchés concentrés. Sur les marchés de transport de ligne, les données relatives à la capacité constituent le paramètre essentiel de coordination des comportements concurrentiels, et elles ont un effet direct sur les prix »²⁶⁶.

Pour ce qui est des données passées, la jurisprudence n'interdit pas, par principe, les échanges d'informations sur des prix passés tels que les mercuriales – c'est-à-dire des relevés portant sur des prix réels constatés – à condition toutefois qu'ils ne permettent pas d'identifier de positions individuelles sur le marché (conditions commerciales pratiquées par une entreprise en particulier, mais aussi envers un client en particulier²⁶⁷). Les échanges de données sur les coûts sont eux aussi acceptables à condition que ces coûts ne représentent pas l'essentiel du prix de revient, afin d'éviter que leur diffusion ne permette de construire une grille tarifaire sur laquelle les entreprises seraient invitées à s'aligner : « Dans chaque cas d'espèce, il convient d'apprécier leur possible effet de stimulation de la compétition entre les opérateurs afin de mieux satisfaire la demande, au regard du risque pour le libre jeu de la concurrence que les entreprises bénéficiaires de l'information s'en servent pour fixer leurs prix au lieu de se référer à leurs coûts propres de production et de distribution. »²⁶⁸

L'échange de données, *a priori* moins sensibles comme les volumes de ventes, peut lui aussi être anticoncurrentiel si ces données sont récentes et suffisamment désagrégées. Le degré d'agrégation des données est un critère particulièrement important. En principe, l'échange de données historiques statistiques ou d'études de marché sectorielles ne pose pas de problèmes de concurrence, à condition que ces données ne permettent pas l'identification des stratégies individuelles des concurrents. Dans l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni, l'échange de données de ventes récentes extrêmement détaillées, ventilées par comté et par fabricant, sur un marché très concentré, a été jugé anticoncurrentiel, car il permettait de surveiller les actions commerciales de chacune des entreprises. Les échanges d'informations individualisées relatives à des prix ou à des quantités passées sont en règle générale difficilement justifiables, à tel point que certains économistes, comme Kai-Uwe Kühn, préconisent d'adopter à leur égard un traitement particulièrement sévère²⁶⁹.

Dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, la Commission européenne a insisté sur le rôle facilitateur des échanges d'informations dans la coordination sur une ligne de conduite commune, sur la base des positions passées. Le Tribunal, s'il

266. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 53.

267. Décision du 15 mars 1988, Secteur de l'emballage aluminium pour l'alimentaire, 88-D-13.

268. Avis du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile (03-A-09, § 22).

269. Kühn (2001), précité, p. 196.

a censuré la Commission européenne sur une erreur d'appréciation des faits²⁷⁰, n'a pas infirmé son raisonnement sur le fond : « *Sur un marché où la demande est stable comme c'est le cas des marchés de produits en cause, l'action future des concurrents peut, dans une large mesure, être prévue sur la base de leurs opérations récentes.* »²⁷¹ La Commission européenne a souligné le rôle de la précision et de l'ancienneté des données : « *Plus les informations sur les quantités vendues et les parts de marché sont précises et récentes, plus leur effet sur le comportement à venir des entreprises sur le marché est grand. Néanmoins, il est exact qu'après un certain temps les données concernant les opérations passées peuvent ne plus avoir qu'une valeur de référence et perdre toute influence réelle sur les comportements à venir. Dans le présent cas d'espèce, si les données échangées concernent une période passée, elles doivent être qualifiées de récentes dans la mesure où elles portent sur une période inférieure à un an (c'est-à-dire un mois).* »²⁷² En pratique, la nature historique ou récente des informations doit être évaluée avec une certaine flexibilité, en tenant compte du rythme auquel les données deviennent caduques sur le marché en cause.

Disposer de données précises et récentes est également crucial pour mettre en place un mécanisme de surveillance et de dissuasion, puisque ceci améliore la probabilité et la rapidité de détection des déviations et permet éventuellement des représailles ciblées. Le degré de détail adéquat pour mettre en œuvre une telle surveillance est différent selon les marchés. Dans sa décision Téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence a expliqué que sur un marché où la transparence est gênée par la multiplicité des formules et des options, « *l'observation de l'évolution des ventes brutes est le seul indicateur capable de renseigner de façon synthétique sur "l'effort concurrentiel fait par les concurrents"* »²⁷³. Ces statistiques résumaient de façon simple l'effet de tarifs très complexes en pratique, elles servaient de base aux décisions stratégiques des dirigeants.

Caractère public des données échangées

En principe, l'échange d'informations qui sont déjà publiques ne constitue pas une violation de l'article 101, paragraphe 1 du traité²⁷⁴. Le Conseil explique, dans la décision Téléphonie mobile, que « *dans la mesure où les informations échangées n'ajouteraient rien de déterminant par rapport aux informations déjà disponibles sur le marché, elles ne modifieraient pas la structure du marché et donc les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence* »²⁷⁵. Cependant, le caractère public des informations n'est pas une donnée absolue mais dépend de la difficulté et du coût d'acquisition

270. La Commission européenne n'avait pas correctement identifié les formulaires qui avaient été échangés. De ce fait, contrairement à ce que soutenait la Commission européenne, les informations échangées ne permettaient pas de calculer de façon précise les parts de marché des producteurs d'acier en Allemagne. En effet, une partie seulement des producteurs participaient à l'échange, et ils ne disposaient pas des données sur les livraisons en Allemagne effectuées par les producteurs non participants. Cf. TPICE, 5 avril 2001, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, T-16/98, § 28.

271. Décision de la Commission du 26 novembre 1997 précitée, § 52.

272. *Idem*.

273. Décision 05-D-65 précitée, § 210.

274. TPICE, 30 septembre 2003, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, aff. jointes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, § 1154.

275. Précité, § 194.

de ces informations. Le critère invoqué par la jurisprudence pour qualifier d'anti-concurrentiel un échange d'informations que les concurrents pourraient se procurer par d'autres moyens est « *l'augmentation artificielle de la transparence du marché* »²⁷⁶.

Une jurisprudence relativement ancienne se montre rigoureuse envers ce type d'échanges d'informations : dans une affaire relative à des échanges d'informations entre producteurs de parchemin végétal, la Commission européenne a ainsi considéré « *[qu']en l'absence de cet échange d'informations, les producteurs [...] pourraient peut-être se procurer par personne interposée les listes de prix de ces entreprises, mais que ce procédé serait sensiblement plus compliqué et demanderait beaucoup plus de temps ; que l'on doit donc considérer la communication spontanée d'informations importantes en matière de prix comme une modification artificielle des conditions de concurrence visant à établir un système de solidarité et d'influences réciproques entre concurrents* »²⁷⁷.

Les arguments relatifs, d'une part, à la réduction des coûts de collecte des informations et d'autre part, à la création d'un système de solidarité collective entre concurrents, ont été repris et développés par le Tribunal de première instance dans l'arrêt *Tate & Lyle*. Les entreprises en cause arguaient du fait que les prix envisagés par *British Sugar*, au moment de leur communication à ses concurrents, étaient déjà connus de ses clients et que cette information était donc disponible sur le marché. Le Tribunal rétorque que « *ce fait, à le supposer établi, n'a, dans les circonstances de l'espèce, aucune incidence. En effet, en premier lieu, à supposer même que British Sugar ait communiqué préalablement, individuellement et de façon régulière à ses clients les prix qu'elle avait l'intention de pratiquer, ce fait n'implique pas que, à ce moment, ces prix constituaient une donnée objective du marché, repérable de façon immédiate. [...] En deuxième lieu, l'organisation des réunions litigieuses permettait aux participants d'avoir connaissance de ces informations de façon plus simple, rapide et directe que par le biais du marché. En troisième lieu [...] la participation systématique des entreprises requérantes aux réunions en cause leur permettait de créer un climat de certitude mutuelle quant à leurs politiques futures de prix* »²⁷⁸. Plus récemment, dans la décision *Bananes*, la Commission européenne a souligné la distinction entre « *d'une part, les concurrents qui glanent des informations de façon indépendante ou discutent des facteurs de tarification avec des clients ou des tiers et, d'autre part, les concurrents qui discutent des facteurs de tarification, voire même de l'évolution des prix, avec d'autres concurrents* »²⁷⁹. Même s'il pouvait exister sur le marché des publications traitant de thèmes similaires à ceux évoqués dans les échanges d'informations, leur rôle n'était pas comparable puisqu'elles ne pouvaient pas révéler les points de vue des concurrents sur les thèmes discutés.

La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence s'inscrit dans la continuité de cette jurisprudence. Dans la décision *Palaces parisiens*, le Conseil a constaté que les palaces s'étaient échangé des informations stratégiques susceptibles d'augmenter

276. Décision 05-D-64 précitée, § 269.

277. Décision de la Commission du 13 mars 1978, 78/252/CEE, *Parchemin végétal*, § 68. Cf. aussi la décision de la Commission du 21 septembre 1977, 77/592/CEE, *Cobelpa/VNP*, § 30.

278. TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, § 60.

279. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 305.

artificiellement la transparence du marché. Si certaines données étaient effectivement confidentielles et inaccessibles au public, d'autres étaient potentiellement plus facilement accessibles. Toutefois, pendant la procédure, les parties ont demandé au Conseil de ne pas communiquer de telles informations à des tiers car elles constituaient des secrets d'affaires. Les parties arguaient notamment du fait que « *ces informations, bien que communiquées au public, sont difficiles à réunir par un tiers. Elles donnent de précieuses indications sur la politique promotionnelle* ». Le Conseil a ainsi pu s'appuyer sur de telles demandes de protection des informations pour démontrer que transmettre de telles informations à des concurrents, même si ces derniers auraient potentiellement pu les obtenir par leurs propres moyens, permettait bien de faciliter la coordination entre les entreprises. Les demandes des parties décrivaient précisément, aux yeux du Conseil, « *les effets d'un échange d'informations entre concurrents, même dans le cas où cet échange porte sur des informations qu'il est possible de se procurer sur le marché mais dont la collecte entraînerait un tel coût de veille concurrentielle qu'il devient avantageux de les obtenir directement du concurrent* »²⁸⁰.

Dans sa décision Carburants sur autoroutes, le Conseil avait condamné les compagnies pétrolières pour s'être échangé par téléphone, à un rythme quasi quotidien, les prix pratiqués dans leurs stations-service sur autoroute. Sur ce marché qui présente toutes les caractéristiques d'un oligopole fermé, le Conseil avait considéré que ces échanges téléphoniques réduisaient substantiellement les coûts de collecte des informations, car même si les gérants des stations-service pouvaient théoriquement aller relever les prix affichés chez leurs concurrents les plus proches, ces déplacements physiques auraient été très coûteux : « *Bien que l'effet de ces échanges d'information sur la rapidité d'alignement des prix et sur le niveau de ceux-ci ne puisse être mesuré avec précision, ils ont nécessairement favorisé un niveau plus élevé que celui qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique collective. En effet, chaque compagnie pétrolière voyait son incitation à baisser ses prix dans une station-service par rapport aux prix pratiqués dans les stations-service concurrentes diminuer puisque par le jeu de l'échange d'information elle devait informer ces autres stations de cette baisse de prix, leur donnant de ce fait la possibilité de réagir à sa baisse initiale plus rapidement que si l'échange d'information n'avait pas existé.* » Autrement dit, ces échanges fréquents contribuaient à soutenir plus facilement un équilibre supraconcurrentiel, puisqu'ils constituaient un mécanisme de surveillance systématique permettant des reprécipitations immédiates. Ce raisonnement n'a toutefois pas été suivi par la cour d'appel de Paris, qui a annulé cette décision²⁸¹. D'une part, elle a conclu que le degré d'alignement des prix n'était pas suffisant pour qu'il ne puisse s'expliquer que par une pratique concertée. D'autre part, elle n'a pas considéré que les communications directes entre concurrents réduisaient suffisamment les coûts de collecte des informations pour provoquer un accroissement artificiel de la transparence sur le marché. Elle n'a donc pas jugé que les échanges d'informations

²⁸⁰. Décision 05-D-64 précitée, § 263.

²⁸¹. CA Paris, 9 décembre 2003, Carburants sur autoroute.

en cause rendaient plus facile la détection des déviations par rapport à un équilibre de prix élevé et réduisaient les incitations à se faire concurrence par les prix.

L'autorité de concurrence italienne (AGCM) a vu, elle aussi, dans un contexte similaire, sa décision annulée en appel²⁸². L'AGCM avait interdit, sans infliger de sanctions, un système d'échange d'informations entre compagnies d'assurances-vie reposant sur une base de données alimentée par les compagnies elles-mêmes. La base de données Aequos, constituée et vendue par la société de consulting IAMA, comprenait des informations individualisées sur les prix et conditions tarifaires pratiqués. Les informations fournies étaient identiques à celles présentées dans la notice d'information sur les polices d'assurances et la documentation contractuelle remises aux clients. Si ces données étaient disponibles sur le marché, leur collecte était coûteuse et donnait des résultats moins exhaustifs que la base Aequos, à laquelle les compagnies d'assurance préféraient recourir. Le tribunal administratif du Latium a annulé cette décision en déclarant que lorsque des données sont publiques – même si elles ne sont pas « *du domaine public* », c'est-à-dire accessibles rapidement et sans coût pour les consommateurs – leur échange ne peut être considéré comme illicite : le recours à un observatoire comme IAMA relève simplement de la rationalité économique et d'un objectif de maîtrise des coûts. À l'inverse, une décision de l'AGCM concernant le marché de l'assurance-automobile²⁸³ a été confirmée en appel, car les données échangées à travers un observatoire commun (primes pratiquées par chaque compagnie selon le profil de client) n'étaient pas disponibles par ailleurs sur le marché.

Les modalités de l'échange

Comme le souligne la jurisprudence, le fait que les informations soient transmises directement entre des concurrents, de façon bilatérale ou collective ou encore par l'intermédiaire d'une structure tierce telle qu'une association professionnelle (comme dans l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni), n'a pas d'influence sur la qualification de la pratique. Le fait, notamment, que l'échange ait été organisé de façon clandestine ou ait été connu de tous est sans incidence.

Mais la pratique décisionnelle des autorités de concurrence européennes illustre également le rôle joué par des fournisseurs ou des distributeurs communs dans les pratiques d'échanges d'informations. Au Royaume-Uni, l'OFT a publié plusieurs décisions condamnant de tels échanges d'informations portant sur des prix futurs. Il convient cependant d'adopter une approche mesurée, car il est naturel, par exemple, qu'un acheteur qui met en concurrence plusieurs fournisseurs fasse part à l'un du prix proposé par l'autre. La cour d'appel du Royaume-Uni²⁸⁴, dans l'affaire des Jouets, a confirmé la position de l'OFT en précisant les conditions dans lesquelles s'applique le raisonnement : la transmission par un distributeur de ses

282. Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), 30 septembre 2004, *Ras-Generali/LAMA Consulting*, I575, annulée en appel par le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio dans son arrêt *San Paolo IMI Wealth Management* du 20 avril 2005.

283. AGCM, 28 juillet 2000, RC Auto, I377.

284. Court of Appeal, 19 octobre 2006, *Argos – Littlewoods et JJB Sports*, 2005/1071, 1074 et 2005/1623, § 102 et s.

intentions de prix à son fournisseur, lorsqu'il a l'intention que cette information soit retransmise à un distributeur concurrent et que ce dernier identifie correctement l'origine de l'information, peut constituer une pratique concertée trilatérale à caractère anticoncurrentiel, puisqu'elle permet une coordination entre les distributeurs. Dans une affaire plus récente sur le marché du tabac²⁸⁵, plusieurs fabricants et distributeurs mis en cause devant l'OFT pour des échanges d'informations sur leurs prix futurs, à travers un fournisseur commun ou un distributeur commun, ont entrepris une procédure de transaction.

Dans le cas des bases de données collectées par un tiers, l'appréciation est plus délicate. Dans la décision *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, la Commission européenne a déclaré qu'« *il ne s'agit pas d'accords d'échange d'informations entre concurrents susceptibles d'être appréhendés par l'article 65 du traité CEEA ou l'article 85 du traité CE. Les instituts spécialisés réalisent des études sur la base de sondages effectués dans le point de vente. D'autre part, les informations sont vendues par des instituts de sondage et non pas échangées entre concurrents. Quelle que soit la précision de ces sondages, on est en présence d'une prestation de service fournie par un tiers et non pas d'un accord susceptible d'être apprécié au regard de l'article 65 du traité CEEA* »²⁸⁶. Cependant, dans de nombreux cas, les informations utilisées pour constituer les bases de données ne sont pas collectées au moyen de relevés réalisés dans les points de vente, mais grâce à des systèmes informatisés (tels que le lecteur des codes-barres) mis en place avec l'accord des entreprises participantes. Contactée par deux entreprises de grande distribution au sujet de l'utilisation d'un système de transmission d'informations commercialisé par AC Nielsen, l'autorité de concurrence finlandaise a publié une décision²⁸⁷ établissant que ce mécanisme d'échanges d'informations détaillées (prix, volumes de ventes ou parts de marché, segmentées par type de produit, par producteur ou par marque) entre chaînes concurrentes sur un marché très concentré était anticoncurrentiel.

Si le mode d'organisation de l'échange ne joue pas un rôle majeur dans son appréciation, la fréquence des échanges est en revanche un élément important. Certes, pour se coordonner sur une ligne de conduite commune, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à des échanges répétés (voir la décision *T-Mobile*), mais il reste à établir que cette coordination pourra à elle seule permettre, dans les conditions concrètes du marché en cause, de soutenir un équilibre collusif. Le critère de la fréquence des échanges doit donc être mis en regard du contenu de ces échanges et du contexte du marché. Quand les échanges concernent des prix futurs et ont un objet anticoncurrentiel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bananes*, la Commission européenne considère que leur caractère systématique et leur fréquence ne sont pas déterminants pour conclure à l'existence d'une infraction (même si, en l'espèce, les échanges étaient systématiques et hebdomadaires), car « *chaque communication individuelle de cette nature poursuivait un objet anticoncurrentiel* »²⁸⁸. En revanche,

285. Cf. le communiqué de presse à l'adresse <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/56-08>.

286. Décision de la Commission du 26 novembre 1997 précitée, § 58.

287. *Kilpailuvirasto*, Échanges d'informations sur le marché de la grande distribution en Finlande, 154/61/2007.

288. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 270.

lorsqu'il s'agit d'informations passées, des échanges d'informations sporadiques, sans caractère systématique et très espacés dans le temps sont peu susceptibles de constituer un mécanisme de surveillance d'une pratique collusive. Dans la décision Téléphonie mobile, le Conseil a sanctionné les opérateurs pour des échanges d'informations systématiques, avec une périodicité mensuelle : « *Sur un marché sur lequel les offres et changements tarifaires se succédaient à un rythme rapide, l'évaluation des résultats des opérateurs selon une périodicité très rapprochée était de nature à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents.* »²⁸⁹

Un dernier élément à prendre en compte concerne les éventuelles restrictions à l'accès aux informations échangées. Les entreprises qui diffusent des informations sur leur propre comportement ont généralement accès, en retour, aux données transmises par les autres participants. La question de l'accès d'autres entreprises du marché ou d'entrants potentiels à ces données pourrait donc se poser. En principe, toutefois, des échanges d'informations entre concurrents excluant des opérateurs importants sur le marché sont peu susceptibles de relever d'une stratégie collusive : en effet, il est impossible de maintenir un équilibre supraconcurrentiel si des entreprises non participantes à l'échange peuvent baisser leur prix sans être repérées. Dans l'affaire Pâte de bois, la Cour de justice a jugé incompatible avec l'hypothèse d'un comportement collusif l'existence d'entreprises ne prenant pas part à l'échange d'informations et ayant une part de marché proche de 40 %²⁹⁰. Cependant, la restriction de l'accès des tiers aux informations échangées peut présenter un risque pour la concurrence lorsque ces informations sont suffisamment cruciales pour donner un avantage concurrentiel substantiel à ceux qui les détiennent ; une telle restriction peut alors constituer une barrière à l'entrée. Ainsi, dans l'arrêt Asnef-Equifax, l'échange d'informations sur la solvabilité des emprunteurs a été considéré comme proconcurrentiel, à la condition que les modalités d'accès et d'utilisation pour les établissements financiers ne soient pas discriminatoires.

L'accès des consommateurs aux informations est un argument en faveur du caractère proconcurrentiel de l'échange, à condition toutefois que ces informations soient réellement pertinentes pour les consommateurs et leur permettent de comparer les offres des vendeurs, incitant ainsi ces derniers à se faire une concurrence plus intense. En effet, des concurrents peuvent choisir de s'échanger des informations stratégiques publiquement²⁹¹ pour éviter de mettre en place un système d'échanges confidentiels, plus suspect ou simplement plus coûteux, sans que les informations disponibles ne présentent nécessairement d'intérêt pour les consommateurs. À l'inverse, un système d'échanges d'informations sur les prix futurs *a priori* suspect, comme dans l'affaire Pâte de bois, peut se révéler proconcurrentiel lorsque ces informations font l'objet d'annonces publiques et que les consom-

289. Décision 05-D-65 précitée, § 263.

290. CJCE, 31 mars 1993, précité, § 116.

291. Ainsi, l'autorité de concurrence italienne, dans une affaire d'entente sur le prix du lait pour bébé (AGCM, 12 octobre 2005, *Prezzi del latte per l'infanzia*, I623), a considéré que la diffusion très large d'informations sur les prix de détail par Internet avait constitué un instrument important permettant aux fournisseurs de surveiller mutuellement leur conduite afin de soutenir la stratégie de collusion visant des prix élevés. Cf. le Rapport sur la politique de concurrence 2005, p. 35.

mateurs sont demandeurs de données prévisionnelles fiables sur le coût de leurs achats futurs. L'appréciation des échanges d'informations portant sur des intentions futures pourra donc différer selon qu'il s'agit de discussions privées entre concurrents ou au contraire de communications publiques présentant un intérêt réel pour des tierces parties (consommateurs ou investisseurs).

Les actions menées pour préserver ou restaurer la concurrence

Tout en soulignant les risques pour la concurrence que comportent certains types d'échanges d'informations, les autorités de concurrence, au niveau européen comme au niveau national, reconnaissent les effets positifs que peuvent avoir les communications entre entreprises. Il convient donc de trouver l'équilibre optimal en limitant ces communications à ce qui est nécessaire pour obtenir les gains d'efficacité visés sans qu'elles puissent nuire à l'intensité concurrentielle. La Commission européenne a donc émis, dans différents textes, des recommandations pour permettre aux entreprises d'évaluer elles-mêmes l'impact concurrentiel de leurs échanges et, le cas échéant, d'en rectifier les modalités. D'autres autorités nationales de concurrence se sont aussi intéressées au sujet. Ce travail de prévention permet d'éviter la mise en œuvre d'échanges d'informations à caractère anticoncurrentiel. Lorsque de tels échanges sont toutefois identifiés, des mesures correctives peuvent être mises en œuvre. Si les communications en cause peuvent avoir des effets bénéfiques, il suffit de modifier certaines de leurs caractéristiques, telles que la fréquence des échanges ou le degré d'agrégation des données. En revanche, lorsque les échanges ont un caractère clairement anticoncurrentiel, il convient d'appliquer des mesures comportementales ou structurelles permettant de limiter ou d'empêcher la transmission des informations concernées. De tels remèdes peuvent être utilisés *ex post*, à la suite de la découverte d'une infraction, mais aussi *ex ante*, par exemple dans le cadre d'une opération de concentration, pour éviter les risques ultérieurs de transmission d'informations. Enfin, lorsque c'est au contraire le refus de transmettre des informations indispensables à ses concurrents qui constitue une infraction, l'entreprise détenant ces informations peut se voir imposer de les mettre à la disposition de tous les opérateurs concernés, selon un mode non discriminatoire.

Aider les entreprises à identifier les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations

Comme l'a montré l'analyse détaillée dans les sections précédentes, l'appréciation des effets anticoncurrentiels d'un échange d'informations est complexe et ne peut pas se résumer à l'application mécanique de quelques grands principes : il est indispensable de prendre en compte, de façon combinée, le contexte du marché, la nature des données échangées et les modalités de l'échange, les critères pertinents pour la qualification de la pratique pouvant différer selon les cas. Pour permettre aux entreprises de déterminer si un système d'échange d'informations est susceptible ou non d'enfreindre les règles de concurrence, des critères d'évaluation

ont été précisés dans différents textes, relatifs à des secteurs spécifiques, mais qui rappellent la méthode générale d'analyse des échanges d'informations.

C'est le cas, notamment, des lignes directrices sur le transport maritime, lesquelles rappellent incidemment que le droit de la concurrence est, par nature, un domaine changeant, la législation devant s'adapter aux évolutions du marché. En matière de services de transport maritime de ligne, le règlement n° 4056/86 conférait une exemption aux « *conférences maritimes* » qui fixaient les prix et coordonnaient les capacités de transport de marchandises par conteneur, considérant que ces restrictions avaient un effet stabilisateur, garantissaient des services fiables pour les expéditeurs et que ce résultat ne pouvait être obtenu sans une fixation commune des prix et une régulation des capacités. Lors du processus d'examen du règlement, la Commission européenne a jugé que les conditions du marché avaient évolué et ne justifiaient plus une telle coordination. L'exemption a donc été abrogée le 18 octobre 2008. La Commission européenne a, par la suite, publié des lignes directrices sur l'application de l'article 101 du traité au secteur maritime, pour clarifier les règles en matière d'échange d'informations et d'associations professionnelles dans ce secteur. Ces lignes directrices visent à aider les opérateurs de transport maritime à auto-évaluer leur comportement pour déterminer si leurs pratiques d'échanges d'informations relèvent de l'article 101, paragraphe 1 du traité, et si elles peuvent bénéficier, du fait des gains d'efficacité engendrés, d'une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, dans le cadre du régime d'exemption instauré par le règlement n° 1/2003. Ces lignes directrices, qui ne s'appliquent pas aux échanges d'informations dont l'objet est anticoncurrentiel, donnent des indications sur les effets potentiels des échanges, en rappelant la jurisprudence européenne en la matière. Si certains points sont spécifiques au secteur concerné, l'analyse a une portée générale. Le texte insiste ainsi sur la nécessité d'une approche au cas par cas et énumère les critères d'évaluation des échanges d'informations ne constituant pas des restrictions par objet. Ces critères sont regroupés en deux catégories : ceux liés à la structure du marché (degré de concentration, structure de l'offre et de la demande) et ceux relatifs aux caractéristiques de l'échange d'informations (type de données échangées, caractère public, degré d'agrégation et ancienneté des données, fréquence des échanges, diffusion auprès des consommateurs).

Dans l'industrie de la chimie, l'évolution de la législation relative à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, avec l'entrée en vigueur du règlement REACH²⁹², va nécessiter d'importants échanges de données entre les entreprises du secteur. Ces données sont essentiellement d'ordre technique ou scientifique et le règlement précise que les entreprises doivent s'abstenir « *d'échanger des informations concernant leur comportement commercial, en particulier en ce qui concerne les capacités de production, les volumes de production ou de ventes, les volumes importés et les parts de marché* »²⁹³. Néanmoins, le texte prévoit que les exigences

292. Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 (REACH).

293. Précité, article 25.2.

en termes d'informations sur chaque substance soient modulées en fonction des quantités produites ou importées, quantités qui « *donnent une indication du risque d'exposition de l'être humain et de l'environnement à ces substances, et devraient faire l'objet d'une description détaillée* »²⁹⁴. De ce fait, les entreprises peuvent être amenées à s'échanger des données de nature stratégique, telles que les volumes des ventes. La Commission européenne a jugé nécessaire, dans ce contexte, de fournir à l'industrie des éléments d'orientation spécifiques au droit de la concurrence en ce qui concerne l'échange de données²⁹⁵. Ces orientations prennent la forme de règles pratiques qui aident les entreprises à éviter toute violation du droit de la concurrence. Il est notamment recommandé de réduire au minimum la fréquence des échanges d'informations, d'utiliser si possible des fourchettes de quantités plutôt que les chiffres exacts des volumes de ventes de chaque entreprise et d'avoir recours à un tiers indépendant pour assurer l'anonymat des données individuelles.

Modifier les caractéristiques des échanges d'informations

Certaines entreprises, notamment lorsqu'elles avaient été précédemment sanctionnées pour des pratiques prohibées impliquant des échanges d'informations, ont pris contact avec la Commission européenne pour s'assurer de la conformité de leurs pratiques d'échanges d'informations avec les règles de la concurrence. À l'époque où les accords relevant de l'article 81 du traité CE faisaient l'objet de notifications préalables obligatoires, la Commission européenne a ainsi émis un certain nombre d'attestations négatives après avoir obtenu des modifications qui garantissaient que les pratiques n'auraient pas d'effets anticoncurrentiels. Si les échanges d'informations qui n'ont pas un objet anticoncurrentiel n'ont pas lieu d'être prohibés *a priori*, il convient de les limiter à ce qui est indispensable pour obtenir les gains d'efficacité visés. Comme l'a précisé le Conseil de la concurrence, « *les échanges d'informations ne doivent pas permettre aux concurrents d'identifier des positions individuelles sur le marché concerné, que ce soit par le biais de la taille de l'échantillon retenu, la périodicité d'établissement des informations [...], leur ancienneté, ou la ventilation par catégorie des consommateurs ou des fournisseurs de services* »²⁹⁶. Les échanges d'informations devront donc être modifiés s'ils ne satisfont pas à ces critères.

Dans l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni, après avoir condamné les fabricants de tracteurs pour avoir mis en place un système anticoncurrentiel d'échange d'informations détaillées, la Commission européenne, constatant que dans le même secteur, des systèmes similaires existaient dans de nombreux États membres, a déterminé une série de principes à respecter²⁹⁷. Premièrement, des données individuelles ne peuvent être échangées que si elles datent au moins d'un an. Deuxièmement, les échanges de données agrégées de marché, dont l'ancienneté peut être inférieure

294. Précité, § 34.

295. *Guidance on pre-registration and data sharing*, septembre 2007, European Chemicals Agency, en coopération avec la Commission européenne.

296. Avis du 19 juin 2001 relatif à une demande d'avis de l'Union fédérale des consommateurs sur les conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire (01-A-13).

297. XXIX^e rapport sur la politique de concurrence, 1999, Commission européenne, p. 175.

à douze mois, sont permis si les données proviennent d'au moins trois vendeurs appartenant à des groupes industriels ou financiers différents. Lorsque le nombre de vendeurs est inférieur, l'échange n'est permis que si le nombre échangé concerne au moins 10 unités (critère spécifique aux tracteurs et aux machines agricoles). L'association professionnelle des constructeurs de machines agricoles et les principaux constructeurs se sont engagés à respecter ces principes dans leurs futurs échanges d'informations.

Après avoir été sanctionnés pour leur participation à un cartel reposant notamment sur des échanges d'informations, les membres de l'association professionnelle de fabricants européens de carton CEPI-Cartonboard ont entamé des discussions avec la Commission européenne en vue d'obtenir une attestation négative pour un accord d'échange d'informations statistiques sur les ventes passées, les capacités et les entrées de commandes²⁹⁸. La Commission européenne a exigé que les parties modifient l'accord initial, afin que l'identification des données individuelles soit réellement impossible (agrégation sur un minimum de trois entreprises), que la périodicité des échanges soit réduite (toutes les deux semaines au lieu d'un rythme hebdomadaire, pour les statistiques sur les entrées de commandes) et que les données soient « *historiques* » (au minimum, moyenne sur les quatre dernières semaines). Dans la nouvelle version de l'accord, les données relativement désagrégées selon l'un des critères (par exemple, ventilées par pays) sont agrégées selon d'autres critères (agrégation temporelle ou par type de produits), de façon à ce que cet échange d'informations ne puisse pas être utilisé pour faciliter la coordination des politiques commerciales des fabricants.

Plus récemment, dans plusieurs pays nordiques, les autorités de concurrence, préoccupées par des pratiques d'échanges d'informations très détaillées dans le secteur de la grande distribution au moyen de bases de données, ont obtenu des engagements substantiels de la part des entreprises concernées. En Finlande comme en Norvège, où le marché de la grande distribution est très concentré, les entreprises avaient accès à des données précises et sensibles sur leurs concurrents, grâce aux données de scanner individualisées, collectées et revendues par des prestataires externes. Les informations échangées étaient très détaillées (volumes et valeur des ventes, prix et parts de marché, ventilées selon les cas par groupe de produits, producteur ou région), récentes (portant souvent sur la semaine passée) et couvraient des magasins situés sur tout le territoire de l'État concerné. L'autorité de concurrence finlandaise a adopté une décision déclarant ce système d'échange d'informations contraire à l'article 101 du traité et son équivalent en droit national, sans toutefois infliger de sanctions, du fait de l'attitude coopérative des distributeurs mis en cause, qui ont notamment cessé de recevoir ces données²⁹⁹. L'autorité de concurrence norvégienne a expliqué aux entreprises les raisons de

²⁹⁸. Communication faite conformément à l'article 19 (3) du règlement n° 17 du Conseil concernant une demande d'attestation négative ou d'exemption au titre de l'article 85 (3) du traité CE, 19 octobre 1996, aff. IV/34936/E1 – CEPI-Cartonboard.

²⁹⁹. Finnish Competition Authority (Kilpailuvirasto), 19 June 2008, aff. 154/61/2007, Ruokakesko Oy, Suomen Osuuskauppojen Keskuskunta, Tradeka.

sa préoccupation, ce qui les a conduites à modifier substantiellement les modalités de l'échange : ainsi, les données de prix sont désormais agrégées sur plusieurs distributeurs, le nombre de produits concernés a été très fortement restreint et la fréquence des échanges a été réduite³⁰⁰.

Limiter la transmission d'informations

Lorsque les échanges d'informations ne sont pas susceptibles de générer des gains d'efficience de nature à contrebalancer leurs possibles effets anticoncurrentiels, il convient d'empêcher ou de limiter autant que possible de tels échanges. En particulier, dans le cadre d'appels d'offres, il est impératif que les entreprises ne se communiquent pas les détails des offres qu'elles s'appêtent à déposer, car dans un tel contexte, seul le maintien de l'incertitude sur le montant des offres proposées par les concurrents est de nature à garantir l'obtention du juste prix³⁰¹. Dans des affaires où des entreprises s'étaient concertées préalablement à la soumission de leurs offres (par exemple, dans l'affaire du déménagement national ou international ou dans celle de la location-entretien du linge, auxquelles il est fait référence *infra*), le Conseil de la concurrence a pu accepter des engagements visant à empêcher qu'un tel comportement ne se reproduise à l'avenir, ce qui a permis aux entreprises de bénéficier d'une réduction de sanction.

Les engagements proposés pour limiter les échanges d'informations anticoncurrentiels sont souvent inspirés des « *programmes de conformité* » visant à un respect global des règles de la concurrence. Ces programmes incluent notamment des mesures de formation et de sensibilisation du personnel, de contrôle (traçabilité des processus impliquant des contacts avec les concurrents, audits internes ou externes, rapport transmis à l'autorité de concurrence), ainsi que des mesures d'incitation ou de sanction (critères de conformité aux règles de concurrence dans les objectifs de performance, clause dans le contrat de travail prévoyant la possibilité de licenciement en cas de participation à une entente anticoncurrentielle). Si les programmes de sensibilisation du personnel aux règles de la concurrence sont utiles, ils ne sont pas considérés à eux seuls comme suffisants pour « *apporter des améliorations substantielles et vérifiables au fonctionnement concurrentiel des marchés affectés par les pratiques* »³⁰². En revanche, dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, un engagement à ne pas participer à des réunions avec des concurrents sauf en cas de nécessité technique, à ne pas évoquer les prix au cours de ces réunions et à rédiger un compte rendu des réunions avec les clients mentionnant l'objet et les participants, soumis à procédure interne de contrôle, a été considéré comme substantiel, car de telles réunions ne pourraient plus servir de prétexte à des discussions anticoncurrentielles.

300. Cf. le communiqué de presse de l'autorité de concurrence norvégienne disponible à l'adresse <http://www.konkurransetilsynet.no/en/news/archive/Ceasedetailed-information-exchange-among-grocery-chains/>.

301. CA Paris, 3 juillet 2008, Travaux publics dans la région Île-de-France.

302. Décision du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international (07-D-48).

tielles³⁰³. Les entreprises avaient également décidé de mettre en place un système d'alerte professionnelle (*whistleblowing*), permettant aux salariés de signaler à un médiateur, sous couvert de confidentialité, toute infraction supposée au droit de la concurrence. Le Conseil a considéré que les engagements comportementaux et les dispositifs de formation et d'alerte se renforçaient mutuellement, car désormais, les rencontres entre concurrents hors de la présence du client pourraient constituer des preuves directes de concertation et la tentation de poursuivre les échanges anticoncurrentiels serait limitée par les systèmes d'alerte.

En matière d'opérations de concentration ou d'accords de coopération, des engagements peuvent également être proposés pour minimiser les risques d'échanges d'informations anticoncurrentiels liés à l'opération envisagée. Si la coopération entre opérateurs concurrents peut être bénéfique lorsqu'elle leur permet de partager leur savoir-faire, de réaliser des économies de coûts et de lancer des projets qu'ils n'auraient pas pu mener à bien séparément, les échanges d'informations ne doivent pas aller au-delà de ce qui est indispensable à la réalisation du projet commun. L'accord de coopération entre General Electric et Pratt & Whitney créant une entreprise commune (Engine Alliance) pour développer et commercialiser un nouveau moteur d'avion a ainsi bénéficié d'une exemption assortie de la condition que la coopération soit strictement limitée à un moteur déterminé, que les entreprises parentes ne puissent pas divulguer à Engine Alliance ou se communiquer les conditions de leurs offres respectives, et qu'elles adoptent des mesures de confidentialité pour empêcher l'échange d'informations sensibles au regard de la concurrence sur leurs offres de moteurs respectives³⁰⁴.

Pour faire face aux risques de coordination des fondateurs d'une entreprise commune, des mesures organisationnelles peuvent être employées. Lorsque Areva et Urenco ont constitué une entreprise commune de plein exercice pour la construction d'équipements de centrifugation, alors qu'elles restaient concurrentes sur le marché aval de l'enrichissement de l'uranium, la Commission européenne a émis des doutes sérieux sur l'impact concurrentiel de l'opération, craignant notamment qu'elle ne facilite la coordination tacite sur les capacités d'enrichissement. Bien que des pare-feu formels aient été proposés initialement, il s'avérait difficile de contrôler les échanges informels d'informations dès lors que, du fait de la structure d'organisation envisagée, des informations sensibles seraient nécessairement communiquées à des personnes entretenant des liens étroits avec les sociétés mères. Les parties ont alors pris les engagements suivants : les administrateurs de l'entreprise commune n'auront pas de responsabilités commerciales dans les sociétés mères, ils ne recevront d'informations commercialement sensibles que dans la mesure où elles sont indispensables à l'exercice de leurs fonctions et ils ne pourront pas les communiquer aux sociétés mères. Quant aux cadres dirigeants de l'entreprise commune, ils ne seront pas non plus autorisés à transmettre de telles informations

303. Décision du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge (07-D-21).

304. Décision de la Commission du 14 septembre 1999 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. IV/36 213/F2, General Electric/Pratt & Whitney.

aux sociétés mères, sous peine de sanctions. La Commission européenne a accepté ces engagements, considérant que ces mécanismes de pare-feu empêcheraient les parties de s'échanger, *via* l'entreprise commune, des informations sur leur comportement concurrentiel ultérieur sur le marché de l'enrichissement.

Pour éviter la diffusion d'informations sensibles sur les concurrents, des mesures encore plus concrètes, telles que la modification des produits, peuvent parfois être mises en œuvre. Dans le cadre de l'opération de concentration Boeing-Jeppesen, la Commission européenne a constaté que certains outils commercialisés par Jeppesen présentaient l'avantage de conserver les données concernant les caractéristiques des aéronefs sur le serveur informatique de la compagnie aérienne cliente, ce qui limitait le volume de données confidentielles traitées par Jeppesen. Pour minimiser les risques de transmission d'informations confidentielles provenant d'Airbus ou d'autres de ses clients par Jeppesen vers Boeing, la Commission européenne a donc enjoint à Jeppesen de distribuer ces produits, ou leurs équivalents présents ou futurs, sans discrimination, à tout client qui en ferait la demande³⁰⁵. De même, dans l'affaire Travail temporaire³⁰⁶, Vedior commercialisait un outil de gestion de main-d'œuvre pour les clients ayant recours à différentes entreprises de travail temporaire, ce qui engendrait un risque que, lors d'opérations de maintenance, des informations commercialement sensibles sur les concurrents soient transmises à Vedior. Ce dernier s'est alors engagé à retirer cet outil de la vente pour le remplacer par un outil ne nécessitant aucune intervention chez le client. En outre, la commercialisation et la gestion de ce nouvel outil seront confiées à une filiale spécifique.

Enfin, les mesures correctives peuvent viser à empêcher la transmission d'informations privilégiées sur les consommateurs à une entreprise lorsque cela lui donne un avantage discriminatoire par rapport à ses concurrents. Lors de l'opération de concentration EDF-Dalkia, EDF s'est ainsi engagée à ne pas transmettre à Dalkia (entreprise spécialisée dans les services énergétiques) les informations commercialement sensibles sur sa clientèle française, détenues du fait de sa position d'opérateur historique dominant sur le marché de l'électricité³⁰⁷. Dans l'affaire Solaire Direct³⁰⁸, EDF avait proposé des engagements limitant le type d'informations sur les consommateurs régulés qui pourraient être transmises à sa filiale EDF-ENR par sa plate-forme 3929 et prévoyant le développement futur de canaux commerciaux propres à EDF-ENR. Le Conseil de la concurrence a jugé ces engagements insuffisants, dans la mesure où les téléconseillers du 3929 continueraient à collecter et à transmettre à EDF-ENR des informations sur les appelants, lui donnant ainsi accès à des données non reproductibles par ses concurrents. Par ailleurs, il a jugé excessif le délai de mise en place de canaux commerciaux spécifiques. Le Conseil a donc prononcé des mesures conservatoires enjoignant à

305. Arrêté du 4 juillet 2001 précité, article 4.

306. Décision du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire (09-D-05).

307. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 12 décembre 2000 aux conseils des sociétés Vivendi Environnement et EDF relative à une concentration dans le secteur des services liés à la production d'électricité, *BOCCRF* 02 du 23 février 2001.

308. Décision 09-MC-01, précitée.

EDF de ne plus mettre à la disposition d'EDF-ENR d'informations dont EDF dispose du fait de ses activités de fournisseur de services d'électricité aux tarifs réglementés, et de mettre fin à toute communication, à EDF-ENR, d'informations recueillies par le 3929.

Imposer un accès non discriminatoire aux informations

Lorsque des informations détenues par une entreprise se révèlent indispensables à l'activité d'opérateurs présents sur un marché connexe et notamment lorsque leur détenteur transmet ces informations à une filiale active sur ce marché, lui accordant ainsi un avantage indu par rapport à ses concurrents, il peut être nécessaire d'imposer un accès non discriminatoire aux informations concernées.

Dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du marché des services de renseignements téléphoniques, la société Le Numéro a dénoncé des pratiques qu'elle estimait discriminatoires de la part des sociétés du groupe France Télécom, notamment de la société Pages Jaunes³⁰⁹. Elle estimait que la liste d'abonnés que lui fournissait l'opérateur historique (« base L 34 ») dans le cadre du service d'accès aux données annuaires était moins complète que celle utilisée au sein du groupe France Télécom et présentait de nombreuses erreurs et omissions par rapport aux renseignements fournis par le « 12 ». France Télécom s'est engagée à mettre à la disposition des éditeurs de services de renseignements l'ensemble des champs qu'elle collecte auprès de ses abonnés, ensemble qui devrait être très proche de la « base L 34 » dans sa forme nouvelle préparée par l'ARCEP. Le Conseil de la concurrence a accepté ces engagements, considérant qu'ils rétablissaient l'égalité de traitement des éditeurs pour l'accès aux informations collectées par France Télécom sur ses abonnés et aux informations dénominatives supplémentaires utilisées par Pages Jaunes pour la fourniture de son service de renseignements.

Dans l'affaire Wanadoo ADSL relative au marché de l'accès à haut débit à Internet³¹⁰, les concurrents de Wanadoo se sont plaints d'une discrimination dans l'accès aux données relatives à l'éligibilité des lignes à l'ADSL, données détenues exclusivement par France Télécom en sa qualité de propriétaire et d'exploitant des infrastructures de boucle locale. Les fournisseurs d'accès à Internet alternatifs avaient accès à des informations moins actualisées et moins précises que celles dont disposaient les agents commerciaux de France Télécom pour la commercialisation des packs Wanadoo, qui leur permettaient de vérifier immédiatement si la ligne d'un client pouvait être raccordée à l'ADSL. Le Conseil de la concurrence, avant de sanctionner France Télécom pour abus de position dominante dans sa décision au fond, a prononcé des mesures conservatoires lui enjoignant de mettre à la disposition de tous les fournisseurs d'accès à Internet un serveur Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont dispose Wanadoo³¹¹.

309. Décision du 13 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par Internet (06-D-20).

310. Décision 07-D-33, précitée.

311. Décision du 27 février 2002, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France (02-MC-03).

Enfin, les autorités de concurrence ont été confrontées, dans le secteur de la réparation automobile, à des cas de discrimination entre réparateurs agréés et réparateurs indépendants dans l'accès aux informations techniques nécessaires à la réparation des véhicules. Saisi à propos de ce type de pratiques, le Conseil de la concurrence a pris une décision rendant obligatoires les engagements pris par Citroën concernant la fourniture d'informations et outils techniques relatifs à la réparation des véhicules de sa marque. Au niveau européen, la Commission européenne a conduit des procédures voisines concernant DaimlerChrysler, Toyota, Fiat et General Motors qui ont abouti, également par la voie d'engagements, à des solutions en substance similaires. Le règlement relatif aux émissions des véhicules et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules, qui s'applique depuis le 3 janvier 2009, impose désormais aux constructeurs automobiles l'obligation de fournir aux opérateurs indépendants un accès normalisé et sans restrictions aux informations techniques concernant la réparation de leurs véhicules³¹².

Conclusion

Les échanges d'informations entre entreprises peuvent générer des gains d'efficacité, par exemple en améliorant l'adéquation de l'offre à la demande ou en permettant aux entreprises d'évaluer leur propre performance par rapport au marché. Cependant, ils présentent parfois aussi des risques pour le jeu concurrentiel, car ils peuvent être un moyen de soutenir un équilibre collusif. En outre, certains échanges d'informations – et dans des circonstances particulières, le refus d'échanger des informations – peuvent constituer un abus de position dominante.

Pour évaluer l'impact d'un échange d'informations, l'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne adoptent une approche « graduée », différenciant les échanges d'informations anticoncurrentiels par objet de ceux nécessitant un examen plus détaillé de leurs effets pour être qualifiés. La communication de données futures est ainsi particulièrement susceptible d'être jugée restrictive de concurrence par objet, surtout si ces données ne sont transmises qu'aux concurrents. Pour autant, conformément à la jurisprudence européenne, le contexte concret dans lequel ces pratiques s'insèrent est pris en compte. Cette approche se différencie donc profondément d'une condamnation *per se*, qui n'existe ni en droit européen ni en droit national et n'a, par conséquent, jamais été suivie par l'Autorité de la concurrence. Lorsqu'il n'apparaît pas que l'objet d'un échange d'informations soit anticoncurrentiel, l'Autorité de la concurrence évalue ses effets. Dans son analyse, elle combine une série de critères, relatifs au contexte du marché, à la nature des informations échangées et aux modalités de l'échange.

Pour préserver les échanges d'informations légitimes tout en limitant les risques pour le jeu concurrentiel, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à entreprendre des actions préventives, par exemple dans le cadre du contrôle des concentrations

³¹². Règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules.

ou encore des actions correctives permettant de rétablir une concurrence saine et d'éviter la réitération de pratiques prohibées. Elle peut ainsi prononcer des injonctions ou accepter des engagements visant, selon le contexte, à modifier les caractéristiques d'un échange d'informations, à empêcher la transmission d'informations, ou encore à l'imposer sur un mode non discriminatoire.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, les entreprises doivent évaluer elles-mêmes si les accords d'échanges d'informations qu'elles envisagent de mettre en œuvre sont conformes ou non au droit de la concurrence. La distinction entre les échanges d'informations légitimes et ceux susceptibles de restreindre la concurrence peut paraître difficile à opérer, compte tenu de la multiplicité des facteurs à prendre en compte. Pour cette raison, l'Autorité de la concurrence s'efforce toujours, dans ses décisions ou dans ses avis, d'exposer clairement et de façon détaillée les critères qui fondent son analyse et de développer les raisonnements économiques justifiant ses conclusions. De la même façon, cette étude doit contribuer à une meilleure compréhension de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence européenne.

Pratique décisionnelle 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 2009 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 décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

Les marchés pertinents	153
Le marché pertinent de produit ou de service	154
La substituabilité du point de vue des demandeurs	154
La substituabilité de l'offre	161
Le marché géographique	162
Dimension régionale ou locale	163
Dimension nationale	165
Dimension nationale et locale	166
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles	166
Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure	166
Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	166
Prescription	173
Déroulement de la procédure	174
Ententes illicites	183
Les concours de volontés	183
Les différentes restrictions de concurrence	194
Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3 du TFUE)	212
Pratiques abusives	214
Les abus de position dominante	214
Abus de dépendance économique	229
Prix abusivement bas	230
Mesures conservatoires	230
Imputabilité	232
Du comportement de la filiale à la société mère	232

Politique de l’Autorité de la concurrence en matière de sanctions	234
Aspect correctif : les injonctions	235
Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions	238
Les engagements	249
Contrôle des concentrations	258
Notion de concentration	258
Participation minoritaire et contrôle conjoint	259
Fusion de fait – Restructuration interne	263
Contrôle sur une base purement contractuelle	264
Les opérations transitoires	264
Opérations interdépendantes	265
Entreprises communes – Notion de plein exercice	266
Les seuils de contrôle	267
Analyse concurrentielle	268
Les effets horizontaux	268
Les concentrations verticales	272
Les effets congloméraux	279
Les restrictions directement liées et nécessaires	282
Les mesures correctives	283
Les mesures structurelles	284
Les mesures comportementales	286
Activité consultative	287
Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires	288
Fonctionnement concurrentiel des marchés	300
Avis rendus aux régulateurs	322

Avertissement : l’activité de l’Autorité de la concurrence a débuté le 2 mars 2009. La présente partie analyse donc des décisions et avis rendus à la fois par le Conseil et par l’Autorité de la concurrence.

Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

Les marchés pertinents

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'apprécier leur pouvoir de marché, c'est-à-dire leur capacité à augmenter leur prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés. En matière de contrôle des concentrations, il s'agira d'apprécier si le rapprochement entre entreprises actives sur un même marché ou sur des marchés connexes est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante. Pour la qualification des pratiques anticoncurrentielles, l'existence d'une position dominante est recherchée sur un marché pertinent. De plus, pour les abus de position dominante comme pour les ententes, la délimitation des marchés pertinents affectés par les pratiques permet d'apprécier les effets de ces pratiques sur la concurrence, et plus particulièrement d'évaluer le dommage à l'économie.

Le Conseil de la concurrence a donné, dans ses rapports précédents, la définition suivante du marché pertinent : « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire*

une même demande.» Cette définition a été reprise par l'Autorité dans les décisions **09-D-14; 09-D-30; 09-D-36; 09-D-40**.

La délimitation du marché pertinent doit donc procéder de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre, se modifient. Dès lors, l'Autorité, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, apprécie le marché dans sa situation contemporaine des pratiques **(09-D-17)**. À l'inverse, en contrôle des concentrations, l'Autorité tient compte des évolutions en cours ou anticipées pouvant affecter le fonctionnement d'un marché dans un horizon de temps raisonnable.

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.

Le Conseil, et l'Autorité à sa suite, ont rappelé que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante : il suffit que le marché soit apprécié avec suffisamment de précision pour permettre d'apprécier les effets des pratiques incriminées **(09-D-05 ; 09-D-07 ; 09-D-17)**.

Enfin, il convient de noter que les autorités de concurrence, tant nationales que communautaires, 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 **(09-D-24; 09-D-36)**. En contrôle des concentrations, la délimitation exacte des marchés pertinents n'est ainsi précisée que lorsque l'opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur l'un des marchés possibles.

Le marché pertinent de produit ou de service

Le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite s'observant rarement, l'Autorité considère que sont substituables et par conséquent se situent sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande **(09-D-14)**.

La substituabilité du point de vue des demandeurs

Si la substituabilité de différents biens ou services entre eux se mesure, en principe, au moyen des élasticités-prix croisées de ces différents biens ou services, la mesure précise de ces élasticités n'est pas disponible pour la plupart des biens ou

services. L'Autorité les apprécie donc de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution), l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause. L'analyse des marchés pertinents est donc souvent complexe et suppose de croiser plusieurs critères d'analyse (faisceau d'indices).

L'identité et les caractéristiques des demandeurs

Les caractéristiques des demandeurs

Les marchés sont analysés en tenant compte de l'identité et du comportement des clients. Ces comportements peuvent différer d'un groupe de demandeurs à l'autre, modifiant ainsi les structures du marché.

Ainsi, le Conseil a rappelé, concernant la presse spécialisée grand public à vocation locale ou nationale, que différents marchés peuvent être segmentés en fonction du contenu éditorial, de la présentation, de la périodicité, de la politique commerciale mais aussi des caractéristiques en matière de sexe, d'âge, de catégories socioprofessionnelles, de revenus et de domicile des lecteurs **(09-D-03)**.

De même, l'Autorité a rappelé que selon une jurisprudence et une pratique juridictionnelle constantes relatives aux secteurs des spécialités pharmaceutiques, les possibilités de substitution entre les médicaments sont limitées non seulement par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives – qui dépendent elles-mêmes des propriétés pharmacologiques des produits – mais aussi par le point de vue des médecins les prescrivant.

L'Autorité a, dans la même décision, distingué le marché dit de la « ville », sur lequel opèrent les officines, et le marché hospitalier. Ces deux marchés diffèrent en raison de l'absence de substituabilité de la demande émanant, pour le premier, des patients et pour le second, des hôpitaux **(09-D-28)**.

Dans une décision **09-D-16**, l'Autorité a constaté qu'il n'existait pas de marché des logiciels de gestion des ressources humaines destinés spécifiquement aux universités mais un marché plus large s'étendant aux logiciels remplissant les mêmes fonctions pour les administrations publiques. L'Autorité a estimé que les spécificités de la demande émanant des universités, alléguées par le saisissant, ne venaient pas remettre en cause la substituabilité du logiciel *ad hoc* qu'il commercialisait par des logiciels destinés à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique **(09-D-16)**.

De même, l'Autorité a estimé, dans une affaire relative à des pratiques commises dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes, que la demande de location-gestion de palettes à l'usage des expéditeurs de fruits et

légumes ne présentait pas de spécificités suffisamment notables pour que soit reconnu un marché propre à ce secteur **(09-D-33)**.

Dans une décision relative à l'acquisition du groupe Team Ouest par la société France Frais **(09-DCC-50)**, l'Autorité a rappelé que, s'agissant de la distribution de gros de produits alimentaires, il convenait de distinguer différentes catégories de demandeurs ayant des besoins spécifiques, notamment en matière de conditionnement des produits : la grande distribution et les commerces à dominante alimentaire d'une part, les professionnels de la restauration hors domicile (RHD) d'autre part, et enfin l'industrie agroalimentaire. La RHD regroupe notamment les cafés-hôtels-restaurants (CHR), les chaînes de restauration et les collectivités. Toutefois, au cas d'espèce, l'Autorité a relevé que les commerces de proximité comme les bouchers-charcutiers, boulangers et crémiers, exprimaient des besoins identiques aux CHR en matière de produits laitiers et étaient livrés dans les mêmes conditions commerciales et techniques. L'Autorité a donc considéré qu'ils constituaient un même segment de clientèle. À l'inverse, dans la décision **09-DCC-48** relative à l'acquisition par la société LDC Traiteur de la société Marie, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer la RHD des bouchers-charcutiers artisans sur le marché de la viande fraîche de volaille, ces deux catégories d'acheteurs ayant des besoins spécifiques en termes de volumes, calibrage et conditionnement de viande de volaille. Enfin, sur le marché de la collecte de céréales, l'Autorité a rejeté une segmentation en fonction du type de céréales, dans la mesure où les organismes collecteurs pouvaient stocker n'importe quel type de céréales en fonction des besoins des agriculteurs qui s'adressent à eux **(09-DCC-38)**.

Enfin, l'Autorité a rappelé, dans une décision **09-MC-02**, que si les services de SMS utilisent les canaux de signalisation des services vocaux de la téléphonie mobile et qu'il est techniquement impossible d'isoler une prestation de service de SMS indépendante de la voix, l'envoi d'un SMS n'est pas considéré par les consommateurs comme substituable à un appel vocal **(09-MC-02)**.

Distinction entre marché amont et marché aval

L'existence de groupes distincts de demandeurs est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Statuant sur des pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom, l'Autorité a distingué, se fondant sur sa pratique décisionnelle constante concernant les marchés de la téléphonie mobile, l'existence, en amont des marchés de services de téléphonie mobile, de trois marchés pertinents de terminaison des appels correspondant aux trois réseaux GSM en service **(09-D-15 ; 09-D-36)**.

Dans une décision **(09-D-21)** relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de travaux de lignes aériennes à haute tension, l'Autorité a distingué le marché de l'utilisation du réseau de transport haute et très haute tension des marchés de la production, de la vente en gros et au détail d'électricité. L'Autorité a rappelé, à cette occasion, que ces derniers sont organisés en trois niveaux :

- le marché de la production, qui se situe en amont et comprend l'électricité produite par les centrales et celle importée par le biais des interconnexions ;
- le marché de la vente d'électricité en gros, situé au niveau intermédiaire, sur lequel les producteurs nationaux et les importateurs vendent les quantités physiques produites ou importées, aux revendeurs et aux consommateurs achetant directement sur le marché de gros ;
- le marché de détail, situé en aval.

Saisie d'une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT International dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, l'Autorité a estimé qu'il pourrait être envisageable de subdiviser en plusieurs marchés pertinents, le marché dit de « valorisation », qui constitue l'un des trois marchés reconnus par la Commission européenne dans le secteur des éco-organismes (décisions du 20 avril 2001, 2001/463/CE, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG*, *JOCE* L 166, p. 1 et du 15 juin 2001, 2001/663/CE, *Éco-Emballages*, *JOCE* L 233, p. 37). À cet égard, l'Autorité a précisé qu'elle pourrait alors être amenée à distinguer, en amont, un marché de l'achat direct aux collectivités de leurs déchets d'emballages en plastique triés et, en aval, un marché de revente soit à un intermédiaire soit aux entreprises de recyclage qui transforment les déchets en matières premières secondaires **(09-D-33)**.

Appels d'offres et marché pertinent

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée comme un marché en soi, la demande étant circonscrite dans les cahiers des charges **(09-D-10; 09-D-33; 09-D-18)**.

Toutefois, le Conseil a rappelé que, s'agissant de l'appréciation de la dominance d'une entreprise, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, il peut être pertinent de retenir non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné **(09-D-10)**.

Enfin, le Conseil a rappelé, les années précédentes, que si plusieurs appels d'offres constituent des marchés pertinents différents, une entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés peut être sanctionnée si elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts. Dans un arrêt du 14 janvier 2003, la cour d'appel de Paris avait ainsi estimé : « *Considérant que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître de l'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel; considérant que si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que*

chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts. » Des ententes peuvent donc être appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés.

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.

Par exemple, dans la décision **09-DCC-48** précitée et la décision relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles (**09-DCC-67**), l'Autorité a eu l'occasion de rappeler la pertinence d'une segmentation du marché de la viande fraîche de volaille en fonction de l'espèce, y compris entre la dinde et le poulet en raison de différences significatives de goût : la viande de dinde est généralement considérée comme moins goûteuse et plus sèche que celle de poulet. Une segmentation entre la viande fraîche de volaille sous label et la viande fraîche de volaille standard s'avère également justifiée en raison des différences de prix, de qualité et de goût existant entre ces deux types de viandes. En outre, concernant les marchés de la collecte de volailles vivantes en vue de l'abattage, une distinction entre la collecte de poulets et la collecte de dindes a été envisagée compte tenu du fait que les chaînes d'abattage sont généralement spécialisées par espèce pour des raisons techniques : la taille et le poids diffèrent significativement entre un poulet et une dinde, nécessitant un réglage spécifique des chaînes qui ne peut être modifié suffisamment rapidement (**09-DCC-67**).

Dans une affaire **09-D-28**, l'Autorité a estimé, pour caractériser l'hypothèse de l'existence d'un marché propre au « fentanyl », que des médicaments appartenant au même sous-groupe de classification thérapeutique et pharmacologique du système de classification anatomique, thérapeutique et chimique (ACT) édicté par l'Organisation mondiale de la santé et ayant les mêmes indications thérapeutiques peuvent ne pas être substituables en raison de certaines de leurs caractéristiques propres. L'Autorité a ainsi relevé, parmi les antalgiques opioïdes forts pour le traitement des douleurs, la spécificité du « fentanyl », qui se distingue en ce qu'il :

- s'avère plus efficace que les autres produits et est dès lors prescrit en « seconde intention », c'est-à-dire lorsque les autres traitements ont été délivrés ;
- est administré sous une forme galénique différente (patch), ce qui entraîne un certain nombre de conséquences importantes quant aux effets secondaires et aux contre-indications.

De même, l'Autorité a considéré, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football, que le marché de la commercialisation et de la gestion des droits marketing sportifs se distingue du marché de la gestion des droits audiovisuels notamment en raison des spécificités de l'objet des transactions

qui y sont conclues. En effet, la cession des droits de retransmission audiovisuels à un diffuseur ne peut être assimilée à la commercialisation de droits marketing, qui se distingue par sa diversité : « panneautique », « hospitalité », *naming*, visibilité sur les sites de compétition, maillots de joueurs **(09-D-31)**.

Enfin, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit, l'Autorité a rappelé que si la pratique constante du Conseil de la concurrence l'avait conduit à identifier un marché des services de téléphonie mobile distinct du marché des services de téléphonie fixe, les relations entre les deux marchés sont de plus en plus étroites, notamment en raison du lancement d'offres permettant à des appels mobiles de transiter par une boucle locale fixe et venant concurrencer directement certaines offres de communication des opérateurs fixes **(09-D-16)**.

Les modalités de distribution

Le Conseil a rappelé, dans deux décisions concernant le secteur de la distribution de la presse, que la vente de la presse au numéro a été reconnue de façon constante comme un marché distinct de la vente par abonnement **(09-D-02; 09-D-04)**.

Dans une décision **09-D-06**, le Conseil a rappelé que la vente sur Internet constitue un critère de distinction des marchés.

Le positionnement commercial des produits et l'image de marque

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 le positionnement commercial de ces produits est distinct, lié à une différenciation en termes de processus de fabrication, de recette et de savoir-faire. La notoriété des marques de fabricants est l'un des éléments importants à apprécier pour évaluer la substituabilité du point de vue de la demande entre un produit MDD et un produit MDF.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence a considéré dans la décision **09-DCC-67** que, s'agissant du marché de la viande fraîche de volaille, l'absence de notoriété des marques de fabricant permettait de considérer que les MDD exerçaient une véritable pression concurrentielle sur les MDF, malgré des différences importantes dans le processus d'achat entre ces produits. À l'inverse, dans cette même décision, concernant le marché des élaborés cuits tels que les panés, émincés et rôtis à base de viande de volaille, l'Autorité a relevé que ces produits sont fortement différenciés selon le processus, la recette et le savoir-faire utilisés et que les principales marques de fabricants présentes sur ce marché bénéficiaient d'une réelle notoriété auprès du consommateur. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité a considéré que les élaborés cuits vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF n'étaient pas substituables et n'appartenaient donc pas au même marché.

En ce qui concerne la distribution de véhicules automobiles, la pratique décisionnelle de l'Autorité **(09-DCC-01)** établit plusieurs distinctions entre les véhicules automobiles particuliers et commerciaux, en fonction de l'identité de l'acheteur (particuliers/professionnels) et entre les véhicules neufs et d'occasion, conformément à la pratique du ministre de l'Économie. Toutefois, à l'occasion de l'examen de l'acquisition par Neubauer Distribution de la société Charles Pozzi **(09-DCC-75)**, l'Autorité a considéré que les véhicules de sport coupés, produits par des constructeurs tels que Ferrari, Maserati, Lamborghini..., n'étaient pas substituables aux autres types de véhicules (mini-voitures, petites voitures, voitures moyennes, voitures moyennes supérieures, voitures haut de gamme, voitures de luxe, véhicules multi-usages...) compte tenu de leurs caractéristiques en termes d'image, de marque et de prix. Concernant les autres types de véhicules, la Commission européenne avait considéré que les frontières entre les segments étaient brouillées dans la mesure où les consommateurs choisissent leur véhicule en fonction d'une combinaison variable de paramètres tels que la taille, la marque, le prix, l'image, les équipements et accessoires proposés.

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 **(09-D-31)**.

Le Conseil, dans une décision portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente de voyages en ligne, a souligné, dans sa délimitation du marché des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir, que la circonstance que les « cyber-consommateurs » de services de voyage répondent à un profil particulier – plus volatil, plus exigeant, plus expert et privilégiant le meilleur rapport qualité-prix – ne saurait remettre en cause la substituabilité du point de vue de la demande entre les services rendus par les agences de voyages virtuelles et ceux rendus par les agences traditionnelles **(09-D-06)**.

À l'inverse, l'existence de prix relativement comparables ne signifie pas nécessairement que deux produits appartiennent au même marché. Par exemple, dans la décision **09-DCC-54** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans par la société Transport et Logistique Partenaires (groupe SNCF), l'Autorité a considéré que le transport combiné rail-route (TCRR) constituait un marché distinct de celui du transport routier de marchandises malgré une proximité des prix des deux modes de transport de marchandises sur moyenne et longue distance. En effet, si d'après le test de marché réalisé, une augmentation de 5 à 10 % du prix du TCRR engendrerait un report de la demande sur le transport routier, l'instruction a établi que ce report ne saurait être immédiat (délai d'environ un an) en raison de la nécessité pour les transporteurs routiers d'adapter leur offre pour réaliser un transport de bout en bout (modification de la logistique mais également acquisition de camions supplémentaires et recrutement de personnels). Le transport routier est donc apparu comme un substitut imparfait du TCRR, d'autant plus que les clients finaux sont de plus en plus sensibles aux aspects environnementaux

et que le TCRR peut, dans certains cas, garantir un transport plus rapide d'un plus grand volume de marchandises.

L'environnement juridique

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, le Conseil a distingué le marché pertinent du travail temporaire des autres marchés de travail flexible, et ce même si une relative substituabilité d'autres formes de travail flexible peut s'avérer envisageable. Le travail temporaire diffère cependant nettement en ce qu'il est soumis à une réglementation et à un risque juridique particulier (09-D-05).

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 Conseil, dans une décision portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente de voyages en ligne, a considéré, dans sa délimitation du marché des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir, que les services d'agence de voyages en ligne sont sur le même marché que les agences de voyage traditionnelles du point de vue de l'offre. En effet, il s'avère que les agences de voyage en ligne et les agences traditionnelles exercent les unes sur les autres une pression concurrentielle en termes de prix car les consommateurs sont très sensibles au coût de la prestation vendue et utilisent Internet pour s'informer sur les différentes offres. De même, bien que leurs structures de coûts soient différentes et que les deux types d'agences connaissent des contraintes spécifiques, il n'existe pas de barrières à l'entrée sur le marché en ligne. Ainsi, il est aisé pour les entreprises offrant de tels services de passer des agences traditionnelles aux agences en ligne. Par ailleurs, il est de plus en plus courant de rencontrer des enseignes sur Internet qui ouvrent leurs points de vente. Le Conseil a ainsi relevé que les opérateurs s'adaptent à la versatilité de la demande en adoptant une stratégie multicanal fondée sur la présence d'agences *brick and mortar* et d'agences virtuelles (09-D-06).

De même, l'Autorité a souligné, dans la décision 09-DCC-48 concernant les marchés des produits traiteur frais commercialisés en GMS, que les mêmes fabricants fournissent la grande distribution en produits sous MDD et en produits sous leur marque, de sorte que leur position sur ces deux segments sont interdépendantes. Au cas d'espèce, et compte tenu de l'absence de marques notoires, les produits traiteur frais vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF ont été considérés comme substituables. L'Autorité a par ailleurs écarté une segmentation des produits traiteur frais en fonction de l'origine des recettes. En effet, la question de la substituabilité entre les produits traiteur « exotiques » (par exemple les nems ou les sushis) et les autres produits se pose du point de vue de la demande, compte tenu de la spécificité des produits considérés. Toutefois, l'Autorité a relevé que le mode de fabrication des produits était plus structurant du côté de l'offre que

l'origine des recettes : ainsi, les nems nécessitent l'utilisation de « lignes de friture » tout comme les panés, tandis que les pizzas peuvent être fabriquées sur les mêmes lignes de production que les tartes salées ou flambées. Ainsi, compte tenu de la substituabilité du côté de l'offre et du caractère subjectif du côté de la demande de la qualification d'une recette « exotique », l'Autorité n'a pas retenu la segmentation du marché des produits traiteur frais en fonction de l'origine des recettes. Enfin, l'Autorité n'a pas retenu l'existence d'un marché spécifique des « snacks » de poulet malgré la spécificité du besoin couvert par ce type de produit consommés rapidement et sans couverts, dans la mesure où, du point de vue de l'offre, le développement de la production de snacks de poulet est facilement accessible à un opérateur déjà présent sur les marchés des produits élaborés à base de viande de volaille **(09-DCC-67)**.

À l'inverse, dans la même décision, l'Autorité a estimé que sur les marchés de la collecte de volailles vivantes en vue de l'abattage, une segmentation par espèce était justifiée du fait de l'absence de substituabilité du côté de la demande, comme précisé ci-dessus – mais aussi de l'absence de substituabilité du côté de l'offre – chaque espèce nécessitant des conditions propres d'élevage. De même, au sein des produits élaborés cuits, l'Autorité a été amenée à analyser de manière spécifique le marché des panés, compte tenu de la faible substituabilité de ces produits et du caractère incontournable de leur présence dans les rayons du côté de la demande mais également du fait de la spécificité des lignes de production de ce type de produits (lignes de friture).

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, 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 **(09-D-14)**. Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services.

En d'autres termes, le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable **(09-MC-03; 09-D-30; 09-D-36)**.

Dimension régionale ou locale

Les particularités de la zone géographique

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à délimiter à un niveau local, le marché géographique pertinent.

Dans une décision **09-D-14**, l'Autorité a estimé que le marché géographique à retenir concernant des pratiques mises en œuvre dans la région de Grenoble était limité à la zone desservie par le réseau de distribution de Grenoble. En effet, les clients professionnels situés dans la zone de desserte de la société Gaz et électricité de Grenoble ne peuvent se procurer de l'électricité qu'à l'intérieur de la zone géographique couverte par le distributeur non nationalisé.

Dans une décision **09-DCC-67**, concernant les marchés de la collecte de volailles vivantes en vue de l'abattage, l'Autorité a estimé qu'il convenait de distinguer les zones à forte densité d'élevage (dans l'Ouest, par exemple) des zones où cette densité était moins importante. Dans le premier cas, une zone de collecte d'une heure trente permet de rendre compte de la zone d'influence d'un abattoir tandis que dans les zones moins denses, la zone de collecte de volailles vivantes peut s'étendre jusqu'à trois heures, sans toutefois excéder quatre heures, en raison de l'accroissement des coûts de transport et des risques d'étouffement des volailles.

L'environnement juridique

Si l'environnement juridique peut conduire à opérer une distinction en termes de produits, il peut également s'avérer nécessaire d'en tenir compte en ce qui concerne la délimitation géographique des marchés.

Par exemple, dans la décision **09-DCC-54** précitée, l'Autorité a relevé, concernant le marché des services ferroviaires offerts aux opérateurs de transport combiné, qu'en France, les certificats de sécurité attribués aux entreprises ferroviaires étaient limités aux services qu'elles envisageaient de fournir et aux lignes empruntées, contrairement à l'Allemagne pour laquelle de telles dispositions n'existent pas, permettant au TPICE dans l'arrêt Deutsche Bahn de retenir comme marché géographique pertinent le territoire national. Ainsi, au cas d'espèce, l'Autorité n'a pas exclu la nécessité d'une analyse ligne par ligne pour ce marché.

La décentralisation de la politique commerciale des entreprises nationales

Une organisation commerciale suffisamment décentralisée d'entreprises de dimension nationale peut également amener à considérer comme pertinente une délimitation locale du marché.

Dans une décision **09-DCC-16** relative à la fusion entre les groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne, l'Autorité a relevé qu'en France, au sein des banques mutualistes et coopératives, il existe une réelle autonomie en matière de politique commerciale au niveau régional, dans un premier temps, puis au niveau de chaque agence dans un second temps, de sorte qu'une définition locale des

marchés pertinents de services de la banque de détail et de la banque commerciale à destination des PME se justifiait.

L'hétérogénéité des conditions de concurrence sur le territoire

Lorsque la répartition des principaux opérateurs sur le marché national est hétérogène, une délimitation locale est justifiée pour tenir compte des différents contextes concurrentiels qui en résultent.

Par exemple, dans la décision **09-DCC-16**, l'Autorité a considéré que l'hétérogénéité de l'implantation géographique des différents groupes bancaires sur le territoire français confirmait la dimension locale des marchés concernés, contrairement aux constatations que la Commission européenne avait faites dans un pays comme les Pays-Bas. De même, à l'occasion de l'examen de plusieurs opérations de concentration dans le secteur de la distribution de carburants (**09-DCC-57**; **09-DCC-59**; **09-DCC-60**), l'Autorité, à la suite de la Commission européenne, a rappelé que le marché géographique de la vente de carburants devait être défini par référence à la demande, constituée par les automobilistes qui s'approvisionnent en carburants dans les stations-service à proximité de leurs centres d'activité. Toutefois, en raison du phénomène d'interpénétration des zones ainsi définies, la Commission européenne a envisagé, sans toutefois fermer la question, une délimitation nationale pour l'Autriche, l'Allemagne et le Royaume-Uni. En ce qui concerne la France, l'Autorité a, au contraire, constaté une variation significative des prix pratiqués au sein d'un même réseau sur le territoire national, signalant une certaine hétérogénéité des conditions de concurrence, qui peut notamment s'expliquer par une présence inégale des opérateurs de grandes et moyennes surfaces alimentaires, particulièrement actifs dans l'animation de la concurrence sur ce marché.

À l'inverse, même si une délimitation locale des marchés semble pertinente du point de vue de la demande, une analyse à un niveau géographique plus large peut s'avérer suffisante lorsque la répartition des entreprises sur l'ensemble du territoire est homogène ou lorsque les différents marchés locaux s'interpénètrent. Ainsi, l'Autorité a retenu dans les décisions précitées (**09-DCC-57**; **09-DCC-59**; **09-DCC-60**) une délimitation des marchés au niveau des agglomérations, compte tenu de l'interpénétration forte des zones de déplacement en milieu urbain.

La distance ou le temps de parcours des consommateurs

Le temps que les consommateurs sont prêts à consacrer pour accéder à un produit ou un service est un élément à prendre en compte pour délimiter la « zone de chalandise » pertinente.

Ainsi, dans une décision **09-DCC-16**, l'Autorité a relevé que les particuliers étaient prêts à parcourir une distance équivalente à vingt minutes en voiture pour accéder aux services bancaires tandis que les PME étaient généralement prêtes à se déplacer davantage, à tout le moins sur l'ensemble du département.

Dimension nationale

La dimension nationale du marché est retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente de voyages en ligne, le Conseil a rappelé qu'en raison des dispositions de l'article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs selon lesquelles la SNCF exerce sa mission sur le réseau ferré national, le marché du transport ferroviaire de voyageurs est de dimension nationale.

Cette solution est conforme à la jurisprudence communautaire selon laquelle un État membre peut constituer un marché pertinent, notamment lorsqu'une entreprise est titulaire d'un monopole légal sur ce territoire (TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/Commission* précité, point 58) **(09-D-06)**.

L'Autorité a déterminé, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations de services de commerce électronique pour les TPE et les PME, que la dimension du marché des prestations de commerce électronique est au moins nationale en raison de l'absence d'obstacles matériels à ce que la prestation soit réalisée à partir de n'importe quel point du territoire national et de la circonstance que les principaux opérateurs présents sur le marché agissent sur l'ensemble du territoire national pour l'ensemble des entreprises souhaitant développer une activité de commerce électronique **(09-D-30)**.

L'Autorité a rappelé, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, qu'il convient de distinguer le marché des communications électroniques de la zone Antilles-Guyane de celui de la métropole. Elle s'est fondée sur sa pratique décisionnelle dont il ressort que les départements d'outre-mer, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon, possèdent de nombreuses particularités faisant d'eux des marchés distincts de la métropole. Parmi ces caractéristiques, l'Autorité a relevé l'éloignement géographique et l'isolement des îles, les caractéristiques météorologiques et environnementales particulières (risques climatiques, séismes, paysages accidentés), les caractéristiques socio-économiques différentes, une pénétration des mobiles spécifique et un démarrage de l'activité mobile plus tardif qu'en métropole. Par ailleurs, l'Autorité a relevé, concernant les services de téléphonie mobile, que les autorisations de fréquence GSM sont spécifiquement attribuées aux opérateurs mobiles pour la zone Antilles-Guyane regroupant les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de Guyane **(09-D-36)**.

Afin de déterminer le caractère national du marché du marketing des droits du sport, l'Autorité a estimé que la dimension géographique de ce marché dépend de l'aire de diffusion des événements sportifs auprès des publics visés par les sponsors. Elle a relevé qu'on peut distinguer deux types de publics. Le premier, de caractère local, est celui des spectateurs qui viennent assister à la compétition. Le second est constitué par les téléspectateurs et a une dimension plus large, correspondant à l'aire de diffusion de l'événement. La médiatisation des événements sportifs

constitue un marché national en raison des données linguistiques et culturelles qui, par définition, déterminent autant de marchés des droits audiovisuels qu'il y a de pays dans lesquels les compétitions sont diffusées **(09-D-31)**.

Dimension nationale et locale

Sur certains marchés de détail, l'Autorité a rappelé que le pouvoir de marché des entreprises de dimension nationale pouvait découler à la fois de la force de leur enseigne au niveau national et de leur position sur chaque marché local.

Dans la décision **09-DCC-16** précitée, l'Autorité a considéré que le pouvoir de marché des banques découlait à la fois de leur taille, du fait de l'existence d'importantes économies d'échelle et de gamme dans la production centralisée des services bancaires, et de leur présence au niveau local, en raison de l'importance de la relation de proximité dans cette industrie. Ainsi, un groupe disposant d'une forte présence sur le marché national bénéficie d'un avantage concurrentiel significatif en raison des économies d'échelle dont il bénéficie. Parallèlement, un opérateur qui ne disposerait pas de pouvoir de marché au plan national pourrait néanmoins localement bénéficier d'un certain pouvoir de marché en l'absence d'opérateurs alternatifs.

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure

Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence

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

Aux termes de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles du titre II du livre IV, 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 (18 octobre 1999, Aéroports de Paris, n° 3174) et la Cour de cassation (Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Sté Les Oliviers), l'Autorité de la concurrence, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, 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 de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Le Tribunal des conflits a précisé cette jurisprudence dans une décision du 4 mai 2009 (Éditions J.-P. Gisserot c/Centre des monuments nationaux, n° 3714). Il a réaffirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour sanctionner des pratiques d'une personne publique, en l'espèce un établissement public administratif, mais en la subordonnant à la double condition que ces pratiques interviennent dans le cadre d'une activité économique exercée par la personne publique, et qu'elles ne concernent pas des « *décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique* ». Au cas d'espèce, le Tribunal des conflits a jugé que l'activité en cause, l'exécution d'un marché public, étrangère à l'organisation du service public et caractérisée par l'absence d'emploi de prérogatives exorbitantes du droit commun, relevait de la compétence du Conseil de la concurrence : « *En matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat [...] ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles.* »

C'est ainsi que dans sa décision **09-D-35**, l'Autorité s'est déclarée incompétente pour connaître des modalités par lesquelles un centre hospitalier, établissement public administratif, avait confié une mission de service public de transport, dans le cadre de l'aide médicale d'urgence, au service départemental d'incendie et de secours (SDIS), qui est également un établissement public à caractère administratif. En effet, les actes par lesquels une personne publique confie à une personne publique ou à une personne privée dotée de prérogatives de puissance publique une mission de service public relèvent de l'organisation du service public. L'Autorité de la concurrence n'est donc pas compétente pour en connaître, pas plus que pour connaître d'une éventuelle pratique d'entente entre le centre hospitalier et le SDIS ni de la convention administrative conclue ensuite entre eux, laquelle porte sur l'organisation du service public de transport du service médical d'urgence et de réanimation (SMUR).

Marchés publics et délégations de service public

L'Autorité de la concurrence a rappelé dans plusieurs décisions (**09-D-10**¹; **09-D-18**; **09-D-20**; **09-D-30**) qu'elle n'est pas compétente pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public ou de marchés organisées par une personne publique, le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, relevant de la compétence exclusive du juge administratif.

Il en est ainsi, par exemple, si une collectivité territoriale, cherche à favoriser une entreprise en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu « sur mesure » pour elle et examine les autres offres de manière discriminatoire, voire en les « boycottant » (**09-D-10**).

1. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010.

L'Autorité précise **(09-D-18)** que si une autorité publique lance un appel public à candidatures pour l'exploitation d'un service qui concerne un secteur dans lequel il existe un ou des opérateurs puissants sur le marché et qu'au surplus, elle pose dans l'appel public à candidatures des conditions objectives qui conduisent tel ou tel de ces opérateurs à se grouper pour déposer une offre qui satisfasse aux exigences du cahier des charges, de telles dispositions, qui sont parties intégrantes du règlement particulier de l'appel public à candidatures, ne sont pas détachables de l'appel public à candidatures lui-même. C'est donc à la juridiction administrative qu'il incombe, éventuellement, de dire si l'autorité publique agissant de la sorte a procédé de façon régulière dans le cadre de sa mission de service public.

Ce n'est que dans le cas très particulier où les règles fixées par la puissance publique mettraient les opérateurs économiques dans l'obligation d'outrepasser les règles de la concurrence qui s'imposent à eux qu'il conviendrait de considérer que leurs pratiques ne sont pas détachables de l'action publique et ne peuvent être évaluées au regard des règles de la concurrence qui s'appliquent aux entreprises. Dans cette hypothèse, le droit communautaire considère que les entreprises ne peuvent pas être sanctionnées au titre de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE), sous réserve qu'elles n'aient effectivement aucune autonomie de comportement. L'État membre pourrait en revanche être poursuivi. En effet, le traité CE impose aux États membres de ne pas prendre de mesures, y compris législatives ou réglementaires, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises.

En revanche, l'Autorité de la concurrence rappelle **(09-D-10; 09-D-18)** qu'en répondant à un appel public à candidatures (ou à un appel d'offres dans le cadre d'un marché 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 de la concurrence et les juridictions judiciaires qui la contrôlent, dès lors que les pratiques en cause n'impliquent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen ne nécessite aucune appréciation de la validité d'actes administratifs.

Ainsi, dans la décision **09-D-10**, relative à un appel à concurrence en vue du renouvellement de la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille, lancé par l'Office des Transports de la Corse, le Conseil de la concurrence a retenu sa compétence pour apprécier l'abus de position dominante reproché à la Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM).

Quatre offres avaient été déposées : trois offres « partielles », émanant d'autres compagnies maritimes, et une offre globale (c'est-à-dire portant sur l'ensemble des lignes concernées par l'appel d'offres) et indivisible de la part de la SNCM.

Contrairement à ce que soutenait la SNCM, le Conseil a estimé que la pratique par laquelle cette dernière avait déposé une seule offre globale et indivisible était détachable de l'appréciation de la légalité du règlement particulier de l'appel d'offres (RPAO). En effet, il n'était pas reproché à cette société d'avoir déposé une offre globale, ainsi que l'y autorisait effectivement le RPAO, mais que cette offre ait

porté de manière indivisible sur l'ensemble des lignes, ce qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres candidats à l'appel d'offres, et ce alors même que le RPAO demandait aux entreprises de fournir des éléments techniques et financiers ligne par ligne afin de pouvoir comparer les offres.

Décisions d'instances ordinales

Dans deux décisions relatives à des pratiques mises en œuvre par des conseils de l'ordre (**09-D-07**²; **09-D-17**), l'Autorité a rappelé que les conseils de l'ordre étant investis de missions de service public, il convient de distinguer, d'une part, les comportements qui, parce qu'ils invitent les professionnels à adopter telle ou telle attitude sur le marché, sous la forme de mises en garde ou de consignes, constituent une intervention dans une activité de services, et d'autre part, ceux qui ne sont pas détachables de l'exercice du pouvoir disciplinaire et du pouvoir de contrôle confié à l'ordre.

Lorsqu'un conseil de l'ordre engage une action disciplinaire à l'encontre d'un de ses membres ou s'adresse nominativement à lui pour qu'il modifie son comportement au motif d'une contrariété avec les règles de déontologie, son action s'inscrit bien dans l'exercice du pouvoir disciplinaire et ne relève pas, en principe, du champ de compétence du Conseil de la concurrence.

Dans la décision **09-D-07**, le Conseil de la concurrence a retenu sa compétence pour examiner des pratiques mises en œuvre par le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et des conseils départementaux de l'ordre, assimilables à un appel au boycott de la société Santéclair, dont l'activité, en matière de couverture complémentaire santé, est notamment de développer un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires.

Le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, après avoir, dans un premier temps, émis un avis favorable, au regard des règles de déontologie, sur le partenariat proposé par Santéclair, a retiré cet avis favorable et relayé par plusieurs conseils départementaux, a incité les chirurgiens-dentistes à dénoncer les partenariats avec Santéclair, leur laissant entendre qu'à défaut, ils seraient susceptibles d'être sanctionnés en cas de poursuites disciplinaires, alors que l'avis négatif finalement rendu n'avait aucune force juridique et ne liait pas les instances disciplinaires.

Les conseils de l'ordre des chirurgiens-dentistes mis en cause ont soulevé une exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative faisant valoir qu'ils avaient agi dans le cadre de leur mission de service public en usant de prérogatives de puissance publique.

Le Conseil de la concurrence a, à cette occasion, distingué deux types de pratiques.

Il a considéré que les différents conseils de l'ordre étaient intervenus dans une activité de services qui relève de sa compétence au titre de l'article L. 410-1 du Code de commerce, mais étaient sortis de leur mission de service public en interprétant, à destination de l'ensemble de la profession de chirurgien-dentiste, les

2. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

conséquences à tirer du retrait de l'avis favorable. En effet, ils ne se sont pas bornés à publier la décision de retrait de l'avis favorable dans leurs différents organes de communication institutionnels, mais ils ont largement commenté celle-ci en s'adressant à l'ensemble des chirurgiens-dentistes de leur ressort, qu'ils soient ou non concernés par les conventions en les incitant à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion à ces conventions.

En revanche, en adressant, individuellement et nominativement, aux seuls chirurgiens-dentistes adhérents au réseau Santéclair, des instructions visant à ce que ces derniers résilient leurs contrats, les conseils départementaux concernés ont inscrit leur action dans le cadre de leurs prérogatives de puissance publique. Il n'appartenait donc pas au Conseil de la concurrence d'apprécier la licéité de ces actes.

Dans la décision **09-D-17**, concernant des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, auquel il était fait grief d'avoir cherché à conforter la répartition de la clientèle des pharmacies entre les marchés d'immédiate proximité, l'Autorité a estimé que la demande d'ouverture d'une enquête sur le comportement professionnel d'un pharmacien, l'envoi d'une circulaire à l'ensemble des pharmacies d'un ressort pour leur rappeler qu'elles devaient tenir l'ordre informé des contrats ou accords de fournitures conclus avec certains établissements et la décision de saisir la chambre de discipline, ne relevaient pas de la compétence du Conseil de la concurrence.

En revanche, l'envoi d'une lettre adressée à une maison de retraite pour l'inciter à s'adresser aux pharmacies dont elle dépendrait « géographiquement » traduisait, à l'égard d'un tiers par rapport à l'ordre, une intervention dans une activité de services et par conséquent le Conseil de la concurrence était compétent pour l'examiner sur le fondement de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Particularité du secteur de la santé

Dans la décision **09-D-39**, l'Autorité de la concurrence a rappelé que les règles de concurrence s'appliquent dès lors qu'il existe une demande de soins à laquelle répond une offre. Cette rencontre entre une offre et une demande caractérise l'existence d'un marché sur lequel les opérateurs doivent respecter les règles de la concurrence.

En l'espèce, le Conseil national des exploitants thermaux, auquel il était fait grief d'avoir décidé d'imposer, entre 2005 et 2006, aux curistes assurés sociaux un forfait supplémentaire de dix euros, non remboursé par la sécurité sociale, contestait l'application des règles de concurrence, et notamment de l'article L. 420-1 du Code de commerce, à la consigne tarifaire qu'il avait diffusée.

L'Autorité a écarté cette objection et s'est référée à la jurisprudence nationale et communautaire, pour souligner que les particularités du secteur de la santé et son caractère réglementé n'étaient pas de nature à exclure l'activité de soins du champ d'application du droit de la concurrence, dès lors que cette activité s'analysait en une activité de services, permettant la rencontre, moyennant paiement, d'une demande de la part des malades, et d'une offre de la part des médecins (CA Paris,

4 avril 1997, Syndicat des médecins de la Somme ; cf. aussi CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov, C-180/98 à C-184/98, *Rec.* p. I-6451).

En l'occurrence, elle a estimé que les exploitants thermaux exerçaient une activité de services et que le secteur était soumis aux dispositions du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et elle a souligné qu'à partir du moment où des exploitants thermaux facturaient des prestations hors forfait de la sécurité sociale, ils étaient à cet égard en situation de concurrence par les prix. Or, la dérogation au principe de liberté des prix sur certaines prestations de santé n'empêche pas leur soumission aux règles de la concurrence sur tous les autres aspects de leur activité.

Compétence d'autres juridictions

Dans la décision **09-D-20**, l'Autorité de la concurrence a rappelé qu'elle n'était pas compétente pour juger des offres anormalement basses présentées par des entreprises de travaux publics en réponse aux appels d'offres dans le cadre des marchés publics pour des travaux d'entretien routier en région Rhône-Alpes, lesquelles relèvent, aux termes de l'article 55 du Code des marchés publics, de la collectivité publique qui a lancé le marché et en second ressort de la juridiction administrative.

Affectation du commerce intracommunautaire

Les règles de concurrence communautaires sont applicables 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 (ci-après «TFUE» ou «traité»), 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 traité, 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*».

En 2009, le Conseil puis l'Autorité, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes ont ainsi fait application du droit communautaire à de nombreuses reprises, concernant tant des ententes (**09-D-05**³; **09-D-06**⁴; **09-D-10**⁵; **09-D-18**;

3. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

4. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

5. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010.

09-D-25⁶; **09-D-26**⁷; **09-D-31**; **09-D-36**) que des abus de position dominante (**09-D-04**; **09-D-06**; **09-D-10**; **09-D-15**; **09-D-18**; **09-D-24**; **09-D-26**; **09-D-28**; **09-D-31**; **09-D-36**; **09-MC-01**).

Comportements pris en compte dans leur globalité

Le Conseil de la concurrence a considéré, dans les décisions **09-D-04**, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse et **09-D-05**⁸, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, que la stratégie générale des entreprises concernées était susceptible d'affecter le commerce entre États membres, indépendamment de chaque comportement constitutif de l'abus, ou de chaque partie de l'accord en cause, pris isolément (*cf.* aussi **09-D-26**⁹, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT International dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballage ménagers plastiques).

Dimension des pratiques sanctionnées

Si les pratiques couvrent souvent la totalité du territoire national, elles peuvent aussi se limiter à une partie de celui-ci.

Pratiques commise sur un marché subnational

Ayant rappelé que la question de l'affectation du commerce intracommunautaire est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause et que le commerce entre États membres peut être affecté même dans des cas où le marché est national ou subnational, l'Autorité de la concurrence a estimé, dans la décision **09-D-24** relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de télécommunications électroniques fixes dans les DOM, que ce n'est pas parce que les pratiques en cause n'ont affecté que certains départements français que les dispositions de l'article 82 du traité CE (article 102 du TFUE) ne peuvent pas, *a priori*, trouver à s'appliquer. Ainsi, en l'espèce, si les pratiques de France Télécom ont eu des effets directs et certains sur des opérateurs français et notamment les sociétés Mobius et Outremer Télécom, elles ont eu des effets au moins indirects sur des entrants potentiels d'autres États membres de l'Union européenne, qui ont pu renoncer à pénétrer le marché réunionnais en raison des pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant.

L'Autorité a procédé à la même analyse dans la décision **09-D-36**, s'agissant essentiellement de pratiques d'éviction ayant consisté, pour Orange Caraïbe, à élever artificiellement des barrières à l'entrée sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane; elle a constaté qu'en l'espèce, si les pratiques en cause ont été mises en œuvre dans une partie d'un État membre, à

6. Un recours a été formé contre cette décision.

7. Décision confirmée par CA Paris, 11 septembre 2009, DKT International.

8. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

9. Décision confirmée par CA Paris, 11 septembre 2009, DKT International.

savoir la zone Antilles-Guyane, elles portaient sur des services de communications électroniques, qui avaient pour objet de permettre aux utilisateurs d'émettre ou de recevoir des appels ou des données, notamment au départ et en direction d'autres États membres de l'Union européenne. De ce fait, les pratiques portaient sur des services qui, par leur nature même, étaient susceptibles d'être pour partie transfrontaliers.

En outre, l'instruction a révélé que les grands groupes européens présents dans le secteur de la téléphonie mobile s'intéressaient à la région des Caraïbes où ils offraient leurs services par le biais de filiales qu'ils y avaient établies et que, dès lors qu'un opérateur, européen ou non, est implanté en un point de la région, il a vocation à développer sa présence sur les autres territoires de la zone, afin de bénéficier d'un maillage territorial plus complet, ce qui le rend à la fois plus efficace et plus attractif vis-à-vis des consommateurs. Dès lors, a conclu l'Autorité, si les pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe ont eu des effets certains sur Bouygues Télécom Caraïbe et Outremer Télécom Caraïbe, elles ont également eu une incidence, au moins potentielle, sur les opérateurs provenant notamment des autres États membres de l'Union européenne présents dans la région, dont l'entrée sur le marché de la zone Antilles-Guyane a pu être rendue plus difficile.

Pratiques couvrant l'ensemble du territoire national

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07), l'Autorité a rappelé que des ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres **(09-D-05¹⁰; 09-D-25¹¹; 09-D-31)**.

De même, l'Autorité a considéré que le commerce entre États membres était affecté s'agissant de pratiques émanant d'entreprises en position dominante couvrant l'ensemble du territoire français et constituant une entrave abusive à l'entrée **(09-D-04; 09-D-06¹²; 09-D-15; 09-D-28; 09-MC-01)**.

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 n° 2004-1173 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 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant que : « *Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.* »

10. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

11. Un recours a été formé contre cette décision.

12. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

Application du régime de prescription de cinq ans

Dans la décision **09-D-34**¹³, l'Autorité a fait une application immédiate du nouveau régime de prescription quinquennale à des faits concernant des marchés de travaux publics pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004 (soit le 6 novembre 2004). En revanche, s'agissant d'un autre marché, dans la même affaire, la prescription triennale des faits étant acquise avant qu'intervienne l'ordonnance précitée, et en l'absence d'actes interruptifs avant l'expiration du délai de trois ans, les faits ont été considérés comme prescrits.

Déroulement de la procédure

Enquête administrative

Contestation de la régularité de l'ordonnance juridictionnelle autorisant les opérations de visite et de saisie

Dans la décision **09-D-25**¹⁴, l'Autorité a écarté l'argumentation d'une partie qui, se prévalant de l'arrêt *Ravon* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) le 21 mai 2008, demandait que soient écartés du dossier tous les documents saisis par la DGCCRF : elle faisait valoir que l'ordonnance du juge autorisant les visites et saisies n'était pas conforme aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Conformément à la pratique décisionnelle antérieure, l'Autorité a estimé qu'à supposer que le régime des visites et saisies autorisées sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, se heurte à la même incompatibilité que celle, relevée par la CEDH, à propos des opérations de visite et saisie en matière fiscale et douanière¹⁵, les dispositions transitoires du deuxième alinéa du IV de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 offraient aux entreprises, notamment dans le cas où – comme en l'espèce – la Cour de cassation avait rejeté leur pourvoi contre l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie, la possibilité de contester cette autorisation devant la cour d'appel de Paris saisie d'un recours au fond contre la décision statuant sur les pratiques reprochées. L'Autorité a estimé qu'eu égard à cette possibilité ouverte par la loi, les parties ne pouvaient se plaindre de ce que le droit positif ne leur permettrait pas d'avoir accès à un « juge effectif » au sens de l'arrêt *Ravon* (*cf.* aussi **08-D-30** et **09-D-03**¹⁶).

13. Un recours a été formé contre cette décision.

14. Un recours a été formé contre cette décision.

15. À la différence des règles fiscales ou douanières, les règles applicables en matière de concurrence permettent aux entreprises de contester devant le juge des libertés et de la détention le déroulement des opérations.

16. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

L'Autorité a ajouté que l'ouverture de ce recours postérieurement à sa décision ne méconnaissait pas le principe de l'« égalité des armes » puisqu'il n'était nullement fait obstacle à l'examen par la cour d'appel, dans les conditions du procès équitable, du bien fondé de la contestation formée par les parties visant l'autorisation du juge, sauf à remettre en cause *a priori* l'impartialité et l'indépendance de la cour d'appel.

Par ailleurs, en se prononçant sur la contestation soulevée par les entreprises sur le fondement de l'alinéa 2 du IV de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008, la cour d'appel ne sera pas amenée à statuer sur le bien fondé du grief notifié, mais seulement à vérifier le bien fondé de l'ordonnance ayant autorisé les opérations de visite et de saisie au regard des éléments produits devant le juge par l'administration. La cour d'appel dans un arrêt du 16 juin 2009, société Colas Méditerranée, a rappelé que l'exigence d'impartialité doit être appréciée concrètement : *« L'exigence d'impartialité du juge a pour finalité d'éviter qu'il ne soit habité d'un quelconque préjugé sur l'affaire qui lui est soumise ; [que] cela implique notamment que le même juge ne soit pas appelé à statuer s'il a dans une précédente intervention pris position ou émis une appréciation qui apparaît comme susceptible d'avoir une influence sur la seconde décision ; [qu']ainsi l'exercice successif par un même juge de fonctions juridictionnelles différentes dans un même litige n'est pas forcément contraire à l'exigence d'impartialité mais doit être apprécié au cas par cas par rapport à la finalité recherchée. »*

Enfin, l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne crée aucune discrimination contraire aux dispositions de la CEDH lorsque, d'une part, elle ouvre aux justiciables, à titre permanent, le droit de faire appel des décisions d'autorisation de visite et saisie et lorsque, d'autre part, à titre transitoire, elle permet à ceux qui n'ont pu bénéficier de ce droit dans le passé de contester en appel l'autorisation judiciaire rendue en application des dispositions légales antérieures à l'occasion des procédures au fond engagées antérieurement à la publication de l'ordonnance. Il ne peut être par ailleurs valablement soutenu que le cumul de ce recours avec celui qui est exercé contre la décision au fond porte atteinte au droit des justiciables à voir juger leurs affaires dans un délai raisonnable puisque la cour d'appel est saisie dans le même délai des deux recours.

Régularité d'un procès-verbal d'audition

Dans la décision **09-D-03**¹⁷, se référant notamment à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 décembre 1994, société Kangourou déménagements, le Conseil rappelle qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'énonce que les personnes entendues par les fonctionnaires mentionnés au premier alinéa de l'article 45 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (L. 450-1 du Code de commerce) peuvent être assistés d'un conseil à l'occasion des enquêtes auxquelles il est procédé sur le fondement de l'article 47 (L. 450-3 du Code de commerce) ».

17. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

Procédure suivie devant l'Autorité

Règles régissant la procédure devant l'Autorité : saisine, qualité et intérêt pour agir du saisissant

Dans sa décision **09-D-26**¹⁸, l'Autorité a écarté l'irrecevabilité alléguée de la saisine d'une société déficitaire et en cessation d'activité, au motif qu'au moment de la saisine du Conseil de la concurrence, cette société cherchait à développer son activité dans le secteur concerné et avait entrepris un certain nombre d'actions en ce sens, si bien qu'elle avait donc qualité et intérêt à agir au moment de la saisine, au sens de l'article L. 462-8 du Code de commerce, ce qui permettait la poursuite de la procédure indépendamment des événements ultérieurs survenus en son chef.

Il est rappelé à cet égard que les affaires portées à la connaissance du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence relèvent d'un contentieux objectif, visant à protéger l'ordre public économique, et ne sont donc pas contraintes par les demandes des parties. Dès lors, même si une société qui a régulièrement saisi le Conseil de la concurrence disparaît, cette disparition n'a pas pour effet de dessaisir l'Autorité de l'affaire portée à sa connaissance.

Objet de la saisine

Dans la décision **09-D-18**, l'Autorité, saisie par un syndicat de pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la Communauté urbaine de Marseille Provence Métropole (CUMPM) pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, a statué sur le point de savoir si la saisine ne se trouvait pas privée d'objet. En effet, à la date à laquelle il a été statué, la plupart des actes administratifs pris dans le cadre de l'appel public à candidatures, dont la régularité de la procédure avait été contestée et dont l'examen était soumis à l'Autorité, avaient été annulés par le juge administratif, y compris la décision de la CUMPM d'attribuer le contrat de délégation de service public au groupement RTM/Veolia.

L'Autorité a noté à cet égard que le Conseil de la concurrence avait déjà eu l'occasion, dans une décision **09-D-10**¹⁹, de tirer les enseignements de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 février 2007 énonçant « *que le fait que l'offre n'existe plus au jour du recours a pour effet de rendre la saisine de la cour et partant les demandes de la SNCM sans objet* ». Il a indiqué dans cette décision que la solution retenue par la cour d'appel de Paris ne s'appliquait que dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires puisque, du fait de l'annulation des actes en question, le caractère d'urgence n'était plus établi.

Il s'ensuit que les annulations successives, prononcées par le juge administratif, des nombreux actes de la puissance publique ayant conduit à l'attribution du contrat

18. Décision confirmée par CA Paris, 11 septembre 2009, DKT International.

19. Décision confirmée par CA Paris, 9 mars 2010.

de délégation de service public ne sauraient avoir eu pour effet de priver d'objet la plainte au fond déposée par le syndicat SNTU-CFDT.

Examen de la recevabilité des demandes de 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* ».

Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas irrecevable ou ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application, respectivement, des alinéas 1 et 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce²⁰ (**09-D-09; 09-D-22; 09-D-30; 09-D-40**).

Concernant les conditions d'octroi, il conviendra de se reporter aux développements consacrés aux mesures conservatoires, *infra*.

Instruction

La notification des griefs

Dans la décision **09-D-03**²¹, le Conseil a écarté l'imprécision alléguée de la notification des griefs en rappelant qu'il s'agit d'un document synthétique qui doit décrire les faits reprochés, leur qualification juridique et leur imputabilité aux entreprises destinataires, et qu'un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises. La notification de griefs doit donc informer les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable – national ou communautaire – et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation. Il a estimé que ces exigences étant respectées, les entreprises mises en cause avaient pu connaître les pratiques qui leur étaient reprochées et exercer utilement leur défense.

Dans les décisions **09-D-05**²², **09-D-06**²³ et **09-D-36**, le Conseil et l'Autorité ont également estimé que l'énoncé des griefs était suffisamment précis, en se référant notamment à la jurisprudence constante selon laquelle les griefs énoncés doivent être interprétés par référence aux développements préalables du rapporteur (*cf.* notamment CA Paris, 18 février 1997, ODA et CMS et Cass. com., 6 avril 1999, n° 97-12.776, ODA); la décision **09-D-06** rappelle en outre que

20. « *L'Autorité de la concurrence peut déclarer [...] la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Elle peut aussi rejeter la saisine [...] lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.* »

21. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

22. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

23. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

la notification des griefs, fondée sur les faits qui paraissent de nature à en établir le bien-fondé, n'a pas à répondre à tous les arguments développés par les parties (cf. CA Paris, 24 janvier 2006, Ordre des avocats au barreau de Marseille), ni à citer tous les faits et indices qui n'ont pas été retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles.

Le rapport

Dans sa décision **09-D-25**²⁴, l'Autorité de la concurrence a écarté les critiques de certaines parties estimant insuffisantes les réponses faites par le rapport à leurs observations, en se fondant sur une jurisprudence constante selon laquelle il n'est pas nécessaire que le rapport réponde au détail de l'argumentation des parties, dès lors qu'il contient l'essentiel des considérations concernant les éléments soumis à la discussion contradictoire. Ainsi, dans l'arrêt du 24 janvier 2006, Ordre des avocats au barreau de Marseille, la cour d'appel de Paris a jugé que le rapporteur n'avait pas à répondre à tous les arguments développés par les parties. Cette règle concernant la motivation a été rappelée dans l'arrêt de la cour d'appel du 4 avril 2006, Royal Canin : « *La décision du Conseil étant motivée en droit et en fait, aucune nullité ne saurait résulter de ce qu'il n'a pas suivi la société [...] dans le détail de son argumentation, que celle-ci a du reste tout loisir de soumettre à nouveau à la cour au soutien de son recours de pleine juridiction, qu'il s'agisse d'éléments non écartés expressément par la décision ou selon elle retenus à tort en ce qu'ils seraient erronés ou dénués de pertinence.* »

La durée de la procédure : notion de délai raisonnable

Dans la décision **09-D-31**, l'Autorité a rappelé d'une part, que le délai raisonnable doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure et, d'autre part, que 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, 30 janvier 2007, Le Foll-TP).

En l'espèce, l'ampleur de la procédure, caractérisée par des opérations de visite et saisie de dimension inhabituelle, menées conjointement par la Direction nationale des enquêtes de concurrence et les brigades interrégionales de Paris, Lyon et Marseille, ayant conduit à l'appréhension et à l'exploitation d'un nombre très important de documents auprès de 18 organismes nationaux, clubs et sociétés agissant dans le football, justifiait la durée de son traitement, de même que le contentieux qui a visé les opérations de visite et saisie.

Eu égard à ces circonstances, la durée de la procédure n'apparaissait pas excessive.

²⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

Formalisme des témoignages

Dans la décision **09-D-28**, il a été rappelé que le régime en matière de preuve devant l'Autorité de la concurrence n'implique pas de formalisme particulier. Le laboratoire mis en cause contestait la valeur des témoignages de pharmaciens, ceux-ci n'ayant pas communiqué copie de leur carte d'identité et leurs déclarations n'ayant pu être authentifiées. L'Autorité a estimé que les noms, adresses et téléphones des pharmaciens permettaient aisément de vérifier l'exactitude de ces témoignages (ce qui, en l'espèce, avait d'ailleurs été fait) et a écarté cette critique.

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

Accès au dossier/droits de la défense

Dans la décision **09-D-05**²⁵, le Conseil de la concurrence a rappelé les conditions de l'équilibre entre la protection des secrets d'affaires et la préservation des droits de la défense.

Dans ce dossier portant sur des pratiques d'entente dans le secteur du travail temporaire, Manpower soutenait que le rapporteur avait pu puiser des éléments à charge dans les documents extraits des messageries électroniques et fichiers informatisés saisis sur les postes de travail de responsables d'Adecco et de VediorBis à l'occasion des opérations de visite et saisie, dans la mesure où ces documents, bien qu'ayant fait l'objet d'un « classement » au titre de la protection des secrets d'affaires avaient ensuite été « déclassés » pour les besoins de la procédure. En revanche, des éléments à décharge extraits des mêmes sources étaient, selon Manpower, vraisemblablement restés « classés », sans que le rapporteur prenne l'initiative de les faire déclasser et sans qu'elle-même, faute de les connaître, ait pu en prendre l'initiative. À cet égard, Manpower critiquait la méthode consistant à « classer » globalement la messagerie électronique d'un employé au motif qu'elle contient certains messages contenant des secrets d'affaires.

Le Conseil a relevé que l'article L. 463-4 du Code de commerce, qui régit la protection des secrets d'affaires, et l'article L. 463-1 qui énonce « *l'instruction et la procédure [...] sont pleinement contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4* », visent à concilier autant que possible la protection des secrets d'affaires et les droits de la défense.

Or, si un document « à charge » doit pouvoir être accessible à la partie à laquelle il est opposé car, dans ce cas, le droit pour la partie mise en cause de se défendre prime sur la protection des secrets d'affaires revendiquée par les autres parties, donner à une partie mise en cause accès à l'ensemble des documents dont une autre partie a demandé la protection, au motif que la première pourrait y trouver des éléments à décharge, conduirait à ne plus accorder de protection véritable aux secrets d'affaires, en contradiction avec la lettre et l'esprit de l'article L. 463-4

25. Décision confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

du Code de commerce. Les droits de la défense, en ce qui concerne la recherche d'éléments à décharge, sont raisonnablement assurés par la possibilité qu'a toujours la partie qui souhaite mettre en avant de tels éléments, de les puiser dans sa propre « documentation » ou dans les informations non couvertes par la protection du secret des affaires.

S'agissant du cas particulier des messageries électroniques, il est rappelé que la Cour de cassation considère, au regard des procédures de recherche des infractions aux règles de concurrence, qu'une boîte de messagerie constitue une pièce unique, même si elle n'est que partiellement utile au dossier (Cass. crim., 12 décembre 2007, n° 06-81.907, Sita Centre Ouest). Il est, dès lors, légitime de la traiter comme telle au titre de la protection des secrets d'affaires en la classant globalement si une demande est faite en ce sens, quitte à ce qu'elle soit ensuite, le cas échéant, partiellement déclassée, comme toute autre pièce, pour les besoins de la procédure ou l'exercice des droits d'une partie mise en cause.

Exiger de pouvoir accéder, comme le demande Manpower, à l'ensemble des courriels et pièces jointes d'une messagerie électronique d'un dirigeant ou d'un responsable commercial d'une entreprise concurrente, qui a été classée dans son ensemble au titre de la protection du secret des affaires, revient *de facto* à priver ce concurrent de la protection prévue par l'article L. 463-4 du Code de commerce, alors que des éléments à décharge peuvent être puisés à partir d'autres sources. D'ailleurs, même s'agissant de documents « papier » qui auraient été individuellement classés au titre de la protection du secret des affaires, le seul fait que leur déclassement soit demandé par une partie n'entraîne pas leur déclassement automatique, le président du Conseil de la concurrence ou son vice-président délégué (aujourd'hui le rapporteur général de l'Autorité) devant apprécier, en cas d'opposition de la partie ayant obtenu leur classement, si le déclassement est nécessaire à l'exercice des droits de la demanderesse, ainsi que le prévoient les articles L. 463-4 et R. 463-15 du Code de commerce.

Par conséquent, même s'il était procédé à l'individualisation des milliers de courriels et pièces jointes contenus dans des messageries électroniques pour leur traitement au regard des règles sur la protection des secrets d'affaires, leur déclassement au titre d'éléments susceptibles d'être invoqués à décharge ne serait pas non plus automatique.

Dans la décision **09-D-07**²⁶, le Conseil a rappelé la jurisprudence constante en application des dispositions des articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce, aux termes de laquelle le droit d'accès au dossier n'est pas ouvert avant la notification de griefs, qui constitue l'acte d'accusation et marque l'ouverture de la procédure contradictoire (*cf.* CA Paris, 2 octobre 2007, Européenne de travaux ferroviaires).

26. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010..

Délais pour répondre aux griefs

Dans la décision **09-D-05**²⁷, le Conseil a écarté le moyen tiré de l'insuffisance du délai imparti pour répondre à la notification des griefs. Il a rappelé les dispositions de l'article L. 463-2 alinéa 4 du Code de commerce, et constaté que le président du Conseil de la concurrence avait en l'espèce accordé à l'ensemble des parties deux prolongations successives de quinze jours du délai qui leur était imparti pour répondre aux griefs, compte tenu des particularités du dossier. Le délai total de trois mois obtenu pour répondre aux griefs correspondait ainsi au maximum autorisé à l'alinéa précité, aucune disposition ne prévoyant, au bénéfice des entreprises qui souhaitent recourir à la procédure prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le droit à une prolongation supplémentaire.

Impartialité, loyauté, instruction à charge et à décharge

Dans la décision **09-D-05**²⁷, le Conseil a rejeté l'argumentation mettant en cause la loyauté et l'impartialité du rapporteur en rappelant que contrairement à ce qui était suggéré, c'est à l'entreprise mise en cause de faire prévaloir le cas échéant, dans l'exercice légitime de ses droits de la défense, que les griefs ne sont pas fondés. Dans le cas où la procédure prévoit l'établissement d'un rapport, le principe d'instruction à charge et à décharge doit conduire le rapporteur à reproduire la substance des observations des parties dans son rapport et à prendre position à leur propos, qu'il s'agisse de la qualification des pratiques ou des critères de la sanction éventuelle, de manière à éclairer le collège qui statuera sur ces contestations.

En l'espèce, le rapporteur s'est parfaitement conformé à ce principe puisque, dans son rapport, il a, par exemple, confirmé que certains indices étaient à ses yeux moins probants que d'autres ou estimé que certaines circonstances pouvaient atténuer la gravité des comportements reprochés.

Dans cette mesure, un second reproche fait à la manière dont le rapporteur a conduit son instruction, à savoir celui d'avoir systématiquement retenu une interprétation défavorable des pièces du dossier, ne peut davantage être accueilli, dès lors que l'entreprise mise en cause a eu la possibilité de contester les interprétations du rapporteur et de fournir des explications alternatives. Il appartient au Conseil, dans le cadre de la décision, de déterminer parmi ces différentes interprétations celle qui lui paraît devoir être retenue.

Dans cette affaire, il était également reproché au rapporteur d'avoir auditionné un témoin dont il était prétendument évident que le témoignage ne pouvait être que défavorable aux parties mises en cause. Le Conseil a rappelé cependant qu'aux termes d'une jurisprudence constante, le rapporteur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de ses investigations et qu'il est libre de décider quelles auditions lui paraissent utiles à l'instruction (*cf.* Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-15.185, Lilly France). Il appartient ensuite au Conseil de statuer le cas échéant sur la valeur d'un témoignage retenu par le rapporteur.

27. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

Enfin, il était soutenu que le rapporteur avait conduit, par la teneur de ses questions, certaines parties à s'auto-incriminer, procédé contraire aux droits de la défense. Le Conseil a souligné que si les services d'une autorité de concurrence ne peuvent imposer l'obligation de fournir des réponses par lesquelles l'entreprise concernée serait amenée à admettre l'infraction, ils peuvent toutefois obliger celle-ci à fournir des renseignements sur les faits ou documents dont ils ont connaissance, tant qu'ils ne dépassent pas la limite évoquée précédemment (*cf.* CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, C-374/87, *Rec.* p. 3283 ; Cass. com., 3 juin 2008, n^{os} 07-17.147 et 07-17.196, *Sony et Philips et CA Paris*, 21 mai 1990, *France loisirs*, rendu sur le recours formé contre la décision 89-D-41).

En l'espèce, le rapporteur avait demandé des explications légitimes sur divers documents afin de progresser dans l'instruction du dossier, sans appeler les entreprises à s'auto-incriminer, à l'inverse des questions qui ont été jugées contraires au respect des droits de la défense dans les arrêts précités qui invitaient directement les entreprises à dire si elles avaient participé à des accords anticoncurrentiels.

Dans les décisions **09-D-04**, **09-D-06**²⁸, **09-D-07**²⁹ et **09-D-31**, le Conseil et l'Autorité ont également écarté le reproche d'une instruction partielle, en rappelant, outre le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur quant à la conduite de ses investigations, le fait que les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont bien été respectées, puisque les entreprises mises en cause ont notamment eu la possibilité d'avoir accès à l'ensemble du dossier, ont pu présenter leurs observations sur la notification des griefs, leur mémoire en réponse au rapport et leurs observations orales en séance.

Secret des affaires

Dans la décision **09-D-36**, l'Autorité a écarté un moyen de nullité tiré de la violation du secret des affaires, qui serait intervenue dans la version non confidentielle du dossier. Elle a relevé, d'une part, que l'intéressée n'apportait aucun élément de nature à établir que la version non confidentielle du dossier, transmise aux parties saisissantes, contenait des données pour lesquelles elle aurait demandé et obtenu la protection de secrets d'affaires, en application des articles L. 463-4, R. 463-13, alinéa 1, et R. 463-14, alinéa 2, du Code de commerce ; d'autre part, elle a constaté qu'il paraissait en toute hypothèse difficile de considérer que les données en cause conservaient un caractère confidentiel, compte tenu notamment de leur ancienneté et de leur relative obsolescence, puisqu'elles dataient pour la plupart, des années 2004 et 2005, et concernaient des solutions techniques ayant évolué ces dernières années.

Enfin, il n'était pas démontré en quoi la prétendue violation du secret des affaires aurait porté atteinte aux droits de la défense de la société intéressée en l'empêchant de répondre de manière efficace aux griefs qui lui avaient été notifiés. L'Autorité a rappelé qu'en tout état de cause, la sanction qui s'attache à la

28. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010.

29. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure, mais le versement éventuel d'une indemnité réparatrice, dans le cas où la communication de tels documents serait de nature à créer un préjudice direct et certain aux entreprises.

Ententes illicites

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 et même s'il ne se formalise pas réellement [...]; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volonté des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination.* »³⁰

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, plus ou moins intense, selon le type d'entente concerné.

L'existence de volontés indépendantes

- le concours de volontés des personnes morales est appréhendé par l'intermédiaire de l'accord de volontés entre les personnes physiques qui les représentent ;
- il suppose l'existence d'au moins deux volontés, dont l'une au moins émane d'une « entreprise », au sens du droit de la concurrence ;
- il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* » ;
- le concours de volontés doit avoir été librement consenti, entre volontés libres.

La volonté des personnes morales s'exprime par le truchement des personnes physiques représentant ces personnes morales

Comme pour l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, l'implication d'une personne morale dans une infraction administrative d'entente suppose l'intervention des personnes physiques qui la représentent. L'accord de volontés, matérialisé par une transaction entre personnes physiques qui représentent les personnes morales, nécessite le support d'une intervention humaine.

La personne morale est responsable des actes commis par ses représentants, que ceux-ci agissent pour le compte de l'entreprise ou pour leur propre compte, car il appartient à la personne morale de veiller à ce qu'il n'y ait pas de comportements anticoncurrentiels dans l'entreprise.

³⁰. Soulignement ajouté.

Dans une décision **09-D-19** du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du Centre territorial d'administration et de comptabilité (CTAC) de l'armée de terre à Nancy³¹, l'Autorité a écarté l'argumentaire d'une société mise en cause dans une pratique d'entente, selon lequel elle ne pourrait se voir imputer les pratiques d'un de ses salariés.

L'Autorité a rappelé qu'une telle circonstance n'était pas exonératoire de responsabilité, car il incombe à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence dans son entreprise : « *Wincanton-Mondia ne peut s'exonérer de la responsabilité des faits qui lui sont imputés en en faisant porter la charge sur une employée dont on ne voit pas, au surplus, quel intérêt personnel elle aurait eu à mettre en œuvre une pratique de devis de complaisance* » (§ 167).

La cour d'appel de Paris a récemment précisé que c'est à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence : « *L'échange d'informations est imputable à un salarié [...] qui a permis à la société concurrente [...] de prendre copie des éléments de réponse à l'appel d'offres préparés par son employeur; qu'il est ainsi établi que, pour le moins, la SNEF n'a pas suffisamment veillé au secret de la consultation, composante essentielle de la procédure de mise en concurrence des entreprises soumissionnaires à un marché public* » (CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF).

Voir aussi décision **09-D-25**³², § 170.

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 effet, alors que l'article 81 du traité CE (devenu l'article 101 du TFUE) 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, tacite ou la coalition.

Le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique; elle n'est pas juridique. La Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90), la définit ainsi : « [...] *Toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de 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, 20 juillet 1999, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE).

31. Un recours a été formé contre cette décision.

32. Un recours a été formé contre cette décision.

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 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* ».

Dans une décision **09-D-23** du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires³³ (§ 46), l'Autorité a rappelé que si les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE (article 101 du TFUE) interdisent des comportements coordonnés bilatéralement ou multilatéralement, sous forme d'ententes, pour ce qui concerne le droit national, d'accords entre entreprises, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, pour ce qui concerne le droit communautaire, ces différentes formes de collusion supposent que les partenaires soient en capacité de conclure un accord de volontés, ce qui implique que chacun d'entre eux soit indépendant des autres. Comme le relève le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 15 septembre 2005 dans l'affaire DaimlerChrysler c/Commission (T-325/01, *Rec.* p. II-3319), « *la notion d'accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins* ». De même, le Conseil de la concurrence, dans son rapport annuel pour l'année 2006, affirme que « *l'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence* ».

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.

Par ailleurs, les entreprises faisant partie d'un même groupe ou les entreprises liées par un contrat d'agence ne sont pas économiquement et juridiquement indépendantes³⁴. Leurs accords ne sont donc pas des accords entre 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.

³³. Cette décision est définitive

³⁴. 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 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 présumées constituer des concours de volonté entre leurs membres, en vertu de 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 communautaire, 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 volonté en droit communautaire, selon l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE).

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et interviennent sur des marchés, ces organismes accomplissent des actes de production, de distribution ou de service qui constituent des 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, 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.

Dans une décision **09-D-07** du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé³⁵, le Conseil a sanctionné le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse, pour avoir incité les chirurgiens dentistes à boycotter un partenariat avec Santéclair, société de services spécialisés intervenant pour des compagnies d'assurances et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé : « [...] *En laissant clairement entendre que son avis impliquait [...] une injonction de non-adhésion au protocole pour ceux qui n'y avaient pas déjà souscrit, le Conseil national de l'ordre a diffusé une interprétation inexacte de la portée de ses avis déontologiques sur les protocoles proposés aux chirurgiens-dentistes qui, compte tenu du contexte, doit être considérée comme une invitation à évincer du marché la société Santéclair.* » À la suite de cette action, un certain nombre de chirurgiens-dentistes ont dénoncé leur partenariat avec Santéclair.

Dans une décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie³⁶, l'Autorité de la concurrence a, sur requête d'un pharmacien, sanctionné pour entente anticoncurrentielle une pratique du conseil régional de l'ordre visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établisse-

35. Décision confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

36. Décision définitive.

ments de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements. Par une lettre adressée à une maison de retraite, le conseil régional de l'ordre était intervenu en incitant cet établissement à s'adresser aux pharmacies les plus proches de son implantation. L'Autorité a souligné que du fait qu'elle émanait d'un organisme professionnel représentant la collectivité de ses membres, une telle intervention s'analysait comme une action concertée ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, notamment en limitant l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence, ainsi qu'en répartissant les marchés et les sources d'approvisionnement.

Dans une décision **09-D-39** du 18 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du thermalisme, l'Autorité a sanctionné l'élaboration et la diffusion, à l'initiative du Conseil national des exploitants thermaux, de circulaires destinées à l'ensemble de ses membres visant à facturer aux curistes assurés sociaux un supplément d'un montant forfaitaire de dix euros, qualifié de frais de dossier et non remboursable par l'assurance-maladie.

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 (*cf.*, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, C-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 la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome.

S'agissant du droit des ententes, la maison mère est présumée responsable des pratiques commises par sa filiale à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que la filiale disposait d'une autonomie de décision, de sorte que les deux entreprises ne peuvent être poursuivies pour entente, faute d'indépendance économique (CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel NV e. a., C-97/08P ; *cf.* aussi décision 06-D-07 *bis* ; CA Paris, 15 juin 1999, Sacer).

Toutefois, ce principe d'immunité des accords intragroupes connaît 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'appels d'offres publics 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'ordre 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.

Les contrats d'agence

La question de l'absence d'autonomie entre sociétés peut également concerner, dans certaines circonstances, les relations entre une société et son représentant de commerce ou entre un commettant et son commis.

Lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE) et par l'article L. 420-1 du Code de commerce sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il constitue une unité économique.

La Commission, dans les lignes directrices sur les restrictions verticales³⁷ considère que le vrai contrat d'agence est constitué lorsque l'agent ne supporte aucun risque financier ou commercial en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné ou une partie négligeable de ceux-ci³⁸.

Dans une décision **09-D-23** du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires, l'Autorité de la concurrence avait à déterminer si la politique de prix de Punto Fa à l'égard de ses revendeurs indépendants en France constituait une entente verticale sur les prix, et donc, si ces revendeurs constituaient des entreprises autonomes par rapport à Punto Fa ou s'ils étaient, au contraire, de simples agents de Punto Fa interdépendants formant avec elle une seule entreprise, auquel cas aucune entente ne pouvait être caractérisée au sein de cette entreprise unique.

L'Autorité a rappelé au paragraphe 48 de sa décision que cette interdépendance peut concerner tant les relations entre une société mère et ses sociétés filiales à l'intérieur d'un même groupe que les relations entre une société et son représentant de commerce ou entre un commettant et son commis. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, ci-après, le « Tribunal », a ainsi précisé, dans son arrêt du 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler c/Commission* (T-325/01, *Rec. p. II-3319*), que « *si un [...] intermédiaire exerce une activité au profit*

37. Communication de la Commission portant Lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) : points 12 à 20.

38. Précité, point 15.

de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique» (CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie e. a./Commission, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. p. 1663). « Il en est autrement si les conventions passées entre le commettant et ses agents confèrent ou laissent à ces derniers des fonctions se rapprochant économiquement de celles d'un négociant indépendant, du fait qu'elles prévoient la prise en charge, par lesdits agents, des risques financiers liés à la vente ou à l'exécution des contrats conclus avec des tiers ». Et le Tribunal de conclure : « Dès lors qu'un agent [...] ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique. » Le Conseil de la concurrence a largement repris cette analyse dans son rapport annuel pour l'année 2006 qui fait mention de cette jurisprudence communautaire.

Il s'ensuit que, dans le cadre d'une relation verticale entre un fournisseur et un distributeur, il incombe à l'Autorité de la concurrence de vérifier que ces deux opérateurs, même s'ils sont juridiquement indépendants, ne constituent pas une seule et même entité économique active sur le marché, ce qui revient, a résumé l'Autorité au paragraphe 65, à « déterminer si le distributeur partenaire est en mesure de décider de sa stratégie commerciale indépendamment de son fournisseur [capacité entrepreneuriale] et à établir si les risques assumés par le distributeur constituent des risques économiques sensibles liés aux ventes de produits concernés ou aux investissements spécifiques au marché »³⁹.

Capacité entrepreneuriale

L'Autorité a défini « la capacité entrepreneuriale » comme « la capacité d'un distributeur à déterminer sa propre stratégie commerciale ». Cette capacité dépend « d'un certain nombre de facteurs. Il [le distributeur] doit être notamment en mesure de décider librement du lieu d'implantation de son activité, de l'aménagement de son point de vente, de la promotion de son activité, de l'approvisionnement de son point de vente, de la détermination des prix et des conditions commerciales à la clientèle. L'ensemble de ces éléments contribue à établir la capacité entrepreneuriale du distributeur en tant qu'entité économique autonome » (§ 69).

Déclinée au secteur de la distribution de prêt-à-porter féminin, fortement influencée par la mode et le renouvellement rapide des collections, cette capacité doit être vérifiée au regard de la maîtrise de l'approvisionnement, du réassort et du déstockage, facteur réellement déterminant.

Après examen, l'Autorité a conclu que « le distributeur partenaire du réseau Mango en France n'est pas en mesure de déterminer de façon autonome sa stratégie commerciale par rapport à celle de son fournisseur. En effet, le distributeur partenaire n'est pas maître de l'aménagement de son point de vente, n'est pas propriétaire de la marchandise qu'il

39. Soulignement ajouté.

est chargé de commercialiser, ne maîtrise ni son stock ni son réassort, ne dispose pas des moyens de promouvoir les produits qu'il vend. En outre, sa marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome le prix de vente au consommateur final paraît pour le moins étroite. Enfin, il faut insister sur le fait que le distributeur partenaire n'assume pas le risque commercial principal de ce secteur d'activité très influencé par la mode, à savoir les invendus qui sont intégralement pris en charge par le fournisseur» (§ 89).

Risques liés aux investissements spécifiques au marché

Les risques liés aux investissements spécifiques au marché sont, selon l'Autorité, constitués des investissements que requiert le type d'activité pour lequel le distributeur partenaire a contracté avec son fournisseur, à savoir la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin de marque Mango.

L'Autorité a relevé qu'il s'agissait, pour l'essentiel, des investissements réalisés pour l'équipement et l'agencement du magasin aux fins du respect de l'unité de présentation et d'image de l'enseigne Mango, dont le coût moyen pouvait représenter 5 à 10 % du chiffre d'affaires d'un point de vente, mais dont une partie pourrait être valorisée lors de la revente du local. Par conséquent, ces investissements constituent pour une large part des coûts récupérables en cas de cessation d'activité. Elle en a conclu que les risques commerciaux et financiers assumés par le distributeur partenaire de Punto Fa ne constituaient pas des risques économiques sensibles.

En conclusion, l'Autorité a estimé que les distributeurs partenaires de Punto Fa n'avaient pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assumaient aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur.

Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, Punto Fa et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent à la prohibition posée par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du traité. Le grief d'entente verticale sur les prix, notifié au premier, a donc été écarté.

En revanche, dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF)⁴⁰, l'Autorité a écarté le moyen avancé par la société Sportfive selon lequel le contrat de commercialisation des droits marketing de la FFF signé entre elle et la FFF constituait un contrat d'agence.

L'Autorité a souligné (§ 266) que dans les contrats marketing qui lient la FFF et Sportfive, cette dernière assume un risque financier important, car elle s'engage sur un montant minimal de recettes à verser à la Fédération quel que soit le volume de chiffre d'affaires réalisé. Ce montant, qui se chiffre en dizaines de millions d'euros, est très élevé. Il représente un risque dissuasif pour les nouveaux entrants sur le marché, risque que Sportfive a jugé elle-même si important qu'elle

40. Décision définitive.

a cherché à en atténuer le poids en obtenant, après la signature des contrats, la fusion des minima garantis de l'Équipe de France et de la Coupe de France et enfin leur disparition pure et simple. Par ailleurs, l'Autorité a énuméré les nombreuses prestations contractuelles que Sportfive apportait à ses clients et revendiquait elle-même dans la définition de ses missions, pour caractériser le caractère autonome de sa stratégie commerciale.

Le concours de volontés doit avoir été librement consenti

En droit communautaire, comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative⁴¹.

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 81 et 82 du traité CE (articles 101 et 102 du TFUE) ne leur sont pas applicables. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises (cf. TPICE, 11 décembre 2003, *Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA*, T-65/99, point 119). En revanche, les articles 81 et 82 du traité CE (articles 101 et 102 du TFUE) peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises⁴². En droit national, l'article L. 420-4, 1^{er} alinéa, du Code de commerce constitue le pendant à l'« *autorisation de la loi* » communautaire. 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 « *l'exception tirée de l'action étatique* » ou « *l'autorisation de la loi* », lorsqu'elles sont incitées à enfreindre le droit de la concurrence par la législation nationale elle-même (cf. « *Les pratiques résultant d'un texte* »).

En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit communautaire, comme en droit national⁴³.

En revanche, la contrainte ou la légitime défense ne constituent pas des causes d'exonération des pratiques d'entente, sauf si elles revêtent un caractère d'irrésistibilité.

L'Autorité a souligné qu'il importe peu, pour la caractérisation du concours de volontés, que l'accord ait été conclu contre l'intérêt économique de l'une des parties, ainsi que l'a rappelé le Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans un arrêt du 9 juillet 2009, *Peugeot et Peugeot Nederland* (T-450/05) : « *L'existence d'un accord ne pourrait être exclue au motif que celui-ci semble aller à l'encontre de certains des intérêts d'une partie dès lors qu'existe comme en l'espèce la preuve de l'acquiescement de cette partie* » (§ 185).

41. CJCE, 20 mars 1985, *Italie/Commission*, C-41/83, *Rec.* p. 873, points 18 à 20; CJCE, 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, *Rec.* p. I-1223, point 55.

42. CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewycke e. a./Commission*, C-209/78 à 215/78 et C-218/78, *Rec.* p. 3125, point 126.

43. CJCE, 10 décembre 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e. a./Commission*, C-240/82 à 242/82, C-261/82, C-262/82, C-268/82 et C-269/82, *Rec.* p. 3831, points 27 à 29.

Le concours de volontés

Dans un arrêt du 18 décembre 2001, Bajus, la cour d'appel de Paris rappelle 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* ».

L'entente serait donc la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché en sachant quel était l'objet ou l'effet de ce comportement.

Les volontés libres et autonomes, doivent se nouer dans une volonté commune pour constituer l'entente. Chaque volonté doit rencontrer la volonté des autres, ce qui veut dire, qu'elle doit s'extérioriser d'une certaine façon.

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 communautaire.

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 national, l'objet du concours de volontés se limite à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan. La pratique se situe à mi-chemin entre l'acte unilatéral et le concours de volontés.

L'objet consiste en l'adoption d'un plan : la notion communautaire d'« accord »

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football, l'Autorité a rappelé que la preuve d'accords peut résulter directement de la signature de contrats.

L'objet du concours de volontés réside dans le partage d'informations : la notion de « pratique concertée »

Sans aller jusqu'à la constitution d'un plan commun d'action, les opérateurs partagent des informations sur les prix ou sur d'autres données que les prix, réduisant l'incertitude de chacun sur le comportement des autres. Les entreprises n'ont pas de projet commun, mais mettent en place des structures de coordination dont l'objectif est plus général : il ne s'agit pas de s'accorder sur un barème de prix (là, on est en présence d'un accord), mais de mettre en place, par exemple, un programme de lutte contre la détérioration des marges des entreprises. La notion de « *pratique concertée* » permet d'appréhender les concours de volontés qui ne sont pas noués autour d'un projet d'action précis.

Les parties n'ont pas décidé à l'avance ce qu'elles feraient. Mais elles adoptent en connaissance de cause un mécanisme collusoire qui facilite la coordination de leur comportement commercial.

Autrement dit, au sens du droit de la concurrence, il y aura concordance de volontés, non seulement quand les entreprises conviennent à l'avance de leur comportement sur le marché, mais également lorsqu'elles éliminent délibérément le risque d'ignorance de leurs comportements futurs par une information réciproque et lorsque, grâce à cela, elles peuvent coordonner leur comportement. L'élément de coopération consiste en ce que chacun des participants, du fait de la concordance des volontés, peut escompter que les autres adopteront sur le marché un comportement déterminé.

Le concours de volontés ne vise pas l'obtention d'un objectif déterminé, comme un prix ou une répartition de marchés, mais une atténuation de concurrence sur le marché. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet que la transmission unilatérale d'informations stratégiques à des concurrents manifeste un concours de volontés, nonobstant le rôle purement passif des entreprises qui reçoivent les informations en cause, le concours de volontés étant dans ce cas constitué par la volonté commune de réduire la concurrence.

Dans une décision **09-D-05** du 2 février 2009⁴⁴, le Conseil de la concurrence a sanctionné Adecco, Manpower et VediorBis, les trois leaders mondiaux de l'intérim pour s'être entendus afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients importants. Les entreprises en cause se coordonnaient fréquemment sur les différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire vis-à-vis de leurs clients « grands comptes », tels qu'Eiffage, La Poste, Alstom, EDF, Servair, les Galeries Lafayette ou Alcan. Selon les cas, elles échangeaient des informations – par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges décidés à l'époque (allègements Fillon) – voire discutaient du montant de leurs offres. Le but de la concertation était de faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles.

Les différentes restrictions de concurrence

Le 1° de l'article 101 du traité 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;*

⁴⁴. Décision confirmée par CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France.

- 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 : «*Même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

1. *Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;*
2. *Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;*
3. *Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;*
4. *Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»*

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.

Ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

En 2009, le Conseil, puis l'Autorité, ont été conduits à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Le Conseil a rappelé, dans plusieurs considérants de principe, sa jurisprudence en la matière.

«À de multiples reprises le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle 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 (cf. 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 concurrents, 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 prises isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (cf. 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, n° 91-11.623, Sté Sogea). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (CA Paris, 2 avril 1996, Sté Pro Gec SA).»

Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres

Dans une décision **09-D-03** du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales⁴⁵, le Conseil de la concurrence a sanctionné plusieurs entreprises de transport pour s'être réparti, avant le dépôt des offres, les lots du marché de transport scolaire lancé en mars 2002 dans le département des Pyrénées-Orientales, qui a donné lieu à une relance en juillet 2002, puis en mars 2003 sur un lot, et pour avoir empêché l'un des candidats à l'appel d'offres, la société Siberbus ou sa filiale CFT, de pouvoir normalement soumissionner en constituant des groupements.

Les entreprises précédemment titulaires du marché et qui souhaitaient chacune être maintenues dans leur lot, ont constitué des groupements locaux qui ont chacun candidaté à un seul des neuf lots. Le Conseil n'a sanctionné que les entreprises à l'encontre desquelles existait un faisceau d'indices graves, précis et concordants

45. Décision confirmée par CA Paris, 5 janvier 2010, Sté d'exploitation de l'entreprise Ponsaty.

(saisie, au sein des sociétés, de documents établissant la tenue de réunions au cours desquelles était décidé le partage des lots préalablement au dépôt des offres ; déclarations d'entreprises reconnaissant l'existence de ces réunions). En effet, ainsi que le Conseil l'a souligné dans sa décision (§ 98), « *le seul fait d'être citées dans des documents comme membres de groupements ne prouve pas qu'elles (les entreprises) ont elles-mêmes participé aux réunions et autres échanges anticoncurrentiels ayant débouché sur la constitution de ces groupements* ».

Le rôle joué par le donneur d'ordre dans la collusion n'a pas permis d'écarter la responsabilité des entreprises dans l'entente, ainsi que le Conseil de la concurrence l'avait relevé dans sa décision 05-D-19 du 12 mai 2005 (route des estuaires), ici rappelée : « *Selon la jurisprudence, les pratiques utilisées par le maître de l'ouvrage à l'occasion d'un appel d'offres, même si elles facilitent les pratiques irrégulières des entreprises, ne peuvent pas faire échec à l'application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 420-1 du Code du commerce, dès lors que sont établies à l'encontre des sociétés des pratiques tendant à fausser le jeu de la concurrence* (Cass. com., 12 janvier 1993, n° 91-11.623, Sté Sogea) ».

Ainsi, selon la pratique décisionnelle constante, le comportement ou l'inexpérience du maître de l'ouvrage à l'occasion d'un appel d'offres, même s'il est susceptible de faciliter les pratiques irrégulières des entreprises, ce qui semble être le cas en l'espèce, ne peut faire échec à l'application des règles de concurrence (*cf.* aussi décision **09-D-25**, § 163).

Dans une décision **09-D-13** du 25 mars 2009⁴⁶, l'Autorité de la concurrence, saisie par le Conseil général de l'Isère d'anomalies dans les offres déposées par plusieurs entreprises en réponse à une procédure d'appel d'offres (mêmes erreurs dans le report de quatre prix unitaires sur le bordereau de prix unitaires), a établi que ces malfaçons identiques des bordereaux remis par les entreprises soumissionnaires ne révélaient pas l'existence d'un échange d'informations prohibé mais un dysfonctionnement du logiciel de traitement des offres mis à la disposition des entreprises concernées par la société de services informatiques Edisys. Une « *anomalie de chaînage dans les fichiers* » expliquait les décalages identiques constatés dans les bordereaux de prix unitaires adressés au maître d'ouvrage. L'Autorité a donc prononcé un non-lieu.

Dans une décision **09-D-18** du 2 juin 2009⁴⁷, l'Autorité, saisie de la pratique d'échanges d'informations entre la Régie des transports de marseille (RTM) et les sociétés Veolia, Transdev et Keolis, avant que la RTM ne choisisse finalement Veolia comme partenaire dans son groupement, a admis que la constitution de groupements donne lieu à des discussions entre entreprises pour sélectionner les partenaires qui déposeront une offre unique en groupement, pour autant que de tels échanges ne conduisent pas à fausser la concurrence dans l'hypothèse où le projet de groupement serait abandonné et où les entreprises ayant participé à ces échanges souhaiteraient déposer individuellement une offre.

46. Décision définitive.

47. Décision définitive.

De la même façon, le Conseil de la concurrence avait considéré dans une décision 06-D-25 du 28 juillet 2006 que « *les échanges d'information effectués entre entreprises susceptibles de participer à un groupement ne doivent pas porter sur des éléments de l'appel d'offres tant que le groupement n'est pas constitué. Sinon, ces échanges faussent la concurrence entre entreprises toujours susceptibles de présenter des offres indépendantes* ».

Un autre principe posé par le Conseil de la concurrence a été rappelé dans la décision de l'Autorité, selon lequel la rupture des négociations en vue d'un groupement rend immédiatement leur autonomie aux entreprises. Par conséquent, elles ne doivent pas continuer à échanger des informations commerciales sensibles, en particulier en matière de prix. Ainsi, le Conseil avait-il considéré dans sa décision 01-D-59 qu'« *un échange d'informations portant notamment sur les prix, postérieur à la rupture des négociations (pour la constitution d'un éventuel groupement et antérieure à la date limite de réception des offres), est constitutif d'une entente anticoncurrentielle* ».

En premier lieu, l'Autorité a recherché, dans le cas d'espèce, si les informations échangées portaient ou non sur des éléments de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres, afin de déterminer si ces échanges étaient susceptibles de tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'examen des résultats de la consultation a permis d'observer que les informations transmises par les trois entreprises candidates au partenariat demeuraient relativement générales, et notamment pour ce qui concerne le partage du risque d'exploitation. En effet, Veolia, Transdev et Keolis n'ont proposé qu'un pourcentage de prise en charge du risque. En revanche, elles n'ont formulé aucune proposition relative au compte prévisionnel d'exploitation où figurent notamment les estimations du groupement en matière de charges et de recettes d'exploitation. Les échanges d'informations entre la RTM et ses partenaires potentiels n'ont donc pas porté sur les éléments que la collectivité publique avait annoncés comme devant départager les candidats à l'appel public à candidatures.

L'Autorité a donc estimé que ces échanges n'étaient pas de nature à fausser un éventuel dépôt d'offres concurrentes des candidats non retenus par la RTM, à savoir Keolis et Transdev.

En second lieu, l'Autorité a constaté que ni Transdev ni Keolis n'avaient continué à échanger des informations après le choix de Veolia par la RTM et que, par ailleurs, elles n'avaient déposé aucune offre.

Dans une décision **09-D-25** du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées⁴⁸, l'Autorité a sanctionné cinq entreprises pour avoir échangé des informations avant le dépôt des soumissions dans deux appels d'offres de 2004.

La preuve de ces échanges résultait de la réunion d'un faisceau d'indices constitués de documents saisis au siège des entreprises. Ces documents, quoique non datés, n'avaient pu être établis qu'avant le dépôt des offres et ils démontraient que les entreprises procédaient à des concertations entre elles de nature à fausser la

48. Un recours a été formé contre cette décision.

concurrence. L'Autorité a considéré que ni le choix du maître d'ouvrage, la SNCF, de recourir à une présélection des candidats, ni les multiples liens et interdépendances existant entre les entreprises du secteur n'étaient de nature à exonérer ces pratiques, ni même à en atténuer la gravité.

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a sanctionné, outre l'accord exclusif signé entre la FFF et Sportfive, l'organisation d'un appel d'offres en 2001 pour l'attribution de la totalité des droits marketing de la FFF, démontrant la poursuite du dessein anticoncurrentiel des deux parties visant à avantager la société Sportfive. À cette occasion, l'Autorité a établi que les deux parties en cause se sont concertées, notamment pour empêcher un concurrent (Havas Sports) d'obtenir les informations nécessaires au chiffrage de sa réponse à l'appel d'offres. Chaque concurrent devait s'engager sur un minimum garanti de chiffre d'affaires à verser à la FFF. Les informations sollicitées par Havas sur la base d'un questionnaire détaillé sur les lots adressés à la FFF, avaient pour objet de lui permettre cette évaluation, risquée pour une entreprise. Faute d'avoir obtenu ces informations, à cause de la collusion entre la FFF et Sportfive, Havas n'a pu s'engager sur un minimum garanti et a perdu le marché.

L'Autorité a aussi stigmatisé l'absence de publicité suffisante de l'appel d'offres, la brièveté des délais de réponse accordés, les négociations, avant et après l'attribution du marché à Sportfive, ainsi que les modifications substantielles du marché tel qu'initialement prévu et notamment sur le point ayant provoqué l'exclusion de Havas, le minimum garanti, qui a été finalement supprimé. Ces pratiques ont faussé l'appel à la concurrence organisé par la FFF en confortant les droits exclusifs de l'opérateur en place et en fermant le marché à toute concurrence extérieure.

Dans une décision **09-D-34**, l'Autorité a écarté l'argument avancé par les parties selon lequel l'échange d'informations avant le dépôt des offres serait justifié par leurs relations de sous-traitance, soulignant que si des entreprises échangent des informations dans la perspective d'une sous-traitance, elles ne sont pas autorisées à présenter des offres séparées pour ce marché. L'Autorité a rappelé la décision 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne, où celui-ci indiquait : « *Les explications des entreprises, selon lesquelles l'échange d'informations entre Thomson et SEEE a eu lieu dans le cadre de discussions préparatoires à une sous-traitance limitée portant sur la fourniture de groupes électrogènes, sont inopérantes. Ainsi qu'indiqué précédemment, lorsque des entreprises échangent des informations sur leurs prix pour une éventuelle sous-traitance en vue de l'exécution d'un marché sur appel d'offres, elles ne peuvent ensuite présenter simultanément des offres séparées pour ce marché. Dans ce cas, leurs offres ne sont pas indépendantes, même partiellement, et la concurrence est faussée.* »

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 attributive du marché.

Sauf exception (les offres de principe), aucune entreprise soumissionnaire n'a, en soi, intérêt à se voir évincer d'un marché particulier et donc à accepter d'y présenter une offre de couverture. Cependant, 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 s'explique par les compensations qu'elle pourra ou espérera 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, soit parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas encore déterminé, soit 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 effet anticoncurrentiel immédiat 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 SCR, a jugé que « *la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...], en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Les décisions **09-D-25** et **09-D-34** de l'Autorité ont sanctionné des pratiques d'offre de couverture.

Les accords de partage de marchés

Dans une décision **09-D-20** du 11 juin 2009⁴⁹, saisie par une société de quatre types de comportements dénoncés comme susceptibles de constituer les preuves d'une entente entre les « majors » de la profession pour se répartir les marchés départementaux d'entretien des routes en région Rhône-Alpes (la reconduction des mêmes titulaires des lots des différents marchés, des échanges d'informations avant la remise des offres, des anomalies dans les prix unitaires selon les lots et, enfin, une baisse simultanée du niveau des offres en 2005-2006), l'Autorité a rappelé que, quand bien même il serait constaté la reconduction à l'identique des titulaires sur une partie ou sur la totalité des lots, cette constatation ne suffirait pas à elle seule à caractériser une entente de répartition des lots des marchés.

Par ailleurs, elle a estimé non démontrée l'allégation d'échanges d'informations et a jugé que les prix différenciés proposés par les entreprises selon les marchés ne traduisaient pas en soi la volonté de se partager les marchés mais pouvaient aussi s'expliquer par la volonté des entreprises de définir leurs cibles commerciales selon

49. Décision définitive.

leurs choix stratégiques, qui consistent à affecter et à répartir leurs moyens d'exploitation selon la charge de travail qu'elles peuvent envisager. Par conséquent, pour parvenir à ce résultat, elles peuvent proposer des prix différenciés de façon à privilégier les marchés ou les lots de marchés qu'elles souhaitent emporter (§ 75).

Les réponses en groupements

Le Conseil de la concurrence a rappelé à de multiples reprises que la constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet proconcurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessités techniques et économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère.

Dans une décision **09-D-03** du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales, le Conseil de la concurrence a sanctionné plusieurs entreprises de transport pour s'être réparti avant le dépôt des offres les lots du marché de transport scolaire lancé en mars 2002 dans le département des Pyrénées-Orientales et pour avoir empêché l'un des candidats à l'appel d'offres, la société Siberbus ou sa filiale CFT, de soumissionner en constituant des groupements. Les entreprises précédemment titulaires du marché et qui souhaitaient être maintenues dans leur lot avaient constitué des groupements locaux servant de façade qui, chacun, avait candidaté pour chacun des neuf lots.

Après avoir souligné 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 – ceux-ci pouvant 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 – le Conseil a rappelé les cas dans lesquels une telle constitution pose des problèmes de concurrence : « *Ainsi que le Conseil l'a relevé dans de récentes décisions (08-D-22 du 9 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des géomètres-experts dans le cadre de marchés publics du département du Haut-Rhin ou 08-D-15 du 2 juillet 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de rénovation de chaufferies en Saône-et-Loire), ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente de prix ou de répartition des marchés. L'objet anticoncurrentiel d'un groupement est notamment révélé lorsque le groupement a été constitué entre des entreprises qui se sont réunies en vue de reconduire à l'identique les conditions d'exécution de prestations que la collectivité publique, antérieurement à l'appel d'offres, répartissait déjà entre ces entreprises (cf. les décisions 92-D-08 du 4 février 1992, relative*

à des pratiques d'entreprises de transports sanitaires lors d'appels d'offres des hospices civils de Lyon et 95-D-56 du 12 septembre 1995, relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transports sanitaires lors de la passation d'un marché avec le centre hospitalier de Tourcoing)» (§ 106).

Tel était le cas dans la présente espèce. Les transporteurs qui avaient pris part à la concertation anticoncurrentielle avaient utilisé la constitution d'un seul groupement par lot pour procéder à une répartition du marché des transports scolaires du département. Certains éléments de l'enquête prouvaient, par ailleurs, que la constitution des groupements n'avait pas servi à mutualiser les moyens, certaines entreprises adhérentes n'ayant fourni aucun moyen de transport (autocars, autobus) pour l'exécution du marché concerné.

« [Les entreprises] ont ainsi empêché que s'instaure une concurrence non faussée qui implique que les entreprises qui déposent une offre concernant un lot en groupement ou à titre individuel ne soient pas au courant des autres offres qui seront déposées sur ce lot et sur les autres lots. La constitution d'un seul groupement par lot a en particulier empêché le dépôt d'offres par des entreprises individuelles ou des groupements concurrents de dimension plus réduite concernant un même lot. Cette situation était concevable, mais a été proscrite par le groupement convenu de toutes les entreprises intéressées par un même lot » (§ 107 de la décision).

Toutefois, c'est sur la base d'indices établissant la tenue de réunions de partage des lots, avant le dépôt des offres, que le Conseil a sanctionné les entreprises, et non sur la seule base de constitution de groupements anticoncurrentiels.

Dans une décision **09-D-18** du 2 juin 2009, l'Autorité a estimé que le groupement constitué par la Régie des transports marseillais (RTM) avec Veolia était justifié techniquement et économiquement. Veolia apportait sa compétence technique dans le domaine de l'exploitation du réseau de tramway et partageait avec la RTM le risque financier de l'opération : *« Le souci de partager ce risque financier entre la RTM, c'est-à-dire son actionnaire unique la CUMPM, et un opérateur privé constitue une justification suffisante à la constitution du groupement »* (§ 102).

Dans la même décision, l'Autorité a rappelé que *« le fait de limiter l'accès à un groupement à ses seuls 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 »*. En l'espèce, l'exclusivité totale et réciproque de la RTM et de Veolia interdisant à toutes autres entreprises de participer au groupement n'empêchait pas celles-ci de se présenter à l'appel public à candidatures de la CUMPM. Les entreprises Keolis ou Transdev avaient en effet les moyens techniques et financiers de répondre à l'appel public à candidatures.

L'Autorité a donc estimé qu'*« en dépit de l'avantage concurrentiel dont bénéficiait la RTM, la participation au groupement avec cette dernière ne peut donc être considérée comme la condition de l'accès au marché »* (§ 105).

Elle a souligné qu'une telle clause d'exclusivité dans ce type d'accord répondait à la logique même du partenariat et qu'au contraire, *« une situation dans laquelle cohabiteraient l'offre d'un groupement et l'offre d'une entreprise par ailleurs membre*

de ce groupement ne manquerait pas de soulever des interrogations quant à la régularité de cette situation».

Ententes et échanges d'information sur les prix et marges

Dans une décision **09-D-05** du 2 février 2009, le Conseil de la concurrence, saisi par le ministre de l'Économie à la suite d'une plainte déposée devant la Commission européenne, a sanctionné Adecco, Manpower et VediorBis pour s'être entendus afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients importants. À la suite de perquisitions menées en 2004 au siège des trois leaders mondiaux (couvrant 70 % du marché français et répondant à 90 % de la demande des grands comptes, qui font appel de manière régulière et importante à l'intérim) et d'une instruction approfondie, le Conseil a établi que les entreprises en cause, afin d'atténuer significativement la concurrence entre elles, se coordonnaient fréquemment sur les différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire vis-à-vis de leurs clients «grands comptes», tels qu'Eiffage, La Poste, Alstom, EDF, Servair, les Galeries Lafayette ou Alcan. Selon les cas, elles échangeaient des informations par exemple sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou encore sur le niveau des rétrocessions aux entreprises utilisatrices des allègements de charges décidés à l'époque (allègements Fillon) – voire discutaient du montant de leurs offres. Le but de la concertation était de faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles. Les entreprises utilisatrices de travail temporaire ont été affectées par ces pratiques puisque Adecco, Manpower et VediorBis ont pu se réserver des marges supérieures à celles qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence. Les travailleurs intérimaires ont également souffert de la pratique en raison du renchérissement du recours à cette forme de travail. Par ailleurs, le Conseil a souligné que la pratique ayant consisté, pour les entreprises en cause, à confisquer à leur profit une partie des allègements de charges sociales (allègements Fillon) en limitant leur rétrocession aux entreprises utilisatrices était particulièrement grave.

Dans une décision **09-D-39** du 18 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du thermalisme, l'Autorité a sanctionné l'élaboration et la diffusion, à l'initiative du Conseil national des exploitants thermaux, de circulaires destinées à l'ensemble de ses membres visant à facturer aux curistes assurés sociaux un supplément d'un montant forfaitaire de dix euros, qualifié de frais de dossier et non remboursable par l'assurance-maladie. Par cette pratique, les exploitants thermaux se sont entendus sur les prix, alors que l'opportunité d'une telle facturation et son niveau devaient résulter d'une appréciation individuelle de chaque exploitant thermal.

Dans une décision **09-D-20** du 11 juin 2009, l'Autorité a rejeté l'allégation de concertation entre les entreprises pour mettre en œuvre des prix prédateurs. La simple constatation de comportements parallèles des «majors» du secteur des travaux routiers consistant à pratiquer des prix éventuellement inférieurs aux coûts à l'occasion des appels d'offres en région Rhône-Alpes ne suffit pas à démontrer l'existence d'une telle concertation. L'Autorité rappelle que, dans l'unique décision

du Conseil de la concurrence où une telle pratique d'entente prédatrice a déjà été sanctionnée – la décision 97-D-39 du 17 juin 1997⁵⁰ –, le parallélisme de comportement avait été conforté par plusieurs autres indices, tels que l'existence d'une entente de répartition par l'établissement de quotas entre les entreprises et la fixation de prix en commun. Face à l'arrivée d'un nouvel opérateur qui proposait des prix inférieurs à ceux résultant de l'entente et menaçait la répartition convenue, les partenaires de l'entente avaient pratiqué des prix prédateurs afin d'évincer ce perturbateur. La répartition de marchés allait de pair avec l'éviction des concurrents par la pratique de prix prédateurs.

Tel n'était pas le cas dans la présente espèce, le dossier ne comportant aucun élément matériel établissant soit l'existence d'une concertation préalable visant à se répartir les marchés d'entretien de travaux routiers ou à se concerter sur le niveau des prix des offres, soit la mise en place d'une concertation visant à définir et établir une stratégie de prix d'éviction face aux nouveaux arrivants sur le marché local, et, éventuellement, d'actions de surveillance (§ 89).

Entraves à l'accès au marché

L'octroi d'avantages à une filiale commune

Saisi par les sociétés Karavel-Promovacances, Lastminute et Switch, le Conseil de la concurrence a sanctionné la SNCF, pour avoir favorisé sa filiale créée en partenariat avec Expedia, l'agence Voyages-sncf.com, au détriment des concurrents de celle-ci (cf. décision **09-D-06**⁵¹).

La SNCF a confié par mandat du 12 septembre 2001 la distribution de ses billets de train à une filiale Voyages-sncf.com, qui exploite le site voyages-sncf.com. Parallèlement, la SNCF, voulant entrer sur le marché des services d'agence de voyages et notamment sur le segment de la vente de voyages en ligne, a créé avec Expedia Inc. une entreprise commune en septembre 2001, GL Expedia, devenue l'agence Voyages-sncf.com, dont l'activité est la vente de voyages en ligne. Cette filiale est hébergée sur le site voyages-sncf.com.

Ce sont les conditions de l'hébergement de cette filiale commune qui constituent, selon le Conseil, une entente anticoncurrentielle conférant à celle-ci des avantages dans la concurrence au détriment des agences de voyages en ligne concurrentes.

Un contrat de partenariat a été conclu entre Voyages-sncf.com et GL Expedia devenue l'agence Voyages-sncf.com prévoyant les conditions d'hébergement de l'offre de la filiale sur le site Web voyages-sncf.com, à côté de l'offre ferroviaire. Il prévoyait notamment la mise en place systématique d'une politique de ventes croisées visant à promouvoir, lors de chaque réservation des produits de l'un des partenaires, la vente des produits de l'autre partenaire. Parmi les mesures prévues dans ce contrat figurait le partage des revenus de commercialisation de l'espace publicitaire du site, fixé à 35 % pour Voyages-sncf.com et 65 % pour GL Expedia.

50. Affaire non encore définitive, renvoyée devant la cour d'appel de Paris par un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2009, Cemex France.

51. Décision confirmée par CA Paris, 23 février 2010..

Ce partenariat a ainsi réuni au sein du même site Web, d'une part, le canal de distribution de billets de train sur Internet de la SNCF opéré par Voyages-sncf.com et, d'autre part, une activité d'agence de voyage opérée par la filiale commune l'agence Voyages-sncf.com.

Pour apprécier la licéité de ce partenariat au regard du droit de la concurrence, le Conseil a adopté la méthode d'analyse des lignes directrices de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale du 6 janvier 2001 (2001/C 3/02). En vertu de ces lignes directrices, les accords de coopération peuvent se révéler proconcurrentiels, s'ils constituent le moyen pour les parties « *de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché* ».

L'appréciation du caractère anticoncurrentiel des accords de coopération (hors ceux contenant des clauses noires) dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord ou de l'objet de l'accord, ainsi que de la structure des marchés affectés.

La position des parties sur les marchés affectés par la coopération est déterminante. « *Cela permet de déterminer si les parties sont susceptibles de maintenir, d'acquiescer ou de renforcer un pouvoir de marché grâce à la coopération, c'est-à-dire si elles ont la capacité de produire des effets négatifs sur le marché en ce qui concerne les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la pluralité des biens et services [...]* » (§ 27 des lignes directrices). Mais d'autres facteurs tenant à l'objet de l'accord et à la structure des marchés doivent être pris en compte, au rang desquels l'existence de barrières efficaces à l'entrée de concurrents sur le marché. Ainsi que le Conseil l'a souligné dans une décision 08-D-03, Gîtes de France, certains accords de partenariat peuvent instituer des freins dans la concurrence lorsqu'ils confèrent un avantage incomparable dans la concurrence au détriment des concurrents potentiels.

En l'espèce, le Conseil a souligné que l'accord de partenariat avait été conclu par des entreprises disposant pour l'une, la SNCF, d'un monopole sur le marché du transport de voyageurs par rail, et l'autre, Expédia, d'une position de *leader* mondial du voyage en ligne; s'agissant des prestations concernées par l'accord, les positions des parties étaient encore très fortes : Voyages-sncf.com distribuait 50 % des billets de train de la SNCF et l'activité de voyages-sncf.com représentait 20 % des activités des agences de voyages.

Or, l'objet de cet accord consistait clairement, à travers la mise à disposition du site voyage-sncf.com à « *créer et développer une activité d'agence de voyage en ligne à partir, notamment, de la base de clients actuels et futurs de la société Voyages-sncf.com* ». Cette formulation, dépourvue de toute ambiguïté, était reprise dans les conventions signées entre les parties : « *Les Parties rappellent que leur stratégie consiste à maximiser le trafic en provenance de la Home Page et du Sous-Site Ferroviaire, vers le Sous-Site Voyages, ceci en cohérence avec le Plan Marketing* ».

L'objectif du partenariat, consistant à orienter la « clientèle train » de l'opérateur dominant commandant ses billets par l'intermédiaire du site voyages-sncf.com vers le sous-site de la nouvelle agence de voyages en ligne, a été estimé anticoncurrentiel par le Conseil.

Cet accord de coopération avantageait la filiale commune au détriment des autres agences de voyages en ligne. Il permettait en effet à la SNCF d'orienter les clients pour ses billets en ligne vers les prestations de l'agence de voyages et la faisait profiter de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité de la SNCF. En revanche, les agences de voyages en ligne concurrentes de cet opérateur n'avaient aucune possibilité d'accéder à un tel canal pour vendre leurs propres produits. Sur le marché aval, la convention de partenariat exclusif mettait les consommateurs connectés sur le site voyages-sncf.com dans l'impossibilité de coupler un billet de train avec des prestations touristiques autres que celles offertes par l'agence Voyages-sncf.com.

Compte tenu de la position détenue par la SNCF sur le marché de la vente des billets de train, la clause avait donc pour effet potentiel d'étendre cette position sur le marché des agences en ligne par l'intermédiaire de sa filiale. Même si le client ne voulait pas coupler les prestations, il était mis en relation avec les prestations de l'agence de voyages, qui disposait, en raison de la confusion volontairement entretenue, du label du service public.

Le site voyages-sncf.com constituait donc un canal incontournable pour accéder aux clients en ligne de la SNCF, en raison du nombre de visites sur le site, 9,3 millions de visiteurs uniques (soit un quart des internautes français en 2006), qui en faisait l'un des premiers annonceurs sur Internet, aucun site en France ne permettant une exposition comparable.

En application de ce partenariat, la filiale a pu bénéficier de l'impact des campagnes marketing financées par Voyages-sncf.com, en récupérant une partie de la clientèle venue visiter le site à la suite de ces campagnes. Par ailleurs, s'il est vrai que le site voyages-sncf.com a gardé une connotation ferroviaire, l'image de fiabilité de la marque SNCF a pu rassurer les internautes pour le paiement en ligne.

En témoigne la forte progression de l'agence Voyages-sncf.com, qui s'est rapidement imposée parmi les premiers acteurs de la vente de voyages en ligne, freinant ainsi la concurrence sur le marché des services d'agences de voyages prestés pour les voyages de loisir et spécialement du segment de marché émergent des services d'agence de voyages en ligne.

Sur ce marché, le Conseil a estimé que les seuils *de minimis* prévus par l'article L. 464-6-1 du Code de commerce étaient dépassés par les partenaires SNCF et Expédia, sans qu'il soit besoin d'évaluer le poids respectif des bénéficiaires du partenariat, Voyages-sncf.com et l'agence Voyages-sncf.com.

Pour évaluer la part de marché de voyages-sncf.com, le Conseil a pris en compte non seulement les prestations d'agence de voyages hébergées sur son site, mais aussi les ventes de billets de train, puisque ces ventes figuraient, comme les autres prestations, et sur le même plan, au côté des prestations d'agence de voyages. Le site voyages-sncf.com était une agence de voyages, inscrite et présentée comme telle sur le site lui-même. Le site présentait en effet, sur la page d'accueil et sur le même plan, les réservations et ventes de billets et les autres prestations (avions, hôtels, voiture...), soit toute la gamme de services d'une agence de voyages et

notamment des billets d'avion et des voyages à forfait incluant des billets d'avion. Même si ce site était exploité par deux sociétés différentes (Voyages-sncf.com pour les produits train et l'agence Voyages-sncf.com pour les produits hors train), il s'agissait pour le consommateur, d'une seule et même entité économique à laquelle il se connectait pour réserver ou acheter des produits train, des produits mixtes, voire des produits hors train.

Le Conseil a souligné que si les effets de ce partenariat n'avaient pas pu être précisément mesurés, ils avaient été renforcés par l'envoi de lettres d'information communes, et par le partage inégalitaire des revenus publicitaires.

En conclusion, le Conseil a estimé que le partenariat, dont l'objet était clairement mentionné dans le contrat susmentionné et les contrats signés par ailleurs entre les parties, conclus par des opérateurs en position forte et visant à mettre à la disposition de la filiale commune un avantage considérable dans la concurrence, avait un objet et des effets anticoncurrentiels.

Boycott

Dans une décision **09-D-07** du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé, le Conseil a sanctionné le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et les conseils départementaux du Bas-Rhin, des Pyrénées-Orientales, de Saône-et-Loire, du Var et du Vaucluse, pour avoir incité les chirurgiens-dentistes à boycotter un partenariat avec Santéclair, société de services spécialisés intervenant pour des compagnies d'assurances et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé.

Santéclair offre des prestations de service à des sociétés d'assurances, des mutuelles, des institutions de prévoyance et des courtiers pour les besoins des assurés, ayant souscrit une assurance complémentaire santé. S'agissant des soins dentaires, les services offerts par Santéclair se regroupent, pour l'essentiel, en trois catégories : l'analyse de devis de soins en vue d'apprécier leur adéquation aux besoins des assurés et celle du prix par rapport au marché ; le développement d'un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires, s'engageant à ne pas dépasser un tarif maximal pour un certain nombre de prestations, ainsi qu'à respecter une procédure de tiers payant à la demande du patient ; la conception et la diffusion de contrats prévoyant des garanties aux frais réels. Un protocole a été signé avec les chirurgiens-dentistes qui acceptaient ces conditions. Leurs prestations ont été ensuite prises en charge, au titre de la complémentaire santé, par les assureurs ayant conclu un contrat de prestation de service avec Santéclair.

Dans un premier temps, le Conseil national de l'ordre avait émis un avis favorable, au regard des règles de déontologie, sur le partenariat proposé par Santéclair avec les chirurgiens-dentistes. Puis, à la suite d'incidents, il avait retiré cet avis favorable et avait laissé entendre qu'à la suite de sa décision, les chirurgiens-dentistes devaient résilier leur adhésion individuelle au protocole avec Santéclair et avait enjoint ceux qui n'y avaient pas déjà souscrit à ne pas y adhérer, sous peine de poursuites disciplinaires.

Ce faisant, le Conseil national de l'ordre a diffusé une interprétation inexacte de la portée de ses avis déontologiques sur les protocoles proposés aux chirurgiens-dentistes, lesquels ne lient pas les instances disciplinaires ni les chirurgiens-dentistes. Relayée par plusieurs conseils départementaux, cette action, visant à inciter les chirurgiens-dentistes à dénoncer leur partenariat avec Santéclair, en leur laissant entendre qu'ils étaient susceptibles de faire l'objet de sanctions en cas de poursuites disciplinaires, constitue un appel au boycott qui a porté atteinte à l'intérêt des patients en faisant obstacle à l'émergence de nouveaux services aux assurés des assurances complémentaires santé.

Le Conseil a rappelé l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2002 (Cass. com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048, Vidal, *BOCCRF* n° 17, 25 novembre 2002, p. 1056), selon lequel « *le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* » (§ 130), ainsi que sa propre pratique décisionnelle, illustrée par la décision 03-D-68 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par le Centre national des professions de l'automobile (CNPA) dans le secteur de la distribution automobile : dans cette affaire, le Conseil avait jugé qu'un appel au boycott pouvait résulter de mises en garde professionnelles.

Les pratiques ont, en l'espèce, été suivies d'effets, puisque les éléments du dossier montrent que les messages diffusés par le Conseil national ont effectivement conduit à des dénonciations du protocole Santéclair par les chirurgiens-dentistes en nombre non négligeable.

Répartition du marché

Dans une décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, l'Autorité de la concurrence, a, sur requête d'un pharmacien, été appelée à se prononcer sur une pratique du conseil régional de l'ordre visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements.

Par une lettre adressée à une maison de retraite, le conseil régional de l'ordre était intervenu en incitant cet établissement à s'adresser aux pharmacies les plus proches de son implantation.

Du fait qu'elle émanait d'un organisme professionnel, une telle intervention s'analysait comme une action concertée ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, notamment en limitant l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence, ainsi qu'en répartissant les marchés et les sources d'approvisionnement.

L'Autorité a souligné que « *compte tenu de la dimension du marché particulier concerné, à savoir celui de l'approvisionnement en médicaments et autres produits de soins des EHPAD pour leurs pensionnaires dans une partie de la Normandie, et du fait que la pratique en cause, d'une part émanait d'un ordre professionnel disposant de l'autorité morale attachée à ses missions de service public, d'autre part s'est inscrite dans un*

ensemble de démarches visant la même finalité susceptibles de lui donner une portée qu'elle n'aurait pas eue dans d'autres circonstances, il doit être considéré qu'elle pouvait avoir un effet suffisamment sensible sur la concurrence pour entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce» (§ 46).

Cette pratique, prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce, ne peut être justifiée, ni par les articles L. 5125-1 et s. du Code de la santé publique qui visent à assurer un « maillage territorial » adéquat des pharmacies pour répondre aux besoins de la population sans, pour autant, instaurer un monopole territorial ou limiter la concurrence entre les officines, ni par les articles R. 4235-18 et R. 4235-21 de ce code qui n'impliquent nullement, bien au contraire, qu'un établissement de retraite ou de soins n'ait pas le choix du pharmacien sollicité pour répondre aux besoins des personnes hébergées ayant donné leur consentement en ce sens.

Dans une décision **09-D-19** du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre à Nancy⁵², l'Autorité de la concurrence a sanctionné dix-neuf entreprises de déménagement, pour avoir réalisé des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence en ce qui concerne les déménagements des militaires.

Le déménagement des personnels militaires est régi par des dispositions réglementaires particulières qui imposent à ces derniers de présenter à leur administration deux ou trois devis concurrents en vue du remboursement de tout ou partie d'un déménagement lié à une mutation. L'enquête a établi que les entreprises ne se faisaient pas réellement concurrence dans de nombreux cas en établissant mutuellement des devis « de couverture ». L'Autorité a estimé que ces pratiques étaient graves, car elles ont eu pour objet et pour effet d'entraîner une répartition artificielle du marché entre les entreprises et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence.

Ententes verticales

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution, organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence communautaire, l'Autorité admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés individuellement, ne poseraient pas de problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées.

En 2009, le Conseil, puis l'Autorité, n'ont pas sanctionné en tant que tel l'effet cumulatif de contrats identiques.

52. Un recours a été formé contre cette décision.

La méthode d'analyse des restrictions verticales

La règle de minimis

Les restrictions verticales 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 1 de l'article 101 du traité. La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)⁵³, définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont présumées insignifiantes. Il s'agit des accords conclus par des entreprises dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 15 % 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 national, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce permet à l'Autorité de ne pas traiter l'affaire lorsque ce seuil de 15 % n'est pas atteint, sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du même code (identiques aux restrictions flagrantes communautaires).

L'application des règlements d'exemption par catégorie

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées⁵⁴ prévoit la possibilité de déclarer inapplicables les dispositions de l'article 101 § 1 aux accords de distribution, dits « *accords verticaux* », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépasse pas 30 %, et ce sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeront chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement). L'article 5 de ce règlement ajoute que ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption certaines obligations et, notamment toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1^{er}, a) définit une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

53. 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 C 368/13, 22 décembre 2001.

54. En cours de révision.

Dans les hypothèses où le droit communautaire n'est pas applicable, l'Autorité considère que ce règlement constitue un guide d'analyse utile.

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a examiné d'office si les accords signés entre la FFF et la société Sportfive pouvaient bénéficier de l'exemption automatique. Elle a conclu par la négative, la société Sportfive disposant d'une part de marché sur le marché de l'intermédiation supérieure à 30 %.

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 de la Commission n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, dont l'article 2.1 pose la règle suivante : « *L'article 81-1 du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises, dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.* » 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

Le Conseil, puis l'Autorité n'ont sanctionné, en 2009, aucune pratique de prix imposés dans les relations verticales.

Les clauses d'exclusivité

Exclusivité d'approvisionnement

Dans une décision **09-D-31** du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité de la concurrence a sanctionné la FFF et la société Sportfive pour avoir conclu des accords exclusifs de très longue durée sans appel à la concurrence, pour la gestion des droits marketing de l'Équipe de France et de la Coupe de France.

L'Autorité a estimé que, par leur étendue, leur durée, le caractère fréquemment anticipé de leur renouvellement, les clauses d'exclusivité, les clauses de tacite reconduction et les clauses d'indemnité de fin de contrat qu'ils contenaient, ces contrats avaient un objet et un effet anticoncurrentiels dans la mesure où ils avaient soustrait pendant une longue période, de 1985 à 2002 pour certains contrats, la commercialisation de ces droits au libre jeu de la concurrence.

L'Autorité a écarté l'argument de justification économique des pratiques, en soulignant que « *si le principe de l'exclusivité dans des contrats, peut répondre à une justification technique et économique, en l'espèce, ni la durée effective de ces contrats, ni leur renouvellement avant terme, ni l'effet de verrouillage des clauses de sortie, ni même le choix d'un contractant unique pour deux types de compétition différents (Équipe de France pour les compétitions intermittentes et Coupe de France) ne s'expliquent pour des raisons d'efficacité technique ou économique. [...] Bien au contraire, il était de l'intérêt évident de la FFF de susciter une concurrence, compte tenu de la prédominance de la société Sportfive sur le marché de l'intermédiation, et de favoriser l'apparition sur le marché de compétences nouvelles en octroyant certains droits de moindre ampleur à de nouveaux venus* » (§ 300).

Cette entente entre la FFF et Sportfive s'est ensuite poursuivie dans le cadre de l'appel d'offres lancé en 2001 sous la pression de la Cour des comptes, pour l'attribution des droits marketing :

- pendant le déroulement de l'appel d'offres, en limitant d'emblée la publicité de l'appel d'offres, et en se concertant pour empêcher un concurrent d'avoir les informations nécessaires au chiffrage de sa proposition ;
- En négociant ensuite après l'attribution du marché à Sportfive et avant sa signature définitive en 2002 des modifications substantielles du contrat initial ;
- En signant enfin, en mai 2003 et avril 2004, des avenants qui ont, entre autres, supprimé définitivement le minimum garanti, élément essentiel du contrat.

Tous ces éléments démontrent le même concours de volontés entre la FFF et Sportfive pour exclure toute concurrence à l'encontre de l'intermédiaire désigné des droits détenus par la FFF. Un tel objet anticoncurrentiel est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE (article 101 du TFUE).

Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, paragraphe 3 du TFUE)

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3 du traité et de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Ces développements ne concernent que les « exemptions » individuelles, la question de l'application des règlements d'exemption par catégorie étant envisagée supra.

Les pratiques résultant d'un texte

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.

L'application de ce paragraphe a été écartée dans la décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence a sanctionné pour entente anticoncurrentielle une pratique du conseil régional visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements.

Elle a considéré que les articles R. 4235-18 et R. 4235-21 du Code de la santé publique, avancés pour sa défense par le conseil régional, n'impliquent nullement qu'un établissement de soins ou de séjour n'ait pas le choix du pharmacien sollicité pour répondre aux besoins des pensionnaires quand ceux-ci ont donné leur consentement en ce sens. Pareillement, même s'ils n'ont pas été mentionnés par le conseil régional de l'ordre, les articles du Code de la santé publique visant à assurer un « maillage territorial » adéquat pour répondre aux besoins de la population en cas de création, de transfert ou de regroupement d'officines (articles L. 5125-1 et s.) ont pour objet d'assurer que ces cas de figure n'entraînent pas a priori une répartition inadaptée de l'offre par rapport à la localisation de la population, mais ils n'instaurent aucun monopole territorial ni ne limitent en général une situation de concurrence entre officines. Le Code de la santé publique prohibe seulement le recours à certains moyens de concurrence jugés incompatibles avec la nature des prestations et produits concernés.

En droit communautaire, un organisme professionnel n'est pas qualifié d'association d'entreprises lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de compétences déléguées par l'État et étroitement contrôlées par lui, à savoir des « *mesures de caractère étatique* ». Elles échappent dans ce cas au droit de la concurrence applicable aux entreprises. En revanche, les décisions prises de façon indépendante par cet organisme sont soumises au droit de la concurrence : relèvent du premier cas de figure, et ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles, les décisions des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique ou chargés de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, les pouvoirs publics conservant un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet.

Pendant l'année 2009, le Conseil puis l'Autorité, n'ont pas eu à connaître de telles pratiques.

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3° de l'article 101 du traité 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* ».

Ces dispositions sont d'interprétation stricte. Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées.

L'application de ce paragraphe a été écartée dans la décision **09-D-17** du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné pour entente anticoncurrentielle une pratique du conseil régional de l'ordre visant à réserver aux pharmaciens les plus proches des maisons de retraite et des établissements de soins la fourniture des médicaments et autres produits de soins pour la clientèle de ces établissements.

L'Autorité a écarté l'application du I, sous 2), de l'article L. 420-4, estimant que « *l'existence d'un monopole territorial pour répondre aux besoins des EHPAD, tel que souhaité par le conseil régional de l'ordre éliminerait en effet la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause sur le marché concerné* » (§ 51). En tout état de cause, aucune argumentation précise n'avait été présentée sur ce point.

Pratiques abusives

Les abus de position dominante

Aux termes de l'article 102 du traité :

« 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.

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. »

Le Conseil a souvent rappelé que le principe *non bis in idem* ne peut être valablement invoqué qu'en présence d'une éventuelle double condamnation pour les mêmes faits et sur le même fondement et que des faits examinés à la fois au titre de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique le sont sous deux qualifications différentes aux éléments constitutifs distincts. En conséquence, aucun principe général du droit ne s'oppose à l'application cumulative de ces deux qualifications, à l'instar du cumul idéal d'infraction en matière pénale.

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 traité, se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans l'hypothèse où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

L'Autorité ne peut examiner les pratiques prétendument abusives mises en œuvre par une entreprise, dès lors qu'elle constate que celle-ci n'est pas en position dominante sur un marché.

S'agissant de la détermination du marché pertinent, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux marchés pertinents *supra*.

L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents.

Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole légal ou de fait sur une activité, soit de parts de marché substantielles. Une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique. La dominance peut être individuelle ou collective.

L'appréciation de la position dominante individuelle

Situation constitutive d'une position dominante

Monopole de droit ou de fait

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole

Dans son évaluation du marché français du transport ferroviaire de voyageurs, le Conseil a rappelé qu'en vertu des dispositions de l'article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI), la SNCF bénéficiait d'un monopole d'exploitation des services de transport ferroviaire de voyageurs sur le réseau ferré national et se trouvait, dès lors, en position dominante. Le Conseil a, par ailleurs, précisé que la SNCF, conformément à la jurisprudence de la Commission européenne et du Tribunal de première instance, était en position dominante sur le marché français des services de distribution des billets de train compte tenu de sa position de monopsonne à l'égard des agences de voyages **(09-D-06)**.

Afin de constater la probable position dominante d'EDF sur le marché de la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés, l'Autorité a estimé que malgré l'ouverture du marché de l'électricité intervenue au 1^{er} juillet 2007, l'opérateur historique était demeuré en position de quasi-monopole (détenant 90 à 95 % des parts de marché) compte tenu, notamment, de la possibilité pour les clients de chacun des fournisseurs d'électricité – EDF comme les fournisseurs alternatifs – de se fournir à des tarifs réglementés fixés par les pouvoirs publics **(09-MC-01)**.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité dans la région de Grenoble, l'Autorité a considéré que la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG), qui détenait le monopole de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels dans cette région jusqu'au 1^{er} juillet 2004, se trouvait en position dominante sur ce marché en avril 2005, malgré l'entrée de la société Poweo, cette dernière n'alimentant qu'un nombre très limité de clients **(09-D-14)**.

L'Autorité a rappelé que le fait d'être « titulaire sortant » d'un contrat de délégation de service public, et donc de jouir des avantages tirés habituellement de cette qualité (meilleure connaissance des conditions de la prestation, confiance de l'autorité délégante), ne permettait pas, en soi, de caractériser une situation de dominance sur le marché considéré : « *Il faut donc des circonstances particulières qui s'ajoutent à la situation de titulaire sortant pour qu'un comportement de celui-ci sur le marché mis en jeu puisse constituer un abus de la position dominante détenue sur un autre marché* ». La position dominante du titulaire sortant n'est constituée que s'il dispose d'avantages très substantiels par rapport aux concurrents. Il peut aussi détenir une position dominante sur un marché connexe. Dans ce cas, l'existence d'un lien suffisant entre le marché mis en jeu et un autre marché sur lequel un des offreurs détiendrait une position dominante permet de considérer que le comportement de cet offreur observé sur le premier marché est susceptible de constituer un abus de la position dominante occupée sur le second **(09-D-18)**.

L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. Par ailleurs, la réduction de parts de marché demeurant encore très importantes ne peut constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante **(09-D-33)**.

Afin de déterminer les positions dominantes de la société France Télécom sur le marché de détail des services de téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane, l'Autorité a relevé que ses parts de marché sur le marché des services de communications vocales fixes étaient supérieures à 75 % **(09-D-36)**.

D'autres éléments que les parts de marché fournissent également au Conseil puis à l'Autorité une information utile lors de l'examen du pouvoir de marché d'une entreprise.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) dans le secteur de la distribution de la presse, le Conseil a rappelé que le groupe NMPP/TP était en position dominante sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro, non seulement en raison de la détention de parts de marchés très importantes (80 %), mais aussi compte tenu de son contrôle direct ou indirect de l'ensemble des niveaux du réseau de distribution de la vente au numéro et des fortes barrières à l'entrée sur ce marché **(09-D-04)**.

De même, l'Autorité a apprécié la position dominante de la société France Télécom sur le marché des communications électroniques fixes dans les DOM en se fondant non sur ses seules parts de marchés, bien que très importantes (de 75 à 80 %), mais aussi sur son statut d'opérateur historique et sur ses capacités financières sans commune mesure avec celles des opérateurs alternatifs locaux **(09-D-24)**.

L'Autorité a, de manière analogue, considéré que bien que les parts de marché d'Orange Caraïbe sur le marché de détail des services de téléphonie fixe dans la

zone Antilles-Guyane aient diminué et se soient établies à environ 55 %, cette société continuait de conserver les clients les plus rentables et voyait sa puissance, sur le marché, renforcée par son adossement au groupe France Télécom, ce qui lui offrait la garantie de bénéficier, en tant que de besoin, de ressources financières importantes, de la renommée de l'opérateur historique, d'un réseau dense d'agences, de l'expertise de ses techniciens et de ses commerciaux et d'une forte puissance d'achat auprès de ses fournisseurs **(09-D-36)**.

Enfin, le Conseil a constaté, dans une décision **09-D-10** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, que la SNCM se trouvait en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public de la desserte maritime de la Corse à partir du port de Marseille en raison de ses capacités inégalables à répondre à l'appel d'offres **(09-D-10)**.

Dominance et connexité entre plusieurs marchés

– Lien de connexité entre deux marchés

Une pratique abusive commise sur un marché non dominé peut être qualifiée d'abus de position dominante, dès lors qu'il existe un marché dominé et un lien de connexité entre le marché non dominé et le marché dominé.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité dans la région de Grenoble, l'Autorité a relevé que la position dominante de la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG) sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels se trouvait renforcée par son monopole sur les marchés connexes de la distribution d'électricité, de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et sur l'activité gazière, ces éléments ne pouvant que contribuer à la notoriété de l'opérateur historique aux yeux des clients éligibles **(09-D-14)**.

Dans deux décisions relatives à des pratiques commises par des entreprises répondant à un appel d'offres **(09-D-10; 09-D-18)**, le Conseil et l'Autorité ont rappelé que dans l'appréciation de la position dominante des entreprises concernées, deux cas de figure, outre celui rappelé ci-dessus à l'occasion de l'étude des situations de monopole de droit ou de fait, étaient envisageables :

- le premier est celui dans lequel il existe une entreprise en position dominante parmi l'ensemble des entreprises susceptibles de répondre à l'appel d'offres. Dans ce cas, la position dominante est directement appréciée sur le marché même où se déroule la pratique ;
- le second est celui dans lequel il existe une position dominante sur le marché connexe de l'exécution de la prestation (marché aval), sans que ceci ne s'accompagne d'une domination directe sur le marché amont de l'appel d'offres au moment du dépôt des offres. Dès lors, il appartient à l'Autorité d'examiner la possibilité d'abuser de la position dominante détenue sur le marché aval en mettant en œuvre une pratique anticoncurrentielle sur le marché amont **(09-D-10; 09-D-18)**.

Situation non constitutive d'une position dominante

Dans une affaire **09-D-40**, l'Autorité a rappelé que, sauf circonstances particulières pouvant caractériser la position dominante collective, l'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à celle de l'entreprise dont les pratiques sont alléguées ne permet pas à cette dernière d'adopter un comportement caractérisant une position dominante.

L'appréciation de la position dominante collective

En 2009, aucune situation de position dominante collective n'a été relevée par le Conseil et l'Autorité.

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 du traité. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient de rechercher si l'entreprise exploite cette dominance d'une manière abusive. La constitution de l'infraction d'abus de position dominante suppose que soit établi un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'entrave apportée au libre jeu du marché.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusives au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 du traité, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. Ainsi, une pratique revêt un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle s'inscrit dans une stratégie anticoncurrentielle. Les entreprises en position dominante peuvent néanmoins, pour écarter la qualification d'abus, démontrer que les pratiques sont objectivement justifiées ou qu'elles sont source d'efficacité et qu'elles ne relèvent pas en conséquence d'une stratégie anticoncurrentielle. Dans l'hypothèse où il ne serait pas établi que les pratiques mises en cause sont objectivement justifiées, leur objet anticoncurrentiel est caractérisé, soit lorsqu'elles sont imposées par des menaces ou par une incitation financière ou technique, soit lorsqu'un ensemble d'éléments convergents permet d'établir qu'elles s'inscrivent dans une stratégie anticoncurrentielle ou conduisent nécessairement à une restriction de concurrence.

Enfin, en l'absence d'objet anticoncurrentiel, l'examen des effets des pratiques mises en cause est nécessaire pour établir si elles constituent une forme d'exploitation abusive d'une position dominante.

Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives

Prédation

L'article L. 420-2 du Code de commerce comporte une liste non limitative de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives, telles que le refus de vente, la vente liée, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des

conditions commerciales injustifiées. Cependant, la jurisprudence comporte également d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante.

Dans une décision 07-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline, le Conseil a sanctionné, pour la première fois en 2007, des pratiques de prédation mises en œuvre par une entreprise en position dominante.

L'Autorité a, suivant la pratique décisionnelle constante du Conseil, défini la prédation comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un tel niveau qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes **(09-D-33)**.

Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo/Commission*, C-62/86, *Rec.* p. I-3359), la preuve de la prédation peut être apportée dans différents cas de figure, selon la position des prix de vente par rapport à différents niveaux envisageables de coûts (coût variable moyen, coût total moyen et, dans des cas plus complexes, coût incrémental). Dans un premier cas, l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé, si les prix de vente sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée, sont inférieurs au coût moyen variable de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire, compatible avec les faits de l'espèce et étayée par une explication convaincante de son comportement. Dans un second cas, si les prix de vente en cause sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise, mais supérieurs à ses coûts variables, une telle constatation constitue un simple indice que cette politique de prix a un objet anticoncurrentiel. La pratique de prédation n'est établie que si l'autorité de concurrence apporte la preuve que le comportement de l'entreprise adopté en matière de prix s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies. En effet, dans la mesure où une pratique de prédation engendre des pertes pour l'entreprise qui la met en œuvre, sa rationalité doit être recherchée avec soin par l'autorité de concurrence.

L'Autorité a rappelé ces critères dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-gestion des bacs plastiques et palettes **(09-D-33)**.

Exclusivités

Les clauses d'exclusivité imposées par une entreprise en position dominante sont susceptibles, en droit ou en pratique, d'instaurer une barrière artificielle à l'entrée sur le marché. L'Autorité a toutefois rappelé que ces exclusivités contractuelles ne sont pas interdites *per se* puisqu'elles peuvent, par exemple, être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, en raison notamment de l'existence d'investissements spécifiques que l'entreprise n'engagerait pas si elle ne bénéficiait pas d'une exclusivité **(09-D-36)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbes et France Télécom, l'Autorité a rappelé et appliqué les critères d'appréciation des clauses d'exclusivité imposées par une entreprise en position dominante. Il incombe ainsi à l'Autorité de vérifier leur champ d'application, leur durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité et la contrepartie économique obtenue par le client.

L'Autorité s'est, en l'espèce, attachée à examiner, pour chacune des deux pratiques alléguées, cumulativement :

- le champ d'application des exclusivités ;
- la durée effective des contrats et, tout particulièrement, la durée pendant laquelle les parties avaient convenu que l'exclusivité restait valable, même après la cessation du contrat ;
- les sanctions prévues en cas de défaut de respect des clauses du contrat ;
- la possibilité de déroger, en pratique, aux exclusivités ;
- les effets produits par les exclusivités sur l'intensité concurrentielle du marché, particulièrement leur contribution à la création de barrières artificielles à l'entrée ou à la dégradation de l'image de marque des nouveaux entrants ;
- les éventuelles justifications économiques, particulièrement le caractère nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi des exclusivités et les éventuels gains d'efficacité générés au bénéfice des consommateurs **(09-D-36)**.

Dénigrement

La concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière.

Selon les principes issus de la pratique décisionnelle constante du Conseil et de l'Autorité, les pratiques de dénigrement consistent à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Elles se distinguent de la simple critique en ce que le dénigrement émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur.

Si elles sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'entreprise en position dominante au titre de la concurrence déloyale, elles ne sont pas nécessairement constitutives d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il est nécessaire d'établir un lien entre la position dominante de l'entreprise et la pratique de dénigrement **(09-D-14; 09-D-21)**.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité a considéré que France Télécom avait abusé de sa position dominante en dénigrant, de manière déloyale, ses concurrents dans les DOM. L'Autorité a relevé, à cet effet, que France Télécom avait transmis à ses commerciaux des argumentaires insistant sur les inconvénients supposés de la présélection

alors que ceux-ci résultaient d'une situation objective issue du monopole historique (non-maîtrise des réseaux de bout en bout, double facturation) **(09-D-24)**.

Afin de caractériser l'abus de position dominante de la société Gaz et électricité de Grenoble (GEG) sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients professionnels sur la zone de desserte de Grenoble, l'Autorité a relevé que les éléments mis en avant par cette société dans son communiqué de presse sur les caractéristiques qui la distinguaient de son concurrent ne relevaient pas d'un comportement commercial légitime. La société GEG avait en l'espèce utilisé l'image du service public au soutien de ses intérêts de fournisseur d'électricité alors que la fourniture d'électricité ne relevait désormais plus du périmètre du service public **(09-D-14)**.

Les abus d'exploitation

Dans une décision **09-D-24** relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité a considéré que la société France Télécom avait fait une exploitation abusive de son pouvoir de marché en :

- offrant à un prix excessif des liaisons permettant le transport de données par câble entre la Réunion et la métropole. L'Autorité a rappelé, se fondant sur sa pratique décisionnelle constante et la jurisprudence communautaire, que si une disproportion manifeste entre « *le prix et la valeur du service correspondant* » n'est pas en elle-même constitutive d'un abus, elle revêt ce caractère si elle a eu un objet ou a produit des effets perturbateurs réels ou potentiels sur le jeu de la concurrence, et *in fine*, sur le bien-être du consommateur ;
- refusant de sécuriser la liaison qu'elle louait à ses concurrents entre la Réunion et la métropole. L'Autorité a souligné le caractère abusif de ce refus dans la mesure où il a conduit à ce qu'un opérateur alternatif ne puisse être en mesure de proposer une qualité de service équivalente à celle assurée par le groupe France Télécom sur le marché de détail ;
- n'offrant pas de « garantie de rétablissement » en cas de panne du système dans ses offres de gros proposées aux opérateurs alternatifs. Seule France Télécom était alors en mesure d'offrir une telle garantie à ses clients sur le marché de détail, à la différence des opérateurs alternatifs qui en étaient eux-mêmes privés sur la base des offres de gros de l'opérateur historique ;
- maintenant, en violation des prescriptions réglementaires, un service de restriction d'appels auquel ses concurrents ne pouvaient avoir accès. L'Autorité a souligné l'importance de ce type de services pour les consommateurs insulaires, en raison du coût élevé des communications entre les départements d'outre mer et la métropole. L'impossibilité, pour les opérateurs alternatifs, d'offrir un service de restriction d'appel compatible avec celui de France Télécom a nui à la qualité de leur service et renforcé la position dominante de l'opérateur historique ;
- diffusant, en violation des prescriptions réglementaires, des informations trompeuses quant au dispositif permettant à un abonné ayant fait le choix de la pré-sélection d'un opérateur alternatif (le « 8 »), de sélectionner, par exception et appel par appel, les services de France Télécom.

Ciseau tarifaire

Il ressort de la jurisprudence qu'une entreprise abuse de sa position dominante « lorsque, dans le cas d'une entreprise intégrée dominant le marché, il existe entre les prix des prestations intermédiaires aux concurrents sur un marché en amont et les prix de détail sur un marché en aval un rapport qui se traduit par une restriction de la concurrence sur le marché des prestations intermédiaires ou sur le marché [aval] » (Commission, 21 mai 2003, Deutsche Telekom, point 106).

La Commission européenne a précisé que « [c]e genre de situation donne lieu à une pression anticoncurrentielle sur les marges commerciales des concurrents, car ces marges sont soit inexistantes soit trop faibles pour permettre à ces derniers d'entrer en concurrence avec l'opérateur historique sur les marchés [aval]. Une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré occupant une position dominante constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique » (point 108).

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, a confirmé cette analyse en précisant que pour qualifier une pratique d'abus au sens de l'article 102 du traité, « il y a lieu d'examiner si la requérante elle-même, ou une entreprise aussi efficace qu'elle, aurait été en mesure de proposer ses services aux abonnés autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquitter, sous forme de transfert entre sociétés, de tels tarifs afférents à des prestations intermédiaires internes » (TPICE, 10 avril 2008, Deutsche Telekom AG, T-271/03, Rec. p. II-477). Par ailleurs, la Cour de cassation a récemment rappelé « qu'une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval » (Cass. com., 3 mars 2009, n^{os} 08-14.435 et 08-14.464, Ténor).

Dans une affaire **09-D-24**, l'Autorité a démontré que la société France Télécom avait abusé de sa position dominante en pratiquant des tarifs de détail qui ne pouvaient en aucune manière être répliqués par un opérateur alternatif puisqu'ils étaient inférieurs aux prix des seules offres de réseaux nécessaires à l'élaboration de ces offres de détail. Ce ciseau tarifaire a eu pour effet d'empêcher les opérateurs alternatifs de proposer des offres compétitives aux entreprises et aux collectivités.

De même, l'Autorité a relevé que la même société avait abusé de sa position dominante sur des marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, en proposant une offre tarifaire en réponse à un appel d'offres passé par le Conseil régional de Guyane, laquelle ne pouvait être répliquée par un opérateur concurrent aussi efficace qu'elle, sauf à supporter des pertes (**09-D-36**).

Couplage

Le Conseil a rappelé, dans une décision **09-D-10** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, qu'en vertu de jurisprudences constantes nationales et communautaires, le fait, pour une entreprise dominante d'opérer un couplage entre ses produits ou ses prestations de services lorsque celui-ci, en dehors de toute justification économique objective, n'a d'autre but que d'amener le client à couvrir l'intégralité de ses besoins avec les produits concernés constitue une pratique prohibée par l'article 82 du traité CE (article 102 du TFUE ; CJCE, 13 février 1979, Hoffman Laroche, 85/76, *Rec.* p. 461). Le Conseil a estimé que revêtait le même effet anticoncurrentiel qu'une offre couplée accompagnée d'un avantage économique substantiel, le dépôt, par la SNCM, d'une offre globale et indivisible, en réponse à un appel d'offres public dont l'objet visait à évincer ses concurrents en empêchant l'Office des transports de la Corse de comparer cette offre avec celles, présentées par ligne, des concurrents. En effet, l'Office des transports de la Corse n'avait d'autre choix que d'accepter cette offre dans sa globalité s'il souhaitait préserver la continuité de la desserte maritime entre Marseille et la Corse.

Pratiques discriminatoires

Le fait, pour un opérateur en position dominante, d'imposer des prix ou conditions différents à des acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, constitue un abus. En revanche, il reste loisible à un opérateur en position dominante de traiter différemment des acheteurs se trouvant dans des situations différentes.

Parmi les pratiques potentiellement discriminatoires, les remises sur les prix de vente sont une pratique courante dans tous les secteurs d'activité. Leur généralisation tient au fait que, en raison même de la différenciation qu'elles introduisent dans les prix, elles présentent des avantages particuliers, en permettant de servir une demande qui ne serait pas satisfaite, ou en incitant la demande à prendre des formes qui permettent de réaliser des gains d'efficacité pour les offreurs. Les remises peuvent ainsi avoir un objet ou un effet incitatif et assurer la fourniture d'un niveau d'effort plus élevé, par exemple un effort de vente ou d'augmentation de la qualité de service dans le cadre d'une relation verticale entre un vendeur et un revendeur. En ce sens, la différenciation tarifaire peut avoir un effet proconcurrentiel.

Le Conseil et l'Autorité ont rappelé qu'il est de jurisprudence constante que les remises accordées par un opérateur en position dominante et destinées à lui assurer l'exclusivité de l'approvisionnement d'un client sont susceptibles de produire des effets restrictifs de concurrence.

Dans une décision **09-D-04**, le Conseil a estimé que les sociétés NMPP et TP, formant une unité économique en position dominante sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro, avaient abusé de cette position dominante en proposant aux éditeurs un système de rabais fidélisants pouvant potentiellement conduire à évincer leurs concurrents. Le Conseil a rappelé à cet égard que lorsque l'impact d'une remise contribue à élever les coûts de changement de

fournisseur (*switching costs*), il est nécessaire de comparer la durée d'engagement à la fréquence avec laquelle les ventes aux acheteurs concernés peuvent être remises en concurrence, en l'absence de remise fidélisante. Si cette remise conduit à allonger de façon artificielle la durée pendant laquelle les clients sont captifs, elle peut avoir pour effet de limiter l'exercice de la concurrence par les autres entreprises présentes sur le marché et d'élever artificiellement les barrières à l'entrée.

En l'espèce, les trois déclinaisons du système de rabais ont été considérées comme anticoncurrentielles par le Conseil :

- la bonification exceptionnelle, qui tendait à restreindre les possibilités de choix de l'ensemble des clients, tant de ceux préférant le rapport qualité/prix des services offerts par l'ensemble NMPP/TP que de ceux optant pour celui de leur concurrent (MLP) ;
- la prime de fidélité introduite dans les barèmes de TP qui prévoyait que les groupes de presse qui confiaient la distribution de la totalité de leurs produits presse à TP bénéficieraient pour chacun de ces titres d'une remise non cumulable avec la bonification exceptionnelle ;
- la clause de résiliation dans les contrats d'avance sur recettes qui excédait manifestement ce qui était nécessaire afin de garantir la récupération de l'avance consentie.

Dans une affaire **09-D-36**, l'Autorité a sanctionné la société Orange Caraïbe pour avoir abusé de sa position dominante en mettant notamment en œuvre trois types de pratiques discriminatoires.

Concernant les offres de fidélisation mises en œuvre par la société Orange Caraïbe, l'Autorité a rappelé que l'analyse de telles pratiques doit s'effectuer dans le cadre d'un bilan concurrentiel mettant en balance les effets anticoncurrentiels inhérents à ce genre de pratiques et les bénéfices que peuvent en retirer le consommateur ou le marché. Elle a ainsi procédé à l'examen, pour chaque offre de fidélisation proposée par la société Orange Caraïbe, de la durée des engagements pris par l'opérateur, des avantages financiers ou en nature octroyés au consommateur, de la structure du marché et des modalités de leur mise en œuvre pour conclure à leur caractère anticoncurrentiel.

Concernant les pratiques de différenciation tarifaire entre les appels à l'intérieur du réseau de l'opérateur de téléphonie (dits *on net*) et ceux sortant du réseau (dits *off net*), l'Autorité a constaté que ce type d'incitation tarifaire, portant en l'espèce sur des cartes prépayées, avait conduit à renforcer artificiellement l'attractivité de l'opérateur au détriment de ses concurrents en raison d'effets de réseau (ou effets de « club »). Ces effets s'observent lorsque la satisfaction qu'un consommateur peut tirer de son appartenance au réseau d'un opérateur dépend de la circonstance que d'autres utilisateurs en font également partie. Par ailleurs, ces pratiques ont conduit à présenter un opérateur tiers comme étant plus coûteux, dégradant ainsi son image et réduisant artificiellement le volume d'appels à destination de son réseau.

Concernant les pratiques discriminatoires relatives au maintien, par la société France Télécom, d'offres incluant une option appelée « avantage Améris », visant à appliquer un taux de réduction au prix des appels fixes vers les mobiles sur son réseau, postérieurement à l'entrée sur le marché de la société Bouygues Télécom et auprès de clients qui l'avaient souscrite initialement, l'Autorité a relevé qu'elles avaient, de manière injustifiée, favorisé la société Orange Caraïbe au détriment de son concurrent (09-D-36).

Dans une décision **09-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, le Conseil a estimé que constituaient des pratiques discriminatoires, témoignant d'un abus par la SNCF de sa position dominante :

- la dispense accordée aux sociétés qui exploitaient le site voyages-sncf.com d'utiliser le système de réservation de billets « Ravel » dont le coût de la licence d'exploitation devait en revanche être supporté par les autres agences ;
- l'impossibilité faite aux titulaires de la licence Ravel de distribuer des billets dits « offres de dernière minute » et d'afficher sur leur site l'ensemble de l'offre ferroviaire de la SNCF, y compris l'offre « iDTGV » ;
- l'application à la société Voyages-sncf.com de taux de commissions supérieurs à ceux consentis aux autres agences de voyages.

Refus d'accès à une ressource ou à une infrastructure essentielles

Le refus d'accès à une infrastructure gérée par une entreprise en position dominante n'est pas en tant que tel constitutif d'un abus de position dominante. Toutefois, l'accès à une ressource ou à une infrastructure peut, à certaines conditions, révéler un abus de position dominante. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé en substance dans son avis 02-A-08 du 21 mai 2002, demandé par l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, une ressource est considérée comme essentielle dans l'hypothèse où cinq critères cumulatifs sont réunis :

- en premier lieu, la ressource est possédée par une entreprise qui détient sur elle un monopole ou du moins une position dominante ;
- en second lieu, l'accès à cette ressource est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de la ressource détient le monopole (ou la position dominante), cette condition ayant été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2005 (n° 04-12388, NMPP) ;
- en troisième lieu, la ressource ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette ressource est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en dernier lieu, l'accès à la ressource est possible.

Le Conseil a également rappelé, dans son avis précité que, dans les arrêts Magill du 6 avril 1995 (C-241/91P et C-242/91P, *Rec.* p. I-743) et IMS du 29 avril 2004 (C-418/01, *Rec.* p. I-5039), la Cour de justice des Communautés européennes avait précisé en quoi des informations servant à confectionner des grilles de programmes

de télévision ou des structures modulaires de reporting de données dans le secteur pharmaceutique, couvertes par des droits de propriété intellectuelle, constituaient des ressources essentielles : « *Il ressort de cette jurisprudence [Magill] que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.* »

Le Conseil, dans une décision **09-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, a considéré que le système de réservation informatisé « Résarail » de la SNCF constituait une facilité essentielle. Il s'est fondé sur la position dominante de la SNCF, le caractère strictement nécessaire de l'accès à cette ressource pour réserver des voyages en train, l'impossibilité de dupliquer la ressource puisque les informations étaient seules détenues par l'opérateur et l'obligation d'acquérir la licence du logiciel Ravel, seul à même de procurer une interface avec le système Résarail.

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

Prédation

Dans une décision **09-D-04**, le Conseil a considéré que le système de remises accordées par NMPP/TP aux dépositaires de presse, bien qu'étant dénué de transparence, n'avait pas entraîné de discrimination anticoncurrentielle entre les éditeurs et n'avait pas entraîné des prix inférieurs aux coûts variables ou inférieurs aux coûts totaux dans le cadre d'un plan visant à éliminer la concurrence.

Par ailleurs, l'Autorité a considéré que la société Chep n'avait pas mis en œuvre de stratégie de prix prédateurs sur le marché de la location-gestion de bacs plastiques et palettes car cette dernière avait, sur la période considérée, toujours couvert ses coûts variables moyens, mais pas systématiquement ses coûts moyens totaux. Par ailleurs, la baisse continue de la part de marché de cette entreprise et la montée en puissance concomitante de ses concurrents rendaient mécaniquement illusoire tout espoir de récupération des pertes à l'issue de la période de prédation alléguée (**09-D-33**).

Exclusivités

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la Communauté urbaine Marseille Provence Métropole pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, l'Autorité a rappelé sa pratique décisionnelle constante selon laquelle le fait de limiter l'accès à un groupement à ses seuls fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'était susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement constituait la condition de l'accès au marché. L'Autorité a estimé que la présence d'une clause d'exclusivité dans ce type d'accord répondait à la logique même du partenariat et ne présentait pas un caractère anticoncurrentiel (**09-D-18**).

Dénigrement

L'Autorité a estimé que la société RTE n'avait pas, à l'égard des éléments présentés, mis en œuvre de politique de dénigrement à l'égard de la société Études et Travaux, le courriel envoyé par l'échelon central de RTE à ses structures régionales et locales se bornant à dispenser des informations justes, précises et sans ambiguïté concernant sa politique d'achat **(09-D-21)**.

Abus d'exploitation

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a estimé que la société Sportfive n'avait pas abusé de sa position dominante pour obtenir de la FFF, dans le cadre de négociations déséquilibrées, des avantages financiers injustifiés. L'Autorité a considéré que compte tenu de la teneur des négociations contractuelles, menées par les dirigeants des deux parties contractantes et des décisions qu'elles avaient prises, il n'était pas démontré que Sportfive aurait cherché à imposer à son partenaire des avantages économiques injustifiés qui auraient eu pour finalité de dénaturer profondément le contrat initial **(09-D-31)**.

Prix imposés

L'Autorité a estimé que la société Orange Caraïbe n'avait pas mis en œuvre de pratique de prix imposés de revente des terminaux dans le cadre d'offres promotionnelles répétées ainsi que dans le cadre du programme de fidélité « Changez de mobile » à l'égard de ses distributeurs. L'Autorité s'est fondée sur sa pratique décisionnelle constante en matière de prix imposés selon laquelle les éléments suivants doivent être réunis :

- en premier lieu, les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs ;
- en deuxième lieu, une police des prix a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente ;
- en troisième lieu, ces prix souhaités par le fournisseur et connus des distributeurs, sont significativement appliqués par ces derniers.

L'Autorité a rappelé que la deuxième branche du faisceau d'indices n'est en général pas invoquée lorsque la pratique de prix imposés est recherchée dans le cadre d'un abus de position dominante car dans ce cadre, les prix peuvent être imposés de telle manière que des mécanismes de contrôle et de sanction ne soient pas nécessaires, notamment si la marge de manœuvre des distributeurs est nulle **(09-D-36)**.

Pratiques discriminatoires

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le marché de travaux de lignes aériennes haute tension, l'Autorité a considéré, qu'en regard aux éléments probants présentés, la société RTE n'avait pas abusé de sa position dominante afin d'écarter la société Études et Travaux du marché en lui imposant une procédure d'agrément préalable à la candidature à certains marchés. À cet effet, l'Autorité a relevé que la procédure de qualification mise en œuvre

par RTE s'inscrivait dans le cadre légal des systèmes de qualifications auxquels peuvent recourir les entreprises publiques dans le domaine du transport ou de la distribution d'électricité. La circonstance que des relations commerciales préexistaient entre ces entreprises était indifférente, dans la mesure où la société RTE se conformait, en exigeant une procédure d'agrément préalable, aux directives européennes et à leur transposition en droit national **(09-D-21)**.

De même, le Conseil a considéré que l'octroi, par la SNCF, de tarifs particuliers à certains voyageurs pour la distribution de billets de train intégrés à des voyages à forfait, dits tarifs RIT (Rail Inclusive Tour) ne constituait pas une pratique discriminatoire. Le Conseil a constaté que si la SNCF refusait d'ouvrir l'accès de ses tarifs RIT aux agences de voyages en ligne qui souhaitaient offrir à leurs clients la possibilité de composer eux-mêmes des forfaits dynamiques, elle n'interdisait pas la revente sur Internet des billets de trains acquis à ce tarif. Par ailleurs, le Conseil a souligné qu'à la différence des voyageurs qui bénéficiaient des tarifs RIT pour composer des forfaits statiques, les agences de voyages proposant des forfaits dynamiques ne réservaient pas longtemps à l'avance un important volume de billets de train. Or, c'est cet engagement précoce sur un nombre conséquent de billets de train qui motivait l'octroi des tarifs RIT, constituant en réalité des tarifs de gros **(09-D-06)**.

Abus de dépendance économique

Aux termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6.* »

L'application de ces dispositions suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière.

La notion de dépendance économique

L'Autorité a rappelé, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le marché de travaux de lignes aériennes haute tension, les critères cumulatifs posés par la jurisprudence et sa pratique décisionnelle pour l'appréciation de l'existence d'un abus de dépendance économique :

- 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 elle résulte d'un choix de stratégie commerciale ou au contraire d'une nécessité technique s'imposant au producteur ;

- l'existence ou non de solutions équivalentes, « *de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées* ». 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 (cf. notamment la décision 03-D-42 du 18 août 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, paragraphes 46 et s.; 09-D-21).

La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été retenue par le Conseil ou l'Autorité durant l'année 2009.

Prix abusivement bas

L'article L. 420-5 du Code de commerce prohibe les « *offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits [...]* ».

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans une décision n° 06-D-23 du 21 juillet 2006, « *la qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives : en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ; en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation [...]; en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent [...]* ».

Dans une décision **09-D-20**, l'Autorité de la concurrence a rappelé que « *l'infraction de prix anormalement bas est définie par l'article L. 420-5 du Code de commerce et (que) son examen relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Toutefois, cette appréciation vise exclusivement les offres de prix ou de services faites au consommateur final. À plusieurs reprises, lorsqu'il a été saisi au regard de l'article L. 420-5 d'offres de prix en matière de marchés publics de collectivités locales, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une collectivité locale ne pouvait être assimilée à un consommateur final* » (cf. rapport annuel 2008).

Mesures conservatoires

L'article L. 464-1 du Code de commerce donne à l'Autorité le pouvoir de « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave* ».

et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante».

Dans les décisions **09-D-02**, **09-D-12**, **09-D-15**, **09-D-22**, **09-D-28** et **09-D-29**, le Conseil puis l'Autorité ont estimé que les éléments du dossier ne démontraient pas que les pratiques examinées seraient la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante.

Elle a en particulier rappelé qu'un simple risque hypothétique sur la pérennité d'une entreprise ne suffit pas à démontrer une atteinte grave et immédiate aux intérêts de cette dernière ni à celui des consommateurs (**09-D-12**, **09-D-22**). Les difficultés mises en avant doivent être de nature à menacer l'existence ou le maintien sur le marché de l'entreprise, la seule démonstration d'un manque à gagner étant insuffisante (**09-D-22**; **09-D-28**).

En revanche, dans la décision **09-MC-01**, l'Autorité de la concurrence, saisie de pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale EDF ENR sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque, a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, en relevant que des pratiques anticoncurrentielles, émanant d'un opérateur historique, susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché émergent, connexe à celui sur lequel il détient une position dominante héritée de son monopole légal et intervenant lors d'une étape clé de développement de ce marché, peuvent causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents, au secteur et, *in fine*, aux consommateurs finals.

En l'espèce, en effet, l'Autorité a estimé que les moyens de communication utilisés par EDF à destination de l'ensemble de ses abonnés entretenaient une confusion entre, d'une part, son rôle en tant que fournisseur d'électricité aux tarifs réglementés, et, d'autre part, l'activité concurrentielle de sa filiale, EDF ENR, opérant sur le marché émergent de l'offre globale de services destinés à la production d'électricité photovoltaïque. De ce fait, EDF ENR profitait de l'image de l'opérateur historique et utilisait la base de données détenue par sa société mère sur les clients régulés, avantages dont ne bénéficiaient pas ses concurrents. Sur un marché émergent en forte croissance, de telles pratiques pouvaient avoir un effet structurant et portaient à la concurrence une atteinte grave et immédiate justifiant des mesures d'urgence.

Il a donc été enjoint à EDF de modifier sa communication commerciale de façon à séparer celle relevant de ses activités de service public et celle de ses filiales intervenant dans le secteur concurrentiel.

Dans la décision **09-MC-02**, l'Autorité a constaté que les pratiques de discrimination tarifaire mises en œuvre par SRR, filiale de l'opérateur métropolitain SFR, opérateur historique à la Réunion et à Mayotte, causaient une atteinte grave et immédiate aux marchés réunionnais et mahorais de la téléphonie mobile et justifiaient que soient prononcées des mesures conservatoires.

Cet opérateur avait en effet pratiqué une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net* (sur le même réseau) et les appels *off net* (vers un autre réseau) dans la quasi-totalité des offres proposées à ses clients, rendant attractives les communications passées au sein du réseau SRR et générant un effet de club artificiel. La différence de tarif pratiquée en faveur des appels à destination du même réseau que celui de l'appelant donnait ainsi un avantage injustifié à l'opérateur disposant du nombre d'abonnés le plus grand. L'ampleur et la généralisation de telles pratiques tarifaires, appliquées à l'ensemble du parc de SRR, et l'atteinte portée à la dynamique concurrentielle sur les marchés des services de téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte caractérisaient la gravité des pratiques mises en œuvre par la société SRR.

Par ailleurs, le marché mobile de la zone Réunion-Mayotte traversant alors une période charnière – déploiements progressifs par les opérateurs mobiles de leurs réseaux 3G, arrivée sur le marché de terminaux attractifs permettant un accès facile à Internet et aux applications d'échanges de données – et les fêtes de fin d'année constituant une période décisive pour les opérateurs, il était indispensable de s'assurer que la position de la société SRR pourrait être contestée dans des conditions effectives par les opérateurs alternatifs. La situation justifiait donc de prononcer des mesures d'urgence pour renforcer la concurrence.

Afin de mettre un terme à cette distorsion de concurrence, l'Autorité de la concurrence a donc demandé à ce qu'il soit mis fin à tout écart de prix dépassant celui des coûts supportés par SRR pour les deux types d'appels.

Imputabilité

Du comportement de la filiale à la société mère

Il résulte de la pratique décisionnelle du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence, que les pratiques mises en œuvre par une filiale sont, même dans le cas où elle est détenue à 100 % par une société mère, imputables à la première pour autant qu'elle soit suffisamment autonome de la société qui la contrôle en ce qui concerne la mise en œuvre des pratiques qui lui sont reprochées. La filiale doit être en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière ou technique et, en particulier, de mettre en œuvre les pratiques en s'affranchissant du contrôle hiérarchique de la société dont elle dépend. Ainsi, au sein d'un groupe, il est possible d'imputer une pratique anticoncurrentielle à une filiale à raison du rôle effectif dans la réalisation de la pratique ou de l'imputer à la société mère, si la filiale ne fait qu'exécuter des décisions prises par cette dernière.

Dans la décision **09-D-31** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football (FFF), l'Autorité a ainsi considéré que la société Football France Promotion, devenue une filiale du groupe Darmon, lui-même devenu la société Sportfive, ne disposait pas d'une autonomie de gestion par rapport à la société mère,

qui la contrôle et définit l'ensemble de la politique commerciale menée à l'égard de la FFF. Les pratiques retenues ont donc été imputées à la société mère, Sportfive.

De même, dans la décision **09-D-06** relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc., le Conseil, après avoir retenu l'applicabilité du droit communautaire en l'espèce, a rappelé qu'aux termes de la jurisprudence communautaire, une société est présumée responsable des pratiques commises par les filiales qu'elle détient à 100 %, sauf pour elle à renverser cette présomption en démontrant que ces filiales disposent d'une autonomie de décision. Il a donc estimé que puisque la SNCF était actionnaire à 100 % de ses filiales mises en cause et que l'autonomie de ces dernières n'était pas démontrée, les pratiques reprochées à ces sociétés étaient imputables à leur seule maison mère.

Dans la décision **09-D-36** relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements d'Outre Mer, l'Autorité a précisé sa position, au vu de l'arrêt *Akzo Nobel e. a./Commission* du 10 septembre 2009 (C-97/08P, non encore publié au *Recueil*) par lequel la Cour de justice des Communautés européennes a clairement rappelé sa jurisprudence.

Aux termes de cet arrêt, la société mère qui détient 100 % des parts de sa filiale est présumée former avec elle une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, c'est-à-dire une unité économique. C'est pourquoi la société mère peut être tenue responsable du comportement de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'elle a effectivement exercé un pouvoir de direction sur celle-ci dans le cadre de la mise en œuvre des pratiques reprochées. Cette présomption est cependant réfragable et peut être renversée s'il est démontré, eu égard aux liens économiques, organisationnels et juridiques entre la société mère et sa filiale, que les deux sociétés ne constituent pas une seule entité économique. Selon la cour, il ne suffit donc pas de soutenir que la société mère n'était pas impliquée dans la mise en œuvre de la politique commerciale de sa filiale ou des pratiques concernées.

Dans l'affaire concernant Orange Caraïbe et France Télécom, l'Autorité a souligné que l'appréciation donnée par les juridictions communautaires sur la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité s'imposent à elle lorsqu'elle applique le droit communautaire, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent. La question de l'imputabilité des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe devait donc être examinée au regard des principes dégagés par la jurisprudence communautaire.

Dans un premier temps, l'Autorité a constaté que, pendant la période des pratiques en cause, France Télécom détenait indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe si bien qu'en application de la jurisprudence communautaire, il devait être présumé que France Télécom et Orange Caraïbe constituaient une entité économique unique et, dès lors, une entreprise au sens du droit communautaire.

L'Autorité a ensuite estimé, contrairement à ce que soutenait France Télécom, que l'absence d'éléments au dossier démontrant son implication directe dans la mise en œuvre concrète des pratiques reprochées à Orange Caraïbe ne pouvait suffire à

renverser cette présomption d'absence d'autonomie et d'unité économique. À cet égard, elle a relevé que la marge de manœuvre dont bénéficierait Orange Caraïbe ne dépassait pas ce qu'induisait l'éloignement géographique entre elle-même et sa société mère, et que France Télécom ne faisait état d'aucun facteur, tiré de l'analyse de l'ensemble des liens organisationnels, juridiques et économiques existant au sein du groupe, susceptible de démontrer de manière probante qu'Orange Caraïbe n'appartiendrait pas à une telle unité économique.

Elle a remarqué qu'il résultait au contraire du dossier qu'à l'époque des faits, France Télécom et Orange Caraïbe se présentaient comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires, et que la stratégie globale du groupe France Télécom reposait alors sur l'articulation entre les services de téléphonie mobile et ceux offerts par les communications électroniques fixes.

Par conséquent, l'Autorité a considéré que France Télécom était responsable, aux côtés d'Orange Caraïbe, des pratiques commises par cette dernière.

Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 l'a doté d'un réel pouvoir lui permettant de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, non seulement de façon punitive, par la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires, mais aussi de façon corrective, par la possibilité de prononcer des injonctions.

Ces pouvoirs ont été renforcés par les dispositions de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, qui a élevé le plafond des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil, à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, ou à 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise. Cette loi a en outre porté à 750 000 euros, pour chacun des auteurs des pratiques prohibées, le plafond des sanctions qui peuvent être prononcées à la suite d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire ne comportant pas l'établissement d'un rapport (articles L. 464-2 et L. 464-5 du Code de commerce).

La loi NRE a de plus introduit une procédure de non-contestation des griefs, ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, qui permettent de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

L'ordonnance n° 2008-1168 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a modifié la procédure de non-contestation des griefs en prévoyant qu'elle peut être mise en œuvre par l'Autorité même en l'absence d'engagements. En 2009, les dispositions relatives à cette procédure ont été mises en œuvre dans six décisions (**09-D-03; 09-D-05; 09-D-06; 09-D-19; 09-D-24; 09-D-31**).

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a donné au Conseil de la concurrence le pouvoir d'assortir d'astreintes les sanctions et injonctions qu'il prononce à l'encontre des entreprises ou organismes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe (article L. 464-2, II du Code de commerce).

L'ensemble des outils dont dispose l'Autorité à la suite du Conseil répond au même objectif de rétablissement ou de maintien, pour l'avenir, d'une situation normale de concurrence : des sanctions pécuniaires significatives peuvent dissuader l'entreprise de réitérer ses pratiques anticoncurrentielles ; des engagements ou des injonctions préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles.

Aspect correctif : les injonctions

Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

L'Autorité de la concurrence et le Conseil de la concurrence n'ont pas prononcé, en 2009, d'injonction de ne pas faire.

Injonctions de prendre certaines mesures

Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires

L'Autorité de la concurrence a prononcé des injonctions dans le cadre de deux décisions de mesures conservatoires (**09-MC-01 et 09-MC-02**).

L'Autorité a été saisie en mai 2009, par la société Solaire Direct, active sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque, d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires, à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe Électricité de France (EDF) et ses filiales. La plaignante reprochait à EDF de faire un usage abusif de la position dominante qu'elle détenait en tant qu'opérateur historique sur les marchés de la production, de la distribution et de la fourniture d'électricité, pour pénétrer le marché émergent de l'offre globale de services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, sur lequel opérait sa filiale EDF ENR. Il est apparu que les moyens de communication utilisés par EDF à destination de l'ensemble de ses abonnés, notamment la Lettre Bleu Ciel et la plateforme téléphonique 3939 qui orientaient les particuliers intéressés par la production d'électricité photovoltaïque vers sa filiale EDF ENR, entretenaient une confusion entre, d'une part, le rôle d'EDF en tant que fournisseur d'électricité aux tarifs réglementés, et, d'autre part, l'activité concurrentielle de sa filiale. Ainsi EDF ENR a profité de l'image de l'opérateur historique et a utilisé la base de données détenue par sa société mère, ce qui constituait un avantage important. Dans sa décision **09-MC-01**, l'Autorité a relevé que, commises sur un marché émergent, les effets des pratiques risquaient d'être très difficilement réversibles. Elle a conclu à l'existence d'un lien

de causalité entre les pratiques alléguées et une atteinte grave et immédiate à la concurrence dans un secteur en plein développement sur lequel les actions de l'opérateur historique pouvaient jouer un rôle structurant. Elle a donc enjoint à EDF :

- à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de supprimer, dans tous les supports de communication portant la marque Bleu Ciel d'EDF, toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière solaire photovoltaïque. Ces supports sont constitués, de façon non limitative, de la Lettre Bleu Ciel, de la facture de fourniture d'électricité EDF, des publicités par les médias sur l'offre Bleu Ciel, de la plateforme téléphonique du 3929, mais aussi de toute autre plateforme téléphonique conduisant au serveur vocal Bleu Ciel d'EDF, ainsi que du site Internet Bleu Ciel;
- de faire cesser, toute référence, par les agents répondant au 3929, aux services offerts par EDF ENR;
- de mettre fin à toute communication à EDF ENR d'informations recueillies par le 3929. Cette injonction vise la prise de rendez-vous mais aussi la transmission de renseignements sur les personnes intéressées par la production d'énergie photovoltaïque;
- de ne plus mettre à la disposition d'EDF ENR d'informations dont EDF dispose du fait de ses activités de fournisseur de services d'électricité aux tarifs réglementés.

Par ailleurs, saisie en 2009 d'une plainte des sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom qui reprochaient à SRR, filiale de l'opérateur métropolitain SFR, d'abuser de sa position dominante en pratiquant une différenciation tarifaire (c'est-à-dire ne correspondant pas aux coûts) entre les appels *on net* (sur le même réseau) et les appels *off net* (vers un autre réseau) dans la quasi-totalité des offres proposées à ses clients, l'Autorité a prononcé des injonctions à l'encontre de SRR (**09-MC-02**). L'Autorité a rappelé les termes de sa décision 02-D-69 du 26 novembre 2002 qui concernait une différenciation entre tarifs *on net* et tarifs *off net* envisagée par Orange en métropole selon lesquels : « *La différenciation tarifaire peut influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ils seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Ces effets sont de nature à limiter l'interopérabilité des réseaux et donc à favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants.* » Elle a souligné, en outre, que la cour d'appel de Paris avait elle-même stigmatisé la pratique de différenciation tarifaire entre les appels *on net* et les appels *off net* en notant que : « *Cette pratique de discrimination tarifaire non justifiée par une différence objective de situation, appliquée par un opérateur en position dominante, est de nature à renforcer ce dernier par un effet de réseau, ou "effet club", dans la mesure où les clients sont incités à restreindre le volume des appels destinés à l'opérateur concurrent et, lors du premier achat ou d'un renouvellement, à tenir compte du réseau auquel appartiennent leurs principaux correspondants; qu'il en est d'autant plus ainsi lorsqu'une telle pratique est observée sur un marché étroit (moins d'un million de clients potentiels), ne comportant que deux acteurs aux positions fortement asymétriques* » (arrêt du

28 janvier 2005). L'Autorité a relevé que SRR avait renforcé cet effet club par la mise en œuvre de campagnes de communication axées notamment sur les avantages de la tarification « *on net* » du plus grand réseau. Elle a souligné que ces pratiques de discrimination tarifaire étaient la cause d'une atteinte grave et immédiate aux marchés réunionnais et mahorais de la téléphonie mobile.

Elle a donc enjoint à SRR à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les appels vocaux et SMS « *on net* », d'une part, et « *off net* », d'autre part, l'écart entre ces tarifs ne dépasse pas l'écart entre les coûts que SRR supporte pour l'acheminement de ces deux types d'appels. Cette injonction s'applique pour l'ensemble des nouvelles offres commercialisées. Pour les contrats en cours d'exécution, cette injonction concerne l'ensemble des offres prépayées, des forfaits Intégral, Maxxi et Compte Bloqué. Par ailleurs, elle a demandé à la société SRR d'en informer ses clients par mention de la formule suivante sur leurs prochaines factures et par affichage dans les espaces de vente SRR : « *Appliquer à ses clients des tarifs d'appel ou de SMS différents selon que l'appel ou le message sont destinés à un correspondant client du même opérateur que l'appelant ou à un correspondant client d'un autre opérateur favorise indûment l'opérateur qui dispose du plus grand nombre de clients. Afin de mettre un terme à cette distorsion de concurrence, l'Autorité de la concurrence demande à SRR de ne plus différencier ses tarifs entre les deux types d'appel ou de message au-delà des écarts de coûts qu'elle supporte pour ces deux types d'appel ou de message. SRR propose donc de nouveaux tarifs respectant cette exigence.* » La société SRR devait mettre en œuvre ces injonctions au plus tard le 1^{er} décembre 2009 à la Réunion et le 1^{er} février 2010 à Mayotte.

En outre la société SRR devait adresser à l'Autorité, sous pli recommandé avec demande d'avis de réception, un rapport d'exécution des mesures prononcées à l'article précédent, au plus tard le 1^{er} mars 2010.

Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel

Le Conseil et l'Autorité n'ont rendu aucune décision imposant des injonctions sanctionnant un comportement anticoncurrentiel, au cours de l'année 2009.

Examen du respect des injonctions

En 2009, le Conseil de la concurrence et l'Autorité n'ont pas eu à connaître du non-respect d'injonction.

Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions

Application des plafonds de sanction prévus par la loi NRE du 15 mai 2001

Les plafonds de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre de l'ancienne rédaction de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 ne prévoient l'applicabilité des nouveaux plafonds qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi. Ce libellé aurait pu conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, le Conseil a estimé, 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 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau plafond des sanctions ne s'applique qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001.

L'année 2009 n'a pas donné lieu à l'application des anciennes dispositions. En effet, la montée en puissance de la loi NRE qui se faisait déjà sentir en 2007, s'est poursuivie en 2008, puis en 2009 : le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence ont appliqué les plafonds issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans douze décisions **(09-D-03; 09-D-05; 09-D-06; 09-D-07; 09-D-10; 09-D-14; 09-D-17; 09-D-19; 09-D-24; 09-D-25; 09-D-34; 09-D-39)** 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 trois décisions **(09-D-04; 09-D-31; 09-D-36)**.

Le nouveau plafond de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce et fixé à 750 000 euros, a été appliqué deux fois en 2009 **(09-D-10; 09-D-17)**.

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* ».

Gravité des faits

Nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres dans le cadre de marchés publics

Ainsi que le rappelle le Conseil dans sa pratique décisionnelle, les ententes comises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. Le Conseil a souligné que seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public **(09-D-03; 09-D-05)**.

Dans un arrêt du 8 octobre 2008, société SNEF, la cour d'appel de Paris a «*souligné la gravité intrinsèque d'ententes entre entreprises soumissionnaires concurrentes à des marchés publics, même en l'absence d'effet sensible sur le marché et [...] rappelé que l'existence d'un dommage à l'économie était présumée dès lors qu'une telle entente était établie et s'est référée au chiffre d'affaires consolidé mondial de l'entreprise*». Dans ce même arrêt, la cour d'appel écarte le caractère ponctuel de la pratique et les conditions absurdes de sa mise en œuvre comme circonstances atténuantes. Ces pratiques affectent en effet le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants **(09-D-05)**.

En particulier, le fait de faire échec au déroulement normal des procédures d'appels d'offres en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et de tromper la personne publique quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires est une pratique particulièrement grave puisqu'elle limite l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante **(09-D-25)**.

Le fait que les comportements émanent d'entreprises, qui, pour certaines sont d'envergure nationale, est d'autant plus grave qu'ils peuvent avoir eu un effet de banalisation et d'entraînement sur les sociétés de taille plus modeste du secteur **(09-D-25)**.

Dans sa décision **09-D-31**, l'Autorité de la concurrence a souligné que la Fédération française de football, première fédération sportive et, de très loin, en nombre de licenciés comme en recettes marketing et audiovisuelles, a adopté un comportement de nature à créer une malheureuse valeur d'exemple à l'égard des autres fédérations sportives moins riches.

La durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction **(09-D-06)**. La durée à prendre en compte est celle de l'exécution du marché **(09-D-25)**.

Le Conseil a considéré que les ententes sur les prix à l'occasion d'appels à la concurrence figurent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves **(09-D-05)**.

Il a souligné, dans sa décision **09-D-05** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, que contrarier les politiques publiques, en

l'espèce celles qui visent à la réduction du coût du travail pour que les entreprises augmentent leurs embauches, est grave et que toute pratique de nature à minorer les effets de baisse de charges et à accroître le coût du travail pour les entreprises utilisatrices est contre-productive dans un contexte de lutte contre le chômage et de priorité accordée à la croissance économique.

Il a considéré que l'existence de représailles exercées par une entreprise ou à l'instigation d'une entreprise à l'encontre d'une personne qui a dénoncé des comportements anticoncurrentiels à une autorité de concurrence peut, en théorie, constituer un facteur aggravant, dont il devrait être tenu compte pour la sanction éventuelle infligée à cette entreprise, indépendamment des actions judiciaires que la personne objet de ces représailles peut elle-même engager **(09-D-05)**.

Les autres restrictions

Les pratiques de boycott présentent un certain caractère de gravité car elles visent à empêcher un ou plusieurs opérateurs économiques d'exercer librement leur activité sur un marché **(09-D-07)**.

De telles pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par des instances, en l'espèce le Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes et des Conseils départementaux de ce même ordre, qui ont utilisé l'autorité morale attachée à l'ordre professionnel qu'elles représentent pour inciter leurs membres à évincer effectivement un prestataire de services **(09-D-07)**.

Les pratiques d'éviction mises en œuvre dans le cadre de conventions passées sur une longue durée sans appel à la concurrence sur le marché des services de gestion et de commercialisation des droits marketing du sport et particulièrement sur un segment très en vue de ce marché, la commercialisation du marketing du football en France, est d'une gravité certaine **(09-D-31)**.

Les répartitions de marchés

La pratique visant à assurer une répartition du marché est grave. Cette gravité est renforcée par le fait que la pratique émane d'une autorité à laquelle a été confiée une mission de service public, en l'espèce, le Conseil régional de l'ordre de pharmaciens de Basse-Normandie **(09-D-17)**.

Dans sa décision **09-D-05** dans laquelle il a sanctionné quatre sociétés de travail temporaire pour s'être entendues, entre mars 2003 et novembre 2004 afin d'éviter la compétition entre elles vis-à-vis de leurs clients importants, le Conseil a souligné que les entreprises de travail temporaire essayaient de maintenir leurs parts de marché respectives auprès de certains grands clients, voire de maintenir globalement leurs positions sur le plan régional ou national. Il a rappelé que de telles concertations comptent parmi les pratiques dont la gravité est régulièrement soulignée par le Conseil.

La nature du marché affecté

Le Conseil de la concurrence a souligné la gravité des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur un segment de marché naissant en raison du caractère

potentiellement structurant qu'elles peuvent avoir (09-D-06), ou sur un marché venant de s'ouvrir à la concurrence (09-D-14).

Les diverses catégories d'abus de position dominante

L'abus de position dominante commis par la SNCM qui avait la charge de la délégation de service public pour la desserte entre Marseille et la Corse est d'autant plus grave que, par sa position historique prédominante, elle devait être particulièrement attentive à ne pas fausser la concurrence (09-D-10).

Dans sa décision 09-D-24 du 28 juillet 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, l'Autorité de la concurrence a souligné que la responsabilité particulière pesant sur un opérateur historique lui impose de ne pas écraser une concurrence naissante en abusant d'une puissance notamment issue d'un ancien monopole légal, rappelant ainsi ce que le Conseil avait déjà affirmé dans sa décision 05-D-59 du 7 novembre 2005. En effet, la position dominante de France Télécom sur les réseaux d'accès et de collecte résulte directement de son ancienne position monopolistique d'opérateur historique.

Elle a aussi souligné, comme par le passé, la gravité de la pratique consistant à identifier les clients ayant récemment migré vers un concurrent en utilisant les données que l'opérateur historique détient en sa qualité d'exploitant de la boucle fixe et estimé que la pratique était d'autant plus grave qu'elle était postérieure à une mise en demeure du régulateur sectoriel stigmatisant une telle pratique (09-D-24).

Dommmage à l'économie

Nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, le Conseil rappelle régulièrement (09-D-03; 09-D-10) les principes développés par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, soulignant que « *le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* » (13 janvier 1998, Fougerolle-Ballot).

Un arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000, Sogea Sud-Est, souvent cité, a précisé que « *ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur le prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre [...]* » (09-D-03; 09-D-05; 09-D-10; 09-D-25).

Un autre arrêt de la cour d'appel du 8 avril 2009 a rappelé que le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie (09-D-19).

Par ailleurs, dans un arrêt du 8 octobre 2008, société SNEF, la cour d'appel de Paris a précisé que si « *le dommage à l'économie [...]* ne se réduit pas au préjudice subi par

le maître d'ouvrage», il « *s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause* ». Dans cet arrêt, la cour d'appel a approuvé le Conseil d'avoir infligé à une entreprise qui s'était concertée avec une autre pour répondre à un appel d'offres, une sanction nettement supérieure au montant du marché, alors même que ce dernier avait été attribué à une entreprise tierce ayant proposé un prix inférieur à celui proposé par l'entreprise sanctionnée **(09-D-03 ; 09-D-05 ; 09-D-19)**.

Les répartitions de marchés

La pratique visant à assurer une répartition du marché cause un dommage à l'économie en ce qu'elle perturbe l'ordre public économique, même si, compte tenu des faits de l'espèce, il y a lieu d'admettre qu'elle n'a pas eu d'impact réel **(09-D-17)**.

Dans sa décision **09-D-19**, l'Autorité de la concurrence, reprenant un arrêt de la cour d'appel du 25 février 2009 au terme duquel les pratiques de devis de complaisance aboutissent à une répartition de marché mais encore provoquent une hausse artificielle des prix qui ne sont pas établis par référence à la réalité des coûts, a souligné que la pratique des devis de couverture a pour effet d'entraîner une répartition du marché entre les entreprises et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence.

Le dommage à l'économie ne peut être évalué qu'en comparant la situation résultant de la pratique à la situation qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique **(09-D-31)**.

Les diverses catégories d'abus de position dominante

Se référant à l'arrêt de la cour d'appel du 12 décembre 2000, Sogea Sud cité plus haut, le Conseil a considéré que le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives visant à évincer les compétiteurs de l'appel d'offres, qui perturbent le processus concurrentiel attendu de la part de la collectivité publique **(09-D-10)**.

Afin d'apprécier l'importance du dommage à l'économie causé par des pratiques d'abus de position dominante, il convient, dans un premier temps, de déterminer l'étendue, la taille du marché affecté par les pratiques, leur durée et les effets à la fois conjoncturels et structurels de ces dernières **(09-D-04 ; 09-D-24)**. Le Conseil puis l'Autorité prennent aussi en compte le montant du marché **(09-D-10)**.

Caractéristiques du marché

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Dans l'affaire **09-D-24**, l'Autorité de la concurrence a pris en compte la spécificité des marchés ultramarins, soulignant que les pratiques de France Télécom ont contribué à rendre plus difficile la pénétration des marchés dominiens des communications par de nouveaux entrants de petite taille et que la concurrence avait mis plus de temps à s'installer dans les DOM qu'en métropole. Elle a ajouté que le dommage à l'économie causé par ces pratiques est d'autant plus lourd que celles-ci ont affecté des territoires dans lesquels les consommateurs disposent de revenus relativement faibles et pour lesquels les services de communications électroniques

revêtent une importance singulière, eu égard à un enclavement insulaire pouvant constituer un handicap sensible au développement de l'économie locale.

Situation individuelle des entreprises

Pour déterminer la sanction applicable, le Conseil et l'Autorité se fondent sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de l'entreprise en cause (09-D-03; 09-D-04; 09-D-05; 09-D-06; 09-D-07; 09-D-10; 09-D-14; 09-D-17; 09-D-19; 09-D-24; 09-D-25; 09-D-31).

Circonstances dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer

Le maintien d'une certaine concurrence sur le marché, lorsqu'il est avéré, n'est pas de nature à justifier une atténuation de la gravité de la pratique. De même, l'existence d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients ne peut pas non plus justifier une pratique d'entente ni en atténuer la gravité (09-D-05).

Le fait d'avoir rapidement mis en place, après les opérations de visites et saisies des services d'enquête, un programme de formation du personnel au droit de la concurrence, ne saurait avoir un impact sur la sanction de faits antérieurs à sa mise en œuvre, qui auraient précisément pu être évités si celle-ci avait été effectuée plus tôt (09-D-05).

Le fait que le Conseil n'ait pas prononcé les mesures conservatoires demandées par l'entreprise saisissante, faute d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, n'est pas de nature à atténuer la gravité des comportements constatés (09-D-07).

Le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marché public, puisqu'un appel d'offres est, par nature, un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable (09-D-34).

L'existence ou non d'une « préméditation » est dépourvue de pertinence en matière d'appréciation de la gravité de décisions anticoncurrentielles d'associations professionnelles (09-D-39).

Réitération des pratiques

La réitération des pratiques est, de manière constante, considérée par le Conseil puis l'Autorité comme une circonstance aggravante justifiant une élévation de la sanction, notamment au regard de l'objectif de dissuasion que poursuit la politique de sanctions.

La notion de réitération, en droit de la concurrence, connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal. Lors de l'adoption de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le législateur a modifié l'article L. 464-2 du Code de commerce pour améliorer la visibilité de ce critère de détermination de la sanction et renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. La réitération des pratiques est désor-

mais expressément visée comme l'un des éléments que l'Autorité doit prendre en compte pour infliger une sanction pécuniaire.

Il convient toutefois de préciser que rien n'empêche l'Autorité, sur le fondement de la pratique décisionnelle antérieure du Conseil, de tenir compte de cet élément dans des situations où, compte tenu de la période des faits en cause, c'est l'article L. 462-4 du Code de commerce, dans sa version précédant la loi du 15 mai 2001, qui s'applique.

En 2009, le Conseil et l'Autorité ont visé et retenu la réitération des pratiques dans cinq décisions (**09-D-04; 09-D-05; 09-D-07; 09-D-24; 09-D-36**).

Sur le fond, le Conseil puis l'Autorité ont énuméré de manière détaillée dans leurs décisions **09-D-04, 09-D-05, 09-D-24** (comme le Conseil l'avait fait en 2007, dans la décision 07-D-33 qui avait justifié une majoration de 50 % de la sanction infligée à France Télécom et en 2008, dans sa décision 08-D-32) les quatre conditions dans lesquelles une situation de réitération peut être retenue.

Ainsi n'est-il possible, en premier lieu, de retenir la réitération d'éventuelles pratiques prohibées par le titre II du livre IV du Code de commerce, que si ces pratiques ont déjà fait l'objet d'un constat d'infraction avant la commission des nouvelles pratiques, quelle que soit la suite à laquelle ce constat donne lieu (injonction, amende, publication...).

Le constat peut procéder d'une décision du Conseil ou d'un arrêt de la cour d'appel de Paris réformant une telle décision dans le cadre de son contrôle de plein contentieux sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité. Il peut aussi résulter d'une décision de la Commission européenne, voire de toute autre autorité nationale de concurrence compétente.

Le constat d'infraction doit, en deuxième lieu, être fait au titre de comportements identiques ou similaires par leur objet (critère renvoyant pour l'essentiel à la base légale utilisée pour qualifier les pratiques) ou par leur effet (critère qui renvoie davantage à la finalité du comportement poursuivi, comme par exemple, des pratiques d'ententes ou des comportements unilatéraux poursuivant le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition), à ceux ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction.

Le constat d'infraction doit, en troisième lieu, être devenu définitif à la date à laquelle le Conseil ou l'Autorité statuent sur les nouvelles pratiques.

Il faut enfin, en quatrième et dernier lieu, que soit pris en compte le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la commission des nouvelles pratiques pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

Caractéristiques de nature à aggraver la sanction

Dans la décision **09-D-05** du 2 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, le Conseil a souligné que contrarier les politiques publiques est grave et que perturber les effets incitatifs des politiques

de l'emploi peut conduire, au-delà de l'impact direct sur le marché du travail, à un impact budgétaire négatif. Il a précisé que toute pratique de nature à minorer les effets de baisses de charges et à accroître le coût du travail pour les entreprises utilisatrices est contre-productive dans un contexte de lutte contre le chômage et de priorité accordée à la croissance économique.

Dans la décision **09-D-06**, le Conseil a pris en considération le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, de l'utiliser pour fausser la concurrence par les mérites sur un marché connexe. L'Autorité de la concurrence a aussi rappelé que la concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché et que, néanmoins, cette lutte n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière (**09-D-24**).

Dans la décision **09-D-17**, le Conseil a estimé que la pratique de répartition des marchés était d'autant plus grave qu'elle émanait d'une autorité à laquelle avait été confiée une mission de service public.

Par ailleurs, dans la décision **09-D-19** du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre de Nancy, l'Autorité a observé que des faits similaires de pratiques de devis de complaisance avaient déjà été sanctionnés dans ce secteur, que certaines décisions avaient été assorties d'une mesure de publication dans des quotidiens nationaux ou professionnels et qu'ainsi, les sociétés mises en cause ne pouvaient ignorer le caractère prohibé et la gravité de telles pratiques.

Dans la décision **09-D-06**, a été prise en compte la circonstance que la pratique d'entente anticoncurrentielle ainsi que les premier et deuxième abus de position dominante avaient duré plus de six ans.

Dans la décision **09-D-39**, l'Autorité a souligné que « les curistes constituent globalement une clientèle relativement vulnérable car il s'agit en majorité d'une population âgée, et surtout captive. Les curistes sont en effet dépendants d'un besoin médical que seuls les exploitants thermaux conventionnés peuvent satisfaire. La cure thermale représente souvent l'ultime recours pour des patients après un traitement médicamenteux qui ne les satisfait pas ou plus ».

Caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle

Dans une décision **09-D-07**, le Conseil a tenu compte du fait que les conseils départementaux, s'inscrivant dans l'organisation pyramidale de l'ordre des chirurgiens dentistes, n'avaient fait que suivre les instructions du Conseil national, dont ils ont renforcé l'effectivité.

Dans une autre affaire (**09-D-31**), l'Autorité de la concurrence a pris en considération le fait que la Fédération française de football (FFF) avait été, au moins pour une part, victime de la situation de non-concurrence qu'elle avait contribué à créer. Elle a ajouté que l'entente anticoncurrentielle, qui avait été pour elle la voie de la facilité immédiate, ne lui avait finalement pas profité. Elle a noté toutefois que son inaction avait permis à des pratiques anticoncurrentielles de perdurer et n'avait pas encouragé de nouveaux opérateurs à entrer sur le marché.

Éléments susceptibles de moduler les sanctions

Détermination du chiffre d'affaires et autres indicateurs à prendre en compte

Les chiffres servant d'indicateurs au Conseil puis à l'Autorité de la concurrence sont généralement le chiffre d'affaires et le résultat de l'entreprise concernée. L'Autorité prend également en compte le fait qu'une société est adossée à un groupe plus important (09-D-05 ; 09-D-25). L'analyse du Conseil puis de l'Autorité s'attache également à apprécier quel est le montant de l'activité de l'entreprise influencée par les pratiques en cause. Dans ce cadre, la prise en compte de la valeur des ventes des produits concernés par la pratique est un indicateur utile, que le Conseil intègre, en pratique, dans la détermination de la sanction.

Toutefois, l'Autorité de la concurrence a rappelé que *« l'article L. 464-2 du Code de commerce ne prévoit pas que le chiffre d'affaires des entreprises constitue l'assiette exclusive des sanctions qu'elle peut infliger. Il ne fait référence au chiffre d'affaires que pour déterminer le montant maximum de la sanction qui peut être prononcée. Sous réserve de ce plafond légal, il est seulement indiqué que la sanction doit être proportionnée 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. Pour établir le montant d'une sanction, le Conseil de la concurrence tient, par conséquent, compte de nombreux paramètres qui ne se résument pas au chiffre d'affaires. Au titre de l'appréciation de la situation d'une entreprise susceptible d'être sanctionnée, il doit naturellement prendre en compte sa capacité financière, susceptible d'être substantiellement renforcée par son appartenance à un groupe, mais cette capacité peut être parfois assez largement indépendante du chiffre d'affaires, même si dans d'autres cas elle y est étroitement liée »* (09-D-05 ; 09-D-31). Pour s'assurer de la proportionnalité de la sanction, le Conseil puis l'Autorité ont donc, à deux reprises, pris en compte la marge brute des entreprises plutôt que leur chiffre d'affaires qui reflétait mieux, compte tenu de leur activité très spécifique, leur faculté contributive (09-D-05 ; 09-D-31).

Mais les difficultés individuelles des entreprises sont prises en compte, en première approche, par l'intermédiaire de leur chiffre d'affaires. En effet, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a rappelé dans un arrêt Bouygues du 14 janvier 2003, *« le chiffre d'affaires [...] permet, non seulement de déterminer le plafond légal de la sanction, mais aussi de fixer concrètement celle-ci en fonction de la dimension et de la situation de l'entreprise concernée »*. L'évolution des comptes sur plusieurs exercices permet au Conseil de moduler et d'affiner la sanction en fonction de la santé réelle de l'entreprise. L'Autorité de la concurrence a rappelé sa pratique décisionnelle au terme de laquelle le montant de la sanction peut être réduit pour tenir compte de résultats déficitaires de l'entreprise. Elle a précisé que dans ce cas, elle se référerait à l'évolution des comptes sur plusieurs exercices, qui est de nature à donner une image fidèle de la situation de l'entreprise (09-D-19). Mais le manque de rentabilité comme la baisse d'activité, lorsqu'ils sont des phénomènes trop récents, ne sont pas pris en compte au niveau de la sanction (09-D-19).

Clémence et non-contestation des griefs

Clémence

Aucune décision ayant donné lieu à la mise en œuvre d'une procédure de clémence n'a été rendue en 2009.

Non-contestation des griefs

Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, n'exige plus, comme condition de recevabilité de la procédure, la présentation, par l'entreprise, d'engagements qui seront toutefois un élément à prendre en compte pour déterminer le taux de réfaction de la sanction encourue.

En 2009, le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont prononcé six décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs (**09-D-03**; **09-D-05**; **09-D-06**; **09-D-19**; **09-D-24**; **09-D-31**). Ils ont accordé des réfections variant de 12 à 26 % en fonction de la qualité des engagements proposés. Ainsi, pour accorder une réduction de 26 % de la sanction, le Conseil de la concurrence, dans sa décision **09-D-05** du 2 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire a souligné que : « *les engagements [...] sont de réelle envergure, substantiels, crédibles et vérifiables* ». Il s'agissait en effet d'engagements qui, au-delà de l'élaboration d'un programme de sensibilisation et de formation professionnelle et de la mise en place d'un système d'alerte professionnelle interne, visaient à améliorer le fonctionnement concurrentiel du marché. Le Conseil puis l'Autorité ont exprimé à plusieurs reprises la nécessité, pour les engagements, d'être substantiels, crédibles et vérifiables (**09-D-06**; **09-D-24**). En revanche, la réfaction est d'un taux plus faible lorsque les entreprises ont donné au Conseil puis à l'Autorité peu de moyens pour vérifier la mise en œuvre de leurs engagements. Ainsi, le Conseil, après avoir relevé que les Transports Catalans présentaient des engagements peu vérifiables, a accordé à cette société une réfaction de 12 % (**09-D-03**).

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 attribuée à celle-ci, chargée d'assurer la défense de l'ordre public économique. En effet, la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs et les collectivités publiques sur le caractère anti-concurrentiel de certaines pratiques et les invite à exercer leur vigilance. C'est la raison pour laquelle l'Autorité a enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques.

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 également précisé, de manière systématique, que les résumés des décisions de l'Autorité, que cette dernière insère elle-même dans ses décisions et qui doivent faire l'objet d'une publication 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.

Injonctions de publication

En 2009, le Conseil et l'Autorité ont prononcé des injonctions de publication à sept reprises.

Dans la décision **09-D-05**, les sociétés Manpower France Holding, Manpower France, Adecco France, Adia et Vediorbis, sanctionnées pour s'être entendues afin de limiter la compétition entre elles vis-à-vis de leurs clients importants, se sont vues enjoindre, afin d'attirer la vigilance des clients des entreprises de travail temporaire, de publier dans la revue *L'Expansion*, à leurs frais mais au prorata des sanctions prononcées, un résumé de cette décision.

Le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et cinq conseils départementaux à l'encontre desquels avaient été retenus des griefs d'entente dans la décision **09-D-07** relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé, se sont vus enjoindre, afin d'informer les chirurgiens-dentistes du caractère prohibé des pratiques sanctionnées, de faire paraître dans les revues *La Lettre de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes*, *Information dentaire* et *Le Chirurgien-dentiste de France* un résumé de cette décision, dans le délai de trois mois à compter de la notification.

Le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, sanctionné dans la décision **09-D-17**, s'est vu enjoindre de faire publier, dans les trois mois suivant la notification de la décision, un texte résumant ladite décision dans la revue *Le Moniteur des pharmaciens* et dans les éditions du journal *Ouest France* diffusées en Basse-Normandie afin d'informer les pharmaciens et les responsables d'EHPAD du caractère prohibé de la pratique sanctionnée.

L'Autorité de la concurrence a enjoint à vingt sociétés de déménagement de faire procéder à la publication, à leurs frais communs et au prorata des sanctions pécuniaires infligées, d'un texte résumant la décision dans les quotidiens *Le Républicain lorrain*, *L'Est républicain*, *Les Dernières nouvelles d'Alsace*, ainsi que dans le magazine *Armées d'aujourd'hui* afin d'attirer l'attention des utilisateurs de services de déménagement sur les pratiques constatées (**09-D-19**).

Dans une décision **09-D-24**, afin d'informer les consommateurs ultramarins du caractère prohibé des pratiques sanctionnées, l'Autorité a décidé qu'il y avait lieu d'ordonner la publication, aux frais de France Télécom dans les quotidiens *France Antilles*, *Le Quotidien de la Réunion* et *Le Journal de l'île de la Réunion*, du résumé de sa décision.

Afin d'attirer la vigilance des consommateurs, des entreprises et des collectivités locales qui recourent aux services de téléphonie dans la zone Antilles-Guyane, l'Autorité a ordonné aux sociétés Orange Caraïbe et France Télécom de faire publier un résumé de sa décision **09-D-36** dans les éditions des quotidiens *France-Antilles Martinique*, *France-Antilles Guadeloupe* et *France Guyane*.

Dans une décision **09-D-39**, l'Autorité a enjoint au Conseil national des exploitants thermaux (CNETh) d'insérer à ses frais, dans le journal *Le Quotidien du médecin* un texte résumant la décision qui l'a sanctionné pour une entente consistant à facturer aux curistes assurés sociaux un supplément, initialement d'un montant forfaitaire de 10 euros, qualifié de frais de dossier et non remboursable par l'assurance-maladie.

Motivation de la publication

Informers les professionnels du secteur

Dans les décisions **09-D-05**, **09-D-07**, **09-D-17**, le Conseil puis l'Autorité ont estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés et d'appeler leur attention sur la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles visées.

Informers les consommateurs

L'Autorité a rappelé que la publication vise également à appeler l'attention des consommateurs sur le caractère prohibé des pratiques (**09-D-19**; **09-D-24**; **09-D-36**).

Astreintes

En 2009, le Conseil et l'Autorité n'ont pas fait application des dispositions leur permettant de prononcer des astreintes.

Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2009.

Transmission au procureur de la République

Aucune application en 2009.

Transmission à la commission d'examen des pratiques commerciales

Aucune application en 2009.

Les 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 « *pratiques anticoncurrentielles* », par celle de « *préoccupations de concurrence* ». Le nouvel article L. 464-2-I, § 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'il 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 communautaire par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante (22 décisions rendues depuis novembre 2004) 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 2009⁵⁵, 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 conditions d'application.

En 2009, le Conseil puis l'Autorité ont rendu cinq nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (09-D-01; 09-D-08; 09-D-11; 09-D-27; 09-D32), confirmant la pratique décisionnelle du Conseil.

Engagements concernant le secteur de l'expertise pour les bateaux de plaisance (09-D-01)

Le Conseil a été saisi en décembre 2006 par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de pratiques ayant trait au mode de sélection des experts maritimes recommandés par le CESAM, organisme regroupant des assureurs.

Le CESAM est un GIE au service des assureurs maritimes et transports. Il a pour mission statutaire de proposer aux assureurs et aux assurés une liste d'experts reconnus pour leur qualité technique. Cette liste d'experts recommandés est établie pour la plaisance par une commission technique « Plaisance » constituée de représentants d'assureurs ainsi que des agents et des courtiers (« Conditions et modalités d'inscription sur la liste des experts CESAM, 31 janvier 2003 »). Le règlement intérieur du CESAM du 29 juin 1998 précise que « *les conditions et modalités d'inscription sur les listes d'experts recommandés du CESAM sont arrêtées par le conseil d'administration du groupement* ».

Ainsi, définissant les critères d'inscription des experts plaisance sur les listes annuelles d'experts recommandés, le GIE CESAM est susceptible de mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence auxquelles est applicable l'article L. 420-1 du Code de commerce. Il est de même possible que l'article 420-2 du Code de commerce s'applique au CESAM dans l'hypothèse où le marché de la « *labellisation* » des experts plaisance recouperait largement le champ de la « *recommandation* » des experts plaisance par le CESAM.

En l'espèce, s'il est loisible au CESAM de soumettre l'obtention de sa recommandation à des critères objectifs, ceux-ci ne sont en l'occurrence pas écrits, pas connus des experts, ni même toujours appliqués par le CESAM. En particulier, la fiche de renseignements, remplie par les experts candidats, ne leur permet pas de connaître les critères qui leur seront appliqués puisqu'il n'y est, par exemple, pas fait mention d'une durée minimale d'exercice de la profession, ni d'un nombre minimal d'interventions annuelles, ni des langues dont la maîtrise est nécessaire.

55. www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_engagements_antitrust.pdf.

De plus, le « *numerus clausus* » appliqué est en lui-même restrictif de concurrence, sans que les raisons avancées pour le justifier paraissent convaincantes.

C'est au regard de ces préoccupations de concurrence que le Conseil a examiné les engagements proposés par le CESAM, relatifs aux critères d'admission sur la liste, aux critères d'exercice de l'activité par ces experts et à la procédure d'admission et de maintien sur la liste. Il les a acceptés après quelques précisions et modifications proposées à l'issue des débats, considérant qu'ils répondaient aux préoccupations de concurrence soulevées dans cette affaire et qu'ils présentaient un caractère crédible et vérifiable.

Engagements concernant le secteur du dépannage-remorquage sur autoroute (09-D-08)

Par décision du 25 mars 2005, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre par les sociétés concessionnaires d'autoroute dans le secteur du dépannage, après que la Commission européenne lui a transmis une plainte émanant de la SARL Rapidépannage 62 qui contestait le refus que lui avait opposé la SANEF, société concessionnaire des autoroutes du Nord et de l'Est de la France, d'exercer son activité de dépannage sur les parkings et les aires de repos de l'autoroute.

Les cahiers des charges des concessions d'autoroutes prévoient que « (1) *a société concessionnaire est tenue d'assurer ou de faire assurer, sous sa responsabilité, sur l'ensemble du domaine concédé, le dépannage des véhicules en panne ou accidentés, dans les conditions prévues par la réglementation et les instructions ministérielles en vigueur* ».

Compte tenu des conditions de circulation sur autoroute, qui conjuguent vitesse élevée et importance du trafic, la réparation ou le remorquage des véhicules accidentés ou en panne sur la voie doivent être effectués rapidement, tant pour assurer la sécurité des personnes que pour maintenir la fluidité du trafic. S'agissant des véhicules accidentés ou en panne sur les aires de service, lorsque la réparation ne se fait pas sur place, il doit être procédé à leur remorquage hors de l'autoroute.

Pour prendre en compte ces impératifs, la direction des routes du ministère de l'équipement a élaboré deux cahiers des charges types particuliers, l'un pour le dépannage des véhicules légers (VL), l'autre pour celui des poids lourds (PL), auxquels doivent se conformer les sociétés concessionnaires. Ces cahiers des charges ont été diffusés au moyen de circulaires adressées par le directeur des routes aux préfets, l'une du 13 juin 1979 pour les véhicules légers (une nouvelle version du cahier des charges a été diffusée en 1996 sans circulaire), l'autre du 12 novembre 1981, puis du 14 juillet 2001 pour les poids lourds.

Ces cahiers des charges imposent des sujétions spécifiques et prévoient notamment : une organisation du dépannage 24 h/24 tous les jours de l'année ; une intervention dans un délai maximal de trente minutes pour les véhicules légers et d'une heure pour les poids lourds ; le traitement des appels et la gestion des appels par

les sociétés ou les forces de l'ordre et enfin la mise en place de tours de service lorsque plusieurs dépanneurs interviennent sur un même secteur.

En contrepartie de ces sujétions, les sociétés de dépannage qui interviennent le cas échéant au profit des concessionnaires disposent d'une exclusivité d'intervention sur autoroute. Elles ne sont autorisées à exercer cette activité qu'après obtention d'un agrément délivré par la société concessionnaire. Les agréments, normalement incessibles et intransmissibles, sont réexaminés chaque année.

En vertu des cahiers des charges, la délivrance de l'agrément s'effectue après avis d'une commission interdépartementale d'agrément (CIA). Présidées par le préfet, ces commissions comprennent des représentants de la société d'autoroute concernée, du ministère de tutelle, des forces de police ou de gendarmerie, de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, des organisations professionnelles de dépanneurs et des associations d'usagers. Les CIA doivent se réunir en séance ordinaire au moins une fois par an. En pratique, elles donnent souvent leur avis sur le renouvellement d'agréments et sur les agréments provisoires attribués directement par la société concessionnaire depuis la précédente réunion.

Les cahiers des charges prévoient enfin les conditions nécessaires à l'obtention des agréments, notamment relatives au délai d'intervention, à la proximité des locaux par rapport au secteur d'autoroute concerné, à la qualité technique des équipements et des installations et à certaines conditions administratives.

L'instruction a mis en évidence que l'octroi et le renouvellement des agréments de service de dépannage-remorquage sur autoroutes concédées s'opéraient sans mise en concurrence suffisante et dans une certaine opacité. Ces éléments ont été communiqués aux sociétés concessionnaires dans le cadre d'une évaluation préliminaire exprimant des préoccupations de concurrence.

En effet, les procédures de mise en concurrence pour attribuer des agréments, sont restées limitées à des cas ponctuels, comme l'ouverture à la circulation d'une nouvelle section ou la « défaillance » d'un dépanneur agréé, due par exemple à la vente de l'entreprise ou au départ en retraite de son exploitant.

Les agréments en cours délivrés ou renouvelés l'ont ainsi été le plus souvent sans publicité préalable à une mise en concurrence et ont fréquemment fait l'objet de reconduction tacite sans que le système de réexamen annuel des agréments avec avis des Commissions interdépartementales d'agrément (CIA), prévu par l'article 2 des cahiers des charges, soit appliqué, ce qui a conduit à maintenir une durée excessive aux droits spéciaux accordés aux entreprises.

En outre, il est apparu que les sociétés concessionnaires pratiquaient couramment une présélection des candidatures avant le passage devant les CIA, ces dernières entérinant dans la plupart des cas les choix favorables préalables des sociétés sans se prononcer sur l'ensemble des candidatures. De même, bien que l'octroi d'agréments provisoires soit prévu dans les cahiers des charges, le recours excessif à ces agréments, ensuite entérinés par les CIA, a contribué à rendre le système peu concurrentiel.

Par ailleurs, l'absence de motivation des rejets des candidatures a alimenté les suspicions de pratiques discriminatoires dans la sélection des dépanneurs agréés.

Enfin, dans certains cas, des conventions conclues par les sociétés concessionnaires ont prévu une condition d'affiliation aux groupements d'assistance routière et de dépannage (GARD) pour obtenir l'agrément. Or, les conditions posées par les GARD en matière d'affiliation ne sont pas toujours objectives et peuvent faire l'objet d'une application discriminatoire. En tout état de cause, l'affiliation obligatoire à une association, qui n'est pas prévue par la réglementation et contribue à entraver l'accès au marché.

La rapporteure a adressé aux sociétés concessionnaires une évaluation préliminaire exposant les préoccupations de concurrence suivantes : la durée de validité excessive des agréments, le caractère limité des procédures de mise en concurrence, l'insuffisance de transparence de ces procédures et la nécessité de supprimer les éventuels accords conclus entre les sociétés concessionnaires et les GARD. Il a été en outre indiqué que les engagements proposés devaient pouvoir s'intégrer dans les cahiers des charges des concessions des autoroutes et être pris en compte lors de la négociation des prochains avenants à ces contrats de concessions.

Le Conseil a estimé que les engagements améliorés et modifiés à l'issue des débats répondaient à ces préoccupations et présentaient un caractère crédible et vérifiable. Il les a donc acceptés et rendus obligatoires.

Engagements concernant le secteur de l'Internet haut débit dans les départements d'outre-mer (09-D-11)

Par lettre du 15 mai 2008, la société Mediaserv, opérateur de téléphonie dont le siège social se trouve à Pointe-à-Pitre, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de France Télécom qu'elle estimait anticoncurrentielles et demandé le prononcé de mesures conservatoires. Elle dénonçait :

- l'absence de mise en place ou le manque de disponibilité d'outils, d'informations ou de services dédiés aux opérateurs tiers dans les DOM (Atria, Mirabel, Gamot, correspondant de la Divop) ainsi que des dysfonctionnements liés à la présence de condensateurs « 3 pattes » chez certains abonnés ;
- le comportement « dilatoire » de France Télécom, visant à limiter l'accès au marché de Mediaserv par un défaut de qualité de service, principalement en ce qui concerne l'offre de gros, dénommée « ADSL nu », qu'elle propose aux opérateurs tiers.

La partie saisissante soutenait qu'il existait une différence importante entre la qualité des offres de gros de haut débit de France Télécom en métropole, d'une part, et dans les DOM, d'autre part. Elle estimait que cette discrimination handicapait sérieusement sa pénétration du marché du haut débit et constituait un abus de position dominante de la part de France Télécom.

Lors de la séance relative à l'examen de la demande de mesures conservatoires, les préoccupations de concurrence ont été exprimées et France Télécom a proposé des engagements de nature à y mettre un terme.

Au titre des préoccupations de concurrence, le rapporteur et la rapporteure générale avaient relevé :

- que les conditions dans lesquelles l'opérateur historique mettait à la disposition des opérateurs tiers les outils et services nécessaires à la commercialisation d'offres de détail dans les DOM, faisaient peser sur le marché un risque de nature concurrentielle par la dépréciation de l'image commerciale des nouveaux entrants ; qu'en particulier, l'éloignement et le décalage horaire avec la métropole étaient à prendre en compte dans l'organisation du service après-vente des offres de gros ;
- que ces préoccupations devaient être replacées dans un contexte d'ensemble dans lequel l'ARCEP recherchait avec l'ensemble des opérateurs, dans le cadre de groupes multilatéraux, les voies d'amélioration des services après-vente des offres de gros de haut débit.

Dans le cadre des engagements proposés, pour pallier les inconvénients résultant du décalage horaire, France Télécom s'est engagée à pérenniser une cellule spécifique de prise en charge des incidents (cellule Gamot), dédiée aux opérateurs de téléphonie présents dans les Caraïbes (Guadeloupe, Guyane et Martinique) et qui aura pour vocation de traiter les dysfonctionnements qui lui auront été signalés par voie électronique et téléphonique aux heures ouvrables non couvertes à ce jour par la cellule de métropole.

France Télécom s'est également engagée à maintenir un représentant de sa division spécialisée dans les relations avec les opérateurs tiers dans les Caraïbes et à nommer un représentant à la Réunion.

Par ailleurs, France Télécom mettra à la disposition de l'Autorité de la concurrence des indicateurs de nature à lui permettre de vérifier l'adéquation entre la qualité de ses offres de gros haut débit et celle de ses offres de détail dans les DOM.

L'Autorité a considéré que ces engagements, crédibles et dont l'application était vérifiable, étaient susceptibles d'apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence soulevées. Elle les a donc acceptés et rendus obligatoires.

Engagements concernant des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de la Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées (09-D-27)

Le Conseil de la concurrence a été saisi en octobre 2007 par trois entreprises de pompes funèbres de la Réunion, les pompes funèbres régionales, les pompes funèbres Panchbahya de la ville du Port et les pompes funèbres Panchbahya de la ville de Saint-Pierre qui dénonçaient des pratiques d'entente et d'abus de position dominante dont étaient responsables la Mutualité générale de santé de la Réunion

(MGCR) et la Coopérative de pompes funèbres Coop'Mut, communément appelée « Coopérative de pompes funèbres mutualistes » ou « PFM ».

Elles reprochaient plus précisément à la MGCR :

- d'abuser de sa position dominante sur le marché des garanties obsèques par l'entretien constant et volontaire d'une confusion entre ses différentes activités et celles de la coopérative Coop'Mut ;
- d'abuser de sa position dominante en organisant des dispositifs discriminatoires relatifs aux conditions d'accès aux couvertures décès et aux informations sur les services funéraires, ainsi que la captation de la clientèle au profit de la coopérative Coop'Mut ;
- d'opposer aux concurrents directs des services ainsi captés un refus de référencement et de prise en charge des services à travers les garanties dont elle assure la gestion en qualité de mutuelle.

Dans le cadre de l'évaluation des préoccupations de concurrence, le rapporteur a noté qu'il n'existait pas, dans les contrats « obsèques » distribués par le réseau Mutualité de la Réunion (MR), qui est une Union départementale de mutuelles affiliée à la Mutualité française et dont fait partie la MGCR, de stipulation obligeant à recourir aux services d'un quelconque opérateur funéraire.

Toutefois, s'il n'existait pas d'obligation pour les mutuelles membres de la MR de recommander à leurs adhérents de recourir aux services de Coop'Mut, ces dernières étaient incitées à suivre la politique mise en place par la MR en matière de prestations funéraires et à soutenir l'action de Coop'Mut.

L'adhésion entière à cette politique de la MGCR, mutuelle santé la plus importante de la Réunion, le soutien actif de nombreuses mutuelles obsèques, dont neuf sur vingt sont devenues sociétaires de Coop'Mut et représentent plus de 80 % des contrats obsèques signés dans le réseau Muta décès, la promotion des services de Coop'Mut dans les organes de communication de la MR matérialisaient en tout cas ce soutien, reconnu par le président de la MR.

La préconisation des services de la coopérative Coop'Mut par le réseau MR est importante et, si elle n'est pas exclusive de la préconisation ponctuelle d'une autre entreprise, elle a tendance à s'affirmer comme la règle. Il apparaît que compte tenu d'une part du lien fréquent entre le choix d'un assureur et le choix d'un opérateur funéraire, et d'autre part de l'efficacité de la politique mise en place par la MR, un risque existe que la concurrence ne s'exerce pas vraiment entre opérateurs de pompes funèbres pour une bonne partie de la population.

La MR a communiqué au Conseil, pour l'ensemble des mutuelles décès qui lui sont affiliées, des engagements de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence identifiées. Ils mettent à la charge des mutuelles une obligation d'information des clients, tant lors de la négociation d'un contrat qu'à l'occasion de son renouvellement, la modification des statuts, s'agissant notamment de son appellation. Ils prévoient en outre que la Mutualité de la Réunion doit indiquer clairement que le recours à son assurance obsèques laisse la possibilité de choisir tout opérateur de pompes funèbres et enfin qu'elle doit attribuer à chaque

formule commercialisée une appellation commerciale sans lien avec la coopérative dite PFM. Ces engagements ont été acceptés et rendus obligatoire par l'Autorité de la concurrence.

Engagements concernant des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton (09-D-32)

La société Cybervitrine a saisi le Conseil de la concurrence en février 2008 de pratiques qualifiées d'abus de position dominante, mises en œuvre par la société Photomaton sur le marché des cabines de photographies d'identité et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires.

La société Photomaton, opérateur de cabines de photographies d'identité, a conclu avec des détenteurs d'espaces des contrats d'exploitation, parfois appelés « contrats de concession d'emplacement ou convention d'occupation », aux termes desquels elle installe et exploite sur un ou plusieurs emplacements une ou plusieurs cabines de photographies d'identité. Responsable de l'utilisation, de l'entretien journalier et de la maintenance de la machine ainsi que de la récupération des recettes, elle reverse au détenteur d'emplacement entre 15 et 50 % des recettes, celui-ci payant l'électricité. Les sociétés de transport telles que la SNCF et la RATP (Promométre), les chaînes de supermarchés telles que Monoprix, Casino, Leclerc, ATAC... ou encore les administrations constituent la clientèle principale des opérateurs de cabines de photographies d'identité.

Dans une décision 08-D-16 du 3 juillet 2008 rejetant la demande de mesures conservatoire présentée par un concurrent de Photomaton, la société Cybervitrine, le Conseil avait estimé que ces contrats d'exploitation, comportant des clauses d'exclusivité d'une durée de cinq ans, étaient « susceptibles de » constituer des ententes anticoncurrentielles.

Conformément à sa pratique décisionnelle, le Conseil s'était assuré que les clauses d'exclusivité en question n'instauraient pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché, en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application de l'exclusivité, sa durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.

Le Conseil a estimé que compte tenu du vaste champ d'application des clauses d'exclusivité, la grande majorité des cabines étant régie par ces contrats aux termes desquels l'emplacement loué est exclusivement dédié à Photomaton (exploitation exclusive) et de leur durée effective pouvant excéder cinq années, compte tenu des clauses de tacite reconduction, l'exclusivité n'était pas nécessaire à la rentabilisation des investissements et n'était pas justifiée.

Pour répondre à ces préoccupations, Photomaton a proposé des engagements selon lesquels :

- elle s'engage à ne plus conclure de contrat où figureraient des clauses d'exclusivité, ce qui signifie concrètement qu'à l'avenir, pourront être implantés sur un même site d'exploitation des équipements appartenant à des sociétés concurrentes ;

- tous les nouveaux contrats auront désormais une durée maximale de trois ans et les clauses de tacite reconduction conduiront à un renouvellement pour des durées maximales d'un an ;
- Photomaton s'engage à ne pas conclure de contrats dans lesquels figurerait une prise d'effets décalée à la date de livraison du matériel. Elle s'engage également à prévoir que chaque contrat ne vaudra que pour le matériel désigné du contrat ;
- Photomaton s'engage à ne pas conclure de contrat où figureraient des mécanismes conduisant indirectement à des exclusivités.

Ces engagements seront mis en œuvre progressivement au fil de l'échéance des contrats actuellement en cours. C'est pourquoi, Photomaton s'engage à ne pas s'opposer à une levée d'exclusivité qui lui serait demandée par l'un de ses cocontractants, moyennant une négociation équilibrée des conditions. Par ailleurs, elle informera ses cocontractants de ses engagements et de leur portée afin de garantir leur effet utile et rapide sur le fonctionnement du marché.

L'Autorité a accepté et rendu obligatoires ces engagements qu'elle considère comme de nature à résoudre les difficultés de concurrence, et qu'elle juge crédibles et vérifiables.

Contrôle des concentrations

Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code du 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. Il est à noter qu'en 2009, l'Autorité a tenu 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.

Une phase de prénotification, facultative, peut être déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération qui souhaiteraient consulter le service des concentrations de l'Autorité lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties en sont informées par le service des concentrations par lettre de confort. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises seront invitées à notifier leur opération afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité. Il faut noter qu'un certain nombre d'entreprises souhaitent que l'Autorité rende une décision formelle, et ce même si l'opération n'est pas contrôlable. Ainsi, en 2009, l'Autorité a rendu six décisions d'inapplicabilité du contrôle et envoyé onze lettres de confort.

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.

Le secteur du commerce de détail est apparu, du fait de la baisse de seuils de notification, comme un secteur particulièrement propice à l'émergence de questions nouvelles concernant le caractère contrôlant des liens, capitalistiques ou non, entretenus par certains de ses acteurs, notamment dans le cadre du commerce indépendant dit « organisé » (franchises, commerce associé, etc.).

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.

Les précisions suivantes ont été apportées, au cours de l'année 2009, par les décisions de l'Autorité.

Participation minoritaire et contrôle conjoint

Sur la seule base de la gouvernance de l'entreprise

L'Autorité a caractérisé l'existence d'un contrôle de droit dans la décision **09-DCC-91**⁵⁶. Elle a relevé que Coopagri et Terrena, *via* sa filiale C2 Développement, détiendraient respectivement 50-60 % et 40-50 % des droits de vote de la société N.N.A. dont le conseil d'administration serait composé de trois représentants de Coopagri et de trois représentants de Terrena. Les statuts prévoyaient cependant qu'un certain nombre de décisions du conseil d'administration seraient prises à l'unanimité, notamment celles relatives à tout « *investissement stratégique ou supérieur à un million d'euros actualisés* », la voix du président n'étant pas prépondérante en cas de partage des voix. Terrena disposerait donc d'un droit de veto sur les investissements importants. De plus, la société serait dirigée par deux directeurs généraux, personnes morales, l'un représentant Coopagri Bretagne et l'autre Terrena. Les statuts précisait que « *les directeurs généraux sont chargés, sous le contrôle du Conseil d'administration, de se répartir entre eux les tâches de gouvernance* ». Chaque directeur général, personne morale, désignerait un représentant permanent, personne physique, qui serait membre du conseil d'administration. Ils nommeraient conjointement un directeur général délégué en charge de la gestion opérationnelle et du pilotage de la société. Au vu des éléments qui précèdent, l'Autorité a conclu que Coopagri et Terrena exerceraient conjointement le contrôle de la société N.N.A.

⁵⁶. Décision 09-DCC-91 du 24 décembre 2009 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nutrea, Peigne, UCA, Couvoirs de Cléden et Univol par les groupes Coopagri Bretagne et Terrena.

Sur la base d'éléments de droit et de fait

Dans la décision **09-DCC-17**⁵⁷, l'Autorité a relevé différentes circonstances de droit et de fait permettant de déterminer que, bien que Brit Air, filiale du groupe AFKLM, détienne une participation minoritaire dans le capital de Financière LMP SAS, filiale du groupe Airlinair, elle disposait d'une influence déterminante sur cette dernière.

En effet, l'Autorité a relevé qu'au titre des droits conférés aux actionnaires, Brit Air disposait d'un droit de veto au sein du conseil de surveillance de Financière LMP pour tout investissement supérieur à 2 millions d'euros, Brit Air pouvant donc ainsi s'opposer à tout nouvel achat d'avion. Ce droit excédait les droits normalement consentis aux actionnaires minoritaires pour protéger leurs intérêts financiers et permettait à Brit Air d'orienter la stratégie de renouvellement, voire de croissance, de la flotte du groupe Airlinair.

Ensuite, Brit Air disposait d'un droit de préemption en cas de retrait ou de décès de M. Lionel Guérin, actionnaire unique de Financière Linair. Il est à noter que ce droit de préemption était réciproque, Financière Linair disposant d'un droit similaire en cas de cession, par Brit Air, de sa participation.

De plus, M. G. était, depuis 2007, président-directeur général de la société Transavia, filiale du groupe AFKLM. Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de dirigeant de Transavia, M. Guérin était donc soumis à l'autorité du groupe AFKLM.

Au titre des circonstances de fait, l'Autorité a relevé que le groupe AFKLM était le principal client du groupe Airlinair, le groupe AFKLM représentant aujourd'hui 58 % du chiffre d'affaires du groupe Airlinair contre 46 % en 2006. Une rupture des relations commerciales avec Brit Air, même partielle, mettait directement en péril Financière Linair, ce qui caractérisait la dépendance de cette dernière vis-à-vis d'AFKLM.

Ensuite, l'opération notifiée visait à améliorer la situation financière du groupe Airlinair, la montée de Brit Air au capital étant en outre accompagnée d'un prêt octroyé par le groupe AFKLM. Bien que ce crédit ne représente qu'un faible montant par rapport au chiffre d'affaires réalisé par le groupe Airlinair, il avait été présenté par les parties elles-mêmes comme étant indispensable pour assainir le bilan de l'entreprise.

Enfin, l'Autorité a noté que le resserrement des liens entre le groupe Airlinair et AFKLM semblait s'inscrire pour ce dernier dans une véritable logique industrielle.

L'Autorité en a conclu que les deux actionnaires de Financière LMP ayant le pouvoir de rejeter les décisions stratégiques proposées, le contrôle était conjoint, et ce bien que les statuts de Financière LMP prévoient qu'en cas de désaccord sur une décision importante, la position du président du conseil de surveillance, dont la nomination était contrôlée par M. G., prévalait. En effet, compte tenu des éléments de droit et de fait, la portée de cette voix prépondérante était peu

57. Décision 09-DCC-17 du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financière Linair SAS et Brit Air SA.

significative compte tenu de ce que les actionnaires devaient par ailleurs nécessairement s'entendre sur la politique commerciale de l'entreprise commune et étaient appelés à collaborer.

À l'inverse, l'Autorité a estimé, dans le cadre de l'examen de la fusion des groupes Banque Populaire/Caisse d'Épargne (09-DCC-16)⁵⁸ que l'État n'exercerait pas d'influence déterminante sur le nouveau groupe, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit et de fait. En particulier, s'agissant des éléments qui pourraient conférer à l'État un contrôle de fait, l'Autorité a tenu compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État, d'un montant de 5 Mds d'euros, était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées, soit environ 1,5 Mds d'euros, pour que l'État perde son droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance. En tout état de cause, l'Autorité a noté que l'État avait le pouvoir de proposer deux membres indépendants mais non de les révoquer et qu'il ne disposait donc pas du pouvoir de bloquer les décisions devant être prises à la majorité qualifiée.

La combinaison de participations minoritaires et de contrats de distribution

Dans le secteur du commerce indépendant « organisé », l'Autorité a analysé conjointement les effets, d'une part, des contrats conclus entre la tête de réseau et les magasins indépendants et d'autre part, des participations minoritaires prises par cette tête de réseau dans les sociétés propriétaires des magasins. Elle a considéré qu'une tête de réseau peut disposer d'une influence déterminante sur un magasin dit indépendant si sa participation minoritaire au capital de ce dernier lui permet de bloquer un éventuel changement d'enseigne sur une longue durée (*i. e.* la migration de l'entreprise contrôlée vers un autre réseau de distribution).

Par exemple, si les statuts du franchisé précisent l'enseigne sous laquelle celui-ci doit mener son activité et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère dans ce cas que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante.

Ainsi, dans sa décision 09-DCC-06 du 20 mai 2009, l'Autorité de la concurrence observe que la détention, par la société ITM Entreprises⁵⁹, *via* sa filiale ITM Est F, de plus du tiers du capital de la société Evolis ainsi que d'un droit de préemption en cas de cession du solde de son capital, permet à ITM Entreprise d'exercer une influence déterminante sur Evolis. Au cas d'espèce, l'Autorité souligne en effet que toute modification des dispositions statutaires requérant de l'assemblée des actionnaires une majorité des deux tiers et dans la mesure où les statuts d'Evolis prévoient explicitement que celle-ci exerce son activité sous l'enseigne Intermarché, ITM Entreprise dispose d'un droit de veto en cas de changement d'enseigne. Par conséquent, il a été retenu qu'ITM Entreprise, avant l'opération, détenait un contrôle conjoint sur Evolis.

58. Décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.

59. Cf. également, la décision 09-DCC-64 du 17 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Mikery SAS par la société ITM Alimentaire Est (groupe ITM Entreprises).

Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence.

L'Autorité de la concurrence retient ainsi, dans sa décision **09-DCC-76** relative à la prise de contrôle de la société Calfo par ITM Entreprise, l'existence, antérieurement à l'opération notifiée, d'un contrôle conjoint. L'Autorité note ici que, bien que ITM Entreprise ne possède que 5 % du capital de la Calfo en nue-propriété et une action de préférence, les statuts de la société cible confèrent à l'acquéreur, pendant une durée de vingt-cinq ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente. ITM Entreprise dispose ainsi de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur Calfo. Une analyse identique est effectuée par l'Autorité dans le cadre de l'opération de prise de contrôle de la société Juju par la société Nocram (*cf.* décision **09-DCC-85**), la structure capitalistique de la cible étant similaire à celle de Calfo, le contrôle conjoint intervenant cependant dans ce cas postérieurement à l'opération.

La caractérisation d'une influence déterminante d'un franchiseur sur son franchisé peut également intervenir à l'occasion d'un changement d'enseigne, tel que ce fut le cas dans le cadre de l'opération de prise de contrôle conjoint de la société Vicre (antérieurement exploitée sous l'enseigne Intermarché) par la société Distribution Casino France et M. Éric L. (**09-DCC-80**). Dans cette affaire, la société Distribution Casino France disposant pendant sept ans d'un droit de veto sur toute modification des statuts de la société Vicre, statuts qui précisent que cette dernière a pour objet l'exploitation de magasins sous enseigne Casino, l'Autorité considère que l'opération confère à Distribution Casino France un contrôle sur la société Vicre, exercé conjointement avec M. L. À l'image des décisions précédemment citées, la possibilité d'exercer une influence déterminante repose ici encore sur le pouvoir détenu par le franchiseur (*i. e.* Casino) de bloquer un changement d'enseigne de son franchisé, pendant une longue durée.

Enfin, il convient de souligner que l'existence d'une influence déterminante dans le cadre de contrats de distribution avec participation dans le capital du distributeur, n'est pas le seul fait de la grande distribution à dominante alimentaire. En effet, à l'occasion de la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR (**09-DCC-35**), l'Autorité a considéré que cette dernière exerçait sur la cible, avant l'opération, un contrôle conjoint avec la famille Violas. Au cas d'espèce, SFR disposait d'un droit de veto sur les décisions portant sur le nombre de points de vente du réseau Cinq sur Cinq et sur les dépenses prévues pour les actions promotionnelles. Par ailleurs, l'opérateur était en mesure de bloquer toute convention permettant à la cible de distribuer des services d'opérateurs mobiles différents (tels qu'Orange ou Bouygues).

Fusion de fait – Restructuration interne

Il y a fusion de fait lorsque la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique. C'est notamment le cas lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre, établissent, sur une base contractuelle une gestion économique unique et durable.

Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit permettant de qualifier l'opération. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-15**⁶⁰, l'Autorité a analysé le partenariat entre les parties, les institutions AG2R Prévoyance et Prémalliance Prévoyance, formalisé par un protocole d'accord. Elle a relevé que AG2R et Prémalliance avaient tissé des liens étroits. Ainsi, en premier lieu, les parties avaient créé des directions communes s'agissant des activités techniques, d'achat, comptables, de contrôle de gestion et de systèmes d'information et d'organisation. En deuxième lieu, les bureaux des associations sommitales de deux groupes se réunissaient annuellement, leurs travaux communs étant par la suite exposés à leurs conseils d'administration respectifs. En troisième lieu, l'organisation commerciale relevait d'une direction nationale commune aux deux groupes, les activités commerciales étaient pilotées par des directions régionales communes et les dirigeants étaient communs. Enfin, le groupe Prémalliance était entré dans le périmètre de combinaison d'AG2R prévoyance.

Par conséquent, l'Autorité en a conclu que les deux groupes avaient opéré une fusion de fait, à la suite de la signature du protocole de partenariat précité. À ce titre, les deux groupes appartenaient d'ores et déjà à une même entité économique autonome au sens du droit des concentrations et par conséquent, le projet d'entreprise commune ultérieurement constitué et notifié devait être considéré comme une restructuration interne et non comme une concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce.

De même, dans sa décision **09-DCC-44**⁶¹, l'Autorité a considéré que le transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union Nationale de Réassurance de la Mutualité Française à la société MutRé SA, constituait une restructuration interne non soumise aux dispositions des articles L. 430-3 du Code de commerce, l'Union Nationale de Réassurance de la Mutualité Française et la société MutRé SA agissant de fait comme un même ensemble économique. En effet, en l'espèce, la présence commerciale des deux entités était systématiquement unitaire, la prospection, les relations clients, les présentations et interventions publiques lors des événements du secteur étant assurées indistinctement par le « pôle MutRé ». En outre, les deux entités avaient une politique de souscription homogène et leur offre était présentée au marché comme une offre unique « MutRé ».

60. Décision 09-DCC-15 du 30 juin 2009 relative à la création d'une entreprise commune entre les groupes AG2R et Prémalliance.

61. Décision 09-DCC-44 du 10 septembre 2009 relative au projet de transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union nationale de Réassurance de la Mutualité française à la société MutRé SA.

De plus, les deux entités juridiques s'appuyaient sur la même organisation (même directeur général et personnel commun) et il existait une charte commune des règles de fonctionnement du comité d'audit de MutRé SA et de la commission de contrôle et d'audit de MutRé Union.

Contrôle sur une base purement contractuelle

Dans des cas très particuliers, des relations contractuelles peuvent être susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise sans qu'il y ait prise de participation au capital de celle-ci. La possibilité d'un tel contrôle peut notamment se présenter dans le cadre de conventions de location-gérance, par lesquelles l'acquéreur obtient le contrôle de la gestion et des ressources des actifs concernés, en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés.

À l'occasion de la prise en location-gérance par la société Distribution Casino France d'un hypermarché détenu par la société Doremi, l'Autorité a ainsi retenu que l'opération pouvait être considérée comme conduisant à une concentration au sens de l'article L. 430-1-I du Code de commerce **(09-DCC-46)**. En l'espèce, il est précisé que le contrat de location-gérance, conclu pour cinq ans et tacitement renouvelable, est d'une durée suffisamment longue pour induire une modification structurelle des marchés de la distribution alimentaire.

En revanche, dans sa lettre **09-DCC-23**, relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Veti vers l'enseigne Kiabi, l'Autorité n'a pas retenu l'existence d'un contrôle exercé par Kiabi *via* ses relations contractuelles avec les sociétés d'exploitation concernées par l'opération. En effet, l'Autorité relève dans sa décision que lesdites sociétés d'exploitation restent, en dépit de leur rattachement au réseau Kiabi, libres de définir leur stratégie commerciale et, notamment, de fixer leurs tarifs. De plus, Kiabi ne prenait pas de participations dans ces sociétés susceptibles de lui conférer des droits de veto particuliers. Par ailleurs, il est précisé que les sociétés d'exploitation assument les risques financiers et commerciaux liés à leur activité.

Les opérations transitoires

Afin de juger si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle, l'Autorité de la concurrence s'inspire des conditions retenues par la Commission européenne dans sa communication consolidée⁶². D'une part, le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les acquéreurs de manière juridiquement contraignante et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape.

Selon ces dispositions, l'Autorité de la concurrence a considéré dans son analyse de l'opération Mayoline SAS/ITM Alimentaire Est/ITM Entreprises **(09-DCC-73)**,

⁶². 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, publiée dans le *JOUE* du 16 avril 2008, rectifiée le 21 février 2009.

que l'acquisition des actions de la société cible par ITM Alimentaire Est, d'une part, et leur rétrocession immédiate à M. et M^{me} A., d'autre part, constituaient une opération de concentration unique.

A contrario, dans la décision **09-DCC-04**, l'Autorité a considéré qu'Amidis, filiale du groupe Carrefour, prenait le contrôle exclusif de la société d'exploitation Noukat, bien qu'elle ait relevé que les parties avaient déclaré leur intention de rétrocéder 50 % des titres acquis à un nouvel exploitant franchisé dans un délai de douze mois.

Opérations interdépendantes

Des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. En revanche, dès lors que les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire que les parties mèneraient à son terme l'une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, les différentes opérations doivent être considérées comme autant d'opérations de concentration distinctes.

Ainsi, dans la décision **09-DCC-41**⁶³, l'Autorité a considéré que les opérations consistant en la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International pouvaient être qualifiées d'interdépendantes et pouvaient par conséquent être considérées comme constituant une opération de concentration unique pour deux raisons. En premier lieu, elles faisaient l'objet d'un protocole unique, qui liait entre elles toutes les actions nécessaires (création des entreprises communes, prises de participation réciproques, etc.) à la création des deux entreprises communes, de sorte que si l'une d'elles n'était pas réalisée par l'une des parties, l'autre partie pourrait refuser de réaliser les actions qui lui incombait au titre de la création de l'autre entreprise commune. En second lieu, elles procédaient d'un même objectif économique consistant à faire face à une baisse de rentabilité des films de cinéma et à une détérioration des marchés internationaux des droits audiovisuels.

Dans la décision **09-DCC-94**, l'Autorité a considéré que l'acquisition par Rubis de stations-service et de titres dans la société DPLC gestionnaire de dépôts pétroliers auprès, d'une part, de Shell et, d'autre part, du groupe Total, était une concentration unique. En effet, les deux opérations étaient liées juridiquement, la cession entre Shell et Rubis ne pouvant être réalisée que si Rubis faisait « *l'acquisition effective [...] d'au moins 25 % des titres de DPLC et au moins 30 stations-service en Corse* », condition ne pouvant être remplie que si la cession des actifs du groupe Total était aussi réalisée. De plus, ces deux acquisitions concomitantes poursuivaient le même objectif économique, à savoir la possibilité pour Rubis, nouvel entrant sur le marché de la distribution de carburants en Corse, de constituer un réseau de stations-service suffisant pour couvrir l'ensemble du territoire de la Corse et participer à la gestion des dépôts pétroliers.

⁶³. Décision 09-DCC-41 du 9 septembre 2009 relative à la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International.

Entreprises communes – Notion de plein exercice

Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1, qu'il s'agisse « d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ».

Faisant application de ces critères, l'Autorité a considéré, dans sa décision **09-DCC-37**⁶⁴, que l'entreprise commune dénommée Eurosorgho créée par les parties pouvait être qualifiée d'entreprise commune de plein exercice aux motifs que lui étaient transférées les activités de recherche et développement, de production et de commercialisation de semences de sorgho, que le capital et les droits de vote d'Eurosorgho étaient détenus à 50 % par ses deux sociétés mères qui seraient représentées paritairement au sein du conseil d'administration et que l'entreprise commune serait dotée de moyens techniques, financiers et humains lui permettant de fonctionner sur le marché de manière autonome et durable.

De même, dans la décision **09-DCC-41**⁶⁵, l'Autorité a considéré que les deux entreprises communes créées par UGC Images et TF1 International avaient vocation à accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Ainsi, celles-ci étaient créées pour une durée indéterminée et disposeraient chacune d'un capital de 99 000 euros, soit un capital supérieur à celui requis pour obtenir une autorisation d'exercice de distributeur de films de la part du Centre national de la cinématographie. Les projets de plans d'affaires pour 2010-2014 annexés au protocole montraient que leurs activités respectives devaient leur permettre de dégager des bénéfices dès la première année. De plus, ces entreprises communes avaient en leur possession les moyens matériels, juridiques (contrats, noms commerciaux, autorisations, etc.) et humains (une vingtaine d'employés chacune) dont bénéficiaient les activités de distribution en salles en France préalablement exercées par UGC Distribution et les activités de négoce de droits d'exploitation à l'étranger ou sous forme de VoD préalablement exercées par UGC-I et TF1-I. Par ailleurs, elles étaient des opérateurs de marché autonomes, qui entretiendraient des relations avec leurs fournisseurs et leurs clients aux conditions de marché. Notamment, d'après les parties, elles étaient appelées, dès leur création, à s'approvisionner en droits d'exploitation audiovisuels auprès de leurs sociétés mères mais aussi de tiers, pour des proportions significatives. L'Autorité a considéré que le fait que les entreprises communes bénéficient, pendant une durée de trois ans, d'un accord de cofinancement par les sociétés mères destiné à permettre le lancement de leur activité, ne remettait pas en cause la qualification de l'autonomie économique des entreprises communes.

64. Décision 09-DCC-37 du 13 août 2009 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Euralis Semences et Sud Céréales.

65. Décision 09-DCC-41 du 9 septembre 2009 relative à la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International.

Les seuils de contrôle

En application des dispositions de l'article L. 430-2 du Code de commerce, une opération ne peut être soumise au contrôle prévu par les articles L. 430-3 et suivants du même code que si « *le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises* ».

Le chiffre d'affaires habituellement pris en compte est celui du dernier exercice clos. Toutefois, dans sa décision **09-DCC-45**⁶⁶, l'Autorité a précisé les modalités de calcul du chiffre d'affaires, lorsque l'entreprise concernée a été créée au cours de l'exercice précédent. Au cas d'espèce, Texelis avait été créée le 24 décembre 2007 et n'avait une activité économique qu'à compter du 1^{er} juin 2008.

Se référant aux paragraphes 169 et 172 de la communication consolidée de la Commission du 10 juillet 2007, qui stipulent qu'il convient de « *se fonder sur les données les plus justes et fiables disponibles* » et, en général, de se référer « *aux comptes qui portent sur l'exercice le plus rapproché de la date de l'opération et qui ont été vérifiés en fonction de la norme applicable à l'entreprise en question et exigée pour l'exercice concerné* », mais que cependant, « *[...] un ajustement doit toujours être effectué pour tenir compte des modifications permanentes de la réalité économique des entreprises concernées, telles que des acquisitions ou des cessions qui n'apparaissent pas ou seulement en partie dans les comptes vérifiés* », l'Autorité a considéré, pour conclure à la contrôlabilité de l'opération, que le chiffre d'affaires de l'exercice 2008, qui s'élevait à 32,4 millions d'euros, correspondait à une activité d'une durée de sept mois et ne rendait pas compte de la réalité économique de l'entreprise et qu'il convenait de prendre en compte une année complète d'activité, soit du 1^{er} juin 2008 au 31 mai 2009.

S'agissant d'une opération constituée par la transformation d'un contrôle commun en un contrôle exclusif, l'Autorité, dans la décision **09-DCC-18**⁶⁷, a rappelé les règles d'affectation du chiffre d'affaires des entreprises concernées.

Elle s'est, pour cela, référée au paragraphe 138 de la communication consolidée de la Commission européenne du 10 juillet 2007 – qui rappelle que les entreprises concernées dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte sont l'actionnaire acquéreur et l'entreprise commune – ainsi qu'au paragraphe 188 de cette communication qui stipule que « *les règles énoncées à l'article 5, paragraphe 4, doivent aussi être adaptées aux situations impliquant le passage d'un contrôle en commun à un contrôle exclusif, afin d'éviter une double imputation du chiffre d'affaires de l'entreprise commune. Même si l'entreprise acquéreuse a des droits ou des pouvoirs dans l'entreprise*

66. Décision 09-DCC-45 du 28 septembre 2009 relative à l'acquisition de Texelis par le groupe Reel.

67. Décision 09-DCC-18 du 20 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cofel par la société Pikolin.

commune qui remplissent les conditions fixées à l'article 5, paragraphe 4, le chiffre d'affaires de l'actionnaire acquéreur doit être calculé sans tenir compte du chiffre d'affaires de l'entreprise commune et le chiffre d'affaires de l'entreprise commune se calcule sans prendre en compte celui de l'actionnaire acquéreur».

Faisant application de ces principes, l'Autorité conclut au cas d'espèce, au caractère non contrôlable de l'opération, l'acquéreur réalisant en France, une fois retranché le chiffre d'affaires de la cible, un chiffre d'affaires en France inférieur à 50 millions d'euros.

Analyse concurrentielle

Les effets horizontaux

L'opération LDC Traiteur/Marie⁶⁸

Cette opération relative à une concentration dans le secteur de l'industrie alimentaire et, plus particulièrement, des produits traiteur, a permis à l'Autorité de confirmer l'analyse multicritères retenue par les autorités de concurrence lorsqu'elles analysent les effets d'une concentration présentant des risques d'atteinte à la concurrence par une hausse unilatérale des prix de la nouvelle entité. Comme indiqué dans les lignes directrices de l'Autorité, cette analyse repose sur le poids relatif des parties à la concentration et de ses concurrents, le contre-pouvoir éventuel de la demande et les barrières à l'entrée de nouveaux entrants potentiels.

L'évaluation des parts de marché de l'acquéreur, le groupe LDC, et de la cible, la société Marie, a montré que les deux parties assuraient ensemble une part importante des ventes de produits traiteur exotiques aux GMS, à la fois sur les entrées et les plats, particulièrement en ce qui concerne les marques de distributeurs (ci-après MDD) et les produits vendus à la coupe, c'est-à-dire les produits sans marque. Mais le test de marché avait confirmé que, pour ces produits, aucune marque ne bénéficie d'une attractivité particulière et ne peut être considérée comme notoire, ni, a fortiori, incontournable et que les produits MDD étaient donc, sur ce segment, en concurrence frontale avec les marques des fabricants. De plus, il a été relevé que les grandes et moyennes surfaces (ci-après GMS) disposent d'une puissance d'achat importante sur les marchés de l'approvisionnement en MDD : elles sont moins contraintes par la demande des consommateurs finals que lorsqu'il s'agit de marques notoires ; les contrats sont de courte durée compte tenu des appels d'offres réguliers. Les acheteurs privilégient également la multiplicité et le changement de fournisseurs. S'agissant des barrières à l'entrée, il a été noté que les nouveaux entrants potentiels pourraient être confrontés à un besoin de savoir-faire et à la réglementation sanitaire, mais qu'en tout état de cause ce n'était pas le cas des opérateurs déjà présents sur d'autres segments de produits traiteur, mais absents des segments entrées et plats cuisinés exotiques. Le report des achats des GMS

⁶⁸. Décision 09-DCC-48 du 22 septembre 2009 relative à l'acquisition par la société LDC Traiteur de la société Marie et notamment § 42 à 50.

vers d'autres fabricants aurait néanmoins pu être limité par l'absence de capacités de production disponibles chez les concurrents de la nouvelle entité, mais la décision relève l'existence de capacités de production disponibles conséquentes.

L'opération LDC Volailles/Arrivé⁶⁹

Pour cette opération dans le secteur de la volaille, l'Autorité de la concurrence a identifié un risque de renforcement de la puissance d'achat des parties à l'opération sur les marchés de la collecte de volailles sous label dans le Sud-ouest. Un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux a également été identifié sur les marchés de la viande fraîche de poulet, dinde et pintade sous label à destination des bouchers-charcutiers artisans et de la viande fraîche de poulet et dinde sous label aux GMS. L'opération n'a donc été autorisée que compte tenu des engagements de cession d'actifs proposés par les parties. Sur les autres marchés concernés, les risques d'atteinte à la concurrence ont pu être écartés.

L'opération de concentration entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire⁷⁰

Les effets horizontaux de la fusion des deux groupes bancaires ont été examinés principalement dans les secteurs de la banque de détail et de la banque commerciale⁷¹. Il convient de noter que l'Autorité a, pour cette opération, mené une analyse à la fois locale et nationale des marchés de la banque de détail et commerciale.

Une analyse locale des conditions de concurrence

Pour les marchés de la banque de détail, l'analyse locale a été menée sur des zones de chalandise correspondant à un trajet de 20 minutes en voiture autour des communes dans lesquelles les deux groupes détenaient simultanément chacun au moins une agence. Les parts de marché ont alors été estimées en nombre d'agences. Pour les marchés de la banque commerciale, les parts de marché ont été calculées à partir des données de la Banque de France relatives aux encours de crédits et de dépôts collectés au niveau des départements. L'Autorité a considéré que ce niveau d'analyse était pertinent pour les PME dans la mesure où les réponses au test de marché avaient suggéré la possibilité de mise en concurrence des principaux groupes bancaires au-delà d'une zone de chalandise correspondant à un trajet de 20 minutes en voiture.

69. Décision 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles.

70. Décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque populaire.

71. La banque de détail regroupe l'ensemble des services bancaires destinés aux consommateurs. Les autorités nationales et communautaires incluent souvent dans cette catégorie les très petites entreprises ainsi que les entrepreneurs individuels, car leurs demandes de services bancaires sont souvent plus proches de celles des consommateurs que de celles des entreprises. La banque commerciale regroupe l'ensemble des services bancaires à destination des entreprises et peut être segmentée selon la taille des entreprises.

Une analyse approfondie du rôle de la Banque Postale

L'examen de cette opération a amené l'Autorité à étudier de manière approfondie les caractéristiques de La Banque Postale en termes de concurrence, LBP étant le groupe bancaire disposant du réseau d'agences bancaires le plus étendu sur le territoire métropolitain et ultramarin. Sa présence locale repose effectivement sur un réseau de plus de 15 500 bureaux de poste. Pour autant, l'ensemble de ces bureaux de postes ne dispose pas de la présence permanente d'un conseiller financier bien qu'un rendez-vous avec un conseiller financier puisse être organisé sans difficulté, compte tenu de la mobilité des conseillers financiers d'un bureau à l'autre. L'Autorité a cependant considéré qu'un bureau de poste ne disposant pas de manière permanente d'un conseiller financier ne pouvait raisonnablement être considéré comme équivalent et substituable à une agence bancaire. En outre, La Banque Postale est peu active sur les marchés de la banque commerciale car elle n'est pas autorisée à offrir des crédits aux PME.

Une approche multicritères

Une première mesure du niveau de concentration a été fournie par l'indice d'Hirschman-Herfindahl, lequel a permis de focaliser l'analyse concurrentielle sur les zones les plus concentrées préalablement à l'opération et sur lesquelles la fusion accentuait cette concentration. Un deuxième critère a alors permis de retenir les zones sur lesquelles la nouvelle entité aurait une part de marché en nombre d'agences supérieur à 30 % et devancerait son plus proche concurrent de plus de 10 points.

Sur la plupart de ces zones, les risques de hausse unilatérale des prix des services bancaires ont pu être écartés, compte tenu de la présence d'au moins une agence de l'un des grands groupes bancaires concurrents. Le nombre d'enseignes présentes sur chacune des zones concernées est alors une mesure de la diversité de l'offre bancaire laquelle permet aux consommateurs de « faire jouer la concurrence » et de contrer une éventuelle hausse des prix des services bancaires. Les risques d'atteinte à la concurrence par hausse unilatérale des prix de la nouvelle entité n'ont cependant pu être écartés sur les différents marchés de la banque de détail à la Réunion, plusieurs zones de chalandise étant caractérisées par un nombre réduit d'agences de groupes concurrents subsistant après l'opération. De même, la nouvelle entité détenait des parts de marché élevées sur plusieurs marchés de la banque commerciale à l'issue de l'opération.

Compte tenu de la crise financière, l'Autorité a estimé qu'un engagement de cession serait difficilement réalisable et a accepté les engagements comportementaux proposés par les parties, visant à maintenir un niveau de concurrence suffisant sur les marchés bancaires à la Réunion.

La prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financière Linair SAS et Brit Air SA⁷²

L'Autorité a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés à la disparition d'un concurrent potentiel. Brit Air, sous contrôle exclusif de la société Air France KLM, projetait d'accroître sa participation dans le capital de Financière LMP, tête du groupe Airlinair.

L'opération concernait divers marchés de la mise à disposition d'avions et la question de la disparition d'un concurrent potentiel s'est posée lors de l'analyse des effets de l'opération sur le marché des lignes à obligation de service public (ci-après «OSP») avec exclusivité et compensation financière. Sur ce marché, les collectivités locales utilisent les appels d'offres pour sélectionner un opérateur, le cahier des charges pouvant contenir des spécificités techniques (le plus souvent en termes de motorisation) telles que la nécessité de disposer d'un avion turbo-réacteur. Lorsque ce n'est pas le cas, tout opérateur disposant d'un agrément européen peut répondre à l'appel d'offres.

Airlinair dispose seulement de deux types d'avions à turbopropulseurs, les ATR 42 et les ATR 72, pouvant transporter respectivement 48 et 70 passagers. Par conséquent, Airlinair ne peut candidater qu'aux appels d'offres sans spécifications en termes de motorisation et requérant un nombre de passagers inférieur à 70 personnes. De plus, le segment des vols de moins de 20 passagers est occupé par des compagnies spécifiques disposant d'avions de petites capacités. Bien qu'Air France KLM ne soit pas présente sur le segment de marché d'Airlinair, la question se posait de savoir si l'opération pouvait se traduire par la disparition d'Air France KLM en tant que concurrent potentiel et pouvait être de nature à réduire la concurrence exercée sur ce segment, et donc aboutir à l'augmentation des subventions demandées par Airlinair aux collectivités locales. Plusieurs éléments ont conduit l'Autorité à écarter ce risque.

Le premier élément concerne le contre-pouvoir des collectivités locales : elles peuvent renoncer à la délégation d'une ligne, comme cela a été le cas pour 5 liaisons au cours des cinq dernières années. Le deuxième élément repose sur l'analyse de la structure des coûts afférant à l'exploitation des différents types d'avion. Airlinair dispose ainsi d'un avantage vis-à-vis du groupe Air France KLM, de sorte qu'une entrée éventuelle d'Air France KLM sur le segment de marché d'Airlinair apparaissait peu crédible. Enfin, certains opérateurs étrangers sont présents sur le marché des lignes OSP et si cette présence n'est pas homogène sur le territoire, elle montre néanmoins que les barrières linguistiques ou culturelles peuvent être surmontées. Les compagnies étrangères pourraient alors exercer une pression concurrentielle si ce segment devenait attractif.

72. Décision 09-DCC-17 du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financières Linair SAS et Brit Air SA.

Concentrations dans le secteur des coopératives agricoles

Lors de l'examen de plusieurs opérations de concentration⁷³ concernant des coopératives céréalières, l'Autorité a indiqué que les relations entre la coopérative et ses adhérents ne pouvaient être envisagées au sens traditionnel d'une relation entre un client et son fournisseur de sorte que les risques d'atteinte à la concurrence ont pu être écartés sur les différents marchés de la collecte et de l'agrofourniture.

Les concentrations verticales

En 2009, sur 94 décisions de l'Autorité en matière de concentrations, 22 comprennent une analyse en termes d'effets verticaux, soit un peu plus d'un cinquième. Parmi ces décisions, on retrouve certains secteurs propices à l'émergence de ce type de risque concurrentiel, car il s'agit d'industries de filière comme les marchés agricoles⁷⁴ ou d'industries de réseau comme les marchés de l'électricité⁷⁵. Les décisions relatives à la création d'une entreprise commune de plein exercice⁷⁶ comportent également le plus souvent une analyse en termes d'effets verticaux, dans la mesure où une ou plusieurs des sociétés mères sont généralement présentes sur des marchés amont et/ou aval de ceux sur lesquels est active l'entreprise commune.

Des risques pour la concurrence liés à des effets verticaux ont été identifiés dans le cadre de l'examen du rachat de Novatrans par la SNCF

L'Autorité a conclu à des risques pour la concurrence dans le cadre de l'examen de la prise de contrôle exclusif de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route, par la SNCF⁷⁷, opérateur de transport ferroviaire. Le transport combiné rail-route consiste à acheminer une marchandise dans une même unité de transport intermodal (UTI) ou un même véhicule routier, en utilisant majoritairement le mode de transport par rail et, accessoirement le mode de transport routier pour le début et/ou la fin de parcours. Il requiert donc l'intervention de plusieurs acteurs situés à différents stades de la fourniture du service, dont les transporteurs routiers de marchandises, les prestataires de services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné et les prestataires de services de terminaux de transport combiné.

73. Décisions 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri et 09-DCC-90 du 29 décembre 2009 relative à la fusion de la coopérative agricole de la Charente et de la coopérative agricole Syntéane.

74. Décision 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri.

75. Décision 09-DCC-28 du 30 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Poweo par la société Österreichische Elektrizitätswirtschafts – Aktiengesellschaft.

76. Décision 09-DCC-91 du 24 décembre 2009 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nutréa, Peigne, UCA, Couvoirs de Cléden et Univol par les groupes Coopagri Bretagne et Terrena.

77. Décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

Un risque de forclusion lié à la position prédominante de la SNCF sur le marché des services de terminaux de transport combiné

L'Autorité a relevé un risque d'éviction des concurrents de la nouvelle entité sur les marchés aval du transport combiné rail-route et des services ferroviaires aux opérateurs de transport combiné en raison de la forte position de la SNCF, à l'issue de l'opération, sur le marché amont des services de terminaux de transport combiné.

Un terminal de transport combiné est un site de chargement et de déchargement des UTI, comportant une zone de contrôle des entrées et des sorties de camions ainsi que des zones de manutention. Le terminal comprend une ou plusieurs cours à l'intérieur desquelles les opérateurs de transport combiné entreposent et/ou transbordent les UTI des camions vers le train au terminal de départ et du train vers les camions au terminal de destination. Les services de terminaux de transport combiné comprennent l'accès au terminal, le remplissage de contrats et le chargement et déchargement des UTI. Ainsi, l'Autorité précise que, d'une part, « les opérateurs de transport combiné doivent pouvoir accéder aux terminaux pour garer et préparer les wagons ainsi que pour gérer le chargement et déchargement des UTI » et, d'autre part, que « les entreprises ferroviaires doivent pouvoir accéder aux terminaux pour assurer l'arrivée et le départ des trains dans le cadre des sillons obtenus ». Or, la décision relevait que la nouvelle entité, en contrôlant après l'opération plus de la moitié des terminaux, était en mesure d'avoir un comportement discriminatoire vis-à-vis de ses concurrents consistant à les défavoriser en se réservant par exemple les meilleures cours ou les meilleurs horaires, ou en retardant l'arrivée ou le départ d'un train. L'Autorité a estimé que ce comportement discriminatoire renforcerait l'attractivité du groupe sur les marchés en aval, en favorisant le recours par les opérateurs de transport combiné aux services ferroviaires de la nouvelle entité et le recours par les transporteurs routiers aux opérateurs de transport combiné utilisant les services de la nouvelle entité. En outre, la présence de la SNCF sur la grande majorité des terminaux de transport combiné a fait craindre à l'Autorité que les opérateurs de transport combiné qui cesseraient de s'adresser à la SNCF en tant que prestataires de services ferroviaires s'exposent à des représailles qui consisteraient notamment à rendre difficile voire impossible l'accès de ces opérateurs aux terminaux que cette dernière exploite. Enfin, l'Autorité souligne que le fait pour la nouvelle entité d'être le gestionnaire de la plupart des terminaux pourrait freiner l'apparition de concurrents sur une activité nouvellement ouverte à la concurrence qu'est la gestion du premier et dernier kilomètre (consistant à réaliser des manœuvres avec les wagons au sein du terminal) dans pratiquement tous les terminaux.

Un risque de forclusion lié à la position très forte de Novatrans sur le marché du transport combiné rail-route

L'Autorité a, en premier lieu, caractérisé un risque de blocage de l'accès des concurrents de la SNCF au marché amont des services ferroviaires aux opérateurs de transport combiné, lié à la position fortement dominante sur le marché aval du transport combiné de Novatrans (présent sur plus des trois quarts des liaisons, bien au-dessus du niveau de ses deux concurrents).

La décision souligne à ce sujet que, dans le contexte d'ouverture à la concurrence en 2006 du transport ferroviaire de marchandises, cet opérateur est un client potentiel des nouvelles entreprises ferroviaires et a d'ailleurs lancé plusieurs appels à candidatures pour des services ferroviaires en 2007. Cependant, ajoute-t-elle, l'opération a comme principale conséquence de soustraire du « *marché libre* » cet acteur majeur et de ce fait, de fermer la quasi-totalité du marché des services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné. La décision précise enfin que cet effet a une incidence significative sur les marchés des services ferroviaires, dans la mesure où la part représentée par le marché des services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné au sein du marché global des services ferroviaires (incluant le fret conventionnel classique) atteignait plus de 20 % en 2008. Inversement, toujours s'agissant des liens verticaux entre le marché amont des services ferroviaires aux opérateurs de transport combiné et le marché aval du transport combiné, l'Autorité a indiqué que la position quasi monopolistique de la SNCF sur les marchés des services ferroviaires (70-80 % de parts de marché) pouvait également faire craindre un verrouillage de l'accès aux intrants pour les opérateurs de transport combiné concurrents de Novatrans. Ainsi, si l'Autorité a estimé que l'incitation de la SNCF à cesser d'offrir ces services sur le marché et à les réserver à Novatrans était trop faible, elle a souligné le risque de comportement discriminatoire, notamment en termes de tarification des services de traction, entre sa filiale et les concurrents de Novatrans.

En second lieu, l'Autorité a constaté un risque de forclusion de l'accès des transporteurs routiers concurrents de la SNCF à l'offre de services de transport combiné rail-route.

La décision rappelle que hormis Novatrans, seul T3M propose des services de transport combiné au niveau national, de sorte que les trains de Novatrans ont été remplis en moyenne à plus de 75 % au cours du premier semestre 2009, dans un contexte de forte contraction de son activité due à la crise économique. Ainsi, le taux d'occupation des trains de Novatrans devrait augmenter lors de la reprise économique et amener Novatrans à devoir refuser des UTI. L'Autorité juge qu'à l'issue de l'opération, Novatrans sera incitée à favoriser les transporteurs routiers du groupe SNCF au détriment de ses clients tiers en cas d'engorgement de ses trains, *via* une discrimination par les prix mais également par l'ordre de traitement des demandes. Le risque est d'autant plus avéré que l'Autorité a considéré qu'en raison des fortes barrières à l'entrée sur le marché du transport combiné, l'émergence à court terme de nouveaux opérateurs était peu probable.

Des risques accrus par l'importance des barrières à l'entrée sur les marchés en cause

Les risques d'effets verticaux sont d'autant plus élevés qu'il existe d'importantes barrières à l'entrée sur l'ensemble des marchés évoqués ci-dessus, à commencer par le risque de pertes lié à un trop faible remplissage des trains de transport combiné. Ainsi, pour qu'un train de transport combiné soit rentable, il doit être rempli à plus de 80 %, tant à l'aller qu'au retour (règle du trafic équilibré), ce qui limite les axes

rentables. Sur le marché des services ferroviaires offerts aux opérateurs de transport combiné, trois contraintes réglementaires s'imposent afin, notamment, de garantir que les entreprises ferroviaires exercent leurs activités dans le respect des règles de sécurité : l'obtention d'une licence ferroviaire, document par lequel un État membre de l'Union européenne reconnaît à une entreprise la qualité d'entreprise ferroviaire, l'obtention d'un certificat de sécurité et enfin l'obtention de l'autorisation de circuler sur les sillons ferroviaires du réseau national, cette dernière démarche prenant plusieurs années et intervenant à un moment où les entreprises ferroviaires demandeuses n'ont pas encore de commandes fermes. S'agissant des barrières techniques, une entreprise ferroviaire souhaitant offrir des services de traction doit notamment disposer de locomotives dont le prix d'achat varie entre 3 et 4 millions d'euros, soit un délai de rentabilisation de trente ans et un délai moyen d'obtention de 18 mois, mais aussi de personnels de conduite, dont le recrutement peut être difficile. Sur le marché des services de terminaux, les barrières à l'entrée sont fortes, tant en ce qui concerne l'accès aux terminaux existants que la construction de nouveaux terminaux. Afin d'écartier ces risques concurrentiels, la partie notificante a pris des engagements devant l'Autorité qui a autorisé l'opération sous couvert de ces derniers, dont il sera question dans la partie de ce rapport relative aux engagements pris par les entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations.

En revanche, l'Autorité n'a pas retenu l'existence d'un risque de verrouillage de l'accès des opérateurs de transport combiné concurrents de Novatrans à la clientèle des transporteurs routiers, au motif qu'il existe des concurrents importants aux filiales routières de la SNCF, qui n'auront donc pas d'incitation particulière à travailler avec Novatrans plutôt qu'avec ses concurrents. Ainsi, elle note que 200 transporteurs routiers sont aujourd'hui susceptibles de proposer du transport combiné à leurs clients.

Dans toutes les autres décisions, l'Autorité de la concurrence a écarté d'éventuels risques liés à des effets verticaux

En raison du pouvoir de marché limité de la nouvelle entité

Le plus souvent, l'Autorité a mis en exergue le pouvoir de marché insuffisant des entreprises concernées sur les marchés en cause. C'est le cas notamment dans la décision **09-DCC-52** du 12 octobre 2009 relative à la prise de contrôle de la société Brocéliande ALH SA par le groupe Cooperl Arc Atlantique. La société Brocéliande était en effet cliente sur le marché amont de la viande fraîche de porc pour son activité de fabrication de produits de charcuterie salaison, marché sur lequel Cooperl était offreur. Toutefois, le risque d'un effet vertical dû à une diminution drastique, à l'issue de l'opération, des ventes de viande fraîche de porc de Cooperl à des concurrents de Brocéliande comme Madrange ou Fleury Michon, a été écarté en raison de sa part de marché relativement modérée (20-25 %) sur le marché de la viande fraîche de porc. Inversement, le risque de forclusion lié à une réduction significative des achats de Brocéliande aux concurrents de Cooperl, comme Bigard par exemple, a été exclu au regard du fait que Brocéliande représentait moins de 15 % des ventes de chacun de ses fournisseurs.

À ce titre, l'Autorité a, dans presque tous les cas, tenu compte de la présomption d'absence de problème en deçà d'une part de marché de 30 % sur l'amont et sur l'aval. Toutefois, dans la décision **09-DCC-67** du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, elle a écarté un risque de forclusion par les intrants sur les marchés de la viande fraîche de volaille et des produits élaborés à base de volaille alors que la nouvelle entité, à l'issue de l'opération, disposerait d'une part de marché de 30-35 % sur l'abattage de dindes en France. L'Autorité a en effet relevé que, s'agissant du marché de la viande fraîche de volaille, la quasi-totalité des intervenants disposaient de leurs propres abattoirs et que, s'agissant des produits élaborés à base de viande de volaille, le recours aux importations était possible, notamment du fait de la modification des spécifications des cahiers des charges de plusieurs GMS relatives à l'origine de la viande, passant d'une exigence d'une origine française à une origine Union européenne.

En raison des alternatives offertes par la présence de concurrents importants ou la possibilité d'intégrer certaines activités

L'Autorité a en outre relevé l'existence d'alternatives à la nouvelle entité pour les concurrents des parties en matière de débouchés ou d'approvisionnements. Ainsi, dans la décision **09-DCC-22** du 20 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Groupe Arthur Bonnet par les sociétés Snaidero et Nobilia, dans le secteur des cuisines équipées, elle exclut tout risque de verrouillage de la clientèle au détriment des concurrents du fabricant de cuisines Nobilia en s'appuyant sur la présence, au niveau de la distribution de cuisines, de revendeurs importants tels que « Cuisines Schmidt », « Mobalpa » ou encore « Cuisinella », qui dépendent eux aussi d'un industriel, de quelques distributeurs indépendants mais aussi d'enseignes de la grande distribution pour l'équipement du foyer comme Conforama, But ou Darty, qui réalisent environ 25 % des ventes de cuisines équipées.

De la même façon, l'Autorité écarte le risque de verrouillage par les intrants au détriment des concurrents du distributeur de cuisines Arthur Bonnet au motif que Nobilia fait face à la concurrence de plusieurs fabricants importants que sont l'entreprise française SALM avec 10-20 % de parts de marché, le suédois Nobia et le français Fournier avec chacun une part de marché de 10-20 %, et la Manufacture vosgienne de meubles avec 5-10 % de parts de marché.

Le même type de constat a été effectué dans la décision **09-DCC-65** du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited. En l'espèce, l'opération emportait d'éventuels effets verticaux du fait de la présence de l'acquéreur sur le marché aval de la distribution de produits et services de téléphonie mobile *via* le réseau « The Phone House », tandis que l'opération venait renforcer sa position sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Ceux-ci ont cependant été écartés du fait que The Phone House est confronté à la concurrence des réseaux intégrés des trois opérateurs MNO, représentant à eux seuls 50-60 % du marché, ou des autres distributeurs multimarques tels que Carrefour (5-10 % du marché), Darty (0-5 % du marché) ou Fnac (0-5 % du marché).

Pour finir, la faculté pour les concurrents de la nouvelle entité de renforcer à court terme leur intégration soit au niveau de leur circuit de commercialisation soit au niveau de leur approvisionnement est un élément qui a été pris en compte, notamment dans le cadre de la décision **09-DCC-86** du 22 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monext Holding par le groupe Crédit Mutuel Arkéa. L'Autorité a pris en compte dans son analyse des effets verticaux le fait que les services permettant l'acquisition de transactions et les services techniques et administratifs permettant l'émission de cartes – activités sur lesquelles est active la société Monext – peuvent facilement être mis en œuvre en interne par les clients de Monext qui sont de grands établissements financiers, comme c'est notamment le cas d'Arkéa.

En raison d'une incitation insuffisante de la nouvelle entité à la mise en place d'une stratégie de forclusion

La faiblesse ou l'absence d'incitation à la mise en place d'une stratégie de forclusion ont également été retenues afin de conclure à l'absence de risque pour la concurrence par le biais d'effets verticaux. Ainsi, dans la décision « cuisines » précitée, l'Autorité a indiqué qu'il est peu vraisemblable que Nobilia se retire du marché de l'approvisionnement au profit du réseau de commercialisation Arthur Bonnet, dans la mesure où l'essentiel de son chiffre d'affaires en France, soit 60-70 % en 2008, est généré par des clients n'appartenant pas à ce réseau.

De la même façon, dans la décision sus-évoquée **09-DCC-65** dans le secteur de la téléphonie mobile, la capacité de la nouvelle entité de verrouiller l'accès de ses concurrents MNO ou MVNO à la clientèle a été jugée très limitée, dans la mesure où la vente des offres de ces concurrents représentait une part importante du chiffre d'affaires du réseau de distribution The Phone House, étant donné notamment la part de marché cumulée élevée des trois MNO. Dans la décision portant sur le même secteur **09-DCC-35** du 6 août 2009, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR, le blocage de l'accès des concurrents du réseau de distribution SFR aux offres de cette dernière a été écarté. La décision relève en effet l'importance pour la stratégie commerciale de chaque opérateur de téléphonie mobile de maintenir la présence de ses offres au sein des points de vente multimarques. En effet, la distribution multimarque est de plus en plus privilégiée par la clientèle dans la mesure où elle lui permet, en un même lieu, de comparer les offres de différents opérateurs, si bien que les ventes de SFR chez les distributeurs multimarques ont représenté 30-40 % de ses ventes en 2008.

Ces deux décisions peuvent être rapprochées de la décision **09-DCC-41** du 9 septembre 2009 relative à la création de deux entreprises communes de plein exercice par UGC Images et TF1 International. UGC, groupe cinématographique intégré verticalement, est présent sur le marché de l'exploitation de salles de cinéma, marché situé en aval du marché de la distribution des films aux exploitants de salles sur lequel est active l'entreprise commune entre TF1 et UGC. S'agissant du risque que les exploitants de salles UGC concentrent leurs achats auprès de l'entreprise commune au détriment des distributeurs concurrents, l'Autorité précise que, même

s'il est possible que les cinémas UGC aient des parts de marché importantes sur certaines zones de chalandises, il serait économiquement irrationnel pour eux de se priver des films distribués par les concurrents de l'entreprise commune, soit plus de 90 % des films distribués en France. En effet, cela préjudicierait fortement à l'attractivité des cinémas UGC si ces derniers ne proposaient à la séance qu'un nombre de films réduit et ne comportant pas tous les succès commerciaux du moment (qui ne sont pas tous forcément distribués par l'entreprise commune).

Il est également possible de se référer à la décision **09-DCC-17** du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financière Linair SAS et Brit Air SA. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si l'opération était susceptible d'inciter Airlinair, filiale de Financière LMP active sur le marché de l'affrètement d'avions (location d'avions avec équipage au bénéfice d'une compagnie aérienne), à ne plus fournir d'avions de type ATR aux concurrents du groupe Air France-KLM, propriétaire de Brit Air. Sur ce point, l'Autorité relève que le seul autre client à ce jour d'Airlinair est la compagnie CCM Airlines. Or elle souligne que le groupe Air France-KLM n'aurait pas d'intérêt à priver d'avions cette compagnie, dans la mesure où cela priverait le groupe Airlinair d'une partie de ces revenus. Mais elle insiste surtout sur les liens entre ces deux sociétés, capitalistiques d'abord – Air France-KLM possédant moins de 50 % du capital de CCM Airlines – et contractuels ensuite, les deux sociétés partageant en « coexclusivité » l'exploitation de quatre lignes entre Paris et la Corse, selon les termes de la convention de délégation de service public concernant ces liaisons.

En raison de l'absence d'incidence de l'opération du fait de relations verticales préexistantes

Enfin, les risques pour la concurrence *via* d'éventuels effets verticaux peuvent être écartés lorsque la concentration examinée n'est à l'origine d'aucune modification du fonctionnement du marché. Ainsi, dans la décision **09-DCC-31** du 29 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de certains actifs du groupe Alfesca par les sociétés Lur Berri Holding SAS et Kjarlar Investment BV, les positions respectives de l'acquéreur, vendeur de canards bénéficiant d'une indication géographique protégée « Sud-Ouest » et de la cible, acheteuse de tels canards pour les besoins de sa production de foie gras, n'ont pas été jugées problématiques dans la mesure où l'opération ne faisait que pérenniser une situation existante par laquelle l'acquéreur représentait déjà plus de 90 % de l'approvisionnement de la cible.

Le même constat a été dressé dans la décision **09-DCC-42** du 16 septembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Les Fermiers Landais par la société Maisadour. Ces deux sociétés étaient également en l'espèce simultanément présentes sur des marchés d'approvisionnement (en volailles vivantes), l'un en tant que vendeur, l'autre en tant qu'acheteur. L'Autorité a considéré que la concentration n'était pas de nature à restreindre l'accès des abattoirs concurrents de Fermiers Landais à l'offre de volailles vivantes, du fait que, préalablement à l'opération, Maisadour cédait déjà près des deux tiers de sa production à

Fermiers Landais. Un autre argument peut être retrouvé dans le cadre de la décision **09-DCC-86** précitée, où l'Autorité avance qu'il est peu probable que Monext cesse d'offrir ses services aux concurrents d'Arkéa puisqu'elle est liée à ses clients par des contrats de long terme.

Les effets congloméraux

L'Autorité apprécie le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux à l'issue de l'opération.

Pour ce faire, l'Autorité vérifie, à titre liminaire, que les entreprises parties à l'opération sont actives sur des marchés connexes. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-91**, Coopagri Bretagne Actifs groupe Unicopa, l'Autorité a considéré que *« les liens de connexité, autres que verticaux, entre d'une part, les différents marchés sur lesquels l'acquisition conjointe de la cible renforce les positions du groupe Coopagri ou du groupe Terrena, et d'autre part, les autres marchés, sur lesquels l'un ou l'autre de ces groupes est présent mais pas la cible, ne sont pas suffisants pour que l'opération permette de faire jouer des effets de levier entre les positions occupées par l'un ou l'autre des groupes sur ces marchés »*.

L'Autorité examine ensuite si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de mettre en place une stratégie de verrouillage.

Un accroissement du pouvoir de marché doit tout d'abord résulter de l'opération que ce soit notamment par création ou renforcement d'une position forte sur l'un des marchés connexes ou encore parce que l'opération conduit à la réunion ou l'extension d'une gamme de produits ou d'un portefeuille de marques. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-13**, l'Autorité indique que *« l'addition de parts de marché à l'issue de l'opération étant très faible, quel que soit le marché considéré (en tout état de cause inférieure à 1 point), l'opération n'emportera aucun renforcement de la capacité de l'opérateur à faire jouer des effets congloméraux »*. À l'inverse, dans sa décision **09-DCC-52**, l'Autorité précise que les parties à la concentration étant simultanément actives sur sept familles de produits et sur une famille supplémentaire chacune, *« l'opération a ainsi pour effet d'améliorer et d'élargir la gamme de produits de charcuterie salaison de la nouvelle entité »*.

Si les parties ne détiennent pas de pouvoir de marché ne serait-ce que sur l'un des marchés à partir duquel faire jouer l'effet de levier, l'Autorité considérera qu'il est peu probable que l'opération soit susceptible de porter atteinte à la concurrence par le moyen d'effets congloméraux. En ce qui concerne tout d'abord l'existence d'une position forte, les lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales suggèrent des *safe harbours* en deçà de 30 % de parts de marché. Ainsi, si l'acquisition des sociétés Entreprise Malet et Entreprise Carceller par Spie batignolles SA (**09-DCC-43**) lui permet d'élargir sa gamme d'activités en ajoutant les activités de travaux routiers aux activités du terrassement et du génie civil sur lequel il est déjà actif, cet élargissement n'est néanmoins pas *« en mesure de porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés en raison de la faible position du nouveau groupe sur chacun des marchés concernés, tant au niveau national*

qu'au niveau régional : sa part de marché est inférieure à 0-5 % sur chacun d'entre eux au niveau national et n'excède jamais 10-20 % au niveau régional».

Le pouvoir de marché peut également résulter de la détention par la nouvelle entité de marques à forte notoriété. Ainsi, dans sa décision **09-DCC-48**, l'Autorité a considéré qu'« *en termes de marques, il ressort du test de marché que, si la marque "Marie" bénéficie d'une notoriété certaine, tel n'est pas le cas des autres marques de produits traiteur concernées par l'opération et qui seront détenues par LDC. Les acteurs interrogés n'ont identifié que les marques concurrentes "Fleury Michon", "Bonduelle" et "Herta", comme réellement notoires. Par ailleurs, comme déjà mentionné, s'agissant plus particulièrement des produits exotiques, il ne ressort aucunement du dossier que les marques "Tradition d'Asie" (LDC) et "Luang" (Marie), doivent être considérées comme notoires, ni a fortiori incontournables* ». Les marques ne doivent pas seulement être connues, elles doivent présenter un caractère important, voire incontournable, pour les clients des parties à l'opération et ne présenter que peu de substituts acceptables. Dans sa décision **09-DCC-52**, l'Autorité souligne que « *les marques de la nouvelle entité, si elles sont effectivement connues, ne sont pas considérées comme incontournables. Plusieurs réponses au test de marché ont indiqué que les marques des parties à l'opération étaient moins notoires que celles de leurs principaux concurrents* ». Dans sa décision **09-DCC-67**, l'Autorité a ainsi retenu que « *le groupe LDC en acquérant la marque Maître Coq, première marque de produits élaborés cuits et en distribuant une très forte marque de produits panés (Le Gaulois) pourrait être en mesure de s'appuyer sur ces marques incontournables pour imposer le référencement de l'ensemble de sa gamme de produits au détriment des produits de ses concurrents* ».

Par ailleurs, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause. Ainsi, dans ses décisions **09-DCC-07**, **09-DCC-08** et **09-DCC-13**, l'Autorité a mis en avant le fait que seule une faible proportion des clients était commune. Ainsi, « *en premier lieu, il convient d'indiquer que les clients susceptibles d'acheter simultanément ces deux types de produits représentent une part faible (0-10 %) des ventes des sociétés cibles et de Benalu, et probablement une faible part de la demande de carrosseries sous température dirigée et de matériels de type bennes, citernes et plateaux* » (**09-DCC-07**). En effet, si les clients ne sont pas intéressés par la gamme de produits proposés par la nouvelle entité, la détention de cette gamme n'est alors pas susceptible de lui conférer un avantage concurrentiel. Ainsi dans la décision **09-DCC-48**, l'Autorité indique que « *le test de marché a par ailleurs confirmé que, sur ces marchés, la détention d'un large assortiment de produits par un même fabricant n'était pas de nature à lui conférer un avantage décisif dans le jeu concurrentiel* ».

En sus, lorsque les clients se révèlent intéressés par la gamme détenue par la nouvelle entité, encore faut-il que celle-ci soit effectivement en mesure de proposer une offre groupée ou liée dans un cadre de négociation globale et que cette offre représente un argument de vente déterminant pour le client. Ainsi, dans la décision **09-DCC-07** l'Autorité a indiqué que « *pour les clients communs identifiés, la proposition d'une offre incluant les produits de Benalu et ceux des sociétés cibles ne*

constituerait cependant pas un argument de vente déterminant, dans la mesure où les négociations s'effectuent généralement produits par produits, principalement en raison de la spécificité technique de chacun d'entre eux. Ainsi, chez les carrossiers généralistes, il existe des équipes commerciales différentes pour la carrosserie sous température dirigée et la carrosserie destinée au transport en vrac. La partie notificante a indiqué que les équipes commerciales de Benalu et celles des sociétés cibles ne seront pas fusionnées. En définitive, la condition de la détention d'une gamme de produits constituant un argument de vente déterminant n'est pas remplie». L'Autorité met également en avant cet argument dans sa décision **09-DCC-08** : « Les parties ont indiqué que les négociations se déroulaient produit par produit dans la mesure où les interlocuteurs au sein de chaque société cliente sont différents selon le produit acheté ce qui est également le cas au sein du groupe Farinia. La détention d'une gamme de produit n'est ainsi pas un argument de vente déterminant pour les clients. » Enfin, dans sa décision **09-DCC-13**, l'Autorité relève que « les contrats de transport ferroviaire de marchandises sont généralement conclus de gré à gré pour une durée de trois ans alors que les contrats de transport routier font l'objet d'appels d'offres remis en cause annuellement. Au surplus, les parties soulignent que du côté de l'offre, les activités de transport ferroviaire et de transport routier de marchandises sont gérées par deux entités totalement distinctes, ce qui rend ainsi difficile tout couplage d'offres entre ces deux types de transport ». À l'inverse, lorsque la nouvelle entité négocie de façon globale pour une gamme de produits avec ses clients, comme c'est le cas dans la décision **09-DCC-67** où « il ressort des réponses au test de marché que les négociations commerciales relatives aux produits élaborés peuvent être globales, ce qui signifie que les discussions entre un acheteur et son fournisseur ne se font pas nécessairement produit par produit mais se basent sur l'ensemble de la gamme proposée par le fabricant », la nouvelle entité est alors en position de mettre en place des ventes liées ou groupées.

L'Autorité apprécie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Elle examine notamment pour ce faire dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir à court ou moyen terme une gamme aussi complète de produits ou un éventail de marques aussi attractif. L'Autorité prend ainsi en considération la possibilité pour les concurrents de la nouvelle entité de contrer l'éventuelle stratégie de verrouillage de celle-ci. La possession par les concurrents d'une gamme équivalente à celle de la nouvelle entité est en effet susceptible de leur permettre de répliquer l'éventuelle stratégie de ventes liées ou groupées que la nouvelle entité pourrait mettre en œuvre à l'issue de l'opération. Ainsi dans ses décisions **09-DCC-07**, **09-DCC-43**, **09-DCC-48**, **09-DCC-52** et **09-DCC-91**, l'Autorité prend en considération pour écarter le risque d'effets congloméraux, la détention par au moins un concurrent d'une gamme équivalente. Ainsi, « en second lieu, certains concurrents des parties à la concentration, tels que les groupes Campofrio et Madrange, sont en mesure de proposer une gamme de produits au moins aussi large » (**09-DCC-52**); « enfin, LDC ne sera pas le seul acteur à détenir une large gamme de produits. Ce sera aussi le cas de Sodebo, de Fleury Michon ou des filiales du groupe Nestlé » (**09-DCC-48**); « d'autre part, les parties notificantes ont fait valoir que les principaux concurrents de Spie batignolles proposent d'ores et déjà une gamme de services au moins aussi importante que la nouvelle

entité» (09-DCC-43). Néanmoins, comme l'illustre la décision 09-DCC-67, il est également nécessaire que le concurrent possédant la gamme équivalente soit réellement en mesure de contrer la stratégie de ventes liées notamment en terme de présence sur les marchés. Ainsi, «*l'instruction a permis de démontrer qu'aucun concurrent de la nouvelle entité ne disposerait d'une gamme de produits élaborés cuits aussi large que la nouvelle entité. En effet, le groupe Doux est implanté essentiellement sur les produits panés et le groupe Gastronomer, bien qu'étant présent sur les mêmes marchés que la nouvelle entité, disposera de parts de marché très inférieures à celles de la nouvelle entité*» (09-DCC-67).

Il s'agit enfin, lorsque l'Autorité considère que l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de mettre en place une stratégie de verrouillage, de déterminer quel sera l'impact probable de cette stratégie sur les acteurs du marché y compris la nouvelle entité et, par conséquent, si celle-ci sera effectivement incitée à la mettre en œuvre. Ainsi dans sa décision 09-DCC-67, l'Autorité a notamment pris en considération le fait selon lequel «*la surface disponible dans les linéaires de la GMS demeure peu extensible. Ainsi, le référencement par un distributeur de la nouvelle entité sur de nouvelles catégories de produits induirait très probablement l'exclusion de ses concurrents des linéaires de cette enseigne de distribution*» pour déterminer l'impact d'une stratégie de ventes liées qui permettrait à la nouvelle entité de développer ses ventes.

Lorsque, au terme de son analyse, l'Autorité identifie des risques d'atteinte à la concurrence par la mise en œuvre d'effets congloméraux, des engagements peuvent alors être pris par les parties (09-DCC-67).

Les restrictions directement liées et nécessaires

Dans la décision 09-DCC-79 du 16 décembre 2009, l'Autorité s'est prononcée sur le caractère directement lié à l'opération notifiée et nécessaire à la réalisation de cette opération de plusieurs accords conclus entre l'acquéreur, Visa Europe, et les banques cédantes, la société cible étant la SAS Carte Bleue.

Il s'agissait, en premier lieu, d'une clause de non-concurrence de moins de trois ans, dont l'Autorité a estimé, en s'inspirant des critères d'analyse donnés par la Commission européenne dans sa communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005, qu'elle était bien directement liée et nécessaire. Chacune des banques cédantes s'engageant vis-à-vis de l'acquéreur, pour une durée de trois ans à compter de la réalisation de l'opération.

Il s'agissait ensuite d'un accord par lequel chaque vendeur s'engageait à s'approvisionner auprès de la cible pour un certain nombre de services pour une période qui n'était pas supérieure à cinq ans. L'Autorité a estimé que dans la mesure les obligations en cause portaient sur des quantités fixes et non relatives, elles constituaient des restrictions directement liées à l'opération et nécessaires à sa réalisation.

En troisième lieu, chaque banque cédante s'engageait à maintenir pendant trois ans un objectif de volume cumulé de dépenses réalisées avec les cartes Carte Bleue

Visa émises par cette banque. Cette obligation n'a pas été considérée comme étant directement liée et nécessaire, dans la mesure où d'une part, elle portait sur les dépenses réalisées par les consommateurs avec les cartes bleues Visa émises par chaque banque et n'était donc qu'indirectement liée aux activités de services de CBL et où, d'autre part, elle était de nature à introduire un facteur de rigidité dans la part de marché des cartes Visa Carte Bleue.

De la même façon, dans une décision **09-DCC-14** du 14 décembre 2009, l'Autorité a considéré que la clause de non-concurrence et de non-débauchage qui figurait dans le protocole de cession ne constituait une restriction directement liée et nécessaire que dans la limite d'une durée de trois ans et dans la mesure où elle ne limitait pas la possibilité des cédants d'acheter ou de détenir des parts de sociétés concurrentes de la nouvelle entité à des fins d'investissement.

Les mesures correctives

Lorsqu'une opération de concentration est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne sauraient être compensés par un apport suffisant au progrès économique et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'Autorité de la concurrence ne peut autoriser l'opération que si elle est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées.

Ces mesures peuvent, soit être proposées par les parties au titre de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase I ou de l'article L. 430-7, II du dudit code en phase II, soit être imposées par l'Autorité de la concurrence au titre 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 de la concurrence 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 2009, l'Autorité de la concurrence a autorisé trois opérations⁷⁸ sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties. Elle a confirmé la recherche, en priorité, de mesures structurelles, qui peuvent notamment, mais pas uniquement, prendre la forme classique de cession d'actifs. Toutefois, l'Autorité a également été amenée à accepter des mesures comportementales, soit parce qu'aucune mesure structurelle proportionnée ne pouvait permettre de répondre à l'atteinte à la concurrence identifiée, soit en raison de l'absence d'acquéreur intéressé par la reprise d'actifs.

78. Décisions 09-DCC-16 du 22 juin 2009, 09-DC-54 du 16 octobre 2009 et 09-DCC-67 du 23 novembre 2009.

Les mesures structurelles

Afin de résoudre des problèmes concurrentiels, l'Autorité de la concurrence a accepté un engagement classique de cession d'activité dans le cadre d'effets horizontaux, ainsi que la mise en place d'un système d'appel d'offres et de sociétés à capital ouvert dans le cadre d'effets verticaux.

Dans une décision **09-DCC-67** relative au secteur de la viande de volaille, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en raison de la forte position des parties sur les marchés de la viande de dinde et de poulet sous label vendue en GMS, l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux. Le problème identifié résultant d'un cumul de parts de marché importantes, une cession d'actifs apparaissait comme étant la solution la plus adaptée pour y remédier, puisqu'elle permettait une diminution automatique des parts de marché de la nouvelle entité. Les parties ont ainsi proposé de céder quatre sociétés appartenant à la cible, constituant le groupe Les Fermiers Landais. Afin que ces sociétés soient viables, l'engagement précisait que l'ensemble des actifs corporels et incorporels, du personnel nécessaire à l'exploitation des sites cédés, des autorisations administratives et des contrats existants étaient inclus dans le périmètre de cession. La cession a été encadrée dans le temps puisqu'elle devait intervenir dans une période de sept mois à compter de la décision d'autorisation, durant laquelle le cédant s'engageait à préserver la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des actifs cédés, divisée comme suit : une première période de trois mois durant laquelle les actifs pouvaient être cédés par la partie notifiante au prix de son choix et une deuxième période de quatre mois, au cours de laquelle les négociations pour la reprise des activités cédées étaient menées par un mandataire indépendant. Les parties ont souligné le fait qu'un repreneur concernant cette activité s'était déjà manifesté et qu'un protocole de cession avait déjà été signé prévoyant une réalisation de l'opération avant la fin de la première période. Toutefois, un protocole de cession n'étant pas contraignant vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence, les parties ont dû s'engager formellement sur la cession du groupe Les Fermiers Landais. L'existence d'un repreneur intéressé par les actifs cédés, indépendant des parties à la concentration et présentant un projet visant à assurer le maintien et le développement des activités des sociétés du groupe Les Fermiers Landais, a permis à l'Autorité de la concurrence de considérer qu'un tel engagement était effectivement viable et permettait de contrecarrer les effets anticoncurrentiels identifiés. Ce remède a permis de réduire à moins de 5 points l'incrément de parts de marché.

L'Autorité de la concurrence a également été amenée à accepter des mesures structurelles autres qu'une cession d'activité. Dans une opération relative au transport combiné de marchandises (**09-DCC-54**), elle a conclu que l'opération risquait d'empêcher les entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF d'avoir accès au marché de la traction ferroviaire, la SNCF étant initialement présente sur le marché amont de la traction, tandis que la cible, Novatrans, était le principal opérateur de transport combiné rail-route de marchandises et donc demandeur de services

de traction ferroviaire. Afin de résoudre ce problème concurrentiel, la SNCF s'est engagée à ce que Novatrans procède à une mise en concurrence systématique des différentes entreprises ferroviaires pour la traction de ses trains par la voie d'appel d'offres et choisisse l'offre la mieux-disante. Afin de garantir l'impartialité du choix de l'entreprise tractionnaire finale, la SNCF s'est engagée à publier des règles de consultation détaillant notamment les critères de choix de l'entreprise ferroviaire et la pondération de ces critères. Ces critères portant essentiellement sur le prix, le niveau des pénalités en cas de retard ou d'annulation et le niveau de sécurité, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'ils revêtaient un caractère suffisamment objectif, rendant ainsi cet engagement vérifiable par un mandataire indépendant lors du dépouillement des offres. La durée de l'engagement, cinq ans, prolongeable pour une durée maximale de cinq ans, était de nature à permettre aux entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF d'asseoir leur présence sur le marché de la traction ferroviaire. Toutefois, un tel processus conférant à Novatrans et donc à la SNCF un accès à des informations confidentielles sur les entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF, l'engagement structurel de mise en concurrence a été accompagné d'un engagement comportemental de confidentialité. Un tel engagement était nécessaire afin de rendre effectif le premier engagement, puisqu'il apparaissait peu probable que les entreprises ferroviaires privées répondent à un appel d'offres, sans garantie d'être choisies mais avec le risque que leur principal concurrent ait accès à cette occasion à des informations confidentielles les concernant. Aux termes d'un engagement de confidentialité, seuls le personnel en charge de la mise en œuvre et du suivi du processus de mise en concurrence ainsi que le directeur général de Novatrans, qui auront signé une lettre de confidentialité faisant partie intégrante de leur contrat de travail, auront accès aux réponses aux appels d'offres. En outre, les personnels concernés seront garantis d'une absence de sanction en cas de refus de réponse à une demande portant sur des données recueillies au cours des appels d'offres en provenance de la SNCF.

Par ailleurs, dans cette même décision **09-DCC-54**, la SNCF s'est engagée à créer des sociétés d'exploitation de terminaux à capital ouvert, afin d'éviter que l'opération n'entraîne une augmentation des prix en raison de la création de situations monopolistiques ou quasi monopolistiques de la nouvelle entité sur cinq terminaux et une forclusion de l'accès des opérateurs de transport combiné rail-route aux services de terminaux. Le capital de ces sociétés a été ouvert à tout opérateur de transport combiné concurrent de Novatrans réalisant un trafic suffisant au sein du terminal ou s'engageant sur un trafic minimal (dans les deux cas, trafic supérieur à 5 000 unités de transport intermodal par an ou à 10 % du trafic annuel du terminal). Les engagements ont par ailleurs prévu que les décisions revêtant un caractère stratégique fassent l'objet d'un consensus, conférant ainsi à un actionnaire même minoritaire une influence directe sur la gestion de la société. Toutefois, afin d'éviter les situations de blocage, les engagements ont prévu l'intervention d'un mandataire chargé d'organiser une procédure de conciliation et, seulement en cas d'échec de cette procédure, la décision reviendra à l'actionnaire majoritaire. L'Autorité de la concurrence a considéré que la création de telles sociétés

permettait d'ouvrir l'accès à la gestion des terminaux à d'autres opérateurs de transport combiné et ainsi d'écarter les risques concurrentiels identifiés et cela d'autant plus qu'un tel modèle de société existait déjà dans un terminal dont la bonne gestion était saluée par la plupart des opérateurs concernés.

Les mesures comportementales

Les engagements comportementaux acceptés par l'Autorité de la concurrence ont essentiellement concerné des atteintes à la concurrence par le biais d'effets non horizontaux.

Dans la décision **09-DCC-54**, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'opération était de nature à entraîner un risque de discrimination entre les demandes en provenance d'opérateurs de transport routier appartenant au groupe SNCF et celles émanant d'opérateurs tiers. En effet, à l'issue de l'opération, la SNCF, déjà présente sur le marché du transport routier de marchandises, était amenée à contrôler également le principal opérateur de transport combiné et donc fournisseur des transporteurs routiers intégrant du transport combiné dans leurs trajets. Afin d'éviter que Novatrans ne favorise les filiales de sa société mère, l'Autorité de la concurrence a jugé recevable un engagement de non-discrimination. En effet, aux termes de cet engagement, Novatrans devait établir et publier un tarif public de base et des conditions commerciales et mettre en place un système de réservation de places en ligne permettant aux transporteurs routiers de savoir au plus tard 24 heures avant le départ du train si leurs demandes pouvaient ou non être satisfaites. Par ailleurs, les engagements ont prévu l'existence d'un mécanisme de pénalités à l'égard de Novatrans au profit du transporteur routier lésé en cas de défaut injustifié de prestation. Un tel mécanisme de sanction financière permet ainsi de renforcer l'incitation de Novatrans à respecter son engagement de non-discrimination, puisqu'en cas de non-respect cette société s'expose à une sanction immédiate et automatique. L'Autorité de la concurrence a estimé que l'ensemble de ces dispositions, suivies par un mandataire, en rendant transparentes pour l'ensemble des transporteurs routiers les conditions commerciales appliquées par Novatrans étaient de nature à permettre d'écarter un risque d'atteinte à la concurrence par l'adoption d'un comportement discriminatoire.

Dans cette même décision, concernant également un risque de discrimination entre opérateurs de transport combiné appartenant à la nouvelle entité et les opérateurs tiers en matière d'accès aux terminaux, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'un engagement de non-discrimination basé sur l'établissement d'une grille tarifaire, sur la publication d'un document listant les créneaux disponibles et sur la nécessité pour la nouvelle entité de justifier par écrit tout refus d'accès ou de prestation était de nature à permettre d'écarter l'atteinte à la concurrence identifiée.

Dans la décision **09-DCC-67**, l'Autorité de la concurrence a conclu que l'opération pouvait porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux, en raison de l'élargissement de la gamme et du renforcement de la position de l'acquéreur concernant les produits élaborés à base de viande de volaille. Un

engagement classique dans une telle hypothèse à ne pas consentir de remise de gamme (ne pas proposer de remises, ristournes ou autres avantages tarifaires ou non tarifaires dont la contrepartie serait l'achat simultané de plusieurs types de produits et ne pas mettre en place de mécanismes ayant pour objet de subordonner l'octroi d'une réduction de prix à l'achat d'autres produits) et de non-couplage (ne pas subordonner la vente d'un produit à l'achat d'un autre produit), suivi par un mandataire, a été jugé par l'Autorité de la concurrence comme permettant de répondre au problème concurrentiel identifié.

Pour l'opération Banque Populaire/Caisse d'Épargne **(09-DCC-16)**, l'Autorité de la concurrence a mis en évidence un risque d'atteinte à la concurrence sur les marchés de la banque de détail et de la banque commerciale à la Réunion par le biais d'effets horizontaux. Elle a estimé qu'un engagement comportemental pouvait permettre d'écarter des risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux, tout en rappelant que *« lorsque cela est possible, des engagements structurels sont généralement considérés par les autorités de la concurrence comme particulièrement adaptés lorsqu'il s'agit de remédier à une atteinte portée à la concurrence du fait du cumul de parts de marché importantes (effets horizontaux). Ils sont préférés à des engagements comportementaux, nécessairement limités dans le temps, et dont le suivi peut être rendu difficile par d'importantes asymétries d'informations, entre les autorités de concurrence et les entreprises souscrivant des engagements, comme entre ces entreprises et le marché »*. Les parties se sont ainsi engagées à maintenir, sous le contrôle d'un mandataire, l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des activités de leurs trois réseaux, notamment en conservant des structures d'exploitation juridiquement distinctes et autonomes, des marques et enseignes différentes et en assurant une gestion autonome et séparée des trois réseaux. L'Autorité de la concurrence a jugé cet engagement pertinent, dans la mesure où, compte tenu de la crise traversée par le secteur bancaire et de sa gravité particulière en outre-mer, il aurait été difficile de trouver un repreneur intéressé par une cession d'activité. Or, un engagement pour être efficace doit pouvoir être mis en œuvre. De surcroît, l'engagement a prévu, en cas d'inefficacité du système mis en place, une cession d'actifs à un tiers dans l'hypothèse d'un manquement aux règles permettant le maintien de l'autonomie des trois réseaux ou dans l'hypothèse d'une dégradation du positionnement concurrentiel des trois réseaux. C'est pourquoi, l'engagement comportemental proposé par les parties et permettant de parvenir à un résultat comparable à une cession d'actifs a été accepté par l'Autorité de la concurrence.

Activité consultative

En matière consultative, l'Autorité de la concurrence, succédant au Conseil de la concurrence, a un large champ d'intervention qui, selon le Code de commerce, peut s'étendre à *« toute question concernant la concurrence »*. L'Autorité peut ainsi rendre des avis :

- sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, en application, notamment, des articles L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce;

- sur le fonctionnement concurrentiel des marchés, en application des articles L. 462-1 et L. 462-4 du Code de commerce ;
- sur les secteurs régulés, notamment les secteurs des communications électroniques, des postes et de l'énergie, à la demande des régulateurs sectoriels et en application des dispositions propres à chaque secteur.

En outre, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a conféré à l'Autorité le droit de se saisir d'office pour avis. Désormais, l'Autorité peut donc prendre l'initiative de donner un avis, rendu public, sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires

Avis relatifs aux accords dérogatoires aux délais de paiement

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a instauré, à son article 21, un délai légal maximal pour le règlement des transactions entre entreprises, fixé à 45 jours fin de mois ou 60 jours nets. Ce délai légal s'applique à toutes les entreprises à compter du 1^{er} janvier 2009.

Hormis pour le secteur de l'agroalimentaire et certaines professions de transport de marchandises, il n'existait jusqu'alors aucune norme légale en matière de délais de paiement, la fixation de ceux-ci relevant de la négociation contractuelle entre le fournisseur et son client.

Le législateur a souhaité intervenir, afin de ramener le délai moyen constaté en France au niveau de celui des principaux pays européens et de réduire les délais de paiement très longs pratiqués dans certains secteurs d'activité.

La mise en œuvre de cette réforme demandait néanmoins de tenir compte du fait que dans certains secteurs d'activité et depuis de nombreuses années, le financement de l'exploitation des entreprises reposait sur un crédit fournisseur élevé que s'accordaient mutuellement les opérateurs aux différents stades de la commercialisation des produits. Les niveaux élevés du crédit fournisseur existant dans certains secteurs d'activité ne pouvaient matériellement pas être résorbés dans le délai de cinq mois courant entre l'adoption de la loi de modernisation de l'économie et l'entrée en vigueur du délai légal de paiement au 1^{er} janvier 2009.

Le troisièmement de l'article 21 de la loi de modernisation de l'économie a ainsi ouvert la possibilité, pour les organisations professionnelles, de conclure un accord prévoyant une période de transition de trois ans au plus pour appliquer le délai légal de paiement.

Ces accords devaient être déposés auprès de la DGCCRF avant le 1^{er} mars 2009 et satisfaire les deux conditions tenant à l'existence de raisons économiques particulières

Pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence

au secteur demandeur, notamment au vu des délais de paiement et du niveau des stocks constatés, et à la mise en place d'un calendrier progressif de réduction des délais de paiement pour atteindre le délai légal au plus tard au 1^{er} janvier 2012.

Chaque accord devait être soumis à l'avis préalable de l'Autorité de la concurrence avant d'être approuvé et généralisé à l'ensemble de la profession concernée par décret.

L'Autorité a ainsi été conduite à rendre 34 avis favorables sur des accords inter-professionnels en matière de délais de paiement au cours du 1^{er} semestre 2009, qui sont retracés dans le tableau ci-dessous.

N° avis	Accord dérogatoire concernant le secteur d'activité
09-A-02	Bricolage
09-A-03	Jouets
09-A-04	Horlogerie-Bijouterie-Joallerie-Orfèvrerie
09-A-06	Matériaux de construction et services pour le BTP
09-A-07	Electricité-Chauffage-Sanitaire (BTP)
09-A-08	Livre
09-A-10	Papeterie
09-A-11	Conserves alimentaires
09-A-12	Pneumatiques
09-A-13	Produits pour animaux de compagnie
09-A-14	Deux-roues
09-A-15	Jardins amateurs
09-A-16	Nautisme
09-A-17	Industrie graphique (consommables, papier)
09-A-18	Véhicules de loisirs (caravanes, etc.)
09-A-19	Activités manuelles et artistiques
09-A-20	Produits acier pour BTP
09-A-22	Agroéquipement (matériels agricoles)
09-A-23	Armes et munitions
09-A-24	Quincaillerie industrielle pour BTP
09-A-25	Emballages pour peintures, vernis, encres
09-A-26	Tonnellerie
09-A-27	Compléments alimentaires
09-A-28	Disques
09-A-29	Cuir-Peaux
09-A-30	Textile-Habillement
09-A-31	Pisciculture
09-A-32	Optique-Lunetterie
09-A-34	Outillages pour l'automobile
09-A-36	Compléments alimentaires
09-A-37	Agrofourniture
09-A-38	Pêche de loisirs
09-A-39	Exploitation forestière
09-A-40	Articles de sport

Dans son analyse des accords dérogatoires, l'Autorité a souhaité faire preuve de pragmatisme, tout en tenant compte de la situation de la concurrence.

Ainsi, la période de dérogation ouverte par la loi jusqu'au plus tard le 1^{er} janvier 2012, devait véritablement être mise à profit par les entreprises pour réduire de

façon progressive et régulière les délais de paiement. L'Autorité a donc demandé aux entreprises et recommandé à la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, de réaliser un réel effort de réduction des délais dérogatoires dès l'année 2009, lorsque tel n'était pas le cas dans les accords proposés.

De même, l'Autorité a tenu compte de la mise en œuvre au quotidien des accords dérogatoires par les entreprises concernées, ainsi que de leur contrôle par l'administration et le juge pénal, en incitant les parties à simplifier des dispositifs de délais dérogatoires prévoyant un grand nombre de cas de figure.

Saisie de cinq accords différents dans la filière BTP, l'Autorité a obtenu que les quatre principaux (matériaux de construction, matériels électriques et sanitaires, deux accords existant pour la quincaillerie industrielle) soient unifiés sur une période de dérogation et des délais dérogatoires intermédiaires identiques. Seul l'accord relatif aux produits acier pour le béton n'a pas suivi ce calendrier unifié, en raison de la spécificité de ces produits, de leurs circuits de distribution et de leur utilisation.

À titre général, l'Autorité a recommandé à la ministre que le décret validant chacun des accords dérogatoires prévoit leur extension à toutes les entreprises partageant des conditions similaires d'exercice de leur activité.

Dans chaque cas d'espèce, l'Autorité a cherché à individualiser et à comparer ces conditions pour les différents circuits de commercialisation en présence (détaillants spécialisés indépendants, grandes surfaces spécialisées, grandes surfaces généralistes), afin d'apprécier le périmètre d'extension devant être recommandé à la ministre.

Parallèlement, chacun des accords a été examiné pour en écarter les clauses reflétant le pouvoir de marché d'une des parties à l'accord par rapport aux autres (par exemple, une dissymétrie dans la date d'application du délai légal selon qu'il s'agissait des fournisseurs ou des distributeurs). De plus, la correction ainsi demandée ne devait pas, dans un second temps, conduire la partie en position de force sur le marché en cause à obtenir une forme de compensation.

Avis 09-A-35 du 26 juin 2009 portant sur le projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement

L'Autorité de la concurrence a été saisie par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi d'une demande d'avis sur un projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement, portant création des établissements de paiement et portant transposition de la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

Après avoir examiné le cadre juridique, ainsi que les dispositions du projet d'ordonnance au vu de l'analyse économique de la concurrence dans les systèmes de paiement, national et étranger (notamment les expériences australienne et danoise), l'Autorité a émis un avis défavorable sur la transposition de l'article 52-3 de la

directive n° 2007/64/CE dans un nouvel article L. 112-11 du Code monétaire et financier. Elle a en effet considéré que, non seulement le projet d'ordonnance ne transposait pas correctement la directive n° 2007/64/CE, mais encore qu'il n'aurait pas pour effet d'encourager la concurrence entre les prestataires de services de paiement et entre les différents instruments de paiement proposés au public.

L'Autorité a notamment relevé qu'interdire aux commerçants de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés par leur clientèle risquait d'avoir pour résultat une répercussion sur les consommateurs des coûts des différents instruments de paiement de manière occulte, d'instaurer une « *subvention à l'envers* » au détriment des utilisateurs des instruments de paiement les moins coûteux et d'appauvrir l'offre d'instruments de paiement bon marché tout en réduisant l'acceptation des instruments de paiement les plus coûteux.

À l'inverse, elle a estimé qu'autoriser les commerçants à différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés par leur clientèle aurait pour conséquence de faire prendre conscience aux consommateurs du véritable coût des différents moyens de paiement, d'arrêter la « *subvention à l'envers* » existant actuellement au détriment des utilisateurs des instruments de paiement les moins onéreux et de diversifier l'offre des instruments de paiement.

Finalement, l'Autorité a recommandé de ne pas modifier la loi française en ce qu'elle ne limitait pas, jusqu'alors, la faculté des bénéficiaires de paiement de différencier leurs prix en fonction des instruments de paiement utilisés. Elle a également suggéré de transposer le principe figurant dans la directive n° 2007/64/CE, selon lequel les prestataires de services de paiement ne peuvent insérer dans les contrats qu'ils font signer aux bénéficiaires de paiement, une clause limitant de quelque façon que ce soit leur capacité à prévoir des frais. Elle a enfin proposé une nouvelle rédaction des dispositions de l'ordonnance, autorisant les commerçants à surcharger et comprenant des mesures d'accompagnement destinées à prévenir d'éventuelles dérives, telles que l'interdiction de pratiquer des frais supérieurs aux charges subies.

Avis 09-A-43 du 27 juillet 2009 relatif à un projet de décret concernant les tarifs réglementés de vente de l'électricité

La ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence sur un projet de décret concernant les modalités de fixation des tarifs réglementés de vente de l'électricité, en application de l'article 4, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et de l'article L. 410-2 du Code de commerce.

L'Autorité a rappelé que les objectifs à satisfaire au regard des règles de concurrence résultent de la directive n° 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, de la loi du 10 février 2000, ainsi que de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. Ces objectifs s'articulent autour des quatre points suivants : la transparence des règles tarifaires, la définition des bénéficiaires des tarifs, l'obligation d'équilibre financier de l'activité de vente d'électricité aux tarifs réglementés, ainsi que la procédure à suivre.

L'ensemble des éléments concourant à la fixation des tarifs doit figurer dans le décret

L'Autorité a rappelé que la transparence en matière de tarifs réglementés est l'une des conditions d'exercice d'une concurrence effective entre fournisseurs d'électricité. Cette transparence est garantie par l'article 4 de la loi du 10 février 2000, qui dispose que les tarifs sont adoptés par décret en Conseil d'État, après avis de l'Autorité, l'ensemble des règles relatives au mode de calcul des tarifs et la procédure à suivre pour la fixation de leur niveau devant figurer dans ce texte. Le renvoi à un arrêté pour des éléments constitutifs essentiels du tarif aurait pour conséquence de priver les opérateurs et les consommateurs des garanties de procédure et de stabilité des règles fixées par décret. Or, l'Autorité a observé que le projet de décret ne définissait ni les catégories tarifaires ni les options tarifaires et n'encadrait pas ces dernières options. Elle a donc recommandé qu'il précise la définition des différentes catégories tarifaires, ainsi que les objectifs et les critères des options tarifaires.

Le périmètre des bénéficiaires des tarifs réglementés

Au vu du nombre important de consommateurs se fournissant en électricité aux tarifs réglementés, l'Autorité a, de nouveau, souligné que les règles de fixation de ces tarifs doivent être exemplaires au regard des règles de concurrence.

Les tarifs réglementés doivent couvrir la totalité des coûts dont ils sont redevables

L'Autorité a rappelé que l'objectif d'un texte portant sur les modalités de fixation des tarifs réglementés est d'éviter toute distorsion de fonctionnement du marché libre, du fait de tarifs réglementés qui ne correspondraient pas aux coûts totaux supportés par le fournisseur car, à défaut, le fonctionnement du marché serait faussé en créant une barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs.

La règle de l'équilibre des tarifs réglementés

L'Autorité a relevé que la règle de couverture des coûts des tarifs réglementés, posée à l'article 4, II de la loi du 10 février 2000, alliée au principe de séparation comptable de l'article 25 de la même loi, vise à garantir l'absence de subventions croisées entre activités réglementées et activités concurrentielles. Elle a donc recommandé que le projet de décret rappelle ce principe de l'équilibre financier de l'activité de vente d'électricité aux tarifs réglementés, compris comme l'orientation de ces tarifs vers les coûts encourus par le fournisseur.

Les coûts d'EDF ou des distributeurs locaux à reprendre dans les tarifs

L'Autorité a observé que le projet de décret ne donnait pas une liste complète et exhaustive de la totalité des coûts à prendre en compte, dans la mesure où le recensement effectué dans le projet de décret était précédé de l'adverbe « *notamment* ».

Cette absence d'un recensement exhaustif des coûts à reprendre dans les tarifs réglementés est contraire à la loi du 10 février 2000, ainsi qu'à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, et maintenant de l'Autorité, relative aux tarifs publics en matière d'électricité, de gaz ou de transport ferroviaire. L'Autorité a donc demandé la suppression de cet adverbe. Elle a également demandé que soient définies les modalités de prise en compte des coûts d'approvisionnement du fournisseur en électricité, par production ou achats.

La périodicité et les modalités de révision des tarifs

L'Autorité a, enfin, recommandé que le projet de décret établisse la règle d'une révision, au moins annuelle, des tarifs réglementés par les ministres en charge de l'Économie et de l'Énergie, avec la possibilité d'un lissage des évolutions de coûts intervenues dans l'intervalle.

Avis 09-A-50 du 8 octobre 2009 relatif à un projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du Code du cinéma et de l'image animée

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, d'un projet d'ordonnance prévue par l'article 72 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, visant à modifier ou à créer dans le Code du cinéma et de l'image animée « *les dispositions législatives relatives à l'encadrement et à la régulation des rapports entre les différents acteurs économiques intervenant dans la diffusion des œuvres cinématographiques en salle et par les éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande* ». Ces modifications devaient permettre, selon le rapport de présentation au président de la République, l'articulation du droit de la concurrence et du droit du cinéma, en améliorant « *les outils de régulation des relations entre détenteurs de droits et diffuseurs des œuvres au bénéfice de la création cinématographique* ».

Le texte soumis à l'avis de l'Autorité définissait un cadre général de régulation de l'activité cinématographique. Mais en renforçant le dispositif existant, il instituait une régulation concurrentielle, confiée en partie au Médiateur du cinéma, ayant pour effet d'extraire l'industrie cinématographique du droit commun de la concurrence.

Par conséquent, l'Autorité a émis un avis favorable au projet d'ordonnance, sous deux réserves importantes :

- premièrement, que soit modifié l'article L. 213-7 définissant les relations entre le Médiateur du cinéma et l'Autorité, afin que ce dernier ne dispose pas de compétences en matière de pratiques anticoncurrentielles et que soit ainsi préservée la compétence générale de l'Autorité pour traiter des questions de concurrence ;
- deuxièmement, que soit retirée la disposition concernant le calendrier prévisionnel de sortie des films en salle, compte tenu des dangers inhérents à la pratique anticoncurrentielle que constituerait ce calendrier, prohibée par l'article

L. 420-1 du Code de commerce et par l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (article 101, paragraphe 1 du TFUE) et des incertitudes quant à la possibilité de justifier une exemption au titre des articles L. 420-4 du Code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE (article 101, paragraphe 3 du TFUE).

Par ailleurs, l'Autorité s'est déclarée défavorable à toute forme de rémunération minimale garantie, comme le prévoyait le projet d'ordonnance, pour les distributeurs d'œuvres cinématographiques. Elle a préconisé, au contraire, des solutions négociées au cas par cas, préservant les mécanismes de marché et limitant les effets anticoncurrentiels.

L'Autorité a également recommandé :

- une formalisation du contrat de concession des droits de représentation des œuvres cinématographiques, souple et adaptée à la réactivité du marché. En effet, si le contrat écrit constitue un progrès dans l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles, en ce qu'il garantit une plus grande transparence et un plus grand équilibre des rapports commerciaux entre les contractants, un formalisme excessif nuirait à la réactivité des opérateurs aux incitations de la demande ;
- l'abandon de la notion de rémunération minimale dans le cas de la *video on demand* (VoD), dans la mesure où la VoD constitue un marché émergent sur lequel on ne dispose d'aucune donnée et où l'interférence avec la chronologie des médias apparaît particulièrement complexe ;
- s'agissant des cartes illimitées, une meilleure cohérence entre les données économiques fondant la rémunération garantie des exploitants associés et celles servant à établir le prix de référence, assiette de la rémunération des ayants droit.

Avis 09-A-51 du 21 octobre 2009 relatif au projet de décret modifiant le décret n° 87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs des courses de taxi

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, d'un projet de décret modifiant le décret n° 87-238 du 6 avril 1987 réglementant le prix des courses de taxi, afin d'introduire un système de tarification forfaitaire pour certaines courses de taxi en région parisienne, au départ ou à destination des aéroports parisiens.

Cependant, en l'absence de précisions suffisantes sur le ou les objectifs poursuivis, sur la méthode d'évaluation retenue et sur le niveau auquel les forfaits pourront être fixés, l'Autorité n'a pas été en mesure de mener une étude circonstanciée des effets potentiels, sur les différents marchés susceptibles d'être affectés, de l'instauration de prix forfaitaires. Elle s'est donc bornée à émettre un avis favorable sur le principe de la mise en place d'un tel système de tarification, sans se prononcer sur l'incidence du projet de forfaitisation sur la concurrence.

Ce faisant, l'Autorité a constaté que la technique de la forfaitisation semblait contribuer à améliorer le fonctionnement des marchés en cause, soit en renforçant la sécurité du consommateur relativement au montant de la dépense engagée,

soit en opérant un rééquilibrage géographique de et de la demande, soit, enfin, en conduisant à une baisse des prix de la prestation de taxi. Ce système ne porte donc pas atteinte, en soi, au fonctionnement de la concurrence sur des marchés où celle-ci est déjà fortement réduite.

Cependant, l'appréciation positive ou négative du recours à la forfaitisation dépend largement de ses modalités de calcul et de son niveau : un forfait trop élevé pourrait nuire à l'objectif de baisse du prix moyen de la course, un forfait trop bas pourrait dissuader les taxis d'assurer un équilibre géographique de l'offre entre Paris et les aéroports parisiens. L'Autorité a, par conséquent, préconisé la fixation d'un prix « raisonnable » pour que le consommateur soit le bénéficiaire ultime de la forfaitisation en ce qui concerne, tant le niveau de prix de la course, que la disponibilité des taxis dans les aéroports parisiens et au centre de Paris.

Par ailleurs, l'Autorité a réaffirmé la nécessité de mettre en place un outil statistique de suivi de l'activité des taxis, en association avec la profession, afin d'évaluer l'état de l'offre et de la demande.

Enfin, l'Autorité a rappelé que le législateur a voulu que le Gouvernement s'appuie sur son expertise pour évaluer l'impact des mesures qu'il se propose de prendre sur le fonctionnement de la concurrence. Elle a donc manifesté le souhait d'être saisie à nouveau pour avis lorsque seront déterminées les modalités de calcul des forfaits et leurs niveaux de prix.

Avis 09-A-52 du 29 octobre 2009 concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales

L'Autorité de la concurrence a été saisie par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et le secrétaire d'État chargé de l'industrie et de la consommation, porte-parole du Gouvernement, d'une demande d'avis concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

Cependant, il n'a pas été possible à l'Autorité, compte tenu de la date à laquelle le texte lui a été transmis, de formuler son avis avant son examen par le Conseil d'État et son adoption par le Conseil des ministres. Aussi a-t-elle décidé de présenter des observations en vue du débat parlementaire, sur la version du projet de loi tel qu'il a été adopté par la commission de l'Économie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, enregistrée à la présidence du Sénat le 21 octobre 2009.

Le titre II du projet de loi transposait en droit français la directive n° 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

Si la dernière phase de l'ouverture du secteur permet, en théorie, une concurrence sur l'ensemble des marchés, elle verra en pratique La Poste demeurer, à l'horizon de la prochaine décennie, un acteur prépondérant, au titre à la fois du service universel et de sa position concurrentielle sur les marchés. Dès lors, la mise en œuvre *ex post* du droit de la concurrence risque de ne pas être suffisante et l'intervention

d'un régulateur sectoriel indépendant demeurera indispensable pour faire respecter les trois principes essentiels suivants :

- les prestations de service universel doivent être efficacement contrôlées par le régulateur ;
- le régulateur doit bénéficier de l'information la plus exhaustive ;
- des conditions de compétition équitables doivent être offertes à La Poste et à ses concurrents sur le marché postal.

Dès lors, l'Autorité a formulé les remarques qui suivent.

Le contrôle efficace des prestations du service universel

Le projet de loi prévoit de désigner La Poste prestataire du service universel pour une durée de quinze ans. Cette durée qui, même justifiée, est longue, doit avoir pour contrepartie la mise à disposition du régulateur de moyens efficaces de contrôle de la mise en œuvre du service universel, notamment au travers des tarifs.

L'Autorité a souligné la rupture d'égalité entre La Poste et ses concurrents concernant la durée des amortissements des actifs. Elle a estimé souhaitable d'harmoniser à quinze ans les durées de la désignation du prestataire du service universel et de l'autorisation d'exercice, ce qui permettrait d'envoyer un signal clair de la volonté d'ouvrir le marché postal et de traiter sans discrimination tous les opérateurs autorisés. L'Autorité a donc suggéré de modifier l'article 5-1 du Code des postes et communications électroniques (CPCE) en ce sens.

Quant au marché des envois postaux, le contrôle tarifaire du service universel tel qu'il est prévu dans le projet de loi (à savoir une simple information de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes [ARCEP] sur les tarifs et la compétence d'encadrement global par fixation d'un *price cap*) peut engendrer un risque de « *hausse fortes localisées* », ainsi que de subventions croisées au sein de ce service entre les prestations qui *de facto* n'attireront pas les concurrents et les autres.

Dans l'intérêt des consommateurs, l'Autorité a considéré que l'ARCEP doit avoir la possibilité de contrôler *ex post* les tarifs des prestations portant sur de petits volumes, en complément de la régulation par *price cap*, et d'inviter La Poste à les modifier, si elle juge qu'ils ne répondent pas aux obligations du service universel, en particulier à l'obligation d'offrir les services à un prix abordable.

Afin d'éviter les subventions croisées abusives, l'Autorité a considéré que l'ARCEP doit pouvoir appréhender les tarifs selon une maille raisonnablement fine en définissant, pour une période d'encadrement tarifaire, plusieurs sous paniers soumis à un mécanisme de *price cap*, avec la possibilité de distinguer non seulement envois en nombre et égrenés, comme le prévoit déjà l'article L. 5-2, 3° du CPCE, mais également les produits pour lesquels les consommateurs sont captifs et ceux pour lesquels il existe une concurrence.

D'autre part, l'Autorité a estimé nécessaire que le ministre en charge des Postes puisse, uniquement dans le champ du service universel, sur proposition de l'ARCEP

et après consultation de La Poste, imposer l'ajout d'une prestation au catalogue des prestations du service universel.

Si l'Autorité a considéré comme essentiel que soit garantie la pérennité du service universel, une référence à cet objectif a pleinement sa place dans l'article L. 2-2 du CPCE, qui traite de la mise en place du fonds de compensation et non dans le cadre du contrôle tarifaire exercé par l'ARCEP.

En ce qui concerne le contrôle tarifaire des contrats dérogatoires, l'Autorité a estimé que la loi, si elle supprime la référence aux coûts évités du service universel, doit la remplacer par une obligation d'orientation sur les coûts.

L'information la plus large du régulateur

À l'heure de l'ouverture totale du secteur postal à la concurrence, et alors que La Poste disposera d'une plus grande liberté dans la fixation de ses grilles tarifaires, il est essentiel, en particulier pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes de consultation croisée entre l'ARCEP et l'Autorité, que le régulateur sectoriel ait accès à une information exhaustive, à la fois tarifaire et comptable, en dehors du champ du service universel.

De l'information préalable la plus précise possible du régulateur, qui permettra à ce dernier de rendre un avis éclairé à l'Autorité, dépendent une prévention et une répression efficace des pratiques anticoncurrentielles. Si La Poste proposait, hors service universel, des prestations à un prix prédateur, le contrôle de droit commun de l'Autorité s'exercerait. Mais le fait que l'ARCEP soit informée, avant leur entrée en vigueur, des tarifs hors service universel et puisse saisir l'Autorité en cas de soupçon sur le niveau prédateur d'une nouvelle offre, aura un effet de dissuasion, ainsi que d'accélération de la procédure.

L'Autorité a estimé que la version de la loi en date du 21 octobre 2009 qui fait disparaître toute information préalable de l'ARCEP en dehors du champ du service universel n'est pas justifiée.

S'il n'est pas nécessaire à l'exercice de ses missions que l'ARCEP définisse les règles comptables en dehors du champ de la régulation postale, il semble en revanche absolument indispensable qu'elle ait accès à l'information la plus large sur la comptabilité analytique de La Poste, notamment sur les modalités d'affectation des charges communes aux activités postales et bancaires.

Favoriser les conditions d'une concurrence loyale entre les prestataires autorisés

Transposant une directive qui procède à l'ouverture complète à la concurrence du secteur postal, la loi doit favoriser l'émergence d'une concurrence loyale entre le prestataire du service universel et les opérateurs postaux alternatifs. Pour l'Autorité, cela implique que l'accès au marché des opérateurs alternatifs ne soit pas entravé, que le financement d'éventuels surcoûts de service universel soit équitable et que La Poste ne soit pas non plus excessivement handicapée par les différentes obligations qui pèsent sur elle.

Accès au marché

L'accès au marché passe par l'accès aux boîtes aux lettres, par l'accès aux moyens techniques détenus ou contrôlés par le prestataire du service universel et par la reconnaissance juridique des prestations des alternatifs.

L'Autorité a estimé souhaitable qu'il soit précisé que la mention « *envoyé en recommandé avec accusé de réception* » et, plus généralement, pour toutes les prestations, « *le cachet de La Poste faisant foi* » s'entendent des services offerts par tout opérateur autorisé.

Service universel

Le service universel est financé actuellement par l'existence d'un secteur réservé. Toutefois, la loi de 2005 a introduit dans le CPCE la possibilité du recours à un fonds de compensation. Les versions du projet de loi des 29 juillet et 21 octobre 2009 précisent les contours de cet éventuel mécanisme de compensation, avec des différences. L'Autorité a considéré que la compensation éventuelle des surcoûts nets ne doit pas se limiter aux surcoûts nets des seuls envois de correspondance mais s'étendre à tout le champ du service universel et que les contributions doivent être assises sur les chiffres d'affaires.

Obligations pesant sur La Poste

L'Autorité a considéré également que La Poste ne doit pas être excessivement handicapée par les différentes obligations qui pèsent sur elle, les éventuels surcoûts nets des missions de service public devant faire l'objet d'une compensation.

L'Autorité a souligné la compensation de la mission d'accessibilité bancaire (à savoir l'obligation, pour La Poste, d'ouvrir un livret A à toute personne qui en fait la demande et à assurer gratuitement des opérations de domiciliation, de dépôt et de retrait). Par ailleurs, elle a salué la clarification du coût de la mission de service public et la volonté de mettre fin à la subvention du transport de la presse par La Poste. Cependant, une clarification demeure nécessaire pour la mission d'aménagement du territoire qui n'est pas entièrement compensée. L'Autorité a souligné qu'il existe une différence entre le réseau nécessaire pour remplir la mission d'aménagement du territoire et le réseau nécessaire pour la seule accessibilité au service universel et que ce surcoût doit donner lieu à une compensation spécifique.

Quant à la compensation intégrale de ces surcoûts auxquels fait face La Poste, l'Autorité a estimé qu'elle nécessite une évaluation indépendante. Ainsi, il paraît préférable que la mission de service public d'aménagement du territoire soit définie en termes de facilité d'accès aux points de contact et par des critères objectifs fixant le résultat à atteindre, au lieu de déterminer un nombre de points de contact toujours discutable. Une fois le réseau optimal défini pour répondre à cet objectif de résultat, le surcoût net pour un opérateur efficace pourrait être estimé.

Enfin, pour s'assurer que la compensation des missions de service public est équitable, particulièrement si la compensation doit être intégrale, les surcoûts nets d'un opérateur efficace doivent être évalués au moyen d'une comptabilité *ad hoc*,

en collaboration avec La Poste, par exemple par une commission indépendante faisant intervenir des représentants de la Cour des comptes et de l'ARCEP, afin de s'assurer qu'il n'y ait ni sous-compensation, ni sur-compensation.

Avis 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique

Le ministre de la culture et de la communication a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis au sujet des différents dispositifs susceptibles de permettre la mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique, à l'instar du système appliqué par la loi Lang de 1981 au livre imprimé.

Au regard du caractère encore embryonnaire du marché du livre numérique, l'Autorité a estimé qu'il était primordial de permettre aux acteurs d'innover et de tester le marché, et, par conséquent, de ne pas mettre en place de façon prématurée un cadre qui pourrait se révéler trop rigide ou rapidement obsolète et qui risquerait au final de ralentir le développement du marché.

Les objectifs poursuivis par le prix unique s'agissant du livre imprimé ne sont pas entièrement transposables au livre numérique

Trois objectifs avaient présidé à l'adoption de la loi du 10 août 1981, dite loi Lang, qui prévoit que chaque livre papier a un prix fixé par l'éditeur : l'égalité des citoyens devant le livre, le maintien d'un réseau très dense de distribution et le soutien au pluralisme dans la création et l'édition. Compte tenu des caractéristiques propres au livre numérique, ces desseins ne lui semblent pas entièrement transposables. D'une part, la densité du réseau de libraires sur le territoire ne peut pas constituer un facteur d'accessibilité des consommateurs au livre numérique, celui-ci ayant vocation à être mis à disposition en ligne. D'autre part, la diversité de la création et sa mise en avant auprès du public paraissent pouvoir être naturellement favorisées dans un monde numérique, pour au moins deux raisons : la diminution du coût d'édition, de traduction et de diffusion des ouvrages et le phénomène de « *longue traîne* », qui favorise la coexistence d'un nombre considérable de références et parfois l'émergence de marchés de niche.

Le marché aujourd'hui embryonnaire doit se développer avant l'adoption de toute réglementation

Ainsi, s'il peut être légitime de chercher à limiter les risques de préemption du marché par un ou plusieurs opérateurs pionniers, les premiers développements du marché laissent présager que ce risque est faible. C'est pourquoi l'Autorité a recommandé qu'une période d'observation soit respectée, durant laquelle aucun dispositif spécifique ne serait défini pour le livre numérique et où différents modèles pourraient cohabiter (fixation des prix par le détaillant ou par l'éditeur, système technique ouvert ou fermé de téléchargement du livre). Une période d'un à deux

ans permettrait d'évaluer les différents modèles et de bénéficier, au terme de cette phase d'observation, de retours d'expérience pour envisager la suite.

Différents modèles contractuels peuvent être explorés

Dans son avis, l'Autorité a exploré plusieurs modèles contractuels qui pourraient régir les relations entre éditeurs et détaillants (contrat de mandat, contrat de courtier) et évalué leur compatibilité avec les règles de concurrence.

Fonctionnement concurrentiel des marchés

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

Saisie par le secrétaire d'État à l'Outre-mer sur la situation de la concurrence dans les départements d'outre-mer, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis concernant le secteur des carburants.

Dans les DOM, l'approvisionnement en carburants se fait au travers de mécanismes de monopole : monopole de l'achat, du fret, du raffinage et du stockage aux Antilles et en Guyane, ou seulement du fret et du stockage à la Réunion. C'est pourquoi ces prix sont réglementés. Mais les pouvoirs publics fixent également des plafonds pour les prix de détail des carburants afin d'éviter que l'insuffisance de concurrence sur l'approvisionnement ne conduise à une dérive des prix à la pompe.

Or, l'Autorité a constaté que la réglementation des prix des carburants s'était éloignée de ces objectifs initiaux. La régulation des prix des monopoles d'approvisionnement est insuffisante, car elle ne garantit plus l'absence de rente et le dispositif d'encadrement des marges de distribution et des prix de détail a été transformé en un système de prix unique aisément manipulable.

La régulation actuelle du secteur des carburants, qui repose sur la régulation des prix de détail, a échoué sur un double plan

Des prix maximaux devenus des prix minimaux

Les prix plafond ont en fait fonctionné comme des prix imposés supprimant toute incitation pour les détaillants de pratiquer un prix inférieur. L'impossibilité pour chaque détaillant d'adapter ses prix de détail à ses contraintes économiques propres a conduit à demander périodiquement des revalorisations générales qui ont profité à tous.

Ce système a ainsi créé des rentes au profit des points de vente les mieux placés et les plus rémunérateurs, une partie de ces profits étant reversée aux pétroliers propriétaires des fonds de commerce mis en gérance.

La distinction entre marge de gros et marge de détail sur laquelle se fonde la réglementation est d'ailleurs artificielle puisque des systèmes de redevances, jouant dans

les deux sens, permettent des transferts entre détaillants et grossistes, vidant de son intérêt la fixation administrative des deux marges. Au surplus ce plafonnement administratif des marges n'a pas empêché leur dérive.

Effets pervers en matière de fiscalité

L'Autorité a aussi relevé que la relative parité des prix de détail entre les DOM et la métropole sur le long terme (sauf en Guyane) malgré la dérive des prix hors taxes n'est obtenue qu'au prix d'une modération fiscale de la part des collectivités publiques. Or, les recettes manquantes sont compensées par la taxation d'autres produits, notamment des produits de consommation courante frappés par l'octroi de mer.

Les propositions de l'Autorité

L'Autorité a proposé de renforcer la régulation amont, dans le but de mieux encadrer les monopoles et de garantir *in fine* des approvisionnements au meilleur prix.

Pour l'achat des carburants, elle a proposé de réguler le prix d'approvisionnement en produits raffinés ou en produits bruts, en prenant pour référence des prix de marché indépendants des importateurs, et d'ouvrir l'importation des carburants aux opérateurs qui ne sont pas des compagnies pétrolières intégrées.

Pour le fret, elle a proposé de maintenir le système actuel de mutualisation du fret qui apparaît le meilleur en termes de coût, de sécurité et de régularité des approvisionnements. S'agissant d'une activité en monopole essentielle aux activités des distributeurs, les prix du fret doivent être impérativement orientés vers les coûts.

La conséquence de ces deux premières mesures serait la fixation par les pouvoirs publics du prix plafond des importations égal à la somme des deux prix régulés : produits raffinés + fret. Ce prix devrait être le seul prix de gros périodiquement réajusté par les préfets en fonction des cours mondiaux. Il devrait être rendu public afin de permettre aux usagers, aux associations de consommateurs et à toutes les parties prenantes, d'être informés des fluctuations du prix des produits avant imputation des marges de distribution.

Pour le stockage, l'Autorité a recommandé plusieurs mesures structurelles :

- elle a demandé d'interdire à un gestionnaire de facilité essentielle d'exercer une activité de distributeur aval – au sein de la même structure commerciale, ce qui devrait conduire à filialiser les activités de stockage ou à leur imposer une séparation fonctionnelle et comptable très stricte ; elle a aussi souhaité que tous les opérateurs, y compris ceux qui ne sont pas actionnaires de la Société anonyme de la raffinerie des Antilles (SARA), puissent aux Antilles accéder aux installations de stockage à un prix non discriminatoire ;
- par ailleurs, compte tenu des liens entre Shell et Total au sein de la Société réunionnaise des produits pétroliers, elle a demandé la filialisation complète des activités de stockage à la Réunion ;
- enfin, elle a recommandé de dénouer les liens structurels entre les réseaux de détaillants de Total et Shell qui devraient se retrouver en concurrence frontale sur le marché de la distribution.

L'Autorité a proposé de revoir le plafonnement des prix de détail en laissant au préfet la possibilité de les contrôler en cas de fonctionnement anormal du marché. Pour éviter la dérive des marges de détail, l'Autorité a recommandé la suspension de la publication des prix plafond. Cette suspension permettra aux plus petites stations de moduler leur prix sans entraîner une hausse générale des marges. Le préfet conservera la possibilité de publier par arrêté un prix maximal en cas de fonctionnement anormal du marché.

Pour assurer la fluidité du marché de détail, l'Autorité a recommandé de limiter à cinq ans les contrats de fourniture exclusive passés avec les détaillants indépendants (stations-service dont le fonds de commerce n'est pas la propriété de l'importateur-grossiste), d'inscrire dans les contrats la possibilité de racheter les installations fixes sans pénalité en cas de changement d enseigne et de supprimer dans les contrats actuels les clauses de préférence de revente de l'activité au profit de l'enseigne sortante.

Enfin, l'Autorité a estimé qu'une période d'expérimentation de trois ans s'avère nécessaire afin d'observer les évolutions réelles du marché et de procéder aux ajustements indispensables.

Avis 09-A-33 du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts (ONF)

Le Conseil de la concurrence a été saisi par la Fédération nationale du bois, la Fédération française des producteurs de pâtes de cellulose et l'Union des industries des panneaux de process, d'une demande d'avis relative à la vente de bois relevant du régime forestier public par l'Office national des forêts (ONF).

Ces organisations professionnelles demandaient que soient précisées les conditions dans lesquelles l'ONF pouvait recourir à la vente de gré à gré pour les ventes de bois relevant du régime forestier public.

L'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil de la concurrence, a relevé que l'ONF, établissement public à caractère industriel et commercial, est chargé de la gestion et de l'aménagement des forêts appartenant à l'État et de l'application du régime forestier aux bois appartenant aux collectivités locales.

L'Autorité a précisé que les activités de vente de bois au nom de l'État ou pour le compte de collectivités locales, distinctes de missions de service public et ne mettant pas en œuvre l'exercice de prérogatives de puissance publique, sont soumises aux règles de la concurrence. Par suite, elle a identifié les pratiques de l'ONF susceptibles de poser des questions de concurrence.

Les modalités de vente du bois

S'agissant d'abord du recours aux ventes de gré à gré, l'Autorité a appelé de ses vœux le développement de la contractualisation, particulièrement utile pour établir des conditions convenables sur le marché en cas de déséquilibre des forces entre les acteurs de l'offre et de la demande. Elle a également précisé que, en soi, le

choix d'une modalité de vente plutôt que d'une autre relève de la stratégie commerciale et environnementale de l'ONF, mais aussi des demandes de ses clients. Ainsi, la coexistence de formules traditionnelles de ventes publiques et de négociations directes avec les acheteurs dans le cadre de ventes de gré à gré, ne pose pas, en elle-même, de problèmes concurrentiels, à condition qu'elle n'aboutisse pas à priver certains clients de l'accès à une ressource indispensable ou à instaurer une discrimination entre les clients.

S'agissant ensuite de l'information sur les volumes vendus, l'Autorité a observé que l'ONF pratiquait déjà, de manière informelle, une publicité et un appel à la concurrence. Elle a préconisé la systématisation de cette information préalable, sous une forme agrégée, qui permettrait à des acquéreurs potentiels de manifester leur intérêt pour un lot ou d'arbitrer entre la passation de contrats et la réponse à des adjudications ou à des appels d'offres dans des conditions égalitaires. Une telle information préalable aboutirait à une meilleure mise en concurrence des contractants potentiels.

S'agissant enfin de l'absence de responsabilité de l'ONF en cas de modification du contrat de vente de bois façonné à la mesure par suite du désengagement de collectivités territoriales ou de l'État, l'Autorité a relevé qu'elle découle du système mis en place et regretté que le texte n'exige aucune motivation du désengagement unilatéral.

Le projet de transfert des missions d'inventaire de l'Inventaire forestier national (IFN) au sein de l'ONF

L'Autorité a souligné que ce projet de transfert présentait un double risque au regard du principe d'une concurrence non faussée : celui de l'accès de l'ONF à des données lui offrant une connaissance privilégiée du marché et, notamment, des demandes de ses clients potentiels ou de ses concurrents. L'Autorité a donc préconisé le maintien des missions de l'IFN et de l'ONF au sein de deux entités indépendantes. Elle a ajouté que si un rapprochement devait avoir lieu, il devrait plutôt être réalisé avec d'autres organismes ayant, par exemple, des missions d'inventaire, de cartographie ou de recherche. En tout état de cause, l'ONF devrait être traitée par l'IFN dans les mêmes conditions que n'importe quel propriétaire forestier privé.

La vente de bois à la filiale ONF Énergie

L'Autorité a considéré qu'en l'état actuel du développement de l'énergie bois, l'existence d'ONF Énergie, filiale de l'ONF, ne privait pas les industriels concurrents de l'accès à la ressource. Toutefois, elle a précisé que, si le marché du bois utilisé comme énergie était appelé à se développer au cours des prochaines années avec une part prépondérante des approvisionnements venant des forêts gérées par l'ONF, et si les activités de la filiale ONF Énergie devaient augmenter dans des proportions importantes, il serait souhaitable de renforcer l'autonomie de fonctionnement et de décision de cette filiale.

La comptabilité analytique

L'Autorité a réaffirmé la nécessité, pour l'ONF, de mettre en place une comptabilité analytique identifiant ses prestations concurrentielles, notamment, l'ingénierie forestière et la vente de bois, et ses prestations de service public, afin de lui permettre de justifier l'allocation de ses subventions à ses seules activités de service public et non à ses activités concurrentielles. Au vu des documents apportés dans le cadre de l'instruction, il n'a pas été possible à l'Autorité d'apprécier le caractère approprié de la comptabilité analytique dont l'ONF s'est doté en 2007.

Avis 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services

L'Autorité de la concurrence était saisie pour avis, par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, des relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communication électroniques et activités de distribution de contenus et de services.

Comme le prévoyait le plan gouvernemental « France Numérique 2012 », la ministre interrogeait l'Autorité sur la compatibilité avec les règles de concurrence des exclusivités d'accès par lesquelles certains fournisseurs d'accès à Internet (FAI) réservent à leurs abonnés des contenus très attractifs. Elle l'interrogeait également sur l'opportunité d'instaurer un cadre juridique spécifique, destiné à prévenir les risques de telles exclusivités.

La double exclusivité : une question nouvelle

Les exclusivités sont fréquentes dans le secteur de la télévision payante. Mais celles mises en place par Orange à la suite de l'acquisition de contenus *premium* du type sport ou cinéma relèvent d'un modèle nouveau, appelé à se généraliser à d'autres contenus et à s'étendre à d'autres supports – ADSL aujourd'hui, fibre optique demain.

Ce modèle est celui de la double exclusivité : exclusivité de distribution, donnant lieu à un abonnement au service télévisuel lui-même et exclusivité de transport et d'accès, qui impose, pour accéder aux contenus, d'acquiescer un abonnement à l'offre *triple play* du fournisseur d'accès Internet.

Ce sont les opportunités et les risques nés de ce modèle récent qu'a examinés l'Autorité dans son avis : ouverture possible du marché de la télévision payante, qui apparaît souhaitable ; fermeture probable du marché du haut et du très haut débit, qui se révèle très préoccupante – surtout si un tel modèle est imité par d'autres opérateurs et se généralise, dans la perspective du déploiement de la fibre optique.

La situation actuelle du secteur de la télévision payante rend souhaitable l'entrée de nouveaux acteurs sur ce marché

La plupart des FAI ne sont pas en mesure de constituer des bouquets attractifs, principalement du fait des exclusivités de distribution dont dispose Canal +, et sont souvent cantonnés à un rôle de simple transporteur, en permettant à leurs clients de souscrire directement aux offres de Canal + France sur l'ADSL.

Un nouvel entrant sur le marché de la télévision payante se heurte à plusieurs difficultés pour acquérir les droits de nouvelles chaînes : le marché manque de transparence sur les dates auxquelles expirent les exclusivités ; le coût d'entrée peut être important puisque les détenteurs des droits lui demanderont de compenser la perte de rémunération qu'entraîne une distribution non exclusive.

Aussi, l'Autorité considère-t-elle que toutes les incitations qui peuvent favoriser l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché de la télévision payante ont *a priori* un effet positif, notamment pour les consommateurs, qui peuvent en attendre une baisse des prix, un accroissement de la diversité des contenus proposés, ainsi que l'accès à de nouvelles offres intermédiaires, plus accessibles en terme de prix que les offres *premium* haut de gamme de Canal + aujourd'hui proposées.

Mais, l'Autorité a estimé que la réponse doit être recherchée ailleurs que dans le modèle économique – contestable – de la double exclusivité revendiquée par Orange et cela pour trois raisons :

- d'abord parce qu'il existe d'autres propositions pour inciter à investir dans les contenus, moins dommageables pour la concurrence ;
- ensuite parce que la bonne réponse à une insuffisance de compétition en amont n'est pas d'encourager une stratégie qui peut avoir pour effet potentiel le verrouillage de la concurrence en aval ;
- enfin et surtout parce que l'imitation et la généralisation du modèle de la double exclusivité comportent des risques sérieux pour l'intensité de la concurrence et la liberté des consommateurs sur les marchés du haut débit et – demain – du très haut débit.

La double exclusivité entraîne en effet une restriction du choix du consommateur, qui ne peut plus avoir accès à tous les contenus attractifs, ou est obligé de payer beaucoup plus cher pour avoir un accès universel aux contenus. À terme, on peut redouter, si le modèle économique de la double exclusivité s'étendait à d'autres contenus attractifs ou était repris par d'autres opérateurs, un enfermement du consommateur au sein d'un « *écosystème fermé* ». Le consommateur resterait alors chez un opérateur télécoms uniquement ou principalement pour les contenus que celui-ci a acquis à titre exclusif.

Par ailleurs, en faisant l'acquisition de contenus *premium* et en les réservant à ses seuls abonnés Internet, la stratégie d'Orange comporte aussi le risque de déstabiliser le marché du haut débit au détriment des opérateurs concurrents. Si cette stratégie n'a pas eu pour l'instant pour effet concret de reprendre des abonnés à ses concurrents, elle a du moins pour objectif de fidéliser ses propres abonnés

puisque'ils ne peuvent plus faire jouer la concurrence des autres fournisseurs d'accès Internet sans perdre les contenus auxquels ils sont attachés.

Si le modèle économique de double exclusivité se généralisait, il pourrait conduire à terme à un duopole tant sur le marché de la télévision payante que sur le marché du haut débit. Les opérateurs télécoms ne souhaitant pas, ou n'ayant pas les moyens de s'intégrer verticalement, ne pourraient se maintenir sur le marché du haut débit. Le risque serait alors grand que se confrontent deux opérateurs intégrés : Canal +/SFR, après la fin des engagements souscrits lors des récentes fusions, d'un côté, et Orange de l'autre.

La position de l'Autorité

L'exclusivité d'accès doit rester une solution exceptionnelle, strictement limitée dans sa durée et dans son champ

S'il est nécessaire de maintenir, pour les opérateurs télécoms, les incitations à investir dans les contenus et à développer des services associés et interactifs, l'Autorité considère qu'il est souhaitable de limiter la durée d'exclusivité à un ou deux ans et d'en restreindre le champ aux véritables innovations de nature technique (services interactifs associés aux flux linéaires) ou commerciales (programmes innovants en linéaire venant enrichir la gamme des offres intermédiaires) pour lesquelles il y a lieu de faciliter l'apprentissage par les abonnés ou de tester le marché.

L'autodistribution est une solution d'équilibre satisfaisante

À la fin de l'éventuelle exclusivité d'accès, il semble compréhensible que le FAI ne souhaite pas rendre disponibles ses chaînes sur le marché de gros et les voir intégrées aux bouquets propriétaires des autres fournisseurs d'accès. Les incitations à investir dans les contenus seraient alors trop faibles pour un acteur non dominant de la télévision payante, puisque les autres distributeurs pourraient, sans prendre de risque industriel, intégrer directement les chaînes dans leurs bouquets propriétaires.

L'autodistribution permettrait en revanche à un FAI comme Orange de maîtriser la relation commerciale avec l'abonné et de développer son parc potentiel d'abonnés pour la diffusion la plus large, et donc la plus rentable, des chaînes. Pour les consommateurs, cette solution leur permettrait d'avoir accès à tous les contenus les plus attractifs sans être enfermés chez un FAI.

La régulation du marché de gros des chaînes payantes reste un complément indispensable

Un partage inéquitable de la valeur entre distributeurs de contenus et opérateurs de réseaux peut nuire à l'investissement, qui est nécessaire pour développer des services interactifs et déployer la fibre optique. Or cette question ne trouvera une solution satisfaisante sur le long terme qu'en développant la concurrence sur les marchés de la TV payante et non en limitant la fluidité des marchés du haut débit et du très haut débit.

C'est pourquoi l'Autorité appelle de ses vœux une évolution sensible des conditions actuelles de fonctionnement du marché de gros des chaînes payantes, en complément des limitations strictes qui doivent être imposées au modèle de la double exclusivité revendiqué par Orange.

Conclusion

L'Autorité estime qu'il est nécessaire de fixer des règles du jeu claires pour, d'une part, définir les conditions très strictes de durée – un ou deux ans au maximum – pendant laquelle pourrait être tolérée une exclusivité d'accès réservée à des services innovants et, d'autre part, pour permettre une ouverture suffisante du marché de gros des chaînes payantes, notamment dans le domaine du sport et du cinéma, qui exigerait la régulation des montants et du champ des clauses d'exclusivité du distributeur dominant, ainsi que la pérennisation et l'extension des engagements qu'il a souscrits.

La clarté des règles du jeu est en effet un élément essentiel pour favoriser le dynamisme des différents acteurs, et donc l'investissement et l'innovation, à la fois dans le secteur de la télévision payante et dans celui des télécoms.

Certes, ces règles peuvent être imposées au cas par cas, au travers des décisions contentieuses que l'Autorité sera conduite à prendre sur les différentes plaintes dont elle est saisie. Mais leur définition prendra du temps, ne vaudra que pour les pratiques examinées – sans pouvoir fournir un cadre plus général et plus prévisible – et donnera lieu à des contestations incessantes.

Les jugements des tribunaux saisis ou les décisions de l'autorité de concurrence ne pourront jamais garantir – pas plus que celles, complémentaires, des régulateurs sectoriels – la même sécurité juridique que la norme écrite. Au moment où s'engage le déploiement massif de la fibre optique et donc du très haut débit, qui engendrera lui-même de nouveaux usages, l'Autorité s'est déclarée favorable à la mise en place d'un cadre législatif.

Avis 09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris

Saisie par le Syndicat des transports d'Île-de-France (STIF), établissement public chargé de l'organisation des transports publics de personnes en Île-de-France, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis sur les conditions propres à assurer le respect des règles de concurrence lors de la mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur la Seine.

Le STIF envisageait, afin de compléter l'offre de transport collectif existante, de mettre en place à l'horizon 2010-2011 un service public régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur la Seine.

L'Autorité a émis plusieurs recommandations afin que les règles de concurrence soient respectées tout au long du processus.

L'Autorité a rappelé au STIF la nécessité d'organiser une réelle mise en concurrence dans la procédure de sélection de l'opérateur en charge du futur service Voguéo

Le STIF envisageait de recourir à la procédure de délégation de service public pour attribuer l'exploitation du service : l'opérateur choisi assumerait alors une partie du risque d'exploitation et se rémunérerait à partir des recettes d'exploitation. L'Autorité a appelé l'attention du STIF sur la nécessité de respecter – tant dans la procédure d'appel public à candidatures que dans la procédure d'attribution de la délégation – les principes d'égalité de traitement entre candidats, de transparence et de proportionnalité, et de garantir un degré de publicité adéquat en faveur de tout soumissionnaire potentiel, notamment au regard de la réglementation européenne en la matière.

Le lancement de Voguéo s'accompagnerait pour le STIF d'une série d'obligations nouvelles du fait de la situation de monopole de ce futur service

L'Autorité a noté que le fait que la collectivité impose au futur opérateur Voguéo de pratiquer la tarification francilienne du transport public revient à lui conférer un monopole. En effet, cette tarification est telle qu'aucune entreprise non subventionnée ne pourrait proposer un service identique, compétitif en termes de prix. L'Autorité a appelé l'attention du STIF sur sa future responsabilité par rapport à d'éventuels concurrents de Voguéo, si ce dernier entendait à l'avenir développer de nouveaux services de transport (à contenu touristique notamment) sur des marchés connexes. En situation de monopole, il ne devrait pas abuser de son pouvoir de marché en fermant, par exemple, à des concurrents l'accès à ces marchés connexes : un opérateur privé qui souhaiterait développer un service de transport devrait pouvoir obtenir un accès aux embarcadères et recevoir les autorisations de navigation nécessaires, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

L'Autorité a invité le STIF à entamer une procédure de prénotification auprès de la Commission européenne afin de lever toute incertitude sur l'utilisation des subventions publiques

L'Autorité a invité le STIF à se rapprocher des services de la Commission afin d'éviter que les ressources publiques affectées à Voguéo ne soient considérées comme des aides d'État au sens du traité CE, même si l'Autorité considère *prima facie* que ce risque est quasi inexistant.

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

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par le secrétaire d'État à l'Outre-mer de la situation de la concurrence dans les départements d'outre-mer. L'avis 09-D-45 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les DOM constitue le second volet de la saisine, après l'avis 09-A-21 du 24 juin 2009 concernant les carburants.

Dans les DOM, la petite taille des marchés et leur éloignement des principales sources d'approvisionnement constituent des obstacles naturels à l'obtention de prix comparables à ceux observés en métropole. Aux surcoûts qui en résultent s'ajoute la taxe d'octroi de mer, perçue par les collectivités locales sur les importations et qui accroît mécaniquement les prix de vente aux consommateurs.

Cependant, ces spécificités ne suffisent pas à expliquer l'importance des écarts de prix constatés entre la métropole et les DOM pour les produits de grande consommation. Ainsi, selon les relevés effectués sur un échantillon de produits importés de métropole dans les quatre DOM, les écarts de prix en magasin avec la métropole dépassent 55 % pour plus de 50 % des produits échantillonnés, un pourcentage trop élevé pour trouver exclusivement sa source dans les frais de transport et l'octroi de mer. L'Autorité a identifié dans son avis plusieurs particularités des circuits d'approvisionnement des marchés domiens permettant aux opérateurs de s'abstraire partiellement du jeu concurrentiel, seul capable de faire baisser les prix en faveur du consommateur dans les départements d'outre-mer.

Une concurrence insuffisante dans les marchés de détail et de gros

Selon l'Autorité, le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire dans les DOM est trop peu concurrentiel. Protégé par des barrières à l'entrée spécifiques (longueur des circuits logistiques vers les territoires ultramarins, rareté et prix élevé du foncier commercial), il présente un niveau de concentration élevé, certains groupes détenant des parts de marché en surfaces commerciales supérieures à 40 %, soit sur la totalité du département concerné, soit sur une ou plusieurs zones de chalandise.

Les comportements mis en œuvre par les opérateurs confirment ce manque de concurrence, qu'il s'agisse de la faible présence des marques de distributeurs dans les rayons ou de la quasi-absence de répercussion des marges arrière dans le prix de revente au consommateur.

La faible concurrence sur le marché de détail est d'autant plus préjudiciable au consommateur domien qu'en amont, les importateurs-grossistes auxquels fabricants et distributeurs font souvent appel sont, eux aussi, relativement préservés des pressions concurrentielles. En particulier, les pratiques d'exclusivité territoriale liant fréquemment fabricants et importateurs dans chaque DOM atténuent la capacité des distributeurs à arbitrer entre différents importateurs-grossistes ou entre

ces derniers et les industriels implantés en métropole, réduisant ainsi la concurrence entre produits d'une même marque, voire entre produits de marques différentes. Plus généralement, du fait de ces exclusivités, les distributeurs domiens ne peuvent finalement arbitrer qu'entre un nombre de fournisseurs plus restreint qu'en métropole. Le distributeur échouant ou n'étant pas incité à faire jouer la concurrence entre les importateurs-grossistes, ces derniers parviennent donc à prélever des marges commerciales conséquentes, qui oscillent entre 20 et 60 % pour un nombre élevé de références, voire approchent ou dépassent 100 %.

Les propositions de l'Autorité pour redynamiser la concurrence sur les marchés

Réprimer d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles

À l'occasion de l'examen de la demande d'avis, des pratiques mises en œuvre à différents niveaux de la chaîne importation-distribution et susceptibles de recevoir la qualification d'ententes anticoncurrentielles (telles que prix de revente imposés, ententes horizontales, exclusivités de clientèle et d'approvisionnement, restrictions au commerce parallèle) ont été portées à la connaissance de l'Autorité, qui engagera les enquêtes qu'elle estime nécessaires.

Fluidifier le jeu concurrentiel en supprimant les barrières réglementaires à l'entrée et en améliorant l'information du consommateur

L'Autorité a préconisé de lever les obstacles réglementaires qui s'opposent à l'arrivée de nouveaux acteurs, condition nécessaire à la pleine mise en œuvre du processus concurrentiel. Outre les réformes déjà engagées dans le cadre de la loi de modernisation de l'économie, la suppression du contrôle exercé par les commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC) sur les projets d'implantation de plus de 1 000 m² et la diminution des seuils de notification pour les opérations de concentration impliquant des grandes surfaces implantées dans les DOM sont de nature à promouvoir une structure du marché de la distribution de détail plus concurrentielle.

Par ailleurs, l'Autorité a estimé que les efforts mis en œuvre pour améliorer l'information des consommateurs sur les prix ou les politiques de prix des grands distributeurs doivent être poursuivis en tenant compte de plusieurs suggestions émises dans l'avis rendu public.

Mutualiser les circuits logistiques

Parallèlement à ces recommandations de nature concurrentielle, l'Autorité a estimé nécessaire de travailler à l'amélioration des circuits logistiques entre la métropole et les territoires domiens. La segmentation de l'approvisionnement entre différents opérateurs et intermédiaires empêche la réalisation d'économies d'échelle tout en accroissant le cumul des marges à chaque stade de la chaîne d'approvisionnement. Les collectivités locales et l'État doivent donc mettre en place dans chaque DOM une mission d'études avec pour objectif de définir les modalités de création et de

fonctionnement de centrales d'approvisionnement et de stockage régionales, qui, par mutualisation des moyens, réduiraient les coûts et permettraient aux distributeurs de mieux faire jouer la concurrence entre fabricants et intermédiaires.

Revoir les dispositifs d'aides aux entreprises locales

Enfin, l'Autorité a recommandé que soient réexaminés les dispositifs d'aides aux entreprises implantées dans les DOM, qu'il s'agisse de l'octroi de mer ou des exonérations de charges et des subventions versées aux industriels locaux. De telles mesures ne peuvent être justifiées que si leurs coûts à court terme, en termes de prélèvement ou de renchérissement des prix, sont compensés par le développement, à moyen terme, d'une industrie locale compétitive.

Or, les éléments recueillis tendent à indiquer que ces mesures d'aide sont, dans le contexte actuel, peu incitatives à l'amélioration de la compétitivité des entreprises locales, voire encouragent des prix élevés. Dans le cas des yaourts, du café ou de l'eau de source produits localement, des marges et des prix plus élevés que ceux des produits importés ou vendus en métropole ont été constatés, en dépit des aides et protections dont bénéficient les producteurs locaux.

De tels exemples incitent à envisager une suppression progressive de l'octroi de mer et à instaurer un mécanisme d'évaluation des différentes aides allouées, notamment en termes de compétitivité des entreprises locales.

En tout état de cause, l'Autorité a rappelé que la réglementation des prix n'est pas une solution aux problèmes de concurrence identifiés : en raison des risques de définition erronée des prix de vente, de revente ou des marges qu'elle comporte et des difficultés de mise en œuvre, elle doit demeurer une mesure d'exception portant sur des secteurs ou des étapes du circuit d'approvisionnement clairement identifiés sur lesquels le jeu de la concurrence est mis en échec. Or, dans le cas d'espèce, une réglementation des prix pourrait aggraver le déficit de concurrence déjà constaté sans pour autant parvenir à faire diminuer les prix de façon durable.

Avis 09-A-46 du 9 septembre 2009 relatif aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés

L'Autorité de la concurrence a été saisie par la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi d'une demande d'avis sur les risques et bénéfices éventuels sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés par les organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM).

Des partenariats de plus en plus nombreux entre les OCAM et les professionnels de santé

Les OCAM sont traditionnellement classés en trois catégories : les mutuelles régies par le Code de la mutualité, les sociétés d'assurance régies par le Code des assurances et les institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale ou le Code rural. Ils jouent un rôle majeur dans quatre secteurs où

les remboursements du régime obligatoire sont faibles, voire inexistants et où ils constituent les principaux contributeurs : l'optique, le dentaire, les médicaments non remboursés et l'audioprothèse.

De nombreux OCAM ont mis en place des partenariats – directement ou par l'intermédiaire de sociétés tierces qui agissent en qualité de plateformes (comme Santéclair pour AGF ou Itélis pour Axa) – avec certains professionnels de santé.

Ces partenariats reposent sur la combinaison d'engagements réciproques en ce qui concerne les prestations non soumises à régulation tarifaire :

- les professionnels de santé agréés s'engagent à fournir à un certain niveau de qualité des services rendus aux assurés, à mettre en place le tiers payant et à respecter une certaine modération tarifaire;
- en contrepartie, les assurés de l'OCAM concerné sont orientés vers les professionnels de santé membres du réseau, ce qui leur assure un flux de clientèle régulier.

Le nombre de professionnels de santé concernés varie selon les réseaux et la profession exercée. À titre d'exemple, la MGEN compte 1 600 opticiens affiliés (sur un total d'environ 11 000) et 25 600 dentistes (sur un total d'environ 36 000 exerçant à titre libéral). Santéclair regroupe environ 1 350 opticiens affiliés, 3 200 dentistes, 600 pharmaciens (sur un total de 28 000 pharmaciens titulaires) et une centaine d'audioprothésistes (sur un total d'environ 2 250 dont 824 libéraux). Itélis compte à ce jour environ 1 500 opticiens et 3 300 dentistes et a conclu des accords avec trois enseignes d'audioprothésistes. Groupama recense près de 1 500 opticiens et 3 500 chirurgiens-dentistes.

L'Autorité n'est pas hostile au principe de numerus clausus pour l'accès à ces réseaux, mais elle préconise l'application de critères d'admission transparents, objectifs et non discriminatoires

Il existe deux types de réseaux : les réseaux ouverts et les réseaux fermés. Les réseaux ouverts accueillent tout professionnel de santé demandeur auprès des OCAM et remplissant les conditions définies conventionnellement (tarifs, qualité et gamme des produits, etc.). Les réseaux fermés limitent l'accès au réseau à un nombre limité de professionnels par zone géographique (*numerus clausus*), choisis selon des critères qualitatifs et tarifaires et sélectionnés, à critères égaux, pratiquement toujours selon l'ordre d'arrivée de leur candidature. Les seuls réseaux fermés existant actuellement sont les réseaux d'opticiens, lesquels sont en compétition serrée pour intégrer les réseaux existants.

Les conventions passées avec les gestionnaires de réseaux sont susceptibles de constituer le support de pratiques ayant pour objet ou pour effet d'exclure certains professionnels du marché. Aussi, l'Autorité a considéré qu'il était nécessaire d'observer une vigilance accrue quant aux garanties permettant de vérifier que le processus de sélection des professionnels de santé repose sur une concurrence par les mérites. Par ailleurs, l'Autorité a estimé que la durée des conventionnements devrait être limitée à trois ou quatre années afin d'assurer une fluidité suffisante

du marché. Elle a aussi recommandé que les conditions d'accès des professionnels de santé nouvellement installés soient clarifiées.

L'Autorité a étudié les conséquences éventuellement proconcurrentielles ou anti-concurrentielles du développement des réseaux de soins sur chacun des trois marchés suivants : en premier lieu, un ou plusieurs marchés amont d'adhésion aux réseaux de soins, en deuxième lieu, les différents marchés de biens et services de santé sur lesquels sont présents les professionnels de santé et les patients et enfin, un ou plusieurs marchés d'assurance-maladie complémentaire.

L'Autorité n'a pas identifié de risques majeurs pour les professionnels non sélectionnés sur le marché d'adhésion aux réseaux de soins, même dans les cas de réseaux fermés, aucun des conventionnements existants ne comportant de clause d'exclusivité et, de plus, le recours par les assurés aux professionnels membres des réseaux ne présentant aucune automaticité. Le poids des grandes enseignes dans l'optique ne doit pas non plus être négligé. Mais l'Autorité a considéré qu'il est nécessaire d'observer une vigilance accrue quant aux garanties permettant de vérifier que le processus de sélection des professionnels de santé repose sur une concurrence par les mérites. Par ailleurs, l'Autorité a considéré que la durée des conventionnements devrait être limitée (trois ou quatre années) afin d'assurer une fluidité suffisante du marché. Elle a aussi recommandé que les conditions d'accès des professionnels de santé nouvellement installés soient clarifiées. Elle a enfin demandé de veiller à ce que les conventions ne comportent pas de clauses d'exclusivité – qui pourraient limiter la possibilité pour des réseaux concurrents de pénétrer le marché – ni de clauses restrictives de concurrence.

Si le risque d'homogénéisation des tarifs pratiqués au sein d'un même réseau ne peut être exclu, le développement de réseaux de professionnels de santé agréés par les OCAM apparaît comme plutôt proconcurrentiel

Les marchés des soins dentaires et de l'optique se distinguent par une forte asymétrie d'information en défaveur des consommateurs, renforcée par l'interposition du mécanisme assurantiel. En effet, celui-ci conduit parfois, en particulier dans le cadre de remboursements complémentaires significatifs, à une relative indifférence de l'assuré aux prix pratiqués, ainsi qu'à une convergence entre les tarifs pratiqués par les professionnels et le montant maximal des garanties accordées par les OCAM. Par ricochet, une augmentation du niveau des primes d'assurance complémentaires peut en découler.

La mise en place de réseaux de professionnels agréés est précisément de nature à perturber positivement ce schéma. Axée, de fait, sur la régulation de l'offre et reposant sur une identité d'intérêts entre l'organisme complémentaire – qui cherche à mieux maîtriser ses coûts – et les assurés – qui souhaitent bénéficier d'un reste à charge nul ou limité et d'une prime d'assurance la moins élevée possible –, elle soumet les professionnels souhaitant être sélectionnés à l'obligation de respecter des engagements de modération tarifaire. Ainsi, à supposer qu'il y ait uniformisation des tarifs, il y a toute probabilité qu'il s'agisse, d'une uniformisation à un niveau sensiblement moindre qu'en l'absence de tout mécanisme de contractualisation.

En outre, le développement du conventionnement est susceptible d'engendrer un fonctionnement plus concurrentiel du marché dans la mesure où les professionnels non conventionnés par les OCAM seront incités à offrir soit des services supplémentaires (telles que des conditions de paiement différé), soit une qualité de services supérieure ou encore des tarifs attractifs, pour continuer à attirer des assurés.

L'Autorité a souligné qu'elle peut difficilement apporter de contribution sur la question concernant les moyens de garantir le caractère objectif des données qualitatives utilisées par les OCAM pour l'analyse des devis et la renégociation des prestations auprès des professionnels. En revanche, l'Autorité a appelé de ses vœux la mise en place de processus d'évaluation apportant effectivement des garanties d'objectivité, notamment par la prise en compte d'avis de plusieurs praticiens représentatifs de différentes sensibilités ou écoles médicales.

Le consommateur final doit bénéficier d'une meilleure information pour être en mesure de faire jouer la concurrence

Sur le marché de l'assurance-maladie complémentaire, l'Autorité a souligné que le modèle économique des réseaux de soins repose sur l'obtention d'avantages économiques sur les biens et services de santé en contrepartie d'une activité accrue chez les professionnels membres du réseau, ce qui permet aux OCAM de maîtriser ou de réduire les frais réels associés aux soins. Ces avantages et améliorations peuvent être transmis au consommateur final de diverses façons : réduction ou maîtrise des primes d'assurance, amélioration des garanties, limitation du reste à charge... Afin que les bénéfices que tirent les OCAM soient répercutés sur le consommateur final et que celui-ci choisisse son contrat d'assurance complémentaire santé de façon éclairée, il est important que la concurrence entre OCAM s'effectue sur des bases transparentes. Or, l'Autorité a souligné que la diversité des offres d'assurance, qui peut apparaître comme un facteur de saine concurrence, rend difficilement comparables les différents contrats d'assurance complémentaire santé sur le plan tarifaire. La difficulté que peut avoir le consommateur à choisir de manière éclairée son contrat d'assurance complémentaire santé risque d'être encore renforcée par la difficulté à apprécier les caractéristiques d'un réseau de soins par rapport à un autre. Il serait à cet égard bienvenu que les OCAM apportent des informations sur le nombre de professionnels de santé appartenant à leurs réseaux par secteur géographique dans leur communication commerciale.

Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier

La crise que connaît actuellement la filière laitière dans la plupart des pays européens, notamment caractérisée par une chute brutale des prix à la production (plus de 37 % entre septembre 2008 et avril 2009 en France), a conduit la commission des Affaires économiques du Sénat à solliciter, sur le fondement de l'article L. 461-5 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité de la concurrence sur le fonctionnement de ce secteur. Cet avis a été rendu public, en annexe au rapport

d'information n° 73 (2009-2010) du 30 octobre 2009 et au compte rendu de l'audition du 28 octobre 2009 de Bruno Lasserre, président de l'Autorité.

L'avis émis par l'Autorité déconseille l'émission de recommandations de prix par l'interprofession, tant au niveau national que régional, celles-ci étant vraisemblablement inefficaces compte tenu de la concurrence internationale et présentant un risque juridique au regard des règles européennes de concurrence. L'Autorité a estimé préférable de privilégier des solutions qui, tout en étant conformes à ces règles, semblent mieux remédier aux dysfonctionnements du marché.

Le secteur laitier connaît des dysfonctionnements : forte volatilité des prix et déséquilibre des relations entre producteurs et collecteurs

Comme de nombreux marchés agricoles, le secteur laitier est caractérisé par une demande globale relativement peu sensible au prix, mais également par une offre de court terme assez rigide. Ces rigidités entraînent une forte volatilité sur les prix des produits dits excédentaires que sont les produits industriels (beurre et poudre de lait), laquelle se répercute mécaniquement sur celle des prix à la production, car les produits industriels constituent la valorisation marginale du lait brut. Cette volatilité des prix est souvent déclenchée par des variations de l'offre ou de la demande au niveau mondial sur les produits excédentaires. Elle engendre une incertitude sur les recettes des éleveurs comme sur les coûts des transformateurs, ce qui pèse non seulement sur les investissements mais également sur la viabilité des entreprises.

Par ailleurs, la très grande majorité des producteurs français se trouve dans une situation de déséquilibre dans leur pouvoir de négociation vis-à-vis de leur collecteur : 70 % des producteurs vendent leurs produits à un acheteur qui compte au moins 500 autres producteurs. À titre d'exemple, Danone reconnaît acheter à 3 900 producteurs, dans ses fournisseurs de lait. Ce déséquilibre dans le pouvoir de négociation pourrait être sans conséquence si, comme dans certains pays, la collecte était essentiellement assurée par des coopératives puissantes dont le statut implique en principe qu'elles prennent en compte les intérêts des producteurs actionnaires. Mais en France, à peine 50 % de la collecte est assurée par des coopératives (elles ne représentent que 35 % du chiffre d'affaires des produits transformés), le reste relevant d'industriels privés.

Les recommandations de prix ne constituent pas une réponse adéquate pour résoudre ces dysfonctionnements et sont par ailleurs susceptibles de contrevenir au droit communautaire

Pendant une dizaine d'années, les producteurs et les transformateurs (coopératives et industriels laitiers) ont diffusé *via* l'interprofession, trimestriellement, des recommandations d'évolution de prix. En avril 2008, la DGCCRF a averti le Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (CNIEL) des risques qu'il encourait à poursuivre de telles pratiques. Un système intermédiaire a alors été envisagé, reposant sur la diffusion d'indices par le CNIEL, à partir desquels

les interprofessions régionales étaient chargées d'émettre elles-mêmes des recommandations de prix.

Depuis que la loi de finances pour 2009 a modifié le Code rural, la diffusion par l'interprofession d'indices d'évolution de prix n'est plus soumise aux dispositions du droit national prohibant les ententes. Cependant, de telles pratiques restent soumises aux règles communautaires de concurrence et semblent difficilement pouvoir faire l'objet d'une exemption ou d'une dérogation.

La contractualisation : une solution nécessaire entre les producteurs et les industriels

L'Autorité a estimé qu'il était possible d'explorer d'autres pistes, la contractualisation apparaissant la solution la plus prometteuse.

Des contrats portant sur plusieurs années, définissant des volumes, des prix et les conditions de leur évolution à moyen terme et des éléments de qualité, devraient permettre de donner aux producteurs mais également aux transformateurs, une meilleure prévisibilité de leurs approvisionnements et leurs coûts. Ces engagements contractuels pourraient porter sur les volumes prévisibles destinés à être transformés en produits de consommation (par opposition aux produits industriels, nécessairement plus soumis au jeu de la concurrence internationale).

L'une des grandes difficultés de la contractualisation réside dans la multiplicité de fournisseurs qui approvisionnent les grands industriels privés. Il est donc nécessaire de déterminer avec qui le transformateur devra négocier le contenu des contrats. Une négociation concertée des prix de l'ensemble des acteurs au niveau national serait contraire au droit de la concurrence, mais l'extrême inverse, c'est-à-dire une négociation de chaque transformateur avec chaque producteur, limiterait inévitablement les bénéfices à attendre de la contractualisation en termes de restauration du pouvoir de négociation des producteurs.

La négociation avec le transformateur devra donc être menée par une offre regroupée au sein d'organisations de producteurs soit sur le modèle d'une coopérative, avec transfert de propriété, soit sur celui d'une association disposant uniquement d'un mandat la chargeant de commercialiser le produit. Un assouplissement de l'Organisation commune de marché (OCM) « lait » permettrait de sécuriser juridiquement cette seconde option.

Les autres pistes complémentaires

Le développement de marchés à terme

Le développement de marchés à terme peut constituer une solution de lutte contre la volatilité, dans la mesure où ils permettent 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. S'il existe aux États-Unis un marché à terme (Chicago Mercantile Exchange) proposant des contrats sur le lait, le beurre et la poudre de lait, il n'en existe pas aujourd'hui en Europe (un projet européen, l'*European Milk Exchange*, est en cours de réalisation).

Une OCM plus souple

Il est par ailleurs souhaitable d'assouplir les règles encadrant le secteur laitier, à l'instar de ce qui a été mis en place dans le secteur des fruits et légumes. Le secteur des fruits et légumes est régi par une OCM plus souple en matière d'organisation de la production que celle du secteur laitier. En effet, sous réserve qu'elle ne soit pas en position dominante, une association d'organisations de producteurs peut, sans transfert de propriété, être chargée par ses membres de la commercialisation des produits; elle peut également organiser des échanges d'informations ayant pour objet de régulariser les prix à la production, c'est-à-dire d'en limiter la volatilité. Une telle évolution faciliterait le renforcement du pouvoir de marché des producteurs dans la perspective du développement de contrats portant sur des volumes et des prix. Toutefois une évolution de l'OCM relève d'une décision européenne.

Le renforcement de l'offre et l'orientation vers les produits de qualité

Avec ou sans évolution de l'OCM, il est de l'intérêt des producteurs de se grouper en coopératives suffisamment puissantes, y compris jusqu'au stade de la transformation, notamment pour développer la transformation en produits de qualité comme la production bio (déficiente au niveau français), les produits haut de gamme ou ancrés régionalement, moins soumis à la concurrence internationale.

Avis 09-A-49 du 7 octobre 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier

Saisie par l'UFC-Que choisir sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de l'assurance emprunteur, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis dans lequel elle se montre favorable à l'abandon de la faculté, pour les banques, d'imposer leur contrat d'assurance de groupe à leurs clients lorsqu'elles leur consentent un crédit immobilier. Cette réforme permettrait de consentir à l'emprunteur une plus grande liberté de choix des contrats proposés. L'Autorité a considéré cependant qu'elle devrait être accompagnée de mesures complémentaires pour que cette liberté puisse véritablement s'exercer.

La demande de l'UFC-Que choisir

Constatant que le cadre législatif actuel permet aux établissements de crédit d'imposer à leurs clients d'adhérer au contrat d'assurance emprunteur qu'ils commercialisent et que les banques exercent souvent des pressions afin de dissuader les emprunteurs de faire jouer la concurrence (manquement total ou partiel de l'établissement de crédit à son devoir d'information sur la possibilité de la délégation d'assurance, frais des délégations d'assurance disproportionnés lorsqu'elles sont acceptées, refus pur et simple de la délégation d'assurance), l'UFC-Que Choisir a sollicité l'Autorité pour qu'elle se prononce, d'une part, sur les effets de la législation sur le jeu de la concurrence et, d'autre part, sur les mesures propres à remédier aux dysfonctionnements constatés.

La réforme de la législation actuelle est souhaitable pour renforcer la concurrence sur le marché de l'assurance emprunteur

Le fait pour un établissement de crédit d'imposer aux emprunteurs d'adhérer à son contrat d'assurance groupe non seulement restreint la liberté de l'emprunteur de souscrire un contrat à titre individuel, mais a aussi un effet restrictif sur l'accès d'autres compagnies d'assurance au marché de l'assurance emprunteur.

L'Autorité s'est donc déclarée favorable à une modification de la législation, laquelle était en cours lors de l'adoption de l'avis puisqu'un projet de loi prévoyant le découplage entre l'offre de crédit et l'offre d'assurance emprunteur était alors examiné devant le Parlement.

Cette réforme pourrait s'accompagner de mesures complémentaires

Renforcer l'information des emprunteurs

Dans le cadre des discussions sur la réforme de l'assurance emprunteur, les établissements de crédit se sont engagés auprès de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, à mettre à la disposition des futurs emprunteurs une fiche d'information standardisée sur l'assurance emprunteur à compter du 1^{er} juillet 2009.

Cette fiche synthétique a pour objectif d'améliorer l'information de l'emprunteur sur les garanties et le coût de l'assurance et de lui permettre de comparer plusieurs offres. Elle doit mentionner les caractéristiques du prêt, les besoins de l'emprunteur, les garanties proposées, les frais mensuels, des conseils et un exemple chiffré de coût associé à la solution d'assurance proposée.

L'Autorité a suggéré que la diffusion de cette fiche soit imposée par la loi. Elle pourrait être remise, par exemple, en même temps qu'est fournie la première simulation de prêt, et avant l'envoi de l'offre prévu à l'article L. 312-10 du Code de consommation qui ouvre un délai de trente jours, afin d'assurer en temps utile la bonne information de tous les emprunteurs.

Encadrer la possibilité pour l'établissement de crédit de refuser un contrat d'assurance individuel pour défaut de garanties équivalentes

L'article 17 du projet de loi permet aux établissements de crédit d'exiger un contrat d'assurance présentant des garanties au moins équivalentes à celles contenues dans le contrat de groupe.

Si cette disposition est dans l'intérêt des prêteurs et des emprunteurs, l'Autorité a estimé cependant qu'il serait utile que, d'une part, le délai pendant lequel l'établissement de crédit peut refuser un contrat d'assurance autre que le sien pour défaut de garanties équivalentes soit précisé et que, d'autre part, ce refus fasse obligatoirement l'objet d'une motivation précise et circonstanciée.

Elle a considéré, par ailleurs, qu'il est important de veiller à ce qu'aucune variation du taux de l'emprunt en fonction de l'assurance emprunteur retenue ne soit possible. Enfin, tout en s'en remettant à la sagesse du législateur sur le point de savoir s'il faudrait interdire les « *frais de délégation* », l'Autorité a souligné que des

mécanismes d'appels d'offres, comme ceux déjà mis en œuvre par certains groupes bancaires, devraient permettre aux assureurs externes de faire référencer à l'avance des contrats-types par les établissements bancaires, évitant ainsi une bonne part du travail de vérification de l'octroi de garanties de niveau équivalent.

Avis 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs

La directive n° 2007/58/CE du 23 octobre 2007 prévoit la libéralisation des services ferroviaires internationaux de transport de voyageurs au plus tard le 1^{er} janvier 2010. Cette ouverture partielle du transport ferroviaire constitue la première étape d'un mouvement conduisant d'ici cinq à dix ans à la mise en concurrence totale du secteur ferroviaire.

Fortes des enseignements et des actions menées dans d'autres secteurs récemment ouverts à la concurrence, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office pour avis avec, notamment, pour objectif de déterminer : « *d'une part, si d'éventuelles restrictions de concurrence relatives aux gares sont susceptibles d'avoir des répercussions sur le secteur des transports publics terrestres de voyageurs et/ou sur le marché de l'inter-modalité, s'il existe ; d'autre part, si la diversification de l'opérateur historique nécessite que celui-ci prenne des précautions particulières afin de préserver la concurrence* ».

Même si la concurrence dans ce secteur se développera probablement de manière très progressive, il est utile d'anticiper les évolutions nécessaires pour que celle-ci soit effective au service des voyageurs et des entreprises.

Les gares ferroviaires occupent une place centrale dans la chaîne des transports. Leur gestion et les conditions d'accès des nouveaux entrants conditionnent le succès de l'ouverture à la concurrence du secteur

Les gares ferroviaires présentent *a priori* les caractéristiques d'infrastructures essentielles au transport ferroviaire. Elles semblent en effet indispensables à un opérateur économique pour pouvoir offrir un service ou un produit sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel se trouvent ces infrastructures et ne sont pas répliquables dans des conditions de coûts acceptables.

Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence, la SNCF va devoir garantir l'accès des nouveaux opérateurs ferroviaires aux gares afin que ces derniers puissent à la fois les desservir et bénéficier d'un certain nombre de prestations. La tarification de cet accès et de ces prestations constituera un élément déterminant pour ces opérateurs, tout comme l'allocation d'espace dans les gares.

Par ailleurs, les gares constituent le point de fixation des autres réseaux de transport et représentent de ce fait un enjeu sur les marchés connexes de transport public où la SNCF est également présente au titre de la diversification de ses activités.

L'intermodalité, une exigence croissante de la part des collectivités

L'intermodalité – c'est-à-dire la capacité des opérateurs de transport à assurer des prestations permettant d'assurer une continuité entre les différents modes de transport et de rendre fluide et prévisible le trajet de l'utilisateur – est aujourd'hui devenue un élément d'appréciation incontournable des offres des transporteurs lors des appels d'offres de transport public lancés par les collectivités locales.

La SNCF est présente sur l'ensemble de la chaîne de transport, du train au vélo, en passant par les prestations liées au transport ou la gestion de parcs de stationnement. Elle continue d'étendre sa diversification sur les marchés connexes au transport ferroviaire, notamment par l'intermédiaire de Keolis, premier opérateur privé de transport urbain, qui occupe également une place majeure sur le transport interurbain, et dont elle était, au moment de l'avis, en train de prendre le contrôle.

Compte tenu de ces risques concurrentiels, l'Autorité a formulé plusieurs recommandations.

Les recommandations de l'Autorité

Revoir le système de gouvernance de la gestion des gares

Le système de gouvernance de la gestion des gares envisagé par la SNCF n'est pas satisfaisant : il devrait être revu à l'instar des modèles qui ont été mis en place lors de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics dans d'autres industries de réseau.

À la suite du rapport parlementaire remis au Premier ministre le 10 mars 2009 par M^{me} la sénatrice Fabienne Keller, intitulé *La gare contemporaine*, la SNCF a annoncé la création d'une nouvelle branche dénommée Gares & Connexions, en charge de la gestion des gares ferroviaires. Si ce choix organisationnel n'est pas contraire aux dispositions régissant les activités ferroviaires, il n'apparaît pas pleinement satisfaisant : le fait que la SNCF n'ait pas rendu Gares & Connexions plus indépendant des activités concurrentielles de l'EPIC et que cette entité soit placée sous l'autorité directe du président de la SNCF n'apparaît pas de nature à offrir des garanties suffisantes de transparence de la gestion des gares, reposant sur d'autres facteurs que la seule bonne volonté de l'opérateur historique.

Afin de prévenir les risques liés à la détention par l'opérateur historique d'infrastructures essentielles, l'Autorité a donc recommandé que la gestion des gares fasse l'objet d'une séparation plus aboutie. Plusieurs modèles existent : la séparation de propriété, la séparation juridique ou encore la séparation fonctionnelle. Le modèle de simple séparation comptable mis en place par la SNCF ne saurait répondre aux enjeux induits par l'ouverture à la concurrence de ce secteur.

Le futur régulateur sectoriel doit être doté du pouvoir d'examiner ex ante la tarification

La tarification applicable aux entreprises ferroviaires utilisant les services en gare constitue un élément essentiel des conditions d'accès au marché. La justification

de ces tarifs doit pouvoir être vérifiée de manière indépendante afin d'évaluer la sincérité des coûts exposés par l'opérateur historique, et de garantir, pour les nouveaux entrants, la transparence des sommes qui leur seront facturées. À cet égard, l'Autorité a considéré que le futur régulateur sectoriel devrait être doté d'un pouvoir d'examen *ex ante* de ces tarifs au regard des coûts sous-jacents, afin de pouvoir apprécier s'ils répondent aux exigences réglementaires.

La stratégie de diversification de la SNCF doit faire l'objet de précautions particulières

L'Autorité n'a pas remis en cause la stratégie de diversification de la SNCF, qui peut être un facteur d'animation de la concurrence sur les marchés où elle est présente, mais elle a considéré que cette stratégie devrait faire l'objet de précautions particulières, compte tenu de sa position extrêmement forte sur le transport ferroviaire.

La position de la SNCF sur le marché du transport ferroviaire de voyageurs est susceptible de fausser la compétition entre les filiales de la SNCF et leurs concurrents. La SNCF doit donc veiller à ne pas proposer aux autorités organisatrices une offre de transport intégrée verticalement qui présenterait un avantage concurrentiel significatif auquel les autres opérateurs de transport ne pourraient prétendre.

La SNCF, *via* Gares & Connexions, peut être amenée à délivrer des autorisations d'occupation temporaire du domaine public ferroviaire en vue d'exploiter des parcs de stationnement à proximité des gares. Afin de ne pas favoriser sa filiale Effia, elle devrait procéder de manière systématique à une mise en concurrence pour l'attribution de l'exploitation des parcs de stationnement situés sur le domaine public dont elle est affectataire.

L'opérateur historique doit également veiller à ne pas se livrer à des pratiques susceptibles d'être qualifiées de prix prédateurs. À cet égard, la puissance financière de la SNCF pourrait lui permettre de supporter dans le temps des pertes élevées dans le cadre de ses activités de diversification et, par conséquent, entraver la concurrence sur les marchés sur lesquels elle entend se diversifier.

Enfin, l'information en matière de transport ferroviaire influe sur la capacité des opérateurs de transport urbain ou interurbain de voyageurs à proposer aux autorités organisatrices des offres de transport public prenant en compte la dimension intermodale. C'est pourquoi l'Autorité a estimé indispensable que tous les opérateurs de transport urbain et interurbain répondant à un appel d'offres en matière de transport public puissent disposer des informations relatives au transport ferroviaire, et en particulier les horaires, dans une gare donnée. Ces informations doivent pouvoir être transmises dans des conditions non discriminatoires et sous format normé afin d'en permettre l'interopérabilité.

L'allotissement des appels d'offres est souhaitable pour stimuler la concurrence

L'Autorité a, enfin, invité les autorités organisatrices à engager une réflexion sur l'allotissement de leurs appels d'offres de transport public, tout en prenant en

considération les intérêts des usagers. Si la délégation de la globalité d'un réseau de transport sur une agglomération permet, dans une certaine mesure, à l'entreprise délégataire de bénéficier d'économies d'échelle, elle peut également conduire à un appauvrissement de l'offre, tant du point de vue du nombre d'opérateurs candidats aux appels d'offres que de celui de la qualité des services proposés. Cet appauvrissement potentiel est d'autant plus à souligner dans le contexte de renforcement éventuel de la concentration du secteur. L'allotissement des réseaux, qu'il soit organisé suivant les modes de transports (métro, tramway, bus), ou bien par zone géographique, pourrait stimuler la concurrence, faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs et l'émergence de nouveaux services.

L'avis 08-A-17 rendu par le Conseil de la concurrence le 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports est cité à plusieurs reprises. Sa lecture peut faciliter la bonne compréhension de l'avis 09-A-55.

Avis rendus aux régulateurs

Avis 09-A-09 du 17 avril 2009 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 communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle

Sollicitée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur le fondement du Code des postes et communications électroniques, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis sur la régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle en France (marché 18/second cycle d'analyse 2009-2012). L'Autorité a considéré que la concurrence s'était affaiblie sur ce marché et que le droit commun de la concurrence ne pouvait suffire à lui seul à remédier aux obstacles identifiés pour la période concernée (2009-2012). Elle s'est donc déclarée favorable à la proposition de l'ARCEP de renforcer la régulation *ex ante* qui existait déjà sur ce marché.

La concurrence sur le marché français s'est affaiblie à la suite du rachat par TDF de deux de ses concurrents les plus actifs, Antalis et Emettel

Depuis la précédente analyse menée à l'occasion du premier cycle (2006-2009), l'Autorité a constaté que la concurrence s'était affaiblie du fait du rachat par l'opérateur historique TDF des sociétés Antalis, en 2006, et Emettel, en 2008.

Antalis et Emettel figuraient, en effet, parmi les opérateurs les plus actifs sur les marchés de la diffusion et leur disparition récente a changé radicalement l'approche dynamique de la concurrence effective sur la période 2009-2012, la position de TDF se trouvant nettement renforcée.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté le caractère particulièrement élevé des barrières à l'entrée sur le marché concerné, qui tiennent notamment aux délais et aux difficultés d'obtention des autorisations administratives nécessaires à l'installation d'antennes et au calendrier ambitieux de déploiement de la TNT prévu par le CSA. Le Conseil de la concurrence avait déjà été amené à intervenir dans le domaine de la diffusion au cours du premier cycle de régulation (décisions n^{os} 07-MC-02 du 2 mai 2007 et 07-D-30 du 5 octobre 2007/aff. Emettel; décision n^o 07-MC-05 du 11 juillet 2007/aff. TowerCast). En outre, la loi de modernisation de l'économie a donné à la nouvelle Autorité de la concurrence de nouveaux moyens de régulation économique en matière de contrôle *a priori* des concentrations, ainsi que la possibilité d'intervenir *a posteriori* pour remettre en cause une opération de concentration qui aurait abouti à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique (article L. 430-9 du Code de commerce). Toutefois, une régulation *ex ante* de l'ARCEP visant précisément les coûts de TDF s'avère nécessaire pour compléter l'action de droit commun de l'Autorité. Le nombre de sites concernés par le déploiement de la TNT (plus de 1 600) ne lui permettrait pas d'intervenir dans des délais compatibles avec le calendrier de déploiement de la TNT.

L'Autorité a considéré qu'il était légitime pour l'ARCEP de recourir à certains remèdes ex ante pour mettre en place, à titre transitoire, les conditions de marché aptes à faciliter le maintien d'une concurrence effective

L'Autorité s'est déclarée favorable à la régulation envisagée par l'ARCEP qui vise à améliorer l'accès des concurrents aux sites non répliquables (113 sites ont à ce titre été identifiés par le régulateur sectoriel) par la mise en place d'une orientation vers les coûts, tout en incitant les concurrents de TDF à construire des sites alternatifs lorsque cela est *a priori* possible : près de 1 500 sites seraient ainsi potentiellement concernés.

Compte tenu du calendrier contraint de déploiement et du fait que les contrats de diffusion avec les éditeurs seront conclus au court du prochain cycle pour une période de cinq ans, l'Autorité a appelé l'attention de l'ARCEP sur la nécessité, dans sa décision finale, d'établir une liste de sites considérés comme non répliquables la plus complète possible, tenant compte de l'ensemble des barrières concrètes à l'entrée.

Avis 09-A-47 du 22 septembre 2009 relatif au dispositif proposé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en ce qui concerne les modalités de mutualisation de la partie terminale des réseaux à très haut débit en fibre optique

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur son projet de dispositif visant à définir les modalités de mise en œuvre de la mutualisation de la partie terminale des réseaux très haut débit en fibre optique.

Le déploiement de la fibre optique constitue une étape décisive pour la dynamique concurrentielle du marché des communications électroniques

Au-delà du progrès technologique que représente une boucle locale en fibre optique et des nouvelles potentialités qu'une telle infrastructure est susceptible d'offrir en matière de services, le déploiement, par les opérateurs alternatifs, de ces réseaux d'accès de nouvelle génération constitue une étape décisive dans la dynamique concurrentielle que connaît le marché des communications électroniques en France depuis son ouverture en 1997.

Le déploiement de boucles locales alternatives concrétise donc, dans cette perspective, une étape nouvelle et essentielle puisqu'elle permettra à terme aux opérateurs tiers de s'abstraire davantage des infrastructures de l'opérateur historique et en particulier de ne plus faire appel à son offre de dégroupage de la boucle locale cuivre.

L'Autorité a estimé que le recours à l'architecture multifibres constituait une opportunité unique de ne pas reconstituer de goulot d'étranglement sur la partie terminale des réseaux FTTH, notamment au niveau des immeubles

Dans les zones très denses, le dispositif prévu par l'ARCEP prévoit que l'opérateur d'immeuble sera soumis, en application de la loi de modernisation de l'économie, à une obligation d'accès pouvant le conduire, si les autres opérateurs présents le souhaitent, à installer dès le départ une fibre dédiée par logement pour chacun d'entre eux. De façon générale, l'ARCEP recommande que, dès lors qu'une fibre supplémentaire aura été demandée par un opérateur, l'opérateur d'immeuble installe systématiquement quatre fibres par logement.

L'Autorité a estimé qu'une telle solution présentait un grand nombre d'avantages. L'installation de fibres supplémentaires représente un surcoût relativement faible par rapport à une architecture monofibre et est neutre d'un point de vue technologique, que les opérateurs aient opté pour un déploiement de leur réseau de type point à point (une fibre par abonné de bout en bout) ou points à multi-points (réseau arborescent).

Elle permet à chaque opérateur alternatif de contrôler sa propre connexion avec l'utilisateur final et de demeurer indépendant. S'agissant du marché de détail, cette situation sera plus favorable aux consommateurs, qui pourront changer d'opérateur rapidement et sans interruption de service.

L'Autorité a donc émis un avis favorable aux projets de décision et de recommandation de l'ARCEP. Elle a par ailleurs invité cette dernière à encadrer les échanges d'informations entre acteurs qui sont nécessaires à la mutualisation et à veiller à ce que d'éventuels nouveaux entrants puissent pénétrer le marché. L'Autorité a enfin précisé qu'elle sera attentive aux conditions de mutualisation dans les zones moins denses, pour lesquelles les réflexions sont en cours.

Avis 09-A-53 du 30 octobre 2009 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 communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés des services de capacité

L'Autorité de la régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence en vertu de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, dans le cadre du processus d'analyse des marchés pertinents, sur la définition de marché et la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché des services de capacité.

Les services de capacité sont des capacités de communications électroniques qu'un client professionnel, entreprise ou administration, utilise pour relier entre eux ses différents sites. Ils se distinguent selon le type d'interface qu'ils utilisent et le débit qu'ils offrent vers chaque site.

Les marchés concernés sont le marché de détail auquel correspondent deux marchés de gros sous-jacents : celui du segment terminal et celui du segment interurbain.

Depuis le premier cycle d'analyse de marché de l'ARCEP, l'Autorité a considéré que les concurrents de France Télécom étaient désormais, par le déploiement d'infrastructures en propre et l'utilisation des offres de gros sous le contrôle de l'ARCEP, en mesure de concurrencer France Télécom dans des conditions satisfaisantes. Cette évolution du marché de détail des services de capacité vers une situation de concurrence effective est susceptible de justifier à elle seule la suppression de ce marché de la liste des marchés régulables.

Dans ces conditions, l'Autorité a émis un avis favorable à la proposition de l'ARCEP de lever la régulation du marché de détail des services de capacité, et les obligations correspondantes. L'imposition à France Télécom d'une obligation complémentaire d'information à l'ARCEP sur ses offres sur mesure permettra d'accompagner la levée du dispositif *ex ante* en facilitant la mise en œuvre du droit *ex post* qui s'y substitue.

L'Autorité a également estimé que, concernant les câbles sous-marins, le maintien de la régulation de la partie sous-marine semblait quelque peu artificiel dès lors que France Télécom ne possède pas de monopole de commercialisation sur les capacités sous-marines. Une régulation *ex ante* est en revanche justifiée en ce qui concerne les prestations de complément terrestre, pour lesquelles France Télécom conserve un fort pouvoir de marché lorsqu'il est membre d'un consortium et dispose à ce titre d'un monopole sur l'atterrissage. En tout état de cause, l'Autorité a invité l'ARCEP à revenir sur la situation particulière des Antilles à l'occasion du rapport que cette dernière doit rendre au Gouvernement.

Avis 09-A-54 du 3 novembre 2009 relatif aux principes d'établissement de comptes séparés pour les ventes de gaz au client final de GDF

La Commission de régulation de l'énergie (CRE) a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence, en application de l'article 8 de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, sur les principes retenus par GDF pour établir des comptes séparés relatifs aux ventes de gaz naturel réalisées aux tarifs réglementés et à celles effectuées aux conditions du marché libre.

Le Conseil de la concurrence s'était prononcé sur une demande identique dans son avis 06-A-12 et avait, alors, souligné trois points insatisfaisants dans le dispositif de séparation comptable qui lui était proposé : une séparation comptable fondée sur la distinction juridique entre clients éligibles et clients non éligibles et non sur la nature de la vente ; l'absence de prise en compte par les tarifs réglementés des variations intervenues dans les prix d'approvisionnement en gaz de GDF ; enfin, les difficultés d'identifier les dépenses commerciales relatives à chaque type de clientèle.

L'Autorité a, ici, considéré que les principes de séparation comptable établis par GDF apparaissaient cohérents et suffisamment détaillés pour permettre d'apprécier les coûts respectifs des ventes de gaz aux tarifs réglementés ou en offres libres, comme le demande l'article 8 de la loi du 3 janvier 2003.

En revanche, elle a estimé que la présentation de ce dispositif n'était pas satisfaisante et demandé à GDF, sous le contrôle de la CRE, d'élaborer un document unique et rendu public, présentant et expliquant les principes comptables utilisés ainsi que leur impact éventuel sur le résultat obtenu, comme le ferait l'entreprise pour une annexe à ses comptes légaux. L'Autorité a rappelé que ce document répondait à une obligation légale spécifique, étant donné le caractère de mission de service public conféré par les lois de 1946 et 2003 à la distribution de gaz naturel à des tarifs réglementés par l'État. Elle a également indiqué que cette exigence de transparence était de nature à éviter les contentieux sur les tarifs.

Avis 09-A-57 du 22 décembre 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur la montée en débit

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur une consultation publique relative à la montée en débit, portant sur la mise en œuvre de l'accès à la sous-boucle locale et sur son articulation avec le développement du très haut débit, en application de l'article L. 36-10 du Code des postes et communications électroniques.

Le document transmis pour avis à l'Autorité a, parallèlement, été soumis à une consultation publique et comporte une série de questions à l'attention des acteurs du secteur. Cette consultation devrait, selon l'ARCEP, lui permettre d'arrêter sous la forme de recommandations, les conditions effectives de mise en œuvre de l'obligation réglementaire d'accès à la sous-boucle pesant sur France Télécom, afin que cet accès puisse notamment constituer un outil d'intervention à la disposition des collectivités territoriales en matière de montée en débit.

Dans ce contexte, l'Autorité a rappelé que, au-delà du progrès technologique que représentent les nouveaux réseaux en fibre optique, le déploiement de ces réseaux constitue une étape décisive dans la dynamique concurrentielle que connaît le marché des communications électroniques en France. L'opportunité offerte aux opérateurs alternatifs de s'affranchir progressivement des infrastructures de l'opérateur historique pourra amener à terme à réduire le champ de la régulation sectorielle, notamment *ex ante*, au profit d'une seule régulation *ex post* par les règles du droit commun de la concurrence.

Compte tenu des risques concurrentiels, l'Autorité a donc recommandé aux pouvoirs publics de privilégier le déploiement de réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné et estimé que, dans l'attente de ces derniers, les projets de montée en débit au travers des solutions d'accès à la sous-boucle locale de France Télécom doivent être réservés à des situations exceptionnelles, et en priorité aux zones non dégroupables.

L'Autorité a, par ailleurs, indiqué que, au-delà de la responsabilité particulière qui incombe à France Télécom en raison de sa position concurrentielle, les collectivités territoriales doivent veiller à minimiser les risques de distorsion de concurrence, tant sur le marché des réseaux d'initiative publique que sur celui du haut débit. En ce qui concerne le premier de ces marchés, l'Autorité a recommandé aux acheteurs publics de rendre disponible toute information utile relative à la boucle locale de France Télécom à tout opérateur intéressé, avec le même degré de précision et dans les mêmes délais, ce qui suppose qu'ils aient accès à ces informations. Les collectivités pourraient également s'enquérir à l'avance de l'appétence des opérateurs de détail pour les projets de montée en débit qu'elles souhaitent lancer.

L'Autorité a, par ailleurs, invité l'ARCEP à rendre plus ostensible le cadre d'intervention des collectivités territoriales, tant en matière de montée en débit que de déploiement des réseaux très haut débit en fibre optique. Il serait regrettable que les collectivités mettent en œuvre les premières par défaut d'information sur les secondes. L'Autorité a enfin considéré qu'il appartient à l'ARCEP de s'assurer que les obligations existantes au titre de la régulation *ex ante* des marchés de gros du dégroupage et du *bitstream* sont suffisantes pour accompagner la montée en débit et, le cas échéant, les compléter.

Suivi de l'exécution des décisions de l'Autorité



Suivi de l'exécution des décisions de l'Autorité

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication) _____	333
Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____	333
Les engagements exécutés _____	333
Les engagements en cours de vérification _____	337
Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____	338
Les engagements exécutés _____	338
Les engagements en cours de vérification _____	340
Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____	341
Les injonctions exécutées _____	341
Les injonctions en cours de vérification _____	342
Les injonctions décidées dans le cadre de demande de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce) _____	342
Les mesures conservatoires ayant épuisé leurs effets _____	342
Les mesures conservatoires en cours d'exécution _____	343
Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration _____	343

Suivi de l'exécution des décisions de l'Autorité

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 sont 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. C'est le service juridique qui, au sein de l'Autorité, est chargé de ce suivi.

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 06-D-01 du 7 février 2006**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles messageries de presse parisienne (NMPP) dans le

secteur de la vente au numéro de la presse nationale dans les départements et territoires d'outre-mer.

Les NMPP avaient proposé au Conseil deux engagements correspondant à chacune des préoccupations de concurrence relevées. Le premier engagement consistait en la mise en place de barèmes objectifs et transparents pour la distribution de la presse en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, s'appliquant de manière non discriminatoire aussi bien aux NMPP qu'aux autres exportateurs susceptibles de les concurrencer sur ces marchés.

Le second engagement avait pour objectif de mettre fin à la présentation systématique des DOM comme des destinations d'exportation, tant sur leur site Internet, que dans leur rapport annuel, ou sur leur contrat de groupage et leurs barèmes tarifaires.

Les NMPP ont modifié leur site Internet afin de présenter les services de distribution dans les DOM séparément des services d'exportation, et les conditions tarifaires applicables aux DOM dans leurs barèmes et dans leur contrat de groupage et de distribution, après approbation, par les cinq coopératives associées aux NMPP, lors de l'assemblée générale ordinaire.

• **Décision 07-D-17 du 10 mai 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma.

La Fédération nationale des distributeurs de films, la Fédération nationale des cinémas français, la Chambre syndicale des producteurs et exportateurs de films français et le Syndicat des producteurs indépendants ont modifié les dispositions du préambule du code de bonne conduite régissant les relations entre exploitants de cinéma et distributeurs et informé l'ensemble du secteur et leurs adhérents de la teneur de ce nouveau code. Ils en ont éliminé les dispositions prévoyant d'une part, que les exploitants étaient tenus d'informer préalablement les distributeurs des opérations promotionnelles planifiées et, d'autre part, que la durée de telles opérations devait être limitée. Ce transfert d'informations avait donné lieu à des pressions pour que les opérations promotionnelles soient écourtées et la diffusion du code de bonne conduite et son utilisation par les organisations professionnelles s'étaient prêtées à une concertation.

• **Décision 07-D-30 du 5 octobre 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique.

Afin d'assurer une meilleure fluidité des opérations de transfert d'exploitation d'un diffuseur technique à un autre, TDF a proposé aux chaînes TF1, France 2, France 3, France 5-Arte, Canal + et M6, un avenant à leurs contrats précisant qu'aucune demande de transfert à des diffuseurs concurrents ne pourrait être refusée pour les stations de diffusion d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts. Par ailleurs, des facultés de résiliation anticipée ont été introduites dans certains contrats bipartites et tripartites impliquant les collectivités locales. A été également créé, au sein de TDF, un comité d'évaluation et de suivi, afin de vérifier l'application effective de ce dispositif.

La mise en œuvre de ces engagements est en cours et devra se poursuivre, pour certains, jusqu'à l'extinction définitive de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique, qui devrait intervenir au plus tard le 30 novembre 2011.

- **Décision 07-D-31 du 9 octobre 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën.

Citroën a mis à disposition des réparateurs indépendants un accès non discriminatoire aux informations techniques et aux outils de diagnostic dont disposent ses opérateurs agréés, et ce à des tarifs transparents. Elle a également donné aux éditeurs un accès à ses informations techniques contenues dans la base de cas CBR, selon une tarification fondée sur des critères transparents.

Ces engagements que Citroën respecte sont rendus obligatoires jusqu'au 31 mai 2010.

- **Décision 07-D-43 du 10 décembre 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France.

La mise en œuvre de ces engagements est en cours. En exécution de ceux-ci, EDF a lancé trois appels d'offres, afin de permettre à de nouveaux entrants de s'approvisionner en électricité de base sur le long terme. Ces quantités allouées, les acquéreurs bénéficieront de livraisons prévues pour quinze ans, durée qui leur conférera une visibilité longue sur les termes de leur approvisionnement en électricité de base. En outre, les futurs acquéreurs auront la possibilité de renoncer aux livraisons à l'issue d'une première période de cinq ans. Enfin, les droits attribués lors des appels d'offres seront entièrement cessibles par leurs détenteurs à tout tiers remplissant les conditions de participation aux appels d'offres, durant toute la durée des contrats, que la cession concerne tout ou partie des quantités contractuelles. Les mesures conjointes à savoir les enchères ont eu lieu. Cependant, aucun élément ne permet de dire si les contrats qui en ont résulté ont permis d'éliminer l'effet de ciseau. En effet, ces éléments ne présentent pas d'une exécution correcte des engagements : d'une part l'élimination d'un effet de ciseau ne peut être contrôlée qu'*ex post*, année après année, d'autre part, les engagements ont une durée de quinze ans, avec une première période de cinq ans et une seconde période de dix ans, chacune caractérisée par une mécanique contractuelle spécifique.

- **Décision 08-D-04 du 25 février 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP).

En exécution des engagements rendus obligatoires par le Conseil, un contrat a été signé entre les NMPP et les MLP définissant les termes, conditions et modalités techniques, financières et juridiques relatifs à l'accès direct automatisé des MLP au tronc commun du logiciel et des bases de données du système Presse 2000 pour le transfert des données tronc commun. En outre, les NMPP ont proposé à l'ensemble des dépositaires l'avenant au contrat de concession du droit d'utilisation du logiciel Presse 2000 et ont mis en place l'accès direct automatisé à ce système dès lors que les dépositaires retournaient l'avenant signé.

- **Décision 08-D-21 du 7 octobre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom sur le marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques réalisés sur le domaine privé.

France Télécom a, conformément à ses engagements, fourni aux entreprises commercialisant des services d'ingénierie, de conseil et de contrôle technique des installations téléphoniques qui en font la demande, une prestation de localisation du point d'adduction au réseau téléphonique (PAR) avec ou sans déplacement *in situ* de la part des personnels de France Télécom. Par ailleurs, France Télécom a mis en place un « guichet unique » pour le traitement, sur l'ensemble du territoire métropolitain, de ces demandes de localisation du point d'adduction au réseau téléphonique. Cette centralisation est censée éviter les pratiques en cours par le passé, qui se sont traduites par le dénigrement des compétences de la société Solutel, ainsi que par des pressions et des rétorsions exercées sur ses clients.

- **Décision 08-D-26 du 5 novembre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt économique (GIE) de taxis UAT Abbeilles.

Le GIE UAT Abbeilles a modifié ses statuts et son règlement intérieur, adoptés par l'assemblée générale extraordinaire du GIE de septembre 2008, et s'est engagé à transmettre au Conseil (aujourd'hui Autorité) les procès-verbaux des assemblées générales extraordinaires à intervenir jusqu'au 31 décembre 2011. Les dispositions relatives aux demandes d'admission au sein du GIE ont notamment été modifiées et fixent dorénavant des critères objectifs de sélection des demandes ; par ailleurs, l'interdiction faite à ses membres de toute publicité et d'utilisation d'un téléphone personnel pour contacter des usagers a été supprimée, ainsi que la clause leur imposant le respect de forfaits, qui pouvaient constituer des prix minimaux.

- **Décision 09-D-11 du 18 mars 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'Internet haut débit dans les départements d'outre-mer.

Afin d'améliorer la qualité des offres de gros de haut débit de France Télécom dans les DOM, qui servent de base aux opérateurs tiers pour commercialiser des offres de détail alternatives à celles de l'opérateur historique dans les DOM, France Télécom s'est engagée à pérenniser une cellule spécifique de prise en charge des incidents (cellule Gamot), dédiée aux opérateurs de téléphonie présents dans les Caraïbes (Guadeloupe, Guyane et Martinique) et qui aura pour vocation de traiter les dysfonctionnements qui lui auront été signalés par voie électronique et téléphonique aux heures ouvrables non couvertes à ce jour par la cellule de métropole.

France Télécom s'est également engagée à maintenir un représentant de sa division spécialisée dans les relations avec les opérateurs tiers dans les Caraïbes et à nommer un représentant à la Réunion.

Par ailleurs, France Télécom met à la disposition de l'Autorité de la concurrence des indicateurs de nature à lui permettre de vérifier l'adéquation entre la qualité de ses offres de gros haut débit et celle de ses offres de détail dans les DOM : la réception du suivi des indicateurs à six mois est conforme aux engagements. L'Autorité est en attente de la réception des indicateurs à un an afin de les analyser.

Les engagements en cours de vérification

- **Décision 07-D-07 du 8 mars 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. L'ensemble des fabricants de dermo-cosmétiques, à l'exception d'un, qui a fait l'objet d'une relance, a fourni les avenants aux contrats de distribution autorisant leurs distributeurs agréés à vendre leurs produits par Internet.

- **Décision 07-D-32 du 9 octobre 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et la société auxiliaire pour l'exploitation des Messageries Transport Presse (SAEM-TP).

Les documents fournis attestent de la mise en œuvre des engagements qui portent sur la rémunération des diffuseurs de presse. L'examen *prima facie* des avenants au protocole interprofessionnel envoyés n'appelle pas d'observations de la part de l'Autorité. Ce protocole met un terme aux conditions qui avantageaient les diffuseurs de presse liés aux NMPP et incitaient les diffuseurs de presse à distribuer les titres des NMPP.

- **Décision 08-D-34 du 22 décembre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille.

En exécution de ses engagements, le conseil municipal de la ville a adressé à l'Autorité une délibération en date du 9 février 2009, portant modification de l'organigramme de la direction des opérations funèbres, attestant de la dissociation entre les services de la ville et la régie municipale des pompes funèbres. Il a été par ailleurs précisé que le directeur des opérations funéraires n'exercera plus aucune fonction au sein de la régie.

Les engagements portant sur les modalités de communication et le contenu des statistiques adressées par le bureau de la réglementation aux entreprises de pompes funèbres et par la régie aux directeurs d'établissements de santé de la ville de Marseille sont en cours de vérification.

- Est également en cours de vérification l'exécution des engagements contenus dans les décisions :

- **06-D-29 du 6 octobre 2006**, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique ;
- **09-D-01 du 12 janvier 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par le CESAM dans le secteur de l'expertise des bateaux de plaisance ;
- **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 ;
- **09-D-27 du 30 juillet 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de la Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées ;
- **09-D-32 du 26 octobre 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton.

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 06-D-03 du 9 mars 2006**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation.

En exécution de ses engagements, la société Brossette a mis en place des actions de formation à l'adresse de ses responsables, leur rappelant notamment l'obligation de ne pas exercer de pressions sur leurs fournisseurs de nature à leur faire modifier leur pratique commerciale et tarifaire, et de ne participer à aucune concertation anticoncurrentielle visant notamment à fixer des prix de revente ou à entraver le développement des autres circuits de distribution. Cette décision est aussi répertoriée dans la partie relative aux mesures d'injonctions puisque plusieurs sociétés s'en sont vues imposer.

- **Décisions 07-D-02 du 23 janvier 2007**, relative à des pratiques ayant affecté l'attribution des marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime et **07-D-40 du 23 novembre 2007**, relative à des pratiques ayant affecté l'attribution des marchés publics de la collecte des déchets ménagers dans le département des Vosges.

Le groupe Sita France a pérennisé et développé un certain nombre de mesures correctives : il s'agit de la mise en place d'un dispositif de formation au respect des principes de concurrence (séminaires, sessions de formation, de la création d'un outil d'e-learning dédié spécifiquement au droit de la concurrence), de mécanismes de contrôle (procédure d'audit, lettres de conformité demandées aux directeurs généraux des filiales, courrier personnel exigé annuellement auprès des responsables commerciaux).

Veolia Propreté a, quant à elle, mis en place un dispositif de « conformité » au sein de l'ensemble du groupe dont elle est responsable, visant à faire respecter les règles de concurrence : instructions formelles et réitérées solennellement par écrit au cours de réunions, aux dirigeants et employés du groupe et des filiales ; actions systématiques de formation et de sensibilisation du personnel, diffusion généralisée et suivie d'un livret intitulé « Éthique, Conviction et Responsabilité ». Ces engagements sont exécutés.

- **Décision 07-D-26 du 26 juillet 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension.

Les sociétés Prysmian Câbles, Safran Grupo General Cable Sistemas, Nexans France, Draka Paricable et Systèmes France ont attesté du respect des engagements très généraux de formation du personnel et de sensibilisation des cadres et salariés au droit de la concurrence qu'elles avaient pris devant le Conseil.

- **Décision 08-D-12 du 21 mai 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production de contreplaqué.

Les sociétés Rougier Panneaux et Allin ont communiqué, dès la séance, les documents attestant de la mise en œuvre de leurs engagements relatifs, d'une part à leur intervention devant l'Union des fabricants de contreplaqués (UFC) et leurs concurrents pour les prévenir de leur refus de participer à l'avenir à des réunions ou des discussions à visée anticoncurrentielle et d'autre part, à l'information et à la formation de leur personnel en matière de droit de la concurrence.

- **Décision 08-D-13 du 11 juin 2008**, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux.

Ainsi qu'elle s'y était engagée, la société ONET Services a mis en place un système d'alerte professionnelle (l'ensemble des autorisations de la CNIL n'étant toutefois pas encore parvenues), et a étendu le dispositif de formation interne à l'ensemble des sociétés de la division Propreté multiservices à laquelle elle est rattachée. Elle a aussi intégré dans les contrats de travail des cadres dirigeants et commerciaux une clause assimilant à une faute lourde la participation personnelle à une entente anticoncurrentielle.

Les sociétés Spid, Spid Anjou et Haute-Mayenne Services remplissent elles aussi leurs engagements de mise en place d'un système d'alerte professionnelle, de formation et d'insertion, dans les contrats de travail, d'une disposition assimilant à une faute grave la participation personnelle à une entente anticoncurrentielle. L'ensemble de ces sociétés doivent 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 2009, un rapport de suivi des engagements a été transmis à l'Autorité par la société Roullier, attestant de 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 au droit de la concurrence). Un 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 08-D-29 du 3 décembre 2008**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie.

Le Conseil a accepté et rendu obligatoires les engagements souscrits par les sociétés Girod Père et Fils et SMAB consistant notamment, pour l'avenir, à ne présenter qu'une seule soumission aux appels d'offres lancés par les opérateurs publics et à renforcer la mise en conformité de l'entreprise. Depuis le 1^{er} septembre 2009, ces deux sociétés ont fusionné au sein de la société Silver construction et ont été radiées du registre du commerce : les engagements sont donc désormais sans objet, la nouvelle société ne formant plus qu'une entité unique.

- **Décision 08-D-33 du 16 décembre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar.

Les sociétés Transdev et Philibert ont transmis à l'Autorité les documents attestant de la mise en œuvre des engagements, relatifs notamment à la mise en place d'une formation au droit de la concurrence des salariés, à la modification des contrats de travail, au respect d'une procédure spéciale en cas de contacts avec des concurrents en cas d'éventuels groupements ou projets de sous-traitance et à la transparence des relations avec les partenaires.

- **Décision 09-D-03 du 21 janvier 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales.

Les sociétés Les Courriers catalans et Gep Vidal ont mis en place des séances de formation des cadres aux règles de la concurrence dans les trois mois suivant la décision du Conseil, et fixé des règles de conduite dans le cadre des réponses aux appels d'offres. Ces sociétés ont attesté de la mise en place de séances de formation intégrant les lignes de conduite à respecter dans le cadre des appels d'offres.

- **Décision 09-D-19 du 10 juin 2009**, relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre de Nancy. Les sociétés Seegmuller, Euromoving et Charl'Antoine ont attesté de la mise en œuvre de leurs engagements consistant en des instructions à leurs salariés visant au respect des règles de concurrence, en l'insertion, dans les contrats de travail, d'une clause qualifiant de faute grave, susceptible d'entraîner le licenciement de son auteur, la participation à une entente anticoncurrentielle. Elles ont aussi mis en place l'accès des personnels militaires à leur réseau intranet et une procédure d'établissement des devis.

Les engagements en cours de vérification

- **Décision 07-D-21 du 26 juin 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

L'une des sociétés concernées, qui n'a pas apporté la preuve de la mise en œuvre de ses engagements, a fait l'objet d'un rappel.

- **Décision 07-D-48 du 18 décembre 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international.

Quatre des cinq sociétés qui s'étaient engagées à sensibiliser et former leur personnel au droit de la concurrence et à insérer une clause dans les contrats de travail assimilant à la faute lourde la participation à une entente anticoncurrentielle ont honoré leurs engagements. Un rappel a été fait à la cinquième société.

- **Décision 09-D-05 du 2 février 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire.

Dans le cadre de la mise en œuvre de leurs engagements qui, au-delà de l'élaboration d'un programme de sensibilisation et de formation professionnelle et de la mise en place d'un système d'alerte professionnelle interne, visaient à améliorer le fonctionnement concurrentiel du marché, les sociétés Adecco France et Adia ont désigné un consultant extérieur, ainsi qu'il leur en avait été fait obligation. Par ailleurs, s'agissant de l'extension du périmètre du dispositif d'alerte professionnelle d'Adecco aux infractions au droit de la concurrence, cette société a obtenu l'autorisation de la CNIL. L'Autorité de la concurrence a approuvé le 7 décembre 2009 la procédure relative à l'archivage et la désignation d'un intervenant extérieur, présentée par la société Randstad (ex-Vediorbis). La mise en œuvre des engagements est donc en cours.

- **Décision 09-D-06 du 5 février 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente en ligne.

La SNCF a mis en œuvre ses engagements relatifs au partage, entre voyages-sncf.com (VSC) et l'agence, des charges et revenus publicitaires, et à l'obligation de ne pas demander aux abonnés de la Newsletter Trains, s'ils souhaitent modifier leur profil pour recevoir une newsletter agence ou la newsletter mixte. Elle a aussi rempli son engagement concernant la présentation de l'offre IDTGV avec l'offre TGV.

En revanche s'agissant des engagements n^{os} 3 et 4, la SNCF n'a pas rapporté la preuve notamment de la suppression des coûts de la licence Ravel Premier et Ravel Classic à destination des agences en ligne et de la diminution des coûts de licence et d'implantation RWS. Par ailleurs, l'Autorité n'a pas la preuve de la signature d'un accord avec les moteurs de réservation (GDS/*Global Distribution Systems*) Amadeus et Sabre. Une demande complémentaire a été faite en ce sens.

- Est également en cours la vérification des engagements contenus dans les décisions :
 - **08-D-32 du 16 décembre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques ;
 - **09-D-24 du 28 juillet 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM ;
 - **09-D-31 du 30 septembre 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football.

Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les injonctions exécutées

- **Décision 06-D-03 du 9 mars 2006**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation.

Les sociétés Saunier Duval, Elm Leblanc, Chaffoteaux et Maury, Frisquet et De Dietrich Thermique ont respecté l'injonction qui leur avait été faite de modifier leur

contrat de distribution afin de supprimer les clauses qui avaient pour objet ou pour effet de réserver la revente des produits de chauffage aux installateurs professionnels.

• **Décision 06-D-06 du 17 mars 2006**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement touristique en gîtes ruraux et en chambres d'hôtes. En exécution des injonctions, la Fédération nationale des gîtes de France a modifié sa charte en :

- supprimant la clause soumettant à l'accord préalable du relais départemental la publicité sur d'autres supports que ceux édités par le réseau et la clause interdisant au propriétaire de gérer en parallèle, à proximité du gîte de France lui appartenant, des meublés saisonniers ou toute autre formule d'accueil non agréés Gîtes de France ;
- limitant aux deux premières années d'adhésion à son réseau la clause interdisant aux adhérents d'apposer un double label sur le même gîte rural et la clause imposant aux adhérents qui ne désirent pas commercialiser eux-mêmes leur hébergement de le faire par l'intermédiaire des relais départementaux Gîtes de France.

• **Décision 06-D-36 du 6 décembre 2006**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet.

Cette société a respecté l'injonction qui lui a été faite d'édicter, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, des critères clairs, objectifs et non discriminatoires pour l'octroi des vacations de scanner et d'IRM aux médecins non-membres de la Société civile de moyens (SCM). Cette société avait abusé de sa position dominante sur le marché des examens de scanner et d'IRM réalisés à titre libéral à Aix-les-Bains et en Savoie, en limitant, sans raison objective, l'accès à ce matériel aux médecins concurrents.

Les injonctions en cours de vérification

• **Décision 07-D-04 du 24 janvier 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges.

• **Décision 07-D-24 du 24 juillet 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Leonidas.

Les injonctions décidées dans le cadre de demande de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce)

Les mesures conservatoires ayant épuisé leurs effets

• **Décision 08-MC-01 du 17 décembre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones.

Le Conseil a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond.

L'injonction prononcée visait à ce que les produits iPhone ne soient plus exclusivement commercialisés par Orange mais puissent l'être par tout autre opérateur souhaitant bâtir une offre avec ce terminal. Ces mesures d'urgence remettaient en cause non seulement l'exclusivité dont bénéficiait Orange en tant qu'opérateur de réseau, mais également celle dont il jouissait en tant que grossiste pour la distribution de l'iPhone, ainsi que les dispositions du contrat type de distribution d'Apple qui obligeaient tout candidat distributeur de l'iPhone à ne le distribuer qu'associé aux abonnements Orange. Ces injonctions, qui ont pris effet dès la notification de la décision, ont été exécutées et la décision sur le fond qui est intervenue le 11 janvier 2010 (10-D-01) a rendu obligatoires les engagements des sociétés Apple, Sales International, Apple Inc., France Télécom et Orange qui répondaient aux préoccupations de concurrence identifiées et reprenaient les modifications contractuelles réalisées dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires.

Les mesures conservatoires en cours d'exécution

- **Décision 09-MC-01 du 8 avril 2009**, relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct.
- **Décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009**, relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Telecom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SFR dans le secteur de la téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte.

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 (3 décisions en 2009) dans le cadre du contrôle des concentrations ainsi que des engagements pris au cours des années antérieures devant le ministre de l'Économie et des finances. Cette activité englobe notamment l'agrément des mandataires chargés de 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.

Ce suivi peut éventuellement conduire à l'ouverture par l'Autorité, sur saisine ministérielle ou saisine d'office, 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.

Fin 2009, les 18 affaires listées dans le tableau ci-dessous faisaient l'objet d'un suivi à ce titre.

Décision	Nom des parties	Date d'autorisation	Contenu
2006-02 *	Vivendi Universal/TPS	30/08/2006	Accès aux droits (limitation de la durée des contrats avec les détenteurs de droits, limitation des exclusivités et des achats couplés) Mise à disposition de chaînes Reprise de chaînes indépendantes
2006-11 *	Spir Communication/S3G/JV	15/09/2006	Non-couplage en matière de petites annonces Séparation des équipes commerciales chargées de l'espace publicitaire et des petites annonces Cession d'un titre de presse
2006-83 *	France Télévision/TF1/CFH	26/10/2006	Création d'une régie publicitaire autonome pour <i>France 24</i>
2006-155 *	Cafom/Fincar	31/08/2007	Cession de magasins ou de l'exploitation de magasins
2007-14 *	CCIP/Unibail	13/11/2007	Extension des surfaces d'exposition Régulation tarifaire Non-discrimination dans l'accès aux sites gérés par CCIP/Unibail Seuil maximal d'occupation par les parties de leurs propres sites. Non-couplage entre les prestations annexes et obligatoires Mise en place d'un processus d'appels d'offres pour le choix des fournisseurs des parties
2007-19 *	Spir Communication/Schibsted	10/09/2007	Non-couplage en matière de petites annonces automobiles ou de bateaux
2007-97 *	LVMH/Les Échos	19/12/2007	Cession de <i>La Tribune</i> Mise en place d'une possibilité de couplage entre <i>La Tribune</i> et <i>Investir</i> en matière de publicité financière Absence de couplage entre <i>Les Échos</i> et <i>Investir</i> Gestion séparée de la publicité financière d' <i>Investir</i> et de celle de <i>Les Échos</i>
2007-127 *	GHM/Pôle Sud de Lagardère	07/12/2007	Engagement de non-couplage d'espaces publicitaires ou de petites annonces Séparation des équipes chargées de la commercialisation des petites annonces et de la publicité commerciale
2007-144 *	France Télécom/Compagnie européenne de télécom	04/01/2008	Cession de fonds de commerce Non-distribution de produits et services de téléphonie dans deux boutiques Photo Service
2007-171 *	Somfy/Zurflüh Feller	12/06/2008	Non-couplage Continuation de la commercialisation de certaines pièces
2007-181 *	SFR/Neuf Cegetel	15/04/2008	Lancement d'une offre publique permettant l'accueil effectif d'un nouveau MVNO sur le réseau SFR Mise à disposition de fibres optiques noires Mise à disposition de services de collecte DSL Mise à disposition de chaînes
2008-04 *	Vivarte/Défi Mode	04/04/2008	Cession de trois magasins Renonciation aux autorisations obtenues auprès des CDEC/CNEC et au dépôt de demandes d'autorisation auprès de CDEC/CNEC dans 4 zones
2008-16 *	Vivarte/Super Sport	30/04/2008	Cession de deux magasins Renonciation aux autorisations obtenues en CDEC/CNEC ou au dépôt de demandes d'autorisation d'équipement commercial auprès de CDEC ou CNEC dans deux zones ou cessation d'activité
2008-39 *	PMU/Geny Infos	16/07/2008	Accès non discriminatoire à la base Info Centre
2008-100 *	Bigard Socopa	17/02/2009	Cession d'abattoirs Cession d'usines de production Engagement de non-couplage Licence de marque concernant Valtero
09-DCC-16	Banque Populaire/Caisse d'Épargne	22/06/2009	Autonomie des politiques commerciales des filiales respectives Banque Populaire et Caisse d'Épargne à la Réunion Surveillance de l'évolution des prix à la Réunion par rapport à la moyenne des prix pratiqués par les banques
09-DCC-54	SNCF/Novatrans	16/10/2009	Mise en concurrence des entreprises ferroviaires pour la traction des trains Novatrans au travers d'appels d'offres ligne par ligne Constitution de sociétés d'exploitation à capital ouvert à d'autres opérateurs de transport combiné pour la gestion des terminaux dédiés au transport combiné de marchandises Accès transparent et non discriminatoire aux services de Novatrans à tous les transporteurs routiers extérieurs au groupe
09-DCC-67	LDC/Arrivé	23/11/2009	Cession de Fermiers landais Engagement de non-couplage

* Décisions ministérielles prises avant l'entrée en vigueur de la réforme (2 mars 2009), laquelle a transféré le contrôle des opérations de concentration à l'Autorité de la concurrence.

Jurisprudence des juridictions de contrôle



Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris	349
Sur la procédure	350
Sur l'enquête administrative	350
Sur la saisine de l'Autorité	351
Sur la compétence de l'Autorité	352
Sur la procédure suivie devant l'Autorité	353
Sur la prescription	370
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel	370
Sur les mesures conservatoires	382
L'octroi de mesures conservatoires	382
Le rejet de demandes de mesures conservatoires	384
Sur le fond	385
Sur la définition du marché pertinent	385
Sur les pratiques d'entente	388
Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique	401
Sur l'application du droit communautaire	403
L'existence d'échanges entre les États membres portant sur les produits concernés par les pratiques	405
L'affectation des échanges entre les États membres par les pratiques	405
Le caractère sensible de l'affectation des échanges entre les États membres	406
Sur l'imputabilité des pratiques	406
Sur les sanctions	407
Sur la gravité des pratiques	407
Sur le dommage à l'économie	413
Sur la situation des entreprises	418

Sur l'individualisation et la motivation de la sanction _____	420
Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure _____	421
Sur l'incidence du rôle joué par la victime de pratiques anticoncurrentielles _____	421
Sur la situation de crise économique affectant le secteur concerné par les pratiques _____	421
Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération _____	422
Sur la comparaison entre les sanctions _____	423
Sur la publication _____	424
Jurisprudence de la Cour de cassation _____	425
Sur la prescription et la procédure _____	425
Sur la prescription _____	425
Sur la procédure suivie devant l'Autorité _____	428
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel _____	431
Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation _____	432
Sur les mesures conservatoires _____	433
Sur le fond _____	434
L'entente anticoncurrentielle _____	434
L'abus de position dominante _____	434
Sur l'imputabilité des pratiques _____	440
Sur les sanctions _____	441
Sur la gravité des pratiques _____	441
Sur le dommage causé à l'économie _____	441
L'individualisation de la sanction prononcée contre une société absorbante à raison de pratiques commise par la société absorbée _____	442
Jurisprudence du Conseil d'État _____	442
Sur la motivation _____	442
Sur la position dominante collective _____	443

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2009, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence ou l'Autorité de la concurrence, a rendu 21 arrêts¹, dont 16 dans lesquels la cour s'est prononcée sur le fond :

- dans neuf affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil ou de l'Autorité en rejetant les recours ;
- dans une affaire, elle a annulé la décision du Conseil pour une raison tenant à la procédure, en l'occurrence, la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré du Conseil ; puis, statuant en fait et en droit sur les griefs, elle a entièrement confirmé l'analyse du Conseil, à la fois sur les pratiques et sur les sanctions ;
- quatre décisions de sanction ont fait l'objet d'annulation ou de réformation partielle, portant soit sur le fond (mise hors de cause d'une des entreprises sanctionnées pour des raisons tenant à l'imputation des pratiques et à la détermination de l'assiette de la sanction ou annulation d'un des griefs retenus à l'égard d'une entreprise et réduction subséquente de la sanction), soit seulement sur le montant des sanctions ou la mesure de publication ordonnée ;
- deux décisions de sanction ont été réformées ou annulées totalement, la cour mettant hors de cause les entreprises sanctionnées pour des raisons touchant au fond (absence de pratiques anticoncurrentielles) ou de procédure (durée excessive de la procédure ayant porté atteinte de façon irrémédiable aux droits de la défense).

1. Dans six affaires, la cour d'appel était saisie après cassation.

Sur la procédure

Sur l'enquête administrative

Sur la loyauté de l'enquête

Transcription des questions sur les procès-verbaux d'audition

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**² rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a rappelé qu'aucun texte n'impose la transcription des questions posées par les enquêteurs sur les procès-verbaux prévus par les articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce (*cf.* décision 05-D-66).

Sur le recours contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie (dispositions transitoires prévues par l'article 5, IV, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008)

Voir *infra* : sur la procédure suivie devant la cour d'appel.

Sur les conditions du déroulement des opérations de visite et de saisie

Saisies effectuées sur le fondement de l'article 22-1° du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**³, la cour a confirmé la régularité des saisies effectuées au Royaume-Uni aux sièges sociaux de plusieurs des compagnies pétrolières mises en cause. Elle a d'abord constaté que la société Total, qui n'avait pas fait l'objet d'investigations, n'était pas recevable à invoquer des irrégularités à ce titre : « *Une entreprise n'est pas fondée à se plaindre des violations des droits de la défense d'une entreprise tierce ou à remettre en cause la régularité d'une procédure à laquelle elle est étrangère.* » Elle a estimé ensuite que les dispositions de l'article 12 du règlement n° 1/2003 qui règle les modalités d'application de l'article 22-1° avaient été respectées. Alors qu'était dénoncée « *l'instrumentalisation du droit communautaire* », la cour a retenu que le rapporteur général avait utilisé normalement les instruments du droit communautaire, dont l'application était acquise, et rappelé que les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification de griefs. Était par ailleurs dénoncé le caractère déloyal de la demande adressée à l'Office of Fair Trading (OFT) du fait de prétendues inexactitudes et omissions : la cour a retenu qu'« *en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur de l'OFT puisse se déterminer* ». La cour a également écarté

2. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

3. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

les critiques qui étaient élevées quant à la présence prétendument irrégulière de rapporteurs du Conseil lors des investigations menées dans les locaux des entreprises : elle a constaté qu'aucune société n'avait exercé de recours à cet égard, qui ne pouvait être porté que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit anglais, conformément à l'article 22-1° du règlement n° 1/2003 ; en outre, les rapporteurs régulièrement désignés n'avaient fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles entraient bien dans le cadre de l'enquête sollicitée, sans exercer aucun des pouvoirs de la nature de ceux qui leur sont conférés par l'article L. 450-4 du Code de commerce et leur présence avait été acceptée par les entreprises. La cour a encore rejeté le moyen tiré de l'absence d'autorisation judiciaire au Royaume-Uni, les parties invoquant l'absence de garantie équivalente en France et au Royaume-Uni sur ce point : la cour a relevé que l'article 22-1° du règlement n° 1/2003 prévoit que les mesures d'enquête exécutées sur ce fondement le sont en application du droit national de l'autorité exécutante et qu'en l'espèce, la procédure britannique ne nécessitait pas un mandat judiciaire de perquisition (article 65 F du *Competition Act*), de sorte que l'absence d'autorisation judiciaire ne pouvait constituer une irrégularité. La cour a observé qu'en supposant que les garanties du droit anglais ne soient pas équivalentes à celles du droit français, les dispositions de l'article 12-3° du règlement n° 1/2003 qui prévoient qu'à défaut de garanties équivalentes, les informations transmises d'autorité nationale de concurrence à autorité nationale de concurrence ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, concernent exclusivement les personnes physiques. De surcroît, les documents avaient été transmis aux enquêteurs volontairement par les entreprises, conformément à la procédure non coercitive du *Competition Act* qui avait été choisie en l'espèce (cf. décision 08-D-30).

Sur la saisine de l'Autorité

Sur la saisine d'office de l'Autorité

Régularité de la saisine d'office

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**⁴, la cour a écarté le moyen tiré de l'irrégularité de la saisine d'office du Conseil qui aurait résulté de l'absence des signatures de la présidente de séance et des deux vice-présidents rendant impossible la vérification de sa conformité à l'article R. 461-7 du Code de commerce qui prévoyait, dans son ancienne rédaction, que la commission permanente ne pouvait délibérer qu'en présence de trois de ses membres. Était, en effet, versée aux débats, la copie de la minute de la décision qui comportait la signature de la présidente et du secrétaire de séance ainsi que la mention du délibéré par la présidente et deux vice-présidents conformément à l'article 10 du règlement intérieur, permettant de constater que les prescriptions de l'article R. 461-7 avaient été respectées (cf. décision 08-D-12).

4. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur l'étendue du champ de la saisine de l'Autorité

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**⁵, la cour a rejeté l'argumentation selon laquelle le Conseil aurait excédé le champ de sa saisine. Le Conseil avait été saisi d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires de la société Bouygues Télécom visant l'exclusivité dont bénéficiait Orange, filiale de France Télécom, sur l'iPhone, cette exclusivité résultant d'un partenariat conclu entre l'opérateur de téléphonie mobile et Apple. Il était reproché au Conseil, d'une part, d'avoir étendu indûment la demande de mesures conservatoires à des entités du groupe Apple qui n'étaient pas visées dans la saisine et de s'être ainsi autosaisi alors qu'une telle autosaisine n'est pas prévue en matière de mesures conservatoires et, d'autre part, d'avoir fondé l'octroi des mesures conservatoires sur l'existence d'un accord qui n'était pas dénoncé dans la saisine. La cour a rappelé que le Conseil est saisi *in rem* et qu'il tient de l'article L. 464-1 du Code de commerce la faculté de prendre les mesures qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Dès lors, « *tenu de statuer sur la demande de mesures conservatoires [...], le Conseil doit prononcer les mesures qu'il estime propres à remédier aux atteintes graves et immédiates provoquées par les pratiques dont il est saisi, et ce sans être lié par la description, la qualification ou l'analyse des pratiques proposées par le demandeur, lequel au demeurant ne dispose pas de ses pouvoirs d'investigation* ». Le Conseil n'avait donc nullement excédé ses pouvoirs en prononçant les mesures conservatoires demandées par Bouygues Télécom contre les entités du groupe Apple qui étaient directement concernées, dès lors que les intéressées, attirées à la procédure par la rapporteure au cours de l'instruction, avaient été mises en mesure de présenter leurs observations, peu important que tout au long de la procédure elles se soient présentées comme intervenant pour le compte des filiales citées dans la saisine. De même, la cour a jugé que le Conseil avait régulièrement retenu, parmi les documents contractuels régissant les relations commerciales des parties mises en cause, ceux qui lui paraissaient susceptibles de caractériser la pratique dénoncée, même s'ils n'avaient pas été visés par la plaignante (*cf.* décision 08-MC-01).

Sur la compétence de l'Autorité

Dans l'**arrêt Maître M. Pelletier du 9 juin 2009**⁶, la cour, statuant après cassation⁷, a confirmé la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner les pratiques tarifaires de la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée dans le cadre de sa mission de service public concernant la desserte maritime de l'île d'Yeu. La cour a écarté, par conséquent, la demande de question préjudicielle au Conseil d'État présentée par le ministre chargé de l'économie. Rappelant la jurisprudence du Tribunal des conflits (rappelée dans l'arrêt Gisserot du 4 avril

5. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

6. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

7. Arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2008 (VIVV) rendu sur un pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel du 28 juin 2005.

2009⁸), la cour a relevé que l'objet de la saisine du Conseil tenait exclusivement à une pratique anticoncurrentielle, que l'exercice de prérogatives de puissance publique par la régie avait été écarté par la Cour de cassation, de sorte que le premier arrêt de la cour d'appel était devenu définitif sur ce point : si la rédaction du cahier des charges de la régie, notamment l'énoncé des principes directeurs de la tarification et du subventionnement, relevait incontestablement d'une prérogative de puissance publique, la fixation détaillée et périodique des tarifs chiffrés des passages des personnes, véhicules et marchandises, en considération des décisions de même nature prises par les concurrents de droit privé, relevait, quant à elle, de la seule gestion d'entreprise. La cour a constaté également que si les acquisitions de navires avaient certainement été des décisions d'organisation du service public, aucune décision du conseil général de la Vendée relative à l'acquisition du navire concerné n'avait été contestée devant la juridiction administrative et « *que dès lors, les décisions de ce conseil général [étaient] acquises aux débats de la cour en tant que faits de la cause* » (cf. décision 04-D-79).

Dans l'**arrêt DKT International du 11 septembre 2009**, la cour a confirmé la décision dans laquelle l'Autorité de la concurrence avait décidé d'instruire au fond la plainte de la société DKT International mais avait rejeté sa demande de mesures conservatoires. Étaient dénoncées des pratiques d'entente et d'abus de position dominante de la société Éco-Emballages et de sa filiale Valorplast sur le marché des déchets d'emballages ménagers en plastique, qui auraient compromis le développement de l'activité de la plaignante de reprise des déchets auprès des collectivités locales. La cour a confirmé la compétence de l'Autorité pour examiner les pratiques dénoncées : elle a estimé que l'existence de clauses exorbitantes du droit commun dans certaines des conventions en cause ne devait pas être prise en considération pour dénier la compétence que l'Autorité tire de l'article L. 410-1 du Code de commerce, dès lors qu'elle ne traduisait pas l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'elle ne concernait pas le mécanisme, purement industriel et commercial, dénoncé dans la saisine (cf. décision 09-D-26).

Sur la procédure suivie devant l'Autorité

Sur l'obligation d'informer la Commission européenne

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**⁹, la cour a écarté le moyen tiré du défaut d'information de la Commission européenne. Il était soutenu que le Conseil aurait dû informer la Commission en application de l'article 11 § 3 du règlement n° 1/2003 dès lors que, même si l'affaire ne mettait pas en jeu le droit communautaire, l'application du droit communautaire avait été néanmoins

8. « Selon l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles définies au livre IV de ce code, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public; que dans la mesure où elles exercent de telles activités, et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire. »

9. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

envisagée au stade de la saisine d'office du Conseil. La cour n'a pas partagé cette analyse. Elle a constaté que si le rapporteur avait envisagé que les pratiques puissent être qualifiées au regard de l'article 81 du traité CE, la notification de griefs ne contenait aucune référence aux textes communautaires. En outre, cette absence d'information ne pouvait avoir porté atteinte aux droits des parties dès lors que, contrairement à ce qui était soutenu, les chances, pour les parties, d'obtenir une décision plus favorable devant la Commission étaient purement hypothétiques et que la Commission, également destinataire de la demande de clémence, n'avait d'ailleurs pas jugé utile de se saisir des faits dénoncés (*cf.* décision 08-D-12).

Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

Absence d'examen préalable de la légalité d'un appel d'offres

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé la décision dans laquelle le Conseil avait sanctionné des fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, mandaté par d'autres CHU. Ces fabricants avaient ainsi mis en échec une nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit tant au niveau du prix que du service rendu, en cherchant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a écarté la demande de question préjudicielle ou de sursis à statuer des sociétés requérantes qui critiquaient l'absence d'examen préalable de la légalité de l'appel d'offres qui aurait entraîné une atteinte aux droits de la défense. Elle a rappelé que « *si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, en l'occurrence la procédure d'appel d'offres, et en prononcer l'annulation, le Conseil de la concurrence est compétent pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles cet appel d'offres s'adresse, qu'elles prennent ou non le parti d'y répondre, et prononcer, le cas échéant, des sanctions et injonctions à l'encontre de ces entreprises si leur comportement révèle une entente ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel; que l'intervention du juge administratif pour appréhender la légalité d'un acte administratif ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil pour examiner de telles pratiques, indépendamment des irrégularités de l'appel d'offres* ». Elle a estimé que l'annulation éventuelle de l'appel d'offres en cause par le juge administratif n'était pas de nature à retirer son caractère anticoncurrentiel à l'entente constatée (*cf.* décision 07-D-49).

Accès au dossier (dans la procédure d'engagements)

Dans l'**arrêt Canal 9 du 6 octobre 2009**, la cour d'appel, sur renvoi après cassation partielle¹⁰, a examiné de nouveau la question de l'étendue de l'accès des parties aux pièces du dossier dans la procédure d'engagements. Dans cette affaire, le Conseil, sur une saisine de la société Canal 9, avait accepté des engagements du GIE Les

¹⁰ Cass. com., 4 novembre 2008, n° 07-21.275, Canal 9.

indépendants¹¹. Sa décision avait été contestée par la société plaignante qui, sur le fond, jugeait insuffisants les engagements pris et, sur la forme, se plaignait de diverses irrégularités de procédure, et notamment d'un défaut d'accès à deux documents mentionnés dans l'évaluation préliminaire – l'enquête administrative et un avis rendu par le CSA – qui ne lui avaient pas été communiqués au cours de la procédure suivie devant le Conseil. Dans un premier arrêt du 6 novembre 2007, la cour avait confirmé la régularité de la procédure suivie devant le Conseil, s'agissant tant de la participation du collège à la phase de négociation¹² que du respect du principe de la contradiction. Sur ce dernier point, la cour avait jugé que la saisissante ne pouvait se plaindre d'une atteinte qu'elle avait elle-même contribué à entretenir dès lors que, connaissant l'existence des deux documents litigieux mentionnés dans l'évaluation préliminaire, elle n'en avait demandé communication qu'à l'occasion de son recours devant la cour d'appel puis avait choisi finalement de renoncer à cette communication. La cour avait estimé, en outre, que les pièces litigieuses n'avaient pas été soumises au Conseil. Dans un arrêt du 4 novembre 2008 (Canal 9), la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond sur le premier point relatif à l'absence de violation des principes d'impartialité et de séparation des pouvoirs, mais avait estimé, sur le second point relatif au contradictoire, que la cour avait « *privé sa décision de base légale* ». La Haute Juridiction avait énoncé que « *lorsque la procédure d'engagements est mise en œuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve de l'article L. 463-4 du Code de commerce [secret des affaires], avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis au Conseil pour statuer sur les engagements* ». Elle avait jugé qu'« *il appartient à la cour d'appel, saisie par une partie d'une demande tendant à l'annulation de la décision du Conseil faute pour elle d'avoir eu accès à l'intégralité du dossier, de vérifier, au besoin d'office, si le défaut de communication de certaines pièces a porté atteinte à ses intérêts* » et qu'en écartant l'argumentation de Canal 9 comme elle l'avait fait, la cour d'appel n'avait pas procédé à une telle vérification.

Sur renvoi, la cour d'appel a repris à son compte, en partie, la formulation utilisée par la Cour de cassation, indiquant que « *lorsque la procédure d'engagements est mise en œuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 du Code de commerce, avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis au Conseil pour statuer sur les engagements* ». S'éloignant ensuite quelque peu des prescriptions de la Cour de cassation, elle a estimé qu'elle devait vérifier si le défaut de communication « *a concerné également la partie mise en cause [en l'occurrence, le GIE] et porté concrètement atteinte au principe de la contradiction* ». En

11. Canal 9, qui exploite une radio locale sous le nom de Chante France, avait dénoncé le refus du GIE de l'admettre dans son réseau, lequel regroupait plusieurs radios locales et régionales et commercialisait, par l'intermédiaire d'une régie publicitaire commune, des espaces publicitaires de radios à zone de diffusion locale ou régionale auprès d'annonceurs nationaux ou internationaux.

12. Sur ce premier point, la cour avait jugé que l'évaluation préliminaire du rapporteur ne constituait pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH s'apparentant à une notification de griefs et que l'intervention du collège ne pouvait être qualifiée d'immixtion dans l'instruction de l'affaire, constitutive d'une violation des principes d'impartialité et de séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

conséquence, la cour, avant-dire droit, a demandé à l'Autorité de communiquer aux parties les deux documents litigieux et de préciser si ces documents avaient été ou non fournis au GIE, les parties, comme l'Autorité et le ministère public étant invités à conclure de nouveau (cf. décision 06-D-29).

Voir *infra* même arrêt : sur l'égalité des armes dans la procédure d'engagements.

Égalité des armes

Exercice par la DGCCRF, partie saisissante, des fonctions de commissaire du Gouvernement

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a jugé que le directeur général de la DGCCRF, représentant du ministre en tant que partie saisissante, peut exercer également, dans la même affaire, les fonctions de commissaire du Gouvernement sans que cela entraîne une atteinte aux principes d'égalité des armes ou du procès équitable dès lors que ce directeur ne saisit pas l'Autorité en son nom personnel, ni même *ès qualités*, mais au nom du ministre chargé de l'économie, lequel, usant de la prérogative qu'il tient de l'article L. 462-1 du Code de commerce, le désigne ensuite en qualité de commissaire du Gouvernement. La cour a précisé que ces dispositions qui autorisent le ministre à saisir l'Autorité par l'intermédiaire de son directeur général de la DGCCRF, puis à désigner cette même personne en qualité de commissaire du Gouvernement, « *ne confère[nt] ni au ministre partie saisissante, ni au commissaire du Gouvernement qu'il désigne, aucun pouvoir sur le déroulement de la procédure autre que celui de déposer des observations, qui constituent un simple avis consultatif, fût-il obligatoire, communiquées aux entreprises en cause qui ont la possibilité de faire valoir leurs propres observations en réponse [...]* » (cf. décision 07-D-49).

Égalité des armes dans la procédure d'engagements

Dans l'**arrêt Canal 9 du 6 octobre 2009**, la cour d'appel, sur renvoi après cassation partielle¹³, a écarté le moyen tiré de la violation du principe d'égalité des armes, la société saisissante, Canal 9, se plaignant d'avoir été écartée des négociations menées entre le rapporteur, le collègue et le GIE mis en cause. La cour a rappelé que le principe de l'égalité des armes vise « *à ne pas mettre une partie dans une position – organique ou fonctionnelle – substantiellement désavantageuse par rapport à ses adversaires, et inversement tend à garantir pour chacun une possibilité raisonnable de présenter sa cause; qu'il est un aspect essentiel du droit au procès équitable, mais ne se confond pas avec les droits de la défense, qui n'en sont qu'un aspect strictement juridictionnel, et moins encore avec le principe contradictoire, qui est un moyen – premier mais non exclusif – de la garantie des droits de la défense [...]* »¹⁴. La cour a précisé

13. Cass. com, 4 novembre 2008, Canal 9, précité, cassant partiellement l'arrêt de la cour d'appel du 6 novembre 2007.

14. La cour a également précisé la portée du principe de l'égalité des armes : « *Ce principe [...] n'implique cependant pas que les prérogatives processuelles ou plus généralement la part prise par chaque intéressé à un processus décisionnel de droit privé soient rigoureusement identiques pour tous, d'autant qu'il s'analyse, selon la jurisprudence la plus habituelle des juridictions nationales et de la CEDH aussi bien de manière concrète, en fonction des circonstances de la cause, des moyens culturels ou matériels des personnes concernées, et de la réalité factuelle de l'espèce, qu'au regard des textes nationaux qui détaillent le principe.* »

que ce principe doit être apprécié d'une manière concrète, et en l'occurrence, au regard des exigences particulières de la procédure d'engagements, qui est « *un outil de pure régulation* » et « *une procédure souple et rapide* », très différente de la procédure conduisant au prononcé de sanction¹⁵. La cour a constaté qu'en l'espèce, les dispositions de l'article R. 464-2 du Code de commerce qui organisent la procédure d'engagements avaient été strictement respectées par le Conseil. De fait, la société Canal 9, au même titre que les tiers intéressés et que le commissaire du Gouvernement, avait été pleinement associée au débat qui s'était engagé à partir de l'évaluation préliminaire du rapporteur et de la proposition d'engagements présentée par le GIE : la plaignante avait ainsi reçu communication de l'évaluation préliminaire en même temps que le GIE, avait pu discuter par écrit la proposition d'engagements du GIE lors du test de marché et ensuite faire des observations sur la version remaniée de ces engagements en séance puis par écrit. Elle n'avait donc pas été mise dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport aux autres intervenants à la procédure (cf. décision 06-D-29).

Voir *supra* **même arrêt** : sur l'accès au dossier dans la procédure d'engagements.

Confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a écarté le reproche qui était adressé au Conseil d'avoir utilisé des notes, saisies lors des opérations de visite et de saisie, qui transcrivaient des échanges entre un dirigeant d'entreprise et son avocat. La cour a constaté que la saisie de ces documents s'inscrivait dans le cadre d'opérations régulièrement autorisées et que l'entreprise concernée, n'ayant pas usé de la faculté de recours dont elle disposait en vertu de l'article L. 450-4 du Code de commerce pour contester cette saisie devant le juge des libertés et de la détention, s'était privée de toute possibilité de contestation ultérieure (cf. décision 07-D-49).

Notification de griefs

Précision dans la rédaction des griefs (désignation des distributeurs et des fournisseurs impliqués dans une entente verticale sur les prix)

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹⁶, la cour a écarté l'argumentation d'un fabricant qui se plaignait de l'imprécision du grief d'entente verticale sur les prix qui lui avait été notifié au motif que n'avaient pas été précisément désignés les distributeurs avec lesquels on lui reprochait de s'être entendu. La cour,

15. La cour relève que les dispositions de l'article R. 464-2 qui organisent la procédure d'engagements « *s'inscrivent dans le cadre bien déterminé d'une procédure souple et rapide qui vise, non point à emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes pourraient excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence, mais uniquement à apporter une réponse satisfaisante de l'autorité publique à ces dernières; qu'il s'agit donc d'un outil de pure régulation et non d'une procédure de sanction* »; elle observe, en outre, que « *si le plaignant n'entend pas que l'Autorité s'arrête à la procédure d'engagements, il conserve la possibilité de fournir à l'Autorité la preuve ou à tout le moins des présomptions d'abus de position dominante ou d'entente, ou encore de saisir la juridiction de premier degré sur le fondement du titre IV du livre IV du Code de commerce* ». Elle observe également que ces dispositions sont directement inspirées du règlement n° 1/2003. Elle précise encore que dans la procédure conduisant au prononcé de sanctions, contrairement à la procédure d'engagements, les entreprises acquièrent la qualité de partie après la notification de griefs, laquelle est assimilable à un acte d'accusation qui ouvre la phase contradictoire : la cour en conclut que « *l'esprit des textes est bien de donner au principe d'égalité des armes un autre relief que dans la procédure d'engagements* ».

16. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

rappelant qu'« un grief est un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise », a estimé que « l'imputation d'une entente verticale à un fabricant n'exige pas l'identification précise de chacun des distributeurs impliqués lorsque, comme en l'espèce, est invoquée l'application générale de prix évoqués ou conseillés ». Pour cette même raison, la cour a encore écarté l'argumentation par laquelle ce fabricant reprochait au Conseil d'avoir retenu à sa charge une entente avec « l'ensemble de ses distributeurs » alors que le grief qui lui avait été notifié visait un nombre déterminé de distributeurs nommément désignés. La cour a estimé que l'ensemble des distributeurs, tel que retenu dans la décision, ne pouvait s'analyser que comme l'ensemble de ceux qui étaient désignés dans la notification de griefs (cf. décision 07-D-50). À l'inverse, dans le même arrêt, la cour a accueilli l'argumentation d'un distributeur qui, sanctionné pour une entente avec deux fournisseurs nommément désignés, faisait valoir que la notification de griefs ne mentionnait pas clairement l'un de ces fournisseurs de sorte qu'il n'avait pas été en mesure de se défendre complètement. De fait, l'un des fournisseurs n'était pas expressément mentionné dans la partie conclusive (récapitulative) de la notification de griefs comme s'étant entendu avec le requérant même si ce dernier était cité comme distributeur du fournisseur dans la partie descriptive de la notification de griefs. La cour a jugé que cette dernière circonstance ne suffisait pas pour que le distributeur ait pu se défendre utilement sur le grief d'entente en ce qu'il concernait ce fournisseur et a annulé la décision de ce chef (cf. décision 07-D-50).

Modification du grief au stade du rapport et/ou de la décision

Dans l'arrêt **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹⁷, la cour a écarté le moyen tiré de l'atteinte au principe du contradictoire et aux droits de la défense qui aurait résulté de la modification d'un grief au stade du rapport puis, de nouveau, au stade de la décision. Un grief d'entente sur des prix de vente conseillés avait été notifié, reposant sur trois critères : préconisation des prix de vente, alignement des prix catalogue des distributeurs au seuil de revente à perte et police des prix. Dans le rapport, avaient été visées l'adhésion des distributeurs aux conditions générales de vente des fournisseurs qui prévoyaient des remises artificiellement conditionnelles et la signature de contrats ayant pour objet une fausse coopération commerciale. Dans sa décision, le Conseil avait repris la première analyse en retenant la démonstration des ententes par la réunion des trois critères. Il était soutenu que ces évolutions avaient entraîné une modification de la nature du grief et conduit les entreprises à ne se défendre que sur le caractère faussement conditionnel des remises octroyées aux distributeurs et sur la réalité du contenu des accords de coopération commerciale. Mais la cour a retenu que la notification des griefs, en se référant à l'ensemble des éléments réunis au cours de l'enquête, visait un ensemble de faits recouvrant « les pratiques commerciales en vigueur dans le secteur du jouet, les politiques de fixation des prix de vente aux consommateurs, l'application de prix de détail identiques alignés sur le seuil de revente à perte des grandes surfaces alimentaires et spécialement l'application des prix catalogues, la préconisation des prix de vente

17. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

au détail et la surveillance/police des prix» et que tous les griefs notifiés trouvaient leur source dans ce même ensemble de faits. Elle a rappelé «*qu'un grief doit être analysé par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification de celui-ci*». En l'espèce, avait été notifié aux entreprises «*un grief d'entente entre fournisseurs et distributeurs sur les prix de revente aux consommateurs*» et dans leur rapport, les rapporteurs, en visant la négociation d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte, avaient «*seulement entendu préciser comment l'entente [...] était démontrée*». La cour a estimé que le Conseil, qui n'est pas tenu par l'analyse des rapporteurs, avait pu valablement retenir un mode de preuve différent pour apprécier si le grief notifié était établi dès lors qu'il ne s'était pas fondé sur des éléments qui n'avaient pas été soumis au débat contradictoire. La cour a observé qu'en définitive, le mode de preuve retenu par le Conseil était plus favorable aux parties poursuivies, supposant la réunion de plusieurs éléments (évocation des prix par les fournisseurs à l'intention des distributeurs, police des prix et application généralisée de ces prix par les distributeurs) et que les entreprises s'étaient défendues, non pas seulement sur les faits analysés sous l'angle des fausses marges arrière, mais sur l'ensemble des faits relevés au titre du faisceau d'indices, pour critiquer cette méthode de démonstration ou pour contester l'existence des indices retenus (cf. décision 07-D-50).

Ajout d'un nouveau grief au stade du rapport ou de la décision

Voir les arrêts **Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹⁸ (cf. décision 08-D 12) et **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁹ (cf. décision 08-D-30).

Éléments servant à la détermination de la sanction

Dans l'**arrêt Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a partiellement censuré la décision de sanction prise par le Conseil à l'encontre de cinq entreprises qui s'étaient entendues à l'occasion de la passation d'appels d'offres lancés par le Service technique de la navigation aérienne (STNA) pour la construction d'installations de navigation aérienne. L'une des entreprises responsables des pratiques avait été dissoute par absorption quelques jours avant la séance et la société absorbante était une holding présentant une situation comptable négative. Afin d'éviter que l'intéressée n'échappe artificiellement à toute sanction, le Conseil avait à la fois tenu compte des chiffres d'affaires cumulés des deux entreprises et retenu le chiffre d'affaires réalisé par la société absorbante lors de l'avant-dernier exercice clos alors que l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi NRE) applicable en l'espèce, prescrivait de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice clos. La cour a estimé que le Conseil avait procédé ainsi à une «*double modification de l'assiette légale de la sanction*» en violation de la défense de la société sanctionnée qui n'avait pas été mise en mesure

18. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

19. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de faire valoir ses observations, ce qui justifiait l'annulation partielle de la décision (cf. décision 07-D-47).

Voir aussi *infra* **même arrêt** : sur l'imputabilité des pratiques et sur les sanctions/sur le chiffre d'affaires à prendre en considération.

Motivation de la décision

Voir l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**²⁰ (cf. décision 08-MC-01).

Procédure de mesures conservatoires

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**²⁰, la cour, statuant sur les recours formés contre la décision par laquelle le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires à la demande de la société Bouygues Télécom, a écarté plusieurs moyens tirés de la violation des droits de la défense et du principe du contradictoire.

Dépôt tardif d'écritures et de pièces par le plaignant et délai pour répondre

Était dénoncé le dépôt tardif par la société plaignante, Bouygues Télécom, avec l'aval du rapporteur général puis du Conseil, de volumineuses écritures et pièces comportant de nouveaux griefs, qui aurait compromis l'exercice de la défense des sociétés mises en cause malgré l'octroi d'un délai supplémentaire. La cour a rappelé qu'aucun délai n'est imposé pour la mise en état des procédures de mesures conservatoires, « *qui se caractérisent par l'urgence et dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles sur le bien-fondé de la demande et, lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article R. 463-8 du Code [de commerce], décide, en vue d'assurer une meilleure organisation des débats, de fixer des délais aux parties pour le dépôt de leurs écritures, le dépôt de pièces ou d'écritures après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, leur rejet de la procédure, dès lors que les parties adverses ont bénéficié d'un temps suffisant pour y répondre* ». En l'espèce, les délais dont avaient disposé Orange et France Télécom pour répondre aux écritures successives de la plaignante ont été jugés suffisants (cf. décision 08-MC-01).

Déclassement de documents classés « secret d'affaires »

La cour a rejeté le moyen tiré de la déloyauté et de la partialité de la rapporteure à laquelle il était reproché d'avoir déclassé au dernier moment la quasi-totalité des documents classés « secret d'affaires » pour appuyer sa position en séance. Elle a jugé que le déclassé des pièces n'est soumis à aucun délai et observé que les parties mises en cause ne pouvaient espérer que les pièces qui avaient été classées « secrets d'affaires » le resteraient puisqu'elles contenaient l'essentiel des clauses fondant les pratiques dénoncées et qu'elles en connaissaient le contenu puisqu'elles les avaient produites (cf. décision 08-MC-01).

²⁰. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

Étendue du contradictoire (absence de notification de griefs, connaissance des mesures conservatoires susceptibles d'être prononcées, pièces non contradictoires mais citées dans la décision)

La cour a rappelé qu'aucun texte ne prévoit de notification de griefs avant une séance au cours de laquelle est examinée une demande de mesures conservatoires. Les parties ne pouvaient pas davantage prétendre avoir ignoré quelles étaient les mesures susceptibles d'être prononcées alors qu'elles avaient connaissance des demandes formées par la société saisissante. Elle a encore jugé que « *si l'instruction devant le Conseil [...] doit être pleinement contradictoire, l'absence éventuelle de pièces dans le dossier soumis aux parties n'est de nature à entraîner l'annulation de la décision que s'il est avéré qu'elle a porté atteinte à leurs intérêts* ». En l'espèce, il n'était pas contesté que tous les documents cités dans la décision n'avaient pas été soumis aux sociétés mises en cause mais celles-ci ne prétendaient pas qu'elles en auraient contesté la teneur ou l'exactitude, s'agissant pour l'essentiel de données publiques citées pour décrire le fonctionnement des marchés – dont, en leur qualité d'opérateurs de téléphonie mobile, elles avaient nécessairement connaissance – ou d'appréciations tirées d'un avis précédemment rendu par le Conseil. Si des documents avaient été transmis à titre confidentiel par SFR, opérateur qui n'était pas en cause devant le Conseil, leur contenu n'avait pas été retenu à charge contre les sociétés mises en cause, la décision ne s'y référant qu'en termes généraux et uniquement à propos de la société plaignante (cf. décision 08-MC-01).

Sur la loyauté de la preuve (enregistrements téléphoniques)

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**²¹ rendu après cassation, la cour d'appel a maintenu la position qu'elle avait adoptée dans un arrêt du 19 juin 2007, lors de son premier examen des recours formés par des fabricants de produits électroniques grand public sanctionnés pour avoir mis en place des prix de détail minimaux imposés auprès de leurs distributeurs, en validant les enregistrements téléphoniques auxquels avait procédé le plaignant à l'insu de ces fournisseurs et qu'il avait produits à titre de preuve devant le Conseil. Cette position avait pourtant été censurée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 3 juin 2008 (Sony France), avait jugé, au visa de l'article 6-1 de la CEDH, que « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Dans une composition présidée par son premier président, la cour d'appel a donc réaffirmé la régularité de ces enregistrements. La cour a ainsi énoncé que l'article 6-1 de la CEDH, s'il édicte le principe du droit au procès équitable et concerne, à ce titre, l'administration de la preuve, n'a pas vocation à régir l'admissibilité des preuves en droit interne : « *L'article 6, § 1, de la [CEDH], à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, implique que chaque partie dispose de la faculté, non seulement de faire connaître les éléments nécessaires au*

21. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision; qu'il n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable; [...] au regard du droit communautaire, en l'absence d'une réglementation spécifique de la preuve [...] tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent sont recevables; [...] les infractions aux articles 81 et 82 du traité CE peuvent être établies par tout moyen.» La cour a rappelé ensuite que les dispositions du Code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil, qui est conduit par sa mission de protection de l'ordre public économique à exercer des poursuites à des fins répressives et à prononcer des sanctions à caractère punitif : *«Les dispositions du Code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil [...], qui dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives.»*

Dans un second temps, la cour a examiné l'admissibilité des enregistrements téléphoniques au regard des circonstances de l'espèce : *«[...] Devant le Conseil [...], l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément est opposé [...].»* Elle s'est assurée que ces enregistrements n'avaient pas concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils étaient opposés : *«Si les enregistrements opérés par M. P[...] ont constitué de sa part un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être exclus du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés.»* Elle a observé que les personnes enregistrées, amenées à s'expliquer au cours de l'instruction, n'avaient pas protesté contre la déloyauté du procédé, ni émis de doute sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens. Elles n'avaient pas davantage prétendu avoir été soumises à des pressions et n'avaient pas renié leurs propos, mais elles les avaient confirmés et développés. La cour a encore souligné que les propos enregistrés portaient exclusivement sur des sujets professionnels à l'exclusion de toute allusion touchant à la vie privée. Elle a relevé, par ailleurs, que ce n'étaient pas les représentants des sociétés requérantes qui avaient été enregistrés, de sorte que celles-ci n'étaient pas fondées à se plaindre d'avoir été amenées à s'auto-incriminer. De surcroît, les requérantes, qui ne mettaient pas en doute l'authenticité des enregistrements ou la fidélité de leurs transcriptions, ne justifiaient pas que le principe de loyauté avait été méconnu à leur égard et elles avaient pu combattre ces éléments à charge dans le cadre d'un débat

contradictoire. Enfin, la cour a retenu une circonstance plus générale tenant aux fins poursuivies par le Conseil de la concurrence, en relevant que « *dans le contexte particulier d'ententes qui présentent le plus souvent un caractère occulte, où les victimes sont généralement désarmées et confrontées à la difficulté de fournir des éléments suffisamment probants à l'appui de leur saisine pour caractériser les manœuvres elles-mêmes déloyales de partenaires économiques puissants et connaissant bien les lois du marché, comme en l'espèce, que l'utilisation de tels éléments de preuve n'est pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique* ».

La cour a conclu qu'« *en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant lui sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, c'est à juste titre et par des motifs pertinents que la cour adopte que le Conseil, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon prétendument déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante* » (cf. décision 05-D-66).

Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Voir l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**²² (cf. décision 08-D-30).

Sur la qualité et la loyauté de l'instruction

Insuffisances de l'instruction – Défaut de réponse du rapporteur aux arguments des mis en cause

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a écarté le moyen tiré des insuffisances de l'instruction (défaut d'audition de certaines personnes, défaut de précision...) en considérant que la requérante ne faisait état d'aucun fait précis établissant que les garanties fondamentales de la procédure²³ lui avaient été refusées (cf. décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**²⁴, la cour a rappelé que le rapporteur fonde sa notification de griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé et dispose d'un pouvoir d'appréciation

22. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

23. « *Aux termes des dispositions combinés des articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce, la notification de griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire; que les entreprises ont, dès ce moment, la faculté de consulter le dossier, de demander, en application des articles 6-3 de la [CEDH] et L. 463-7 du Code de commerce, l'audition de témoins à décharge au rapporteur et au Conseil, lesquels demeurent cependant maîtres de la conduite des investigations, de présenter leurs observations sur ces griefs puis sur le rapport établi en réponse, lequel est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et peut être consulté dans les quinze jours précédant la séance par les parties, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil.* »

24. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

quant à la conduite de ses investigations. Il n'est pas tenu de rétorquer à tous les arguments proposés en réponse à la notification de griefs. Le rapport n'est que l'un des éléments dont dispose le Conseil pour se prononcer. Le contradictoire est respecté dès lors que les parties, tout au long de la procédure, peuvent présenter leurs observations et que le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, motive sa décision de façon à ce qu'il puisse être répondu, jusque devant la cour, aux arguments soulevés par les parties (*cf.* décision 08-D-30).

Voir aussi *supra* **arrêt Philips France du 29 avril 2009**²⁵ : sur la loyauté de la preuve (enregistrements téléphoniques).

Sur l'égalité entre les parties

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**²⁶, la cour a rappelé le principe selon lequel une société sanctionnée n'est pas recevable à critiquer la décision en ce qu'elle ne sanctionne pas d'autres entreprises, cette circonstance ne lui faisant pas grief (*cf.* décision 07-D-50).

Sur l'impartialité de l'Autorité

Déroulement de la séance

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**²⁷, la cour, pour écarter les critiques relatives à la tenue de la séance, prétendument révélatrice de l'attitude offensive du président de séance, notamment lors de l'audition d'un témoin, a relevé qu'aucune entreprise n'avait fait acter d'incident par la secrétaire de séance et rappelé que le principe de la contradiction avait été respecté dès lors que les parties avaient pu présenter leurs observations au cours de la séance et que le Conseil avait motivé sa décision de telle manière que la cour puisse répondre aux arguments soulevés devant elle par les parties (*cf.* décision 08-D-30).

Présence du rapporteur au délibéré du Conseil

Voir l'**arrêt Colas Méditerranée du 16 juin 2009**²⁸ (*cf.* décision 96-D-65).

Déclarations d'une partie à l'issue des débats

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**²⁹, la cour a précisé qu'*« aucune nullité de la procédure ou de la décision ne saurait résulter des conditions dans lesquelles les parties, à l'issue des débats, ou le Conseil, après que la décision eût été rendue, ont communiqué avec la presse à propos de ce procès, dès lors que ces communications [...] n'ont pu avoir d'influence sur la décision rendue par le collège et ainsi porter atteinte à l'impartialité de ce dernier »*. La cour a ainsi écarté l'argumentation

25. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

26. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

27. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

28. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

29. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

selon laquelle la teneur des déclarations, faites à la presse par la partie plaignante en cours de délibéré, aurait permis de penser que l'issue de la procédure – en l'occurrence le prononcé des mesures conservatoires demandées – était déjà décidée à l'avance (cf. décision 08-MC-01).

Communiqué de presse et conférence de presse de l'Autorité de la concurrence

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**³⁰, la cour a précisé qu'« aucune nullité de la procédure ou de la décision ne saurait résulter des conditions dans lesquelles les parties, à l'issue des débats, ou le Conseil, après que la décision eût été rendue, ont communiqué avec la presse à propos de ce procès, dès lors que ces communications [...] n'ont pu avoir d'influence sur la décision rendue par le collège et ainsi porter atteinte à l'impartialité de ce dernier ». La cour a ainsi écarté l'argumentation selon laquelle le Conseil aurait violé les droits de la défense en diffusant un communiqué de presse au moment même où la décision était communiquée aux parties mises en cause et en les excluant de la conférence de presse qu'il avait organisée le même jour au sujet de la décision, les mettant ainsi dans l'impossibilité de réagir utilement à l'égard de la presse (cf. décision 08-MC-01).

Sur le secret du délibéré

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**³¹, la cour a écarté l'argumentation relative à la violation du secret du délibéré qui aurait résulté de l'envoi aux parties, par courrier électronique, d'une version de la décision, par ailleurs mise en ligne sur le site du Conseil, qui avait ensuite été modifiée sur plusieurs points avant la notification officielle par lettre recommandée avec accusé de réception. Les sociétés requérantes soutenaient que les différences existant entre la version électronique et la version définitive et officielle, notifiée par voie postale, révélaient que le délibéré n'était pas terminé au moment de la diffusion électronique. Mais la cour a retenu que le délibéré avait en réalité pris fin le jour où la décision avait été mise en ligne et diffusée par voie électronique, comme l'attestait la signature de la minute à la date de la diffusion contestée, et qu'aucune circonstance postérieure ne pouvait affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil à l'issue de ce délibéré. La cour a précisé que même entachée d'erreurs, une diffusion électronique ne saurait être constitutive d'une violation du secret du délibéré, dès lors qu'elle n'était pas antérieure à la date à laquelle la décision avait été rendue, soit le jour de la fin du délibéré. En outre, cette diffusion électronique avait été accompagnée d'un avertissement indiquant aux parties que cet envoi pour information ne revêtait pas le caractère d'une notification officielle faisant courir les délais de recours contentieux (cf. décision 08-D-30).

30. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

31. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur la durée de la procédure (le délai raisonnable)

Délai insuffisant

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**³², la cour a écarté l'argumentation d'un distributeur qui se plaignait du « *caractère expéditif* » de l'instruction, de la « *cadence infernale* » ou du « *rythme effréné* » qui avaient été imposés aux parties, inadaptés à la complexité et l'ampleur de l'affaire, alors qu'un délai supplémentaire lui avait été refusé pour répondre à la notification de griefs. La cour a observé que la requérante ne précisait pas la nature et l'intérêt des informations auxquelles le refus du président du Conseil de lui accorder un délai supplémentaire l'aurait empêchée d'avoir accès dans le délai légal de deux mois et qu'elle n'établissait pas que ce refus aurait concrètement fait obstacle à l'exercice de ses droits de la défense (cf. décision 07-D-50).

Délai excessif

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a écarté le moyen tiré de la durée excessive de l'instruction en considérant que la requérante ne démontrait pas que les délais de la procédure auraient, par leur longueur excessive, porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense, rappelant que « *hors l'hypothèse d'une atteinte aux droits de la défense, la méconnaissance éventuelle du délai raisonnable prescrit par la [CEDH] n'est pas sanctionnée par l'annulation ou la réformation de la décision mais par la réparation du préjudice [...] résultant d'un délai jugé excessif* » (cf. décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**³³, la cour a rappelé que la durée excessive de la procédure ne peut justifier l'annulation de la procédure que s'il est établi « *que cette durée a fait obstacle concrètement et effectivement à l'exercice normal des droits de la défense* », preuve qui n'était pas rapportée, ni même proposée en l'espèce (cf. décision 08-D-30).

Dans l'**arrêt Beauté Prestige International du 10 novembre 2009**³⁴, la cour d'appel, sous la présidence de son premier président et sur renvoi après une cassation partielle³⁵, a annulé l'instruction et la décision du Conseil, motif pris du délai déraisonnable (6 ans environ) entre la date des faits reprochés et le moment où les entreprises avaient compris ou su effectivement qu'elles auraient à en répondre. Pour la cour, ce délai déraisonnable a privé les entreprises de la possibilité de réunir les informations nécessaires à leur défense³⁶ et ainsi porté atteinte aux exigences

32. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

33. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

34. Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre contre cet arrêt.

35. Dans un arrêt du 10 juillet 2008 (ministre chargé de l'Économie), la Cour de cassation avait partiellement censuré l'arrêt rendu par la cour d'appel le 26 juin 2007 (Guerlain) en ce que celle-ci avait partiellement annulé la décision du Conseil au motif que le Conseil, en retenant le marché des cosmétiques, avait outrepassé le champ de sa saisine d'office, laquelle ne visait expressément que le secteur des parfums, parfums et cosmétiques n'étant pas – selon la cour d'appel – substituables entre eux et constituant des marchés distincts.

36. Informations « *que non seulement elles avaient légitimement égarées, mais dont elles ont jusqu'au dernier moment ignoré la nature exacte* ».

du procès équitable telles que prévues par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Dans la première partie de l'arrêt, la cour a énoncé un certain nombre de considérations générales relatives à la notion de délai raisonnable. Se référant à la jurisprudence européenne³⁷, elle a indiqué que la notion de délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la CEDH, qui conditionne l'efficacité des droits de la défense, doit s'apprécier non seulement lors de la phase contradictoire de la procédure administrative qui débute avec la notification de griefs, mais également lors de la phase antérieure d'enquête non contradictoire³⁸. En effet, plus il s'écoule de temps entre les mesures d'enquête et la notification de griefs, plus les entreprises ont accès tardivement au contradictoire et plus elles sont exposées, non seulement à des changements dans leur situation – notamment financière, ce qui peut leur être défavorable lors de la fixation de la sanction –, mais également à la déperdition d'éléments à décharge. Ce risque est d'autant plus grand que la procédure postérieure à la notification de griefs est brève, les entreprises ayant alors, par hypothèse, peu de temps pour retrouver et rassembler les éléments nécessaires à leur défense. La cour a estimé ensuite que ce n'était pas aux entreprises de justifier qu'elles avaient rencontré des difficultés pour se défendre du fait de la durée excessive de la procédure, ce qui constituerait, selon la cour, une preuve négative voire impossible à rapporter, mais que c'était à l'Autorité d'expliquer « *en quoi les entreprises étaient précisément averties de l'enquête en cours et devaient prendre diverses dispositions en conséquence* » pour conserver ou se constituer des preuves à décharge ou alors d'expliquer en quoi l'enquête devait, « *par exception [...] rester secrète* ». En l'occurrence, la cour a estimé que l'Autorité ne pouvait se contenter d'affirmer que les entreprises avaient ou auraient dû avoir connaissance des investigations et qu'elles avaient été, par conséquent, en mesure de conserver ou de réunir « *les contre-preuves précises de nature à répondre à des accusations qu'elles ne connaissaient pas encore* »³⁹. De même, elle a écarté l'argumentation mise en avant par le Conseil, relative à la complexité de l'affaire en constatant que la phase contradictoire de la procédure (postérieure à la notification de griefs) avait été conduite dans un

37. CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Groothandel et Techn. Unie.

38. « *Considérant que si l'obligation de loyauté inscrite à l'article 6 de la Convention ESDH précitée comme à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit présider à la recherche des preuves, l'enquête n'est pas soumise au principe contradictoire, qui n'est applicable à la procédure qu'à compter de la notification de griefs [...]; que néanmoins la durée excessive de cette première phase de la procédure peut avoir une incidence sur les possibilités futures de défense des entreprises [...], notamment en diminuant l'efficacité des droits de la défense dans la phase ultérieure d'instruction et dans la phase finale de décision de l'Autorité; qu'en effet [...] il importe d'éviter que ces droits [de la défense] puissent être irrémédiablement compromis, notamment en raison d'une durée excessive de la phase d'enquête et que cette durée soit susceptible de faire obstacle à l'établissement de preuves visant à réfuter l'existence de comportements de nature à engager la responsabilité des entreprises concernées; que pour cette raison, l'examen de l'éventuelle entrave à l'exercice des droits de la défense ne doit pas être limité à la phase même dans laquelle ces droits produisent leur plein effet, à savoir la seconde phase de la procédure administrative; que l'appréciation de la source de l'éventuel affaiblissement de l'efficacité des droits de la défense doit s'étendre à l'ensemble de cette procédure en se référant à la durée totale de celle-ci, enquête comprise.* »

39. « *L'Autorité [...] doit contribuer, pour éclairer la Cour, à expliciter en quoi les entreprises étaient précisément averties de l'enquête en cours et devaient prendre diverses dispositions en conséquence, ou éventuellement en quoi cette enquête devant, par exception [...], rester secrète; [...] notamment il ne suffirait pas pour l'Autorité de rappeler [...] que les entreprises avaient ou auraient dû avoir vent d'investigations, ou qu'elles avaient été sollicitées par circulaire, pour se convaincre qu'elles avaient été mises en possession de leurs droits et en mesure de réunir les contre preuves précises de nature à répondre à des accusations qu'elles ne connaissaient pas encore.* »

délai très court (environ dix mois entre la notification de griefs et l'adoption de la décision) et elle a estimé, en outre, que la complexité invoquée ne suffirait pas en toute hypothèse « à justifier le secret et à mettre ainsi en échec les droits de la défense ».

Dans un second temps, la cour a examiné concrètement si la durée de la procédure avait rendu possible l'exercice effectif des droits de la défense des entreprises. Elle a estimé qu'à aucun moment de l'enquête administrative, les sociétés requérantes (les fabricants et les têtes de réseaux de distribution) n'avaient été suffisamment informées de la nature et de la finalité des investigations qui étaient menées (essentiellement auprès des distributeurs) pour être incitées à conserver des preuves de leurs bonnes pratiques. La cour a ainsi retenu qu'elles n'avaient pas eu connaissance de la demande d'enquête adressée à la DGCCRF et, qu'en toute hypothèse, cette lettre comportait un énoncé de la saisine d'office « neutre et imprécis », voire inexact, qui n'aurait pas permis aux entreprises « d'imaginer quelles mesures elles auraient dû prendre ». Les sociétés n'avaient pas eu davantage connaissance des procès-verbaux (de déclarations et communications de documents) dressés par les enquêteurs auprès des distributeurs. Par ailleurs, les courriers échangés entre les fabricants et les enquêteurs fin 1999-début 2000 sur les chiffres d'affaires n'étaient pas davantage de nature à les alerter suffisamment. De même, les relevés de prix qui n'avaient été communiqués qu'au moment de la notification de griefs (6 ans plus tard), n'auraient pas constitué, en soi, des informations susceptibles de donner des indications sur les suites envisagées. En tout cas, a estimé la cour, « une analyse menée par l'administration sur les conditions de la concurrence dans le marché des produits de luxe, ne signifie pas que le Conseil de la concurrence soit saisi, et encore moins qu'il vise telle ou telle entreprise du marché en vue de faire établir des griefs ». La cour a également retenu qu'une enquête complémentaire ordonnée en 2003, se présentant comme une lettre-type destinée à recueillir des informations chiffrées ou juridiques portant sur une période qui n'avait pas été incluse dans les griefs, dissimulait, « fût-ce involontairement, les intentions exactes du rapporteur et levai[en]t les craintes que les entreprises concernées auraient très éventuellement nourries auparavant ». En définitive, la cour a retenu que les premiers éléments qui avaient pu « éventuellement » alerter les entreprises sur « les visées du Conseil » étaient les premières auditions « formelles et offensives » menées par la rapporteure au début de l'année 2005.

La cour a jugé, par ailleurs, que pour combattre les éléments sur lesquels s'était fondé le Conseil pour retenir les griefs (notamment, l'évocation de prix, des relevés de prix, un taux considéré comme significatif d'application des consignes de prix par les distributeurs, des comptes rendus de propos tenus par les distributeurs), les fabricants et les distributeurs ne pouvaient se contenter de produire leur compatibilité ou leurs factures pour les années concernées (1997 à 2000), de sorte qu'on ne pouvait pas se contenter de leur opposer les dispositions relatives à la prescription quinquennale de droit commun en droit commercial ou à l'obligation de conserver les documents comptables pendant dix ans, mais qu'ils auraient dû pouvoir réunir, au moment même où se déroulait l'enquête administrative, divers éléments de nature à contrebattre ceux recueillis par les enquêteurs. La cour retient ainsi

que les entreprises auraient dû, notamment, opérer des relevés de prix dans les zones ou sur les produits délaissés par les enquêteurs, interroger leurs dirigeants ou leurs cadres, analyser les données recueillies au moyen de logiciels informatiques en application à l'époque, faire évaluer par des experts les PPI⁴⁰ reconstitués et même « *s'interroger les unes les autres car les coûts de fabrication ne sont pas connus des distributeurs et les prix de détail ne sont pas connus des fabricants, même si ces données suscitent légitimement leur curiosité respective* ». Autrement dit, pour être à même de se défendre utilement de l'accusation d'entente verticale généralisée reposant sur les trois éléments habituels (diffusion de prix, acquiescement des distributeurs et police des prix), les entreprises « *auraient dû réunir, dès 1999, une masse d'informations que non seulement elles avaient légitimement égarées, mais dont elles ont jusqu'au dernier moment ignoré la nature exacte* ».

La cour a conclu que « *l'atteinte irrémédiable, effective et concrète aux droits de la défense, par le dépassement d'un délai raisonnable entre la date des comportements reprochés et le jour où les entreprises ont su qu'elles auraient à en répondre, [était] démontrée* » et qu'elle justifiait l'annulation, non de l'enquête, « *qui échappe en elle-même et en bonne part à ces exigences* », mais de l'instruction et de la décision qui n'avaient pas respecté les exigences du procès équitable.

La portée de l'annulation est générale – puisqu'elle a profité également à une société requérante qui n'avait pas soulevé le moyen. Elle a aussi empêché la cour de statuer en fait et en droit sur les griefs notifiés puisqu'elle n'a pu juger, en l'absence des éléments que les entreprises n'avaient pu réunir : « *Les motifs mêmes de l'annulation de l'instruction et de la décision pour violation des droits de la défense, réduisent à néant les éléments de l'enquête à charge, et privent de base factuelle et juridique la mise en cause des entreprises poursuivies* » (cf. décision 06-D-04 bis).

Sur le communiqué de presse et la conférence de presse (mise en cause de la partialité du Conseil, présomption d'innocence)

Voir *supra*, **arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**⁴¹ : sur l'impartialité de l'Autorité/communiqué de presse et conférence de presse de l'Autorité.

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**⁴², la cour a rejeté le moyen tiré de la violation de la présomption d'innocence qui aurait résulté de la diffusion d'un communiqué de presse en rappelant que les communiqués de presse diffusés par l'Autorité n'entrent pas dans le champ de compétence de la cour, qu'ils « *ne sont en aucun cas des causes possibles d'annulation ou de réformation des décisions et que leurs conséquences ne peuvent relever que d'une réparation de droit commun sur la preuve d'un dommage* » (cf. décision 08-D-30).

40. Prix public indicatif.

41. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

42. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur la prescription

Pratiques continues et effet interruptif de prescription

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**⁴³, rendu sur recours contre une décision relative au secteur de la production du contreplaqué, la cour a écarté le moyen de prescription soulevé par une requérante qui contestait le caractère continu des pratiques et qui soutenait que le nouveau délai de prescription quinquennale issu de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 n'était pas applicable en l'espèce dans la mesure où, à la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, l'ancienne prescription triennale était déjà acquise pour les faits antérieurs de plus de trois ans à la saisine. La cour a confirmé le caractère continu des pratiques en retenant que les faits, « *qui se sont renouvelés régulièrement sur une dizaine d'années, n'étaient pas des actes isolés mais s'inscrivaient dans une politique d'élaboration et d'harmonisation des prix ayant perduré pendant plusieurs années sans présenter d'interruption significative; que ces faits, procédant d'une volonté commune persistante, ne peuvent pas s'analyser comme des infractions distinctes mais doivent être considérés comme une infraction unique qui s'est progressivement concrétisée tant par des accords que par des pratiques; qu'elles [sic] forment donc un ensemble permettant de les qualifier de pratique continue* ». Elle a constaté, par conséquent, que la prescription – y compris la prescription triennale – n'était pas acquise lors de l'établissement du procès-verbal contenant la demande de clémence qui avait constitué le premier acte interruptif de cette prescription (*cf.* décision 08-D-12).

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur l'irrecevabilité du recours faute d'exposé des moyens

Dans l'**arrêt Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a déclaré d'office irrecevable le recours qui avait été régulièrement déposé mais qui n'avait pas été accompagné, dans la déclaration de recours ou dans le délai de deux mois suivant la notification de la décision du Conseil conformément à l'article R. 464-12 du Code de commerce, de l'exposé des moyens présentés par le requérant (*cf.* décision 07-D-47).

Sur la recevabilité du recours du liquidateur judiciaire

Dans l'**arrêt Maître Pelletier du 9 juin 2009**⁴⁴, la cour, statuant sur renvoi après cassation⁴⁵, a déclaré le liquidateur judiciaire de la société plaignante recevable en son recours. Il était soutenu que le liquidateur judiciaire n'avait pas qualité pour exercer une action qui n'est pas relative à un droit patrimonial, telle celle introduite devant le Conseil de la concurrence et, par suite, devant la cour d'appel de Paris, dans le cadre du recours formé contre la décision du Conseil. La cour a retenu que la question de la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale de l'action n'était

43. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

44. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

45. Cass. com., 17 juin 2008, n° 05-17566, VIVV, rendu sur un pourvoi contre CA Paris, 28 juin 2005.

adéquate que pour déterminer l'étendue des prérogatives de la société liquidée. Pour déterminer l'étendue des prérogatives du liquidateur judiciaire, il faut distinguer les actions fondées sur un droit exclusivement attaché à la personne du débiteur, dont l'exercice est réservé à celui-ci, et celles ne présentant pas cette caractéristique et qui sont ouvertes au liquidateur, même si leurs effets patrimoniaux ne sont qu'indirects ou éventuels. La poursuite d'une action devant l'Autorité de la concurrence ou devant la cour d'appel de Paris sur recours n'étant pas exclusivement attachée à la personne, le liquidateur judiciaire a qualité pour agir (cf. décision 04-D-79).

Sur les conditions de recevabilité des moyens et pièces présentés par les requérants

Moyens nouveaux invoqués, après cassation, devant la cour d'appel de renvoi

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009 après cassation partielle**⁴⁶, la cour a déclaré recevables des pièces déposées par une société requérante lorsque, après cassation⁴⁷, elle avait saisi la cour d'appel de renvoi, et par conséquent après le délai de deux mois prévu par les articles R. 464-12 et R. 464-13 du Code de commerce. La cour a estimé que s'il résulte de ces dispositions que les pièces et documents justificatifs non mentionnés dans la déclaration de recours et non remis au greffe en même temps que la déclaration sont d'office irrecevables, «*c'est à la condition que leur production ne soit pas justifiée par le respect des droits de la défense*». Or, en l'espèce, elle a jugé que l'arrêt de la Cour de cassation qui énumérait les critères à prendre en compte dans la recherche de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de la pratique justifiait que soient admises aux débats des pièces produites, non pour soutenir des moyens nouveaux, mais pour parfaire leur défense au regard de l'analyse requise. En revanche, elle a déclaré d'office irrecevables les moyens présentés par l'association UFC-Que Choisir, tendant au rejet des recours principaux formés par les opérateurs de téléphonie mobile, qui avaient été déposés au-delà du délai de deux mois prévu par l'article R. 464-12 du Code de commerce. En outre, ces moyens étaient irrecevables dans la mesure où lors du premier examen du recours par la cour, l'association ne les avait pas présentés, ayant choisi seulement de poursuivre la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'avait pas prévu la transmission du dossier au procureur de la République en application de l'article L. 462-6 alinéa 2 du Code de commerce : «*Aux termes de l'article 631 du Code de procédure civile [...], devant la cour sur renvoi, "l'instruction est reprise en l'état de la procédure atteinte par la cassation ; [...] la cassation, qui n'atteint que la qualification de l'échange d'informations et le prononcé des sanctions, ne peut avoir pour effet d'ouvrir à l'association UFC-Que Choisir une nouvelle occasion de se joindre à l'instance et de présenter des observations pour s'opposer aux recours*

46. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

47. Cass. com., 29 juin 2007, nos 07-10303, 07-10354, 07-10397, Bouygues Télécom.

principaux des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom dès lors qu'elle n'avait pas initialement suivi cette voie devant la cour» (cf. décision 05-D-65).

L'analyse de la cour d'appel selon laquelle sont, en principe, irrecevables les moyens nouveaux invoqués par les parties après cassation, dès lors qu'ils sont invoqués après le délai de deux mois de l'article R. 464-12 (cf. arrêts Cemex Bétons du 25 mars 2008 et SFR du 2 avril 2008) a été censurée en 2009 par la Cour de cassation dans des arrêts du 3 mars 2009 (SFR et Cemex France gestion); cf. *infra*, jurisprudence de la Cour de cassation/la procédure suivie devant la cour d'appel.

Recevabilité, dans une procédure de mesures conservatoires, de la note en délibéré produite par une partie

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**⁴⁸, la cour a déclaré recevable la note en délibéré remise par une société requérante pour signaler un fait nouveau : «*Il est de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de recevoir cette note, en ce qu'elle fait état d'un élément, survenu postérieurement à la clôture des débats, qui touche au cœur de la question en discussion [...] et dès lors que le principe du contradictoire a été respecté, les parties ayant été mises en mesure de déposer leurs observations éventuelles.*» La cour a toutefois écarté un constat d'huissier, estimant que les requérantes auraient pu l'obtenir avant la clôture des débats (cf. décision 08-MC-01).

Irrecevabilité de pièces non mentionnées dans la déclaration de recours

Dans l'**arrêt DKT International du 11 septembre 2009**, la cour a écarté des débats une pièce qui n'était pas mentionnée dans la déclaration de recours en violation de l'article R. 464-13 du Code de commerce⁴⁹ (cf. décision 09-D-26).

Sur l'irrecevabilité du recours incident formé par une partie après son recours principal

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**⁵⁰, la cour a déclaré irrecevable le recours incident formé par l'une des sociétés sanctionnées, celle-ci ayant préalablement formé un recours principal : «*Considérant que, la société TDWR ayant épuisé, par l'exercice qu'elle en a fait [...], son droit de recours contre la décision [...], le recours incident par elle formé le 14 mars 2008 contre la même décision est irrecevable*» (cf. décision 07-D-48).

Sur l'irrecevabilité du recours incident de la partie plaignante tendant à la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'a pas prévu la transmission du dossier au procureur de la République

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009 après cassation partielle**⁵¹, la cour a déclaré irrecevable le recours incident de l'association UFC-Que Choisir

48. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

49. Article R. 464-13 du Code de commerce : «*La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits [...].*»

50. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

51. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

tendant à la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'avait pas ordonné la transmission du dossier au parquet en application de l'article L. 462-6 alinéa 2 du Code de commerce. Le recours incident précédemment formé par l'association sur cette question avait en effet été irrévocablement déclaré irrecevable dans le premier arrêt rendu par la cour d'appel dans cette affaire⁵², l'arrêt de la cour d'appel n'ayant pas été remis en question par la cassation partielle résultant de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007⁵³. La cour d'appel avait observé que la décision de transmission ou de non-transmission du dossier au parquet par le Conseil, prévue par les dispositions précitées, ne fait pas partie des décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours, telles qu'elles sont limitativement énumérées aux articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce (*cf.* décision 05-D-65).

Sur la recevabilité du recours incident du ministre tendant à l'aggravation de la sanction prononcée contre une partie non requérante

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a jugé que le ministre chargé de l'économie était recevable à former un recours incident pour demander l'aggravation des sanctions à l'égard d'entreprises qui n'avaient pas formé de recours principal (*cf.* décision 07-D-49).

Sur l'intervention volontaire devant la cour d'appel

Recevabilité de l'intervention volontaire

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**⁵⁴, la cour a déclaré recevables les interventions volontaires de la société SFR et de l'association UFC-Que Choisir dont elle a reconnu l'intérêt à agir. La cour a considéré que dès lors que l'Autorité de la concurrence peut être saisie par des entreprises ou des organisations de consommateurs agréés (articles L. 462-1 et L. 462-5 du Code de commerce) et qu'elle doit procéder à une consultation publique permettant à tout tiers intéressé de présenter ses observations lorsqu'elle envisage d'accepter des engagements (article R. 464-2 du même code), «*la procédure suivie devant le Conseil est, sous certaines conditions, accessible aux acteurs du secteur et aux tiers intéressés et qu'ainsi, l'intervention de tiers devant la cour n'est pas incompatible avec la nature propre de ce contentieux*». La cour en a déduit que les articles 330 et suivants du Code de procédure civile qui prévoient notamment que l'intervention volontaire accessoire est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir une partie qui intervient à titre principal étaient applicables à la procédure⁵⁵. En l'espèce, SFR qui n'était pas en cause devant le Conseil mais qui avait

52. CA Paris, 12 décembre 2006, Bouygues Télécom.

53. Cass. com., 29 juin 2007, Bouygues Télécom, précité.

54. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

55. Apple, requérante à titre principal, soutenait qu'une telle intervention volontaire n'était pas prévue par le Code de commerce qui régit la procédure de recours devant la cour d'appel et que les dispositions du Code de procédure civile ne sont applicables que si elles sont compatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce, dans la mesure où SFR et UFC intervenaient en vue de la protection d'intérêts privés.

un intérêt patrimonial au maintien de la décision attaquée en ce qu'elle mettait fin à l'exclusivité de son concurrent Orange sur l'iPhone, tout comme UFC-Que Choisir qui agissait, conformément à ses statuts, pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs concernés par la décision attaquée, étaient chacun recevable en son intervention volontaire devant la cour (*cf.* décision 08-MC-01).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**⁵⁶, la cour a jugé recevable l'intervention volontaire de la société Air France, plaignante devant le Conseil, alors que les requérantes arguaient du fait que les moyens de la compagnie aérienne qui n'étaient pas contenus dans sa déclaration d'intervention avaient été déposés après le délai de deux mois prévu à l'article R. 464-12 du Code de commerce⁵⁷. La cour a retenu que l'article R. 464-17, qui prévoit la possibilité pour une entreprise dont les droits ou charges risquent de se voir affectés par le recours exercé contre une décision de l'Autorité de se joindre à l'instance devant la cour d'appel, donne un délai d'un mois à cette entreprise, après la réception de la lettre de notification du recours, pour déposer sa déclaration écrite et motivée, dans les formes prévues par l'article R. 464-12 pour les recours principaux ou incidents, le renvoi de l'article R. 464-17 à l'article R. 464-12 ne concernant que le premier alinéa de cet article, relatif à la forme de cette déclaration, et non le second, relatif au délai pour déposer l'exposé des moyens invoqués à l'appui du recours. En l'espèce, la déclaration d'intervention d'Air France avait bien été déposée dans le délai prescrit par l'article R. 464-17 et présentait un exposé des motifs suffisant avec cette seule indication : « *Le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention.* » La cour a retenu, à cet égard, que « *la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense* ». En l'espèce, la preuve d'une telle atteinte n'était pas rapportée par les requérantes, d'autant qu'Air France avait été invitée à développer ses observations par ordonnance de procédure du magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de sorte que les requérantes puissent répliquer (*cf.* décision 08-D-30).

Irrecevabilité de l'intervention volontaire

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**⁵⁸, la cour a déclaré irrecevable l'intervention volontaire d'une association de consommateurs agréée, non partie devant le Conseil, qui demandait la confirmation de la décision du Conseil ainsi que la condamnation des sociétés sanctionnées à lui verser des dommages et intérêts au titre du préjudice subi par les consommateurs. En effet, l'Autorité de la concurrence, pas plus que la cour d'appel de Paris statuant sur les recours formés contre

56. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

57. L'article R. 464-12 du Code de commerce – auquel renvoie l'article R. 464-17 relatif à l'intervention devant la cour d'appel – prévoit dans son alinéa 2 que lorsque la déclaration de recours ne contient pas l'exposé des moyens invoqués à l'appui du recours, cet exposé doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, être déposé au plus tard dans les deux mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence.

58. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

ses décisions, n'est compétente pour statuer sur la réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles dont elle a à connaître (cf. décision 05-D-66).

Voir **même arrêt** pour l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la société plaignante formé hors délai et l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la personne physique actionnaire majoritaire de la société plaignante⁵⁹ (cf. décision 05-D-66).

Sur la mise en cause d'office par la cour des organes de la procédure collective ouverte à l'égard d'une société requérante postérieurement à la décision du Conseil

Voir **arrêt société Établissements Mathé du 11 mars 2009**⁶⁰ (cf. décision 08-D-12).

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

Voir *infra* **arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009** : sur la demande de l'Autorité tendant à la révocation d'un sursis à exécution.

Sur les observations orales de l'Autorité devant la cour d'appel

Dans l'**arrêt Colas Méditerranée du 16 juin 2009**⁶¹, la cour, statuant sur renvoi après cassation, a jugé que les nouvelles dispositions introduites par le décret n° 2009-141 du 10 février 2009 (article 1), qui prévoient notamment que le président de l'Autorité ou son délégué a qualité pour représenter l'Autorité en justice et présenter des observations en son nom devant toute juridiction, sont d'application immédiate en l'absence de toute précision contraire relative à son entrée en vigueur et permettent par conséquent à l'Autorité de présenter des observations orales à l'audience même si la décision attaquée est antérieure au 1^{er} janvier 2006^{62 63} (cf. décision 96-D-65).

Voir *infra* **arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009** : sur la demande de l'Autorité tendant à la révocation d'un sursis à exécution.

59. « [...] La recevabilité de l'intervention volontaire de M. Joseph P. [...] s'apprécie au regard des articles 329, alinéa 2, et 330 du Code de procédure civile, auxquels il n'est pas dérogé par les articles R. 464-10 et suivants du Code de commerce et qui sont donc applicables devant la cour d'appel de Paris statuant sur les recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence [...] ; [...] M. P., qui ne figure pas parmi les personnes ou organismes énumérés par l'article L. 462-5 du Code de commerce, et qui n'a donc pas qualité pour saisir le Conseil de la concurrence d'une prétention quelconque, n'est pas recevable à intervenir à titre principal, son intervention ne pouvant dès lors être qu'accessoire pour appuyer les prétentions d'une autre partie ; [...] mais [...] l'intervention volontaire de la société A. étant irrecevable [...] celle de M. P. l'est aussi par voie de conséquence. »

60. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

61. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

62. « Il résulte des dispositions combinées des nouveaux articles R. 461-1 alinéa 2, R. 461-2 alinéa 1^{er}, R. 464-11, R. 464-15 et R. 464-18 du Code de commerce que le président de l'Autorité de la concurrence ou son délégué avait qualité pour représenter l'Autorité en justice et présenter des observations en son nom devant toute juridiction ; que devant la cour d'appel de Paris statuant sur les recours prévus par les articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce, sans être une partie à l'instance, l'Autorité de la concurrence doit être présente à la procédure dont tous les actes lui sont notifiés, qu'elle a la faculté de présenter des observations écrites et qu'elle est "convoquée à l'audience ; que son représentant doit donc être admis à présenter oralement des observations à l'audience. »

63. L'article 27 du décret du 27 décembre 2005 avait donné la faculté au Conseil de faire des observations orales, mais seulement pour la défense des décisions postérieures au 1^{er} janvier 2006.

Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce⁶⁴

Modification de contrats de distribution

Dans l'**ordonnance Pierre Fabre Dermo-Cosmétique rendue le 18 février 2009**, le magistrat délégué par le Premier président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant des articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce a fait droit à la demande de sursis à l'exécution des injonctions prononcées par le Conseil dans sa décision relative au secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques. Le Conseil avait notamment enjoint au fabricant Pierre Fabre de modifier ses contrats afin d'autoriser ses distributeurs à vendre ses produits en ligne. La société faisait valoir que la mise en œuvre de l'injonction allait entraîner des coûts importants, l'apparition d'un parasitisme et, à terme, une atteinte à l'image de la marque, aggravée, en cas d'annulation de la décision, par les changements opérés dans sa stratégie commerciale. Elle mettait aussi en avant l'impossibilité, en cas d'annulation de la décision, de compenser ces effets négatifs.

Le magistrat délégué a estimé que l'injonction de modifier les contrats était de « *de nature à engendrer des coûts conséquents* » aussi bien pour le fournisseur que pour les distributeurs, qu'elle était également susceptible de modifier substantiellement la consistance et la nature du réseau de distribution sélective existant, « *rendant difficile, voire improbable un retour à la situation antérieure en cas de réformation de la décision* » et enfin, qu'aucune urgence ne justifiait l'exécution immédiate de la décision (cf. décision 08-D-25).

Mesure de publication

Dans l'**ordonnance Chevron Products Company rendue le 4 mars 2009**, le magistrat délégué a accordé le sursis à l'exécution de l'injonction de publication prononcée par le Conseil dans l'affaire relative à la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion. Les compagnies pétrolières mises en cause invoquaient des inexactitudes ou des imprécisions dans le résumé de la décision à publier. Après avoir énoncé que la mesure de publication exige « *que le sens du résumé à publier soit aisément accessible à tous et dénué d'ambiguïté* », le magistrat a jugé que le communiqué prévu par le Conseil ne répondait pas à l'exigence de clarté requise et qu'ainsi la mesure de publication était « *susceptible d'engendrer des conséquences manifestement excessives* » pour les sociétés requérantes. Le magistrat a estimé que le résumé à publier entretenait une confusion entre les sociétés sanctionnées et les groupes auxquelles elles appartenaient, pouvant « *laisser croire à un lecteur non spécialisé* » que c'était les groupes eux-mêmes qui avaient été sanctionnés ; que l'augmentation de prix qui était mentionnée dans le communiqué pouvait « *laisser à comprendre à un lecteur moyennement attentif* » que le chiffre indiqué correspondait à l'augmentation

64. « [...] Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité. »

générale du coût d'approvisionnement en carburant alors qu'il ne s'agissait que d'une fraction de ce coût; enfin, que le chiffre indiqué était approximatif et que la méthode pour y parvenir ne figurait pas dans la décision. En revanche, a été écartée l'argumentation des parties relative à l'«*erreur manifeste d'appréciation*» qu'aurait commise le Conseil en retenant l'applicabilité, en l'espèce, du droit communautaire : le magistrat a estimé qu'un tel motif relevait du débat touchant au fond et non d'une violation flagrante des règles de droit et n'était donc pas de nature à justifier le prononcé d'un sursis à exécution : «*Il n'appartient pas au magistrat délégué [...] de contrôler la légalité de la décision, objet du recours dont la cour aura à connaître, à moins qu'en raison d'une violation flagrante des règles de droit qui lui sont applicables, la décision ne soit sérieusement menacée d'annulation de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives prévues par l'article L. 464-8 [...]*» (cf. décision 08-D-30).

Voir aussi *supra*, **ordonnance Établissements Marc Morel et Fils du 11 mars 2009**.

Paiement de la sanction

Dans l'**ordonnance Établissements Marc Morel et Fils du 11 mars 2009**, le magistrat délégué a fait droit en partie à la demande de sursis à l'exécution présentée par l'une des sociétés sanctionnées dans l'affaire relative au secteur du négoce des produits sidérurgiques. La demande de sursis portait à la fois sur le paiement de la sanction pécuniaire et l'exécution de l'injonction de publication. S'agissant de la sanction pécuniaire, la société invoquait à la fois l'atteinte manifeste qui aurait été portée à ses droits de la défense au cours de la procédure suivie devant le Conseil et les conséquences manifestement excessives qu'aurait entraîné le paiement immédiat de l'amende qui lui avait été infligée. Le magistrat a rappelé qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la légalité de la décision, sauf violation flagrante des règles de droit applicables menaçant sérieusement la décision d'annulation «*de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives prévues par l'article L. 464-8*» et estimé que la requérante avait été mise en mesure de s'expliquer sur le chiffre d'affaires retenu pour la détermination de la sanction. Le magistrat a toutefois relevé que la sanction équivalait à 22 % du montant du chiffre d'affaires réalisé par la société en 2007 et excédait notablement le montant de ses capitaux propres, même en tenant compte de la provision qu'elle avait prévue : cette situation, «*dans le contexte économique particulièrement tendu*», lui a paru justifier qu'il soit sursis à l'exécution des trois quarts de la sanction. Il a également été fait droit à la demande de sursis en ce qu'elle portait sur la mesure de publication, au motif que celle-ci était «*susceptible de compliquer ses relations avec ses fournisseurs de crédit, banques et factors*» (cf. décision 08-D-32).

Dans **deux ordonnances rendues le 29 septembre 2009 (Beyer Simon et Déménagements Heiss Claude)**, le magistrat délégué a fait droit, partiellement, à l'une des quatre requêtes qui lui étaient présentées, tendant au sursis au paiement des sanctions prononcées dans une décision relative au déménagement de personnels militaires à Nancy. Les demandes étaient toutes motivées par les

difficultés de trésorerie rencontrées par les entreprises. Le magistrat délégué a rejeté trois de ces demandes, en considérant notamment que les sanctions étaient très inférieures au plafond autorisé par la loi et que les entreprises ne justifiaient pas que leur situation économique aurait été réellement mise en péril par le paiement immédiat des amendes prononcées. La cour a rappelé, par ailleurs, que « *l'existence d'une perte comptable ne suffit pas à caractériser la réalité des conséquences manifestement excessives alléguées* », qu'une attestation de cabinet d'expertise-comptable ne suffit pas à elle seule pour démontrer la réalité des difficultés économiques alléguées et que les arguments de fond ne pouvaient être invoqués à l'appui d'une demande de sursis à exécution. En outre, les éléments produits par une entreprise avaient une valeur probante faible (leur origine n'était pas toujours identifiée, ils n'étaient en outre pas toujours complets ni cohérents entre eux). La cour a rappelé enfin que les entreprises avaient la faculté de demander des délais de paiement.

Le sursis a été accordé à la quatrième entreprise pour le paiement de la moitié de sa sanction pécuniaire. L'intéressée avait fait l'objet d'une procédure d'alerte en 2007 et enregistrait encore des pertes. Le magistrat a estimé que ses efforts de rétablissement ne devaient pas être compromis par le paiement immédiat de la totalité de l'amende, ce qui aurait constitué une conséquence manifestement excessive au sens de l'article L. 464-8 du Code de commerce (*cf.* décision 09-D-19).

Sur le recours prévu par l'article 5, IV, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008⁶⁵ contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie

Dans l'**arrêt Colas Méditerranée du 16 juin 2009**⁶⁶, la cour, statuant sur renvoi après cassation, a statué sur le recours formé par la société requérante, sur le fondement des dispositions transitoires prévues par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, contre l'ordonnance délivrée par le juge ayant autorisé les opérations de visite et de saisie (*cf.* décision 96-D-65).

Sur le caractère effectif du recours ouvert par les dispositions transitoires

La cour a d'abord écarté l'argumentation selon laquelle le recours ouvert par les dispositions transitoires n'était pas un recours effectif au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La requérante faisait valoir, d'une part, que la même composition de la cour d'appel de Paris allait être amenée à se prononcer à la fois sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation et sur le fond de l'affaire en violation du principe d'impartialité et, d'autre part, que la requête et les pièces produites par l'administration à l'appui de cette requête ne lui avaient pas été communiquées. Sur le premier point, la cour a rappelé que l'exigence d'impartialité doit être appréciée concrètement : « *L'exigence d'impartialité*

65. L'article 5, IV, alinéa 2, de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 permet aux parties n'ayant pas formé de pourvoi en cassation contre l'ordonnance d'autorisation ou celles dont le pourvoi en cassation a été rejeté de former un recours contre cette ordonnance devant la cour d'appel de Paris à l'occasion du recours formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 464-8 du Code de commerce.

66. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

du juge a pour finalité d'éviter qu'il ne soit habité d'un quelconque préjugé sur l'affaire qui lui est soumise; que cela implique notamment que le même juge ne soit pas appelé à statuer s'il a dans une précédente intervention pris une position ou émis une appréciation qui apparaît comme susceptible d'avoir une influence sur la seconde décision; qu'ainsi l'exercice successif par un même juge de fonctions juridictionnelles différentes dans un même litige n'est pas forcément contraire à l'exigence d'impartialité mais doit être apprécié au cas par cas par rapport à la finalité recherchée. » Elle a observé qu'en l'espèce, le juge auquel l'autorisation avait été demandée devait seulement vérifier l'existence de présomptions d'une pratique anticoncurrentielle sans que son appréciation ne préjuge celle qui serait ultérieurement portée par la juridiction du fond sur la portée des éléments de preuve recueillis. Elle a estimé que par conséquent, « *le contrôle en fait et en droit de la régularité de l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie n'impliquera de la part de la cour aucune appréciation sur le bien fondé des griefs et des sanctions [...]; que la cour peut à la fois statuer sur les deux plans du recours [...] sans que cela constitue une atteinte à l'exigence d'impartialité* ». Sur le second point, la cour a retenu qu'il ne pouvait être reproché au ministre, qui n'était pas partie à l'instance et qui ne pouvait s'attendre à voir remise en cause une ordonnance ayant force de chose jugée depuis plus de dix-huit ans, de ne pas avoir communiqué les documents aux entreprises (cf. décision 96-D-65).

Sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et de saisie

La cour a jugé régulière l'ordonnance prise par le juge. Elle a ainsi précisé que « *dans le cadre du recours ouvert par l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008, la cour d'appel [...], juridiction du fond, donc juge du droit et du fait [...] ne doit pas s'arrêter uniquement aux termes de l'ordonnance mais peut avoir recours à des éléments extrinsèques pour en vérifier la régularité* ». Elle a écarté les moyens de nullité soulevés constatant notamment que l'auteur de la requête, fonctionnaire de la DGCCRF, avait été régulièrement habilité à demander les autorisations de procéder aux visites et saisies prévues par l'article 48, que les opérations de visite et de saisie s'inscrivaient bien dans le cadre de l'enquête indiqué dans l'ordonnance du juge et que les pièces fournies par l'administration étaient mentionnées dans l'ordonnance, ce qui établissait, jusqu'à inscription de faux, qu'elles avaient été soumises au juge. L'origine de ces pièces était licite et elles suffisaient à étayer les soupçons de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur géographique et professionnel faisant l'objet de l'enquête à l'égard des sociétés concernées (cf. décision 96-D-65).

Sur la contestation des opérations de visite et de saisie

La cour a déclaré irrecevable la contestation de la requérante dans la mesure où celle-ci avait négligé de saisir le président de la juridiction, désigné plusieurs années auparavant par un arrêt de la Cour de cassation pour statuer sur le déroulement des opérations, dans le cadre de la contestation qui avait été alors élevée par les entreprises (cf. décision 96-D-65).

Sur la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes pour une question préjudicielle

Dans l'arrêt **Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009**, la cour a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes à laquelle il a été demandé de dire « *si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE* ». Le Conseil avait sanctionné l'interdiction faite par la société Pierre Fabre, à ses distributeurs agréés, de vendre sur Internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle qui étaient commercialisés sous diverses marques de parapharmacie. La société Pierre Fabre qui, contrairement à plusieurs de ses concurrents également mis en cause, avait choisi la voie contentieuse plutôt que celle des engagements, s'était vue enjoindre de supprimer de ses contrats de distribution sélective toutes mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet⁶⁷.

En substance, le Conseil avait considéré que l'interdiction de vente sur Internet, qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective, équivaut à une limitation des ventes actives et passives aux utilisateurs finals dans la mesure où elle prive les distributeurs agréés de la faculté de prospecter des clients (par l'envoi de messages) ou de satisfaire des demandes (non sollicitées) adressées sur leur site et qu'il s'agit d'une restriction caractérisée au sens de l'article 4 c du règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et du point 53 des lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales. Pour l'Autorité, une telle interdiction a nécessairement un objet restrictif de concurrence en application des points 21 et 23 des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité (2004/C 101/08). Une telle interdiction ne peut bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue par le règlement relatif aux restrictions verticales (article 4 c), ni de l'exemption individuelle prévue aux articles L. 420-4-2° du Code de commerce et 81 § 3 du traité CE, Pierre Fabre ne démontrant pas le progrès économique qui pourrait en résulter et le caractère indispensable de la restriction de concurrence.

La société Pierre Fabre contestait cette analyse pour des raisons touchant à la fois à la méthode du Conseil et au fond. Sur la méthode, elle reprochait essentiellement au Conseil d'avoir fait l'économie de la démonstration de l'objet anticoncurrentiel de la pratique en se fondant sur des lignes directrices à la « *rédaction générale incertaine* » et en considérant, à tort, que le simple fait que la pratique n'était

67. Cf. *supra*, ordonnance Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 18 février 2009 : la décision 08-D-25 a fait l'objet d'une ordonnance de sursis à exécution rendue le 18 février 2009, le magistrat délégué ayant considéré que l'exécution immédiate de l'injonction était de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives compte tenu du caractère quasi irréversible de sa mise en œuvre.

pas exemptable par catégorie entraînait *ipso facto* son caractère anticoncurrentiel. Elle faisait aussi valoir que le Conseil ne pouvait à la fois considérer que la pratique était une infraction *per se* et en même temps examiner si elle pouvait bénéficier d'une exemption collective ou individuelle, la qualification d'infraction *per se* étant, en outre, en contradiction avec le recours à la procédure d'engagements à l'égard des autres fournisseurs mis en cause. Sur le fond, la requérante faisait notamment valoir que l'interdiction de vente sur Internet n'était pas une restriction caractérisée par objet dès lors que le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales, applicable, selon elle, à la distribution sélective, précise qu'une telle interdiction est admissible si elle est objectivement justifiée. Pierre Fabre prétendait que son interdiction de vente en ligne était justifiée dans la mesure où la vente en ligne était incompatible avec la nature, la technicité et la qualité de ses produits développés dans une optique de soins et nécessitant l'intervention d'un pharmacien dans des points de vente physiques. La requérante faisait valoir qu'en toute hypothèse, l'interdiction pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par l'article 4 c du règlement sur les restrictions verticales qui admet, par exception, l'interdiction faite à un distributeur agréé de vendre « à partir d'un lieu d'établissement non autorisé » afin que les critères posés par le réseau ne soient pas contournés. Enfin, selon Pierre Fabre, la pratique pouvait bénéficier de l'exemption individuelle en ce qu'elle garantissait le bien-être du consommateur grâce à la présence physique d'un pharmacien et qu'elle permettait de prévenir les risques de contrefaçon et de parasitisme sans avoir aucune incidence sur l'intensité de la concurrence ou sur le niveau des prix.

La Commission est intervenue comme *amicus curiae* devant la cour d'appel⁶⁸ pour défendre une position qui rejoignait globalement celle du Conseil. Selon elle, l'interdiction générale et absolue de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée par le fournisseur à ses distributeurs constitue une restriction caractérisée par objet au sens de l'article 81 § 1 et n'est pas exemptable par catégorie. Pour autant, son analyse se démarque de celle de l'Autorité sur deux points : en premier lieu, pour la Commission, la qualification de la vente en ligne comme vente active ou passive « n'est pas pertinente dans le cas de la distribution sélective dans la mesure où toute restriction à la revente, qu'il s'agisse d'une vente active ou passive, constitue une restriction caractérisée » ; en second lieu, le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales qui prévoit que l'interdiction de vendre sur Internet est admissible si elle est « objectivement justifiée » n'est pas applicable car il doit être interprété comme visant des cas exceptionnels, notamment ceux où l'interdiction est exigée par la législation afin de protéger l'ordre public pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé des consommateurs.

La cour d'appel a saisi la Cour de justice après avoir notamment relevé les divergences existant entre la Commission et l'Autorité et le silence du règlement d'exemption sur les restrictions verticales sur la question de l'interdiction de vendre sur Internet dans les réseaux de distribution sélective (*cf.* décision 08-D-25).

68. Sur le fondement de l'article 15 § 3 du règlement 1/2003.

Sur la demande de l'Autorité tendant à la révocation d'un sursis à exécution

Dans le même **arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique**, la cour a déclaré irrecevable la demande de l'Autorité de la concurrence tendant à ce que, dans l'hypothèse où la cour déciderait de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, elle révoque le sursis à l'exécution de la décision précédemment prononcé⁶⁹. La cour a rappelé que l'Autorité était seulement habilitée, en vertu de l'article R. 464-18 du Code de commerce, à présenter des observations au soutien de ses décisions (*cf.* décision 08-D-25).

Sur les mesures conservatoires

L'octroi de mesures conservatoires

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**⁷⁰, la cour a rejeté les recours formés par les sociétés Apple, France Télécom et Orange France contre la décision de mesures conservatoires concernant la commercialisation de l'iPhone. Était en cause l'exclusivité dont bénéficiait Orange sur l'iPhone, exclusivité résultant du partenariat conclu entre Apple et l'opérateur de téléphonie mobile, qui faisait de ce dernier, par le biais d'une série de contrats, l'opérateur de réseau et le grossiste exclusif pour l'iPhone en France, pour une durée de cinq ans, aussi bien pour les modèles de terminaux existants – notamment la dernière version du terminal l'iPhone 3G, disponible en France depuis juillet 2008 –, que pour ceux susceptibles d'être mis sur le marché. D'autres restrictions de concurrence avaient été dénoncées, parmi lesquelles une clause imposant aux revendeurs agréés de vendre au moins 30 % de baladeurs numériques iPod.

Le Conseil, saisi par Bouygues Télécom, avait estimé que l'exclusivité était susceptible d'affaiblir la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile en renforçant la prééminence d'Orange et que, compte tenu de sa durée, de son étendue, de l'attractivité du produit, elle était de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché et aux consommateurs. À titre conservatoire, il avait par conséquent ordonné des mesures provisoires destinées à permettre aux concurrents d'Orange de commercialiser l'iPhone, mesures consistant, en substance, à suspendre l'exclusivité sur les modèles qui étaient d'ores et déjà commercialisés et à la limiter à trois mois sur les modèles futurs.

La cour a entièrement confirmé ces analyses. Elle a écarté le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 4 d du règlement (CE) n° 2790-1999 du 22 décembre 1999, rappelant que cette exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Tel était le cas des documents contractuels en cause, en particulier du contrat de distribution signé entre Orange et Apple, qui

69. *Cf. supra*, ordonnance du magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel du 18 février 2009.

70. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

interdisait à Orange d'acheter les produits agréés auprès d'autres sources qu'Apple, sauf accord préalable écrit, incitait Orange à veiller à ce que le produit ne soit pas vendu à un acheteur qui entendrait l'exporter hors de France et lui interdisait de procéder à des ventes croisées actives. Il en était de même des contrats signés entre Orange et les distributeurs agréés obligeant ces derniers à se fournir en terminaux exclusivement et directement auprès d'Orange, leur interdisant de s'approvisionner auprès d'autres sources sans l'accord écrit préalable d'Orange, et ne leur permettant la revente que dans les points de vente autorisés en France. La cour a encore observé que le système de distribution de l'iPhone contrevenait à l'article 4 c du règlement, qui proscrit la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, en ce qu'il obligeait les détaillants agréés à associer à chaque terminal vendu une prestation de téléphonie mobile Orange à moins d'une opération de « désimlockage » des terminaux nus assortis d'une carte SIM bloquée sur le réseau Orange, qui générait des frais dissuasifs.

La cour a approuvé le Conseil d'avoir estimé qu'il existait, en l'état du dossier, une atteinte à la concurrence résultant du système de distribution mis en place par Apple, cette atteinte résultant du cumul de trois facteurs :

- en premier lieu, l'avantage concurrentiel majeur constitué pour Orange par une exclusivité d'une durée exceptionnelle de cinq ans, à laquelle s'ajoutait l'attractivité particulière de l'iPhone, qui avait vocation à bénéficier de l'effet de levier résultant de la position largement prééminente d'Apple, grâce à l'Ipod sur le marché des baladeurs numériques⁷¹ et du téléchargement payant de musique en ligne ;
- en deuxième lieu, la faible intensité compétitive régnant sur le marché des services de téléphonie mobile ;
- enfin, le risque de cloisonnement du marché pouvant résulter des effets cumulatifs de partenariats exclusifs entre opérateurs et fabricants de terminaux si d'autres opérateurs choisissaient en riposte de se faire concéder des exclusivités similaires, risque dont SFR avait d'ailleurs confirmé la réalité.

La cour a écarté l'exemption prévue par l'article 81 § 3 du traité CE, pour cause de gains d'efficacité, dont Orange et France Télécom réclamaient le bénéfice. Elle a relevé que les investissements allégués pour le lancement de l'iPhone, qui se montaient en réalité, non pas à 46 millions d'euros, mais à 16,5 millions d'euros pour les deux modèles 2G et 3G, correspondant aux seuls coûts fixes exposés, étaient très inférieurs aux 140 millions d'euros de bénéfices nets réalisés par Orange, en seulement cinq mois et sur le seul modèle 3G. Elle a relevé également l'absence de réalité du risque invoqué par Orange qui aurait résulté du partenariat avec le nouvel entrant qu'était Apple sur le marché de l'Internet mobile. La cour a estimé, enfin, qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le niveau de sursubventionnement allégué du terminal, dont aurait profité le consommateur, et l'exclusivité consentie à Orange : elle a observé que dans certains pays, le subventionnement

71. 48 % environ de part de marché en France alors que les concurrents n'excédaient pas 10 %.

avait été contractuellement prévu sans exclusivité et qu'en principe, le subventionnement trouve sa contrepartie dans la durée de l'engagement de l'utilisateur ou dans le type de forfait choisi. En outre, des terminaux vendus en exclusivité (par un seul opérateur) comme l'iPhone ne bénéficient pas d'un niveau de subvention supérieur à ceux vendus par plusieurs opérateurs en concurrence.

La cour a confirmé que les mesures conservatoires prononcées étaient justifiées par l'atteinte grave et immédiate portée aux intérêts du secteur des services de téléphonie mobile, en particulier au marché de l'Internet mobile, en pleine structuration, et à ceux des consommateurs. Pour la cour, comme pour le Conseil, l'immédiateté de l'atteinte, et donc l'urgence à la faire cesser, résultait des circonstances suivantes : la forte dynamique de renouvellement du marché du terminal et, en particulier, du terminal multimédia, le succès spectaculaire et durable de l'iPhone 3G, le fait que ce développement se faisait au détriment des autres opérateurs, la captation d'abonnés étant quasiment irréversible compte tenu de la durée moyenne de l'engagement (18 mois) et du fait que nombre de clients sont rapidement rendus captifs d'Apple par le biais du téléchargement de musique sur iTunes. À cet égard, la cour observe que l'abandon du système de protection sur les fichiers vendus sur iTunes, annoncé par Apple et rendu public en cours de délibéré, ne valait que pour l'achat de musique effectué à compter de cette date mais que les consommateurs ayant acquis des morceaux précédemment devraient acquitter 30 centimes d'euros par chanson ou 30 % du prix de l'album, supplément que la cour a jugé dissuasif. Enfin, la cour a estimé que les mesures conservatoires prononcées apparaissaient justifiées et limitées à ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence, observant qu'Orange avait déjà bénéficié d'une longue exclusivité sur l'iPhone qui lui avait permis de récupérer largement ses investissements (*cf.* décision 08-MC-01).

Le rejet de demandes de mesures conservatoires

Dans l'**arrêt DKT International du 11 septembre 2009**, la cour a confirmé la décision dans laquelle l'Autorité de la concurrence avait décidé d'instruire au fond la plainte de la société DKT International mais avait rejeté sa demande de mesures conservatoires. Étaient dénoncées des pratiques d'entente et d'abus de position dominante de la société Éco-Emballages et de sa filiale Valorplast sur le marché des déchets d'emballages ménagers en plastique, qui auraient compromis le développement de l'activité exercée par la plaignante, de reprise des déchets auprès des collectivités locales. Il était demandé à l'Autorité d'enjoindre à titre conservatoire aux sociétés mises en cause d'apporter un certain nombre de modifications dans leurs contrats avec les collectivités et dans leur campagne d'informations auprès de celles-ci et de mettre en place un approvisionnement pour les opérateurs indépendants (comme DKT) censé permettre à ces derniers d'exercer une concurrence effective. L'Autorité avait estimé que les conditions d'octroi des mesures n'étaient pas remplies : l'atteinte grave et immédiate au secteur et à l'intérêt des consommateurs invoquée n'était pas établie ; le lien de causalité entre les

pratiques dénoncées et les difficultés invoquées par la plaignante n'était pas davantage démontrées ; enfin, l'Autorité avait considéré que la date, encore éloignée, prévue pour le renouvellement du contrat dont bénéficiait Éco-Emballages avec les collectivités ne rendait pas nécessaire le prononcé de mesures conservatoires.

La cour a approuvé le rejet de la demande de mesures conservatoires, estimant que la condition d'immédiateté n'était pas satisfaite. En effet, l'atteinte grave dont DKT se plaignait était antérieure de plusieurs mois aux conséquences néfastes que la plaignante leur attribuait et était en tout cas antérieure de trois années à sa demande de mesures conservatoires. Par ailleurs, les contrats entre les entreprises et les collectivités ne devaient pas être conclus avant la fin 2010 ou la fin 2011, voire plus tard encore : dès lors, selon la cour, on ne pouvait astreindre les deux recycleurs mis en cause à faciliter les ambitions commerciales de la plaignante. L'arrêt a ainsi précisé les contours de la condition d'immédiateté (de laquelle découle l'urgence)⁷² : l'atteinte n'est plus immédiate – l'urgence n'existe plus – si la situation anticoncurrentielle est ancienne ; l'atteinte n'est pas immédiate non plus – l'urgence n'existe pas encore – si elle ne se produit pas dans un « *avenir proche* », car alors, les mesures conservatoires qui pourraient être prononcées « *pourraient affecter prématurément le fonctionnement des entreprises concernées [en cause]* » (cf. décision 09-D-26).

Sur le fond

Sur la définition du marché pertinent

Dans l'arrêt **Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**⁷³ après cassation partielle⁷⁴, la cour a rejeté les recours formés par les opérateurs de téléphonie mobile (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) contre la décision rendue par le Conseil en 2005 qui les avait sanctionnés pour avoir mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations.

72. « *Considérant que l'article L. 464-1 du Code de commerce réserve expressément les mesures conservatoires aux situations d'atteinte immédiate aux intérêts que cette disposition protège ; qu'en outre les mesures conservatoires doivent être non seulement proportionnées à la gravité de l'atteinte, mais aussi limitées à ce qu'impose "l'urgence de la situation ; Considérant dès lors, que les mesures conservatoires qui interviendraient trop tard pour redresser une situation, ne sont plus nécessaires et ne peuvent pas être accordées ; Que même le risque de disparition de l'entreprise qui demande ces mesures n'est pris en considération par le législateur, que dans le cas d'atteinte immédiate aux intérêts de cette requérante, ce qui ne recouvre donc pas les situations anticoncurrentielles anciennes ; que réciproquement, la condition d'urgence exclut les mesures conservatoires si l'atteinte aux intérêts protégés ne se produit pas dans un avenir proche, parce qu'alors lesdites mesures pourraient affecter prématurément le fonctionnement des entreprises concernées.* »

73. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

74. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom, précité), la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom, précité).

Un premier arrêt confirmatif de la cour d'appel avait été censuré par la Cour de cassation s'agissant des échanges d'informations. La Haute juridiction avait jugé, en effet, que les juges d'appel n'avaient pas légalement justifié leur décision en tenant pour établie une entente « *sans rechercher de façon concrète [...] si l'échange régulier [...] d'informations rétrospectives entre les trois entreprises [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes prépayées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* ».

À l'occasion de son deuxième examen du recours, la cour d'appel, dans une autre formation, a constaté que le marché de la téléphonie mobile présentait des caractères de structure et de fonctionnement tels qu'un échange régulier d'informations confidentielles et stratégiques entre les sociétés opérant sur ce marché pouvait se traduire par une restriction de concurrence. Elle a relevé, en effet, que le marché de la téléphonie mobile de détail était « *un marché oligopolistique fortement concentré* », constitué des trois opérateurs en cause qui se partageaient la totalité de l'offre, et présentant de fortes barrières à l'entrée. Elle a relevé, par ailleurs, la stabilité des parts de marché de chacun des trois opérateurs, non remise en cause par les évolutions de la demande et renforcée par le fléchissement de l'intensité de la concurrence à partir de l'an 2000 qui s'était traduit par une diminution des efforts consentis en vue de l'acquisition de nouveaux clients et une augmentation des tarifs, ces éléments s'inscrivant dans une « *politique de pacification* » entre les opérateurs. La cour a écarté enfin l'argumentation de France Télécom selon laquelle les échanges d'informations avaient permis aux opérateurs de mieux anticiper l'évolution de la demande et, ainsi, de mieux ajuster la capacité de leurs réseaux respectifs, ce qui avait profité aux consommateurs et à l'efficacité économique globale. Cette argumentation ne reposait sur aucune démonstration et n'était étayée par aucun élément du dossier. Au contraire, la connaissance des ventes brutes n'apportait aucune information sur le volume des consommations et la localisation des saturations éventuelles et ne présentait donc pas l'utilité qui était alléguée (*cf.* décision 05-D-65).

Dans l'**arrêt Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a approuvé la délimitation des marchés pertinents retenue par le Conseil dans la décision de sanction prise contre la ville de Lyon en raison des comportements de sa régie municipale des pompes funèbres. Celle-ci avait abusé de sa position dominante en mettant en place une information, un accueil des familles et une organisation des locaux susceptibles d'engendrer une confusion entre son activité de gestionnaire de la chambre funéraire et son activité d'opérateur d'obsèques à Lyon et dans l'agglomération lyonnaise et en s'attribuant ainsi un avantage concurrentiel indu sur les autres opérateurs de pompes funèbres.

Deux marchés, distincts du marché général des services funéraires proposés aux familles, sur lesquels la régie municipale et la société OGF-PFG disposaient de

positions dominantes, avaient été identifiés : d'une part, un marché répondant à la demande des établissements de soins ou de séjour ne disposant pas de chambre mortuaire et qui organisaient le départ des corps vers une chambre funéraire lorsque les familles ne prennent pas en main elles-mêmes les opérations funéraires, et d'autre part, un marché correspondant à la demande d'organisation d'obsèques de la part des familles pour les défunts dont les corps ont été transportés en chambre funéraire par les établissements de soins.

Au plan géographique, il existait un marché, spécifique à la ville de Lyon, répondant à la demande des établissements de soins ou de séjour ne disposant pas de chambre mortuaire et les marchés géographiques concernés par l'offre aux établissements de soins ou de séjour des funérariums de Vénissieux et Saint-Priest gérés par OGF-PFG étaient plus larges que l'étendue de ces communes. S'agissant du marché des obsèques des personnes transportées en chambre funéraire à l'initiative des établissements de soins ou de santé, l'offre pouvait être plus ou moins étendue selon le domicile des défunts et il n'avait pas été exclu qu'une même chambre funéraire desserve des marchés géographiques distincts. Mais, en l'espèce, il avait été observé que les trois chambres funéraires engendraient, chacune, leurs propres marchés : la régie municipale de Lyon détenait une position dominante sur la chambre funéraire de Lyon et OGF-PFG détenait une position dominante sur les obsèques organisées pour des personnes transportées depuis les chambres funéraires de Vénissieux et Saint-Priest.

La cour a rappelé qu'« *une entreprise en position dominante sur un marché pou[va]it se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel l'abus déploie ses effets sont connexes* ». Elle a approuvé le Conseil d'avoir estimé que les griefs d'abus de position dominante notifiés à la régie et à OGF-PFG visaient des effets tant sur le marché général des prestations funéraires proposées aux familles que sur les marchés particuliers des obsèques des personnes dont le corps a été transporté aux chambres funéraires de Lyon, de Vénissieux ou de Saint-Priest à la demande des établissements de soins ou de séjour : « *Ces différents marchés ont tous un lien de connexité étroit, soit parce qu'ils sont en amont ou en aval les uns des autres, soit parce qu'ils concernent des prestations similaires, à défaut d'être complètement substituables* » (cf. décision 08-D-09).

Dans l'**arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009**, la cour a avalisé la définition, non contestée, du marché pertinent retenu par le Conseil des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien (cf. décision 08-D-25).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**⁷⁵, la cour, rappelant que « *la définition du marché, dans l'enquête et l'instruction sur une entente horizontale, a pour utilité de déterminer le droit applicable, de caractériser une pratique et d'établir la gravité du comportement anticoncurrentiel* », a confirmé la définition des marchés concernés : « *Le marché de produit est celui du carburéacteur qui*

75. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

constitue, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission, un marché de produit distinct des autres carburants (tels que l'essence automobile, le gazole, le carburant marin ou le fuel domestique); le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion puisque l'approvisionnement se fait à cette escale; qu'en effet, pour les vols directs pour la métropole, qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autre possibilité pour les compagnies que de s'approvisionner en carburéacteur sur place; que l'escale de Saint-Denis de la Réunion n'est donc substituable à aucune autre escale et il existe une demande spécifique de l'approvisionnement en kérosène des avions qui font escale à la Réunion.» Dans son analyse de l'applicabilité du droit communautaire en l'espèce, la cour a pris en compte deux marchés connexes au marché de la fourniture de carburéacteur : celui de l'approvisionnement en carburéacteur et celui du transport de passagers vers ou au départ de la Réunion (cf. *infra* : sur l'application du droit communautaire); (cf. décision 08-D-30).

Sur les pratiques d'entente

Sur les ententes horizontales

Concertations mises en œuvre au sein d'organismes professionnels (consignes de prix)

Dans l'**arrêt Union syndicale des médecins spécialistes confédérés du 18 mars 2009**⁷⁶, la cour a réformé la décision de sanction prise contre plusieurs organisations syndicales de médecins spécialistes de secteur I qui avaient diffusé des consignes pour inciter leurs adhérents à utiliser largement, voire systématiquement, le dépassement exceptionnel d'honoraires alors que, selon les textes réglementaires régissant ces dépassements, ils ne pouvaient être utilisés qu'avec « *tact et mesure* » et devaient faire l'objet d'une appréciation individuelle, au cas par cas, lorsque l'intervention du médecin s'inscrivait dans des « *circonstances exceptionnelles de temps et de lieu dues à une exigence particulière du malade* ».

Le Conseil avait estimé que la diffusion de ces consignes collectives, qui visait à compenser l'absence de revalorisation du tarif des actes que les syndicats n'avaient pu obtenir des caisses d'assurance-maladie dans le cadre conventionnel normal, et qui avait par ailleurs abouti à une hausse significative du prix des consultations, était constitutive d'une entente sur les prix. Le Conseil avait écarté l'argumentation des syndicats qui consistait à mettre en avant la nature administrée du secteur en cause, caractérisé par l'absence de concurrence par les prix, laquelle aurait rendu impossible une entente sur les prix. Il avait estimé que si la concurrence par les prix était effectivement très limitée en secteur I du fait du caractère réglementé des tarifs, la concurrence s'y exerçait néanmoins sur la qualité des prestations offertes par les médecins et que cette concurrence avait été perturbée par la hausse artificielle des honoraires induite par les consignes syndicales : du fait des relèvements d'honoraires préconisés par les syndicats, le choix par le patient d'un spécialiste sur le seul critère de qualité, dès lors que les honoraires

76. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

étaient fixés et connus par avance, avait été indûment compliqué par des considérations financières et avait, en définitive, souvent entraîné le paiement d'un prix plus élevé et imprévisible. Le Conseil avait retenu également que les consignes syndicales avaient eu pour objet et effet de dissuader les médecins de déterminer leurs dépassements d'honoraires (leurs prix) de façon autonome, dans le cadre du « *colloque singulier* » avec chaque patient, et étaient, de ce seul fait, qualifiables au regard du droit de la concurrence.

La cour d'appel n'a pas partagé cette analyse. Après avoir rappelé que les dispositions répressives de l'article L. 420-1 du Code de commerce sont d'interprétation stricte, elle a relevé qu'en secteur I, la concurrence existait seulement sur la qualité du service rendu, en l'absence de toute concurrence par les prix, les dépassements d'honoraires étant eux-mêmes encadrés. La cour a indiqué ne pas partager l'appréciation du Conseil « *selon laquelle une pratique concertée de médecins conventionnés tendant à s'affranchir des tarifs imposés entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 [...] puisque, précisément, cette modalité de leur activité professionnelle échappe à toute concurrence et qu'il ne peut donc être retenu que les agissements reprochés aux syndicats aient eu pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, en particulier de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché* ». Les organisations syndicales de médecins sanctionnées ont par conséquent été mises hors de cause (cf. décision 08-D-06).

Ententes sur les prix

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**⁷⁷, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers de garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires (cf. *infra*). La cour a confirmé l'existence de l'entente sur les prix en faisant sienne la démonstration du Conseil qui reposait sur un faisceau d'indices regroupant, outre les éléments apportés par l'entreprise dénonciatrice, des pièces saisies au cours de perquisitions et des déclarations d'un certain nombre de représentants des entreprises en cause. Cette affaire a été l'occasion, pour la cour, d'approuver l'approche du Conseil, inspirée de la jurisprudence communautaire, s'agissant de la participation – même passive – d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel; elle a rappelé qu'une telle participation tombe sous le coup de la prohibition des ententes dès lors que l'entreprise ne s'est pas distanciée immédiatement et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion était le support : « [...] *Lorsque, comme en l'espèce, une entente est mise au point au cours de réunions informelles, souvent occultes ou secrètes, auxquelles participent de leur propre initiative des entreprises concurrentes, la présence d'une entreprise à une seule de ces réunions tombe sous le coup de la prohibition édictée*

77. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

à l'article 81 § 1 du traité CE, dès lors qu'une telle participation, même si elle reste passive, suffit à conforter le mécanisme de l'entente en ce qu'elle renseigne l'ensemble des participants sur le comportement commercial que les autres acteurs du marché ont décidé d'adopter, alors que la concurrence exige au contraire que les compétiteurs décident de leur comportement de façon autonome et dans l'incertitude de la stratégie de leurs concurrents, et en ce qu'elle permet aux participants plus actifs d'anticiper l'absence d'opposition de l'entreprise présente, qui ne viendra pas perturber le jeu collusif. » Par conséquent, « une entreprise doit s'abstenir de participer à des prises de contact, directes ou indirectes, avec ses concurrents en vue d'échanger sur les politiques commerciales et notamment les prix des biens ou des services qu'elle offre sur le marché et que, lorsqu'elle y est convoquée, elle doit refuser d'y participer, ou, si sa bonne foi est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support. » La cour a encore rappelé que la démonstration de la participation d'une entreprise à une entente n'impose pas la démonstration de la volonté ou l'intention de cette entreprise de fausser les règles de la concurrence (cf. décision 07-D-48).

Voir *infra*, **même arrêt** pour la répartition de marchés au moyen de devis de complaisance.

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**⁷⁸, la cour a largement confirmé la décision prise par le Conseil pour sanctionner un cartel dans le secteur du contreplaqué. Dans cette affaire, dans laquelle le Conseil avait mis en œuvre son programme de clémence, six fabricants de contreplaqué avaient, au sein de leur organisation professionnelle, d'une part, mis en place une grille tarifaire commune de leurs produits et d'autre part, coordonné, pendant plusieurs années, leurs hausses tarifaires. La réformation de la cour n'a concerné que certaines sanctions.

La cour a confirmé le caractère anticoncurrentiel des hausses tarifaires concertées et de la structure tarifaire adoptée en commun, les entreprises ne contestant d'ailleurs pas la matérialité des faits⁷⁹.

La cour a rejeté l'argumentation selon laquelle les hausses tarifaires décidées en commun auraient constitué une simple répercussion technique des augmentations des coûts de production subies par les entreprises au même moment et dans les mêmes proportions : « Considérant que si chacun des acteurs était soumis à la même hausse des coûts amont, rien ne justifiait une concertation tendant à imposer à leurs clients au même moment les mêmes hausses de tarifs, alors que les entreprises en cause n'étaient manifestement pas identiques en termes de moyens, de structures et de quantités et qualités produites et que dans le prix de revient d'un produit industriel entrent évidemment d'autres paramètres que les matières premières, le transport et la main-d'œuvre. » Elle a également écarté l'argumentation selon laquelle les pratiques auraient été justifiées par les préoccupations de survie d'opérateurs d'un secteur en déclin. De même, a été repoussée l'argumentation tendant à contester l'existence des effets de la pratique. Sur ce point, la cour a constaté que les tarifs des entreprises avaient

78. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

79. Sur les six entreprises sanctionnées, deux n'avaient pas contesté les griefs.

connu une hausse sensible et identique et que la concertation avait en elle-même réduit, pour chaque participant à l'entente, l'incertitude sur le comportement de ses concurrents, notamment quant à la façon dont ils répercuteraient une hausse des coûts subie en amont, avait nui à la saine compétition entre entreprises, peu incitées à accroître leur productivité et à diminuer leurs prix en fonction de leurs performances propres. Elle a estimé, par ailleurs, que les entreprises contestaient vainement la mise en œuvre effective des hausses tarifaires décidées en commun dès lors qu'elles avaient adressé à leurs clients respectifs des circulaires annonçant les hausses, lesquelles avaient été ensuite effectivement intégrées à leurs tarifications, les reports de hausses constatés ne résultant pas de la volonté concurrentielle des membres de l'entente mais ayant été imposés par certains négociants au fort pouvoir de marché : *« Il ressort de l'enquête la volonté commune et permanente des membres de l'entente, même avec un décalage par rapport à leurs vœux, d'appliquer la discipline de hausse, et ce sans qu'il soit besoin d'user de moyens coercitifs. »* L'existence de remises et de prix effectifs plus bas que les prix portés sur les tarifs a été jugée sans incidence sur la qualification des pratiques dès lors que *« la participation d'entreprises concurrentes à des réunions de concertation sur les prix, c'est-à-dire ayant un objet anticoncurrentiel par nature, suffit à caractériser une entente prohibée, sans qu'il soit nécessaire, à ce stade, d'en mesurer les effets sur le marché, c'est-à-dire le dommage à l'économie, critère à prendre en considération pour l'application des sanctions »*.

S'agissant de la structure tarifaire commune, la cour a réfuté l'argumentation selon laquelle il s'agissait d'un simple outil technique d'aide à la gestion (mercure) ou d'une grille de référencement avalisée par les pouvoirs publics et utilisée par l'ensemble des acteurs du marché : cette approbation administrative datait du régime de réglementation des prix abandonné en 1986 et l'utilisation de telles grilles à l'étranger ne pouvait être invoquée. La cour a reconnu, par ailleurs, que la grille de prix était *« devenue un moyen de rigidité de fixation des prix et le moyen, pour la profession, de procéder à des augmentations de tarifs simultanées et identiques »* alors même qu'il n'y avait pas de parfaite identité des structures de production et de vente entre les entreprises, et qu'ainsi elle avait nui au libre jeu de la concurrence (cf. décision 08-D-12).

Echanges d'informations ou concertations à l'occasion d'appels à la concurrence

Répartition de marchés au moyen d'offres de couverture ou de devis de complaisance

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**⁸⁰, la cour, statuant après cassation, après avoir annulé la décision du Conseil en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré, a statué sur les griefs d'entente notifiés et rejeté le recours formé par la société Colas Midi-Méditerranée contre une décision rendue en 1996 pour sanctionner des ententes commises à l'occasion de marchés publics, passés dans le département du Var, concernant des

⁸⁰. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement. La cour a confirmé l'analyse du Conseil concluant à l'existence d'échanges d'informations et de concertations préalables au dépôt des soumissions des entreprises qui avaient permis l'établissement d'offres de couverture et à la participation de la société requérante à la concertation. Elle a rappelé qu'« *en matière de marchés publics, la coordination des offres ou l'échange d'informations antérieures au dépôt des offres caractérisent une entente anticoncurrentielle* » et que « *la preuve d'une telle entente peut être rapportée par un faisceau d'indices qui, après recoupement, constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes* ». La cour a rappelé également que la circonstance que le bénéficiaire d'une offre de couverture n'ait pas remporté le marché affecté par la concertation était indifférente pour la caractérisation du comportement anticoncurrentiel (cf. décision 96-D-65).

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**⁸¹, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé l'existence de ces devis de complaisance découverts dans les locaux d'une entreprise soumissionnaire : ils comportaient l'en-tête d'une entreprise concurrente et des montants systématiquement supérieurs à ceux présentés par l'entreprise dans laquelle ils avaient été saisis, et ce alors même que l'activité de déménagement international concernée par ces devis était étrangère au champ d'activité de l'entreprise qui en était l'auteur (cf. décision 07-D-48).

Voir *supra*, **même arrêt** pour l'entente sur les prix.

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**⁸², la cour a rejeté le recours formé contre la décision de sanction prise par le Conseil contre des sociétés de transport de voyageurs en autocar qui s'étaient concertées pour se répartir les marchés lors d'appels d'offres passés par la ville d'Annecy et le conseil général de Haute-Savoie. Une seule des onze sociétés sanctionnées avait formé un recours et répondait des comportements d'un de ses établissements secondaires.

La cour a approuvé en tout point l'analyse du Conseil. Elle a confirmé la participation de l'établissement aux concertations reprochées : plusieurs indices montraient que l'intéressé avait bénéficié d'une offre de couverture et participé à au moins une des réunions préparatoires à l'élaboration des offres au cours desquelles les entreprises avaient réparti entre elles les lots du marché et harmonisé leurs prix. La cour a rappelé un certain nombre de principes relatifs aux ententes prohibées en matière de marchés publics : « [...] *En matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment d'une*

81. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

82. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer.» La cour a rappelé également que « 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 de ces pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant; qu'il en résulte que tout échange d'information préalable au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrents, cette incertitude étant en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché et qu'à l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée».

La cour a encore rappelé le caractère prohibé de la participation, même passive, à une seule réunion à caractère anticoncurrentiel dès lors que le participant ne s'est pas distancié sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support : « [...] Une entreprise doit s'abstenir de participer à toute prise de contact directe ou indirecte, ayant pour objet ou effet d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel ou de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché; [...] en cas de tenue de réunions informelles auxquelles participent à leur propre initiative des entreprises concurrentes, l'entreprise dont un responsable est convié à une telle réunion doit soit refuser d'y participer soit si la bonne foi du participant est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support; [...] en effet, une participation, même passive, suffit à conforter le mécanisme de l'entente en ce qu'elle renseigne l'ensemble des participants sur le comportement commercial que les autres acteurs du marché ont décidé d'adopter alors que la concurrence exige à l'opposé que les compétiteurs décident de leur comportement de manière autonome.» La cour a précisé encore que le fait que les objectifs envisagés lors des réunions n'aient pas été atteints ou que les alliances envisagées aient ensuite été modifiées était sans incidence sur l'existence de l'accord de volontés anticoncurrentiel (cf. décision 08-D-33).

Limitation concertée des quantités offertes

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**⁸³, la cour a confirmé presque entièrement la décision prise par le Conseil pour sanctionner des compagnies pétrolières (Chevron, Shell, Esso et Total) qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion. Les compagnies s'étaient concertées pour obtenir une répartition du

83. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

marché et garantir leurs parts de marché respectives : en limitant conjointement les volumes offerts, elles avaient contraint Air France à ne pouvoir faire autrement, pour couvrir ses besoins en carburant, que d'accepter leurs offres sans pouvoir en rejeter aucune, ni négocier les prix.

Pour confirmer le caractère anticoncurrentiel des pratiques, la cour a écarté l'argumentation selon laquelle les pratiques auraient été induites par les modalités suivant lesquelles Air France achetait son carburéacteur : elle a ainsi confirmé que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion étaient des appels à la concurrence, « *consistant à inviter des fournisseurs de biens ou de services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée* » ; qu'à supposer qu'Air France ait pu favoriser la commission des pratiques en laissant filtrer des informations au cours du processus de mise en concurrence et permis ainsi aux entreprises de faire en sorte de ne pas dépasser globalement 100 % des besoins de l'acheteur, cette circonstance ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire, mais tout au plus une cause d'atténuation de la sanction : « *Le comportement d'entente est constitué dès lors que des entreprises ont librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* » et « *le comportement du cocontractant, qu'il soit distributeur, acheteur ou donneur d'ordre, n'est par conséquent pas exonératoire, chaque entreprise conservant la responsabilité de répondre à une sollicitation manifestement illicite dans son objet ou dans ses effets* ».

La cour a constaté, par ailleurs, que la preuve de l'entente entre les pétroliers avait été rapportée par le Conseil. Elle a observé que les entreprises échangeaient régulièrement des informations entre elles (sans que ce soit illicite), notamment sur leur part de marché respective, dans le cadre des deux GIE mis en place pour assurer les opérations de stockage et d'avitaillement sur l'aéroport de Saint-Denis. Elle a constaté que la démonstration de l'entente reposait à la fois sur des preuves matérielles – notes manuscrites et courriers électroniques saisis dans les locaux des entreprises révélant la répartition de marché convenue avant le dépôt de l'appel d'offres, l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres au sujet de l'attitude commune à adopter pour tenir compte du changement de source d'approvisionnement en carburéacteur (rendu nécessaire par l'entrée en vigueur de nouvelles spécifications européennes pour le gasoil à compter du 1^{er} mars 2003) et au sujet des prix de transfert et des conséquences de l'utilisation de différents index de cotation entrant dans les offres soumises – et sur la similitude des comportements des compagnies pétrolières au cours de l'appel d'offres de 2002, similitude qui n'avait jamais été observée auparavant. Cette similitude avait consisté, d'une part, à proposer uniment des prix en hausse pour la première enchère et à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchère suivants et, d'autre part, à limiter ensemble, pendant toute la durée de l'appel d'offres, les volumes offerts de manière à se positionner chacun comme fournisseur incontournable d'Air France : ainsi, la somme cumulée des volumes offerts par les compagnies correspondait exactement (100 %) aux besoins appelés de sorte qu'Air France n'avait pas d'autre

choix, si elle voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies (cf. décision 08-D-30).

Refus concerté de répondre à un appel d'offres

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé la décision qui avait sanctionné des fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, mandaté par d'autres CHU, mettant ainsi en échec une nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit tant au niveau du prix que du service rendu et visant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a confirmé l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, démontrant que les fabricants de défibrillateurs s'étaient concertés pour s'abstenir de soumissionner à l'appel d'offres et a rejeté leur argumentation selon laquelle le parallélisme de leurs comportements s'expliquait par des circonstances communes ou propres à chacun, suffisantes pour justifier leurs décisions individuelles d'abstention. Les cinq fabricants concernés s'étaient rencontrés à plusieurs reprises sous l'égide d'un syndicat professionnel pour discuter de la conduite à tenir face à cet appel d'offres national et s'étaient concertés pour aboutir à une décision commune de refus de répondre à l'appel d'offres. Au cours de ces réunions, ils avaient mis au point les arguments juridiques et techniques qu'ils allaient utiliser ensuite pour donner à ce comportement commun l'apparence de comportements parallèles décidés unilatéralement. La cour a rappelé à cette occasion la jurisprudence constante selon laquelle un document peut être opposé à une entreprise dont il n'émane pas, même s'il ne la mentionne pas expressément⁸⁴. Elle a écarté les explications données par les entreprises selon lesquelles des doutes existant sur la légalité de l'appel d'offres ou sur sa rentabilité les auraient déterminées individuellement à s'abstenir de présenter une offre mais a estimé que ces motifs pouvaient être pris en compte au titre de l'appréciation de la gravité de la pratique. Elle a estimé, enfin, que rien ne démontrait que le refus de soumissionner aurait eu pour effet d'assurer un progrès économique de nature à faire bénéficier l'entente de l'exemption de l'article L. 420-4 du Code de commerce (cf. décision 07-D-49).

Échanges d'informations sur un marché oligopolistique

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 11 mars 2009**⁸⁵, après cassation partielle⁸⁶, la cour a rejeté les recours formés par les opérateurs de téléphonie mobile contre la décision rendue par le Conseil en 2005 qui avait sanctionné les trois opérateurs (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) pour avoir mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché)

84. « La circonstance que les délibérations aient été reconstituées à partir de notes qui ne proviennent pas de ces deux sociétés et ne les désignent pas expressément n'étant à cet égard d'aucune conséquence. »

85. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

86. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom).

et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations.

Un premier arrêt confirmatif de la cour d'appel avait été censuré par la Cour de cassation s'agissant des griefs d'échanges d'informations. La Haute juridiction avait jugé en effet que les juges d'appel n'avaient pas légalement justifié leur décision en retenant pour établie une entente ayant consisté à échanger régulièrement des informations confidentielles relatives au marché sur lequel elles opéraient, « *sans rechercher de façon concrète [...] si l'échange régulier [...] d'informations rétrospectives entre les trois entreprises [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes prépayées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* ».

La cour d'appel, dans sa formation de renvoi, a confirmé le caractère confidentiel des informations échangées qui ressortait notamment d'un courrier électronique saisi sur la messagerie d'un directeur adjoint de Bouygues Télécom appelant l'attention sur le fait que les chiffres échangés l'étaient « *à titre confidentiel* » et ne devaient « *en aucune façon être communiqués à l'extérieur et notamment pas auprès de nos instances réglementaires* ». Contrairement à ce que soutenaient les opérateurs, les données n'avaient pu être préalablement obtenues par d'autres canaux (publications de l'ART, informations données par les distributeurs ou la presse...) car les échanges précédaient la transmission des données à l'ART et leur publication mensuelle dans « l'observatoire des mobiles » et ils étaient restés mensuels après que cette publication était devenue trimestrielle. En outre, les diverses analyses ou études de marché qui pouvaient être publiées par des organismes spécialisés ou la presse économique « *ne pouvaient évidemment être plus récentes ni plus précises, ni plus fiables, ni plus régulières que leurs sources, ni être exploitées avec autant d'efficacité qu'un ensemble de données systématiquement actualisé tous les mois pendant plusieurs années* ». Par ailleurs, les ventes brutes échangées chaque mois n'étaient pas publiées par l'ART. Enfin, les renseignements donnés par les distributeurs aux opérateurs ne portaient que sur les ventes des produits de chacun d'eux et non sur ceux des autres et ne permettaient donc pas de reconstituer l'information globale sur la répartition des parts de marché.

La cour a confirmé également le caractère stratégique des informations échangées dont la Cour de cassation avait souligné l'importance. Elle a ainsi constaté que le Conseil avait justement expliqué en quoi les informations, particulièrement celles sur les ventes brutes, malgré leur caractère global (malgré l'absence de ventilation par régions, par nature de l'offre – pré ou postpayée –, par canal de distribution ou catégorie de clientèle), « *présentaient à elles seules un intérêt stratégique déterminant pour éclairer la prise de décision de politique commerciale, notamment parce qu'elles permettaient de faire un lien direct entre les mouvements de prix des produits et l'évolution de l'indicateur ventes brutes* ». La cour a ainsi approuvé le Conseil d'avoir retenu que sur le marché concerné, où la transparence était atténuée par

la multiplicité de l'offre, « l'observation de l'évolution des ventes brutes [était] le seul indicateur capable de renseigner de façon synthétique sur "l'effort concurrentiel fait par les concurrents" ». Elle a également constaté que les données globales présentaient en elles-mêmes un intérêt stratégique suffisant puisque les opérateurs avaient envisagé d'échanger des indicateurs plus complets comportant par exemple une ventilation entre pré et postpayés, mais y avaient renoncé. La cour a estimé que, bien que rétrospectives, les informations échangées, « par leur grande actualité et la périodicité rapprochée des communications, compte tenu, en outre, de leur accumulation constitutive d'une série continue pendant plusieurs années », présentaient une utilité certaine pour anticiper une évolution. La cour a relevé « au surplus, que le caractère stratégique des données échangées [était] suffisamment établi, dans la réalité, par l'attention avec laquelle ces informations étaient analysées, au plus haut niveau de la direction des entreprises, par les instances décisionnelles en charge, précisément de la stratégie commerciale des sociétés en cause ». Elle a estimé que le Conseil avait montré que les informations échangées avaient été utilisées concrètement par les opérateurs pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en œuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, leur politique commerciale, enfin anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts de marché.

La cour a estimé, par ailleurs, que le Conseil avait démontré les effets non seulement potentiels, mais aussi réels de la pratique d'échanges⁸⁷ : les échanges « non seulement, au regard de la structure du marché et de son fonctionnement, du caractère confidentiel, de la nature et du niveau d'agrégation des informations échangées et de leur intérêt stratégique, de la périodicité des échanges [...] étaient de nature à atténuer ou à supprimer l'incertitude quant au caractère prévisible du comportement des concurrents, mais encore [...] avaient concrètement permis aux opérateurs de réduire leur autonomie pour s'adapter aux évolutions des politiques commerciales de leurs concurrents en ayant pour effet de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile ».

En définitive, la cour a conclu que « [...] c'est par des motifs pertinents que la cour fait siens que le Conseil a conclu que les sociétés Orange, SFR et Bouygues, seuls offreurs sur le marché des services de téléphonie mobile, ont échangé, systématiquement tous les mois de 1997 à 2003, à leur seul profit, à l'exclusion des consommateurs, des informations qu'elles tenaient pour des secrets d'affaires et qui n'étaient accessibles par aucune autre source ; que ces informations, suffisamment précises et d'une grande actualité, concernaient un marché oligopolistique fermé en phase d'expansion puis de consolidation sur lequel la concurrence était en voie d'atténuation ; que ces échanges avaient accru la transparence du marché et révélé aux opérateurs leurs stratégies respectives en leur permettant, par leur accord de volonté, de limiter la concurrence résiduelle ; que le grief notifié à ce titre aux trois opérateurs sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE est établi » (cf. décision 05-D-65).

⁸⁷. La cour a écarté ainsi la thèse des sociétés requérantes selon laquelle le Conseil avait sanctionné les échanges *per se*, sans démontrer le moindre effet réel ou potentiel.

Sur les ententes verticales (relations fournisseurs/distributeurs)

Ententes sur les prix de revente aux consommateurs

Fixation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé (remises présentées faussement comme conditionnelles)

Dans l'arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009⁸⁸, la cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait sanctionné des ententes verticales de prix impliquant cinq fournisseurs et trois distributeurs dans le secteur de la distribution des jouets. La plupart des pratiques reposaient sur la négociation, entre fournisseurs et distributeurs, d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à la fixation des prix de vente minimaux aux consommateurs en contournant le mécanisme du seuil de revente⁸⁹.

La cour a rappelé que la démonstration d'une entente peut reposer sur une preuve comportementale reposant sur un faisceau réunissant trois éléments – la *diffusion de prix*, leur *application effective* et la *police des prix* – ou sur une preuve contractuelle : « *La preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volonté des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en œuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation; que, s'agissant d'une entente sur les prix, cette démonstration résulte soit de la signature de clauses contractuelles claires, soit de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants, généralement constituée par l'évocation, entre fournisseurs et distributeurs, de prix de revente au public, la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance des prix et le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués, la preuve de chacun de ces indices étant elle-même libre et pouvant être établie par tout moyen.* » En l'espèce, la cour a adopté l'analyse, retenue par le Conseil, reposant sur le faisceau d'indices, relevant qu'elle constituait un standard de preuve plus exigeant que la preuve contractuelle : « *Considérant qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rechercher si certaines clauses contractuelles, négociées en vue d'accorder des marges arrièrèes aux distributeurs, parce qu'elles seraient anticoncurrentielles par elles-mêmes, constitueraient une preuve suffisante des ententes, ce mode de preuve proposé par les rapporteurs pour certaines des sociétés poursuivies, contesté par le commissaire du Gouvernement, ayant été délaissé par le Conseil au profit du faisceau d'indices, plus exigeant puisque, s'il retient de telles clauses pour sa démonstration, il les appréhende, non comme anticoncurrentielles en elles-mêmes, mais seulement comme étant de nature à établir le premier indice, relatif à l'évocation des prix appelant nécessairement l'examen des deux autres, police ou surveillance des prix et application dans une proportion significative des prix évoqués.* »

La cour a confirmé le caractère probant des indices retenus. L'évocation des prix avait pris deux aspects en l'espèce. D'abord, entre fournisseurs et grandes surfaces alimentaires (GSA), la négociation des conditions commerciales avait porté sur les seules marges arrièrèes et exclu systématiquement toutes remises sur factures pour les distributeurs, remises déductibles pour calculer le prix de revente à perte :

88. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

89. D'autres ententes avaient pris la forme de prix de vente « conseillés », mais en réalité imposés, qui avaient été effectivement pratiqués par les distributeurs.

ainsi, la législation en vigueur à l'époque des faits interdisant de revendre à un prix inférieur au prix d'achat déduction faite des seules remises sur factures, en l'absence de telles remises, le prix d'achat augmenté de la TVA équivalait nécessairement au prix de revente minimal. La renonciation générale des GSA à réaliser des marges avant était connue des fournisseurs qui acceptaient de laisser ces distributeurs trouver leur profit dans les marges arrière, c'est-à-dire dans la seule rémunération de divers services commerciaux, « *aussi variés que parfois difficiles à appréhender* ». La cour en a déduit, comme le Conseil, que « *les fournisseurs comme les distributeurs ne pouvaient ignorer que les prix de revente au public seraient fixés au seuil de revente à perte, ce qui suffit à démontrer que, dans la mesure où le profit du distributeur, assuré par les seules marges arrière, ne dépendait pas du niveau du prix de revente, les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les unes et acceptés par les autres* ». La cour a estimé, par conséquent, que toute discussion sur la réalité des services commerciaux rémunérés par les marges arrière était inopérante. Dans les relations entre fournisseurs et grandes surfaces spécialisées (GSS), des remises sur facture (déductibles) étaient négociées avec certains fabricants, ce qui aurait dû permettre à ces distributeurs de revendre moins cher que les GSA, mais en réalité les GSS ne répercutaient pas ces remises sur leurs prix et s'alignaient sur les prix de revente à perte des GSA, égaux aux prix d'achat négociés avec les fournisseurs, « *un tel constat confirmant que les distributeurs spécialisés avaient été mis en mesure de connaître le prix de revente souhaité par leurs fournisseurs* ». Enfin, la cour a constaté que certains fabricants diffusaient directement des prix de vente conseillés à leurs distributeurs. S'agissant de la police des prix, la cour a fait sienne l'analyse du Conseil selon laquelle l'enseigne Carrefour, sous couvert de son opération intitulée « *Carrefour rembourse 10 fois la différence* », mise en œuvre de 2001 à 2004, avait mis en place un système de remontées d'informations auquel participaient, à leur insu et à leur détriment, les consommateurs qui signalant les jouets trouvés moins chers chez les concurrents, permettait à Carrefour de faire intervenir les fournisseurs auprès des distributeurs déviants et d'assurer finalement la rentabilité de sa campagne publicitaire. Quatre fournisseurs avaient effectivement exercé des actions de police des prix et, en plus de Carrefour, deux distributeurs au moins avaient participé à cette police en obtempérant aux demandes des fabricants de relever les prix et aussi en dénonçant des concurrents déviants auprès des fournisseurs. S'agissant enfin de l'application significative des prix, la cour a exposé que « *de même que l'évocation des prix de revente entre fournisseurs et distributeurs peut s'interpréter comme une invitation des premiers aux seconds à s'entendre sur ces prix, de même l'application par les distributeurs, dans une proportion significative, des prix évoqués peut être regardée comme l'adhésion de ces derniers à l'entente, laquelle est définitivement établie si, comme en l'espèce, ces deux indices se trouvent reliés par la mise en œuvre d'une police des prix* » et que « *l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs, tels que relevés de prix, mais aussi par des éléments qualitatifs, tels que des déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application* ». En l'espèce, l'application significative des prix diffusés était démontrée, à la fois par des

éléments qualitatifs (déclarations de distributeurs, messages, courriers au dossier) et quantitatifs. La cour a considéré, comme le Conseil, que les prix figurant sur les catalogues de fin d'année des distributeurs étaient pertinents pour apprécier l'application des prix, ces catalogues distribués à domicile ayant joué un rôle déterminant dans l'arbitrage des consommateurs entre les différentes enseignes : « *La mise sous presse et la diffusion, à l'initiative des distributeurs, de ces catalogues présentant des prix convenus avec les fournisseurs constituent un premier indice d'un accord de volonté entre fournisseurs et distributeurs sur une pratique d'entente de nature à fausser le jeu de la concurrence* », sans qu'il y ait lieu de rechercher si les prix réellement appliqués pouvaient être inférieurs à ceux figurant sur les catalogues ou de prendre en compte les prix appliqués par les distributeurs ne diffusant pas de catalogues. La cour a considéré, en outre, qu'il ne devait pas être tenu compte des remises effectuées en caisse, « *qui relèvent certes de la politique commerciale générale de l'enseigne mais sont, à côté de la politique de prix du point de vente, une manière différente d'attirer et de fidéliser les clients et constituent des gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu et ne sauraient dès lors être prises en considération dans l'appréciation de la politique tarifaire du distributeur [...]* ». La cour a estimé par ailleurs, qu'une étude de relevés de prix était « *démonstrative si au moins 80 % des prix évoqués sont appliqués et que, en cas de pourcentage inférieur, l'étude doit être complétée par l'observation directe de la concentration effective des prix à proximité des prix évoqués* ». En l'espèce, les données obtenues démontraient une application très significative des prix, largement supérieurs à 80 %. La cour a encore jugé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des ventes réalisées par les enseignes qui n'avaient pas respecté les prix imposés ou de l'écart entre les prix pratiqués par ces enseignes et les prix recommandés ou encore de l'impact de la politique commerciale de ces enseignes sur le prix d'achat moyen d'achat pour les consommateurs, ces différentes circonstances ne pouvant avoir d'impact que sur l'importance du dommage à l'économie et non sur la démonstration du caractère anticoncurrentiel des pratiques (cf. décision 07-D-50).

Diffusion de prix « conseillés »

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**⁹⁰ rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a confirmé largement la décision de sanction prise contre des fabricants de produits électronique grand public qui avaient mis en place des prix de détail minimums imposés auprès de leurs distributeurs. La cour a validé l'application de la méthode du faisceau d'indices pour démontrer l'entente entre chaque fabricant et ses distributeurs en vue d'appliquer des prix uniformes. Elle a ainsi confirmé qu'étaient réunis les trois éléments du faisceau sur lequel le Conseil avait fondé sa démonstration de l'accord de volontés : l'évocation de prix de détail entre les fabricants et les distributeurs, constitutive d'une invitation des fabricants à appliquer les tarifs conseillés ; l'acquiescement des distributeurs concrétisé par l'application effective des prix ou la signature de contrats de coopération commerciale impliquant le respect par le distributeur de la politique commerciale ou

⁹⁰. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de communication du fabricant ; l'existence de mécanismes de contrôle assurant la stabilité de l'entente.

S'agissant des relevés de prix, la cour a précisé qu'ils « *n'ont pas pour objet de démontrer l'existence d'un prix unique au voisinage ou au-dessus duquel la distribution serait anormalement concentrée, mais seulement de mettre en évidence un indice, insuffisant à lui seul à prouver une pratique anticoncurrentielle, mais destiné à montrer, par l'examen d'un nombre suffisant de relevés effectués, sur une région géographique assez étendue, concernant plusieurs produits et dans des points de vente relevant de mode de distribution diversifiés, une application des prix conseillés par les distributeurs suffisamment fréquente pour être remarquée et analysée à la lumière d'autres indices d'une entente* ».

La cour a rappelé, par ailleurs, que « *la preuve d'une entente entre un fabricant et l'ensemble de ses distributeurs n'exige pas que ces derniers soient identifiés ni que la participation individuelle de chacun d'entre eux soit établie avec précision lorsque [...] se trouvent réunis les trois indices [...] d'une évocation des prix de détails entre le fabricant et son réseau de distribution, laquelle peut prendre la forme d'une diffusion de prix conseillés, l'application effective de ces prix et l'existence d'un contrôle possible* » (cf. décision 05-D-66).

Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique

Prix prédateurs

Dans l'**arrêt Maître Pelletier du 9 juin 2009**⁹¹, la cour, statuant après cassation⁹², a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait mis hors de cause la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée. Cette régie, qui assure, dans le cadre d'une mission de service public, une liaison régulière entre l'île d'Yeu et le continent avec des ferries et une vedette rapide « l'Amporelle », avait été mise en cause pour ses pratiques tarifaires par un opérateur privé, la société des Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), qui exploite des liaisons avec l'île d'Yeu pendant la saison touristique. Le Conseil avait écarté les deux griefs notifiés à la régie : un grief de prix prédateurs sur le prix des passages sur « l'Amporelle » et un grief de subventions croisées visant l'utilisation d'excédents de ressources tirés de l'activité sous monopole pour financer les tarifs prédateurs.

Sur le premier point, le Conseil avait estimé que le niveau des tarifs pratiqués sur l'Amporelle pendant l'été était supérieur à celui des coûts incrémentaux propres à la fourniture de ce service. Pour la première fois lors de l'examen de prix prédateurs, le Conseil s'était fondé sur la méthode des « coûts incrémentaux » utilisée par la Commission européenne dans la décision Deutsche Post du 20 mars 2001 : les deux affaires concernaient l'hypothèse où l'opérateur dominant mis en cause exerce une mission de service public et intervient parallèlement sur un marché ouvert à la concurrence en utilisant les mêmes ressources pour les deux activités.

91. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

92. Cass. com., 17 juin 2008 (VIIV) rendu sur un pourvoi contre CA Paris, 28 juin 2005.

Sur le second grief, le Conseil avait estimé que l'exploitation de l'activité sous monopole, déficitaire, ne dégagait aucun excédent de ressources susceptible de financer l'activité concurrentielle, laquelle, au demeurant, dégagait des recettes.

L'arrêt confirmatif rendu par la cour d'appel, en date du 28 juin 2005 (société VIVV), avait été censuré par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 17 juin 2008 (société VIVV), la Haute juridiction, tout en confirmant le recours à la notion de coût incrémental, avait remis en cause l'analyse du Conseil et de la cour d'appel quant au contenu du coût incrémental. En premier lieu, elle avait estimé que le Conseil d'État, en jugeant que la taille de l'Amporelle s'expliquait par la mission de service public de la régie, laquelle impliquait des traversées régulières toute l'année et par tous temps, ne s'était pas pour autant prononcé sur la nécessité pour la régie d'utiliser l'Amporelle afin d'accomplir sa mission de service public. En second lieu, elle avait estimé que la circonstance que la taille de l'Amporelle (le nombre de passagers transportables) permettait à la régie d'assurer en toutes circonstances les traversées rapides, notamment de la population scolaire et étudiante en hiver, ne suffisait pas à établir que la régie, qui disposait de ferries par ailleurs, était obligée de supporter le coût de l'Amporelle pour exercer sa mission de service public.

À ce stade, il semblait donc que la cour d'appel pouvait, soit juger que l'Amporelle n'était pas nécessaire à la mission de service public de la régie, auquel cas les coûts fixes liés à l'exploitation de ce navire (notamment les loyers) devaient être intégrés dans les coûts à prendre en considération pour apprécier si le prix des prestations offertes en concurrence était ou non prédateur, ce qui conduisait à remettre en cause les conclusions auxquelles étaient parvenus le Conseil et la cour elle-même dans son premier arrêt, soit estimer, au contraire, que l'Amporelle était nécessaire à la mission de service public de la régie, auquel cas les coûts fixes liés à l'exploitation du navire, communs au service public et à l'activité concurrentielle, n'avaient pas à être pris en considération et l'analyse du Conseil pouvait être validée.

Or, la cour s'est engagée dans un tout autre raisonnement. Critiquant d'abord l'analyse suivie par le Conseil quant à la définition du marché pertinent, elle lui a substitué une autre analyse fondée sur la notion de service économique d'intérêt général (SIEG). En substance, la cour a expliqué qu'en présence d'un opérateur en position dominante fournissant un SIEG, comme en l'espèce la régie, le recours aux critères ou aux tests issus des jurisprudences Akzo ou Deutsche Post, n'était pas pertinent, essentiellement parce que cet opérateur reçoit des aides d'État (subventions) qui induisent des différences irréductibles, sur le plan économique et sur le plan comptable, entre les deux modes de gestion en cause – celui de l'opérateur en position dominante chargé du SIEG et celui de l'opérateur de droit privé –, de sorte que les calculs de coûts entre les deux concurrents sont faussés d'emblée. La cour en a conclu que les tests Akzo et Deutsche Post « *montrent en tout cas la nécessité d'une définition appropriée du marché pertinent, aussi peu segmentée que possible dès lors qu'un SIEG est en cause, en lien avec une évaluation plausible des coûts* ». Par suite, la cour a écarté la définition du marché, retenue par le Conseil, du transport maritime de passagers sans bagages entre l'île d'Yeu et le continent au départ de Fromentine, La Fosse et Saint-Gilles-Croix-de-Vie, entre avril et septembre,

par vedette rapide ou par ferry, marché sur lequel la régie était en position dominante au moment des faits. Cette définition a été jugée « *artificielle* » à plusieurs titres : en premier lieu, la cour a rejeté la distinction opérée par le Conseil entre la saison d'hiver et la saison d'été (la « *segmentation par la chronologie* ») dans la mesure notamment où « *elle ne procède fondamentalement que d'un libre choix des transporteurs de naviguer avant ou après ces dates* » en l'absence de monopole légal ou d'activité réservée à la régie ou à ses concurrents, où elle n'a pas été entérinée dans le règlement portuaire, où elle « *ne correspond d'ailleurs à rien dans le calendrier civil ou scolaire* » et où elle ne recouvre pas de différence dans le service rendu : ainsi, pour la cour, les notions centrales de la jurisprudence Deutsche Post de coûts fixes communs (à plusieurs activités) et de « *coûts de fourniture isolée* », appliquées à la régie, n'ont pas de sens économique ; en second lieu, la cour a écarté les distinctions retenues par le Conseil selon la nature des services proposés (passagers/marchandises/véhicules), la nature de la clientèle transportée (Islais/continentaux, scolaires/adultes) ou le type de moyens utilisés (Amporelle/autres navires). En conclusion, la cour a estimé qu'il n'était pas établi que la régie ait occupé « *sur un marché pertinent clairement et rationnellement défini* » une position dominante dont elle aurait abusé au regard d'un « *examen fiable des coûts engagés pour exploiter ce marché* » (cf. décision 04-D-79).

Usage abusif d'un atout concurrentiel résultant d'un monopole passé (secteur des pompes funèbres)

Dans l'**arrêt Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a confirmé dans son intégralité la décision de sanction prise contre la ville de Lyon en raison des comportements de sa régie municipale des pompes funèbres⁹³ qui avait abusé de sa position dominante en mettant en place une information, un accueil des familles et une organisation des locaux susceptibles d'engendrer une confusion entre son activité de gestionnaire d'une chambre funéraire et son activité d'opérateur d'obsèques à Lyon et dans l'agglomération lyonnaise, s'attribuant ainsi un avantage concurrentiel indu. La cour a rejeté à la fois le recours formé par la régie et celui formé par l'entreprise plaignante qui contestait le fait que le Conseil avait écarté un certain nombre de griefs d'entente et d'abus de position dominante résultant d'accords passés entre la régie ou la société OGF et certains établissements de soins de la ville de Lyon (cf. décision 08-D-09).

Sur l'application du droit communautaire

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**⁹⁴, rendu sur recours contre une décision relative au secteur de la production du contreplaqué, la cour a estimé que l'application du droit communautaire avait été écartée à juste raison. Seules des entreprises de production implantées en France étaient en cause et les

93. C'est la ville de Lyon, qui devait répondre des agissements de la régie, qui a été sanctionnée.

94. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

effets potentiels des pratiques sur les exportations vers d'autres États membres étaient manifestement trop indirects et diffus pour qu'il y ait affectation sensible du commerce intracommunautaire, dès lors que les exportations françaises de contreplaqué, selon une étude économique produite par l'une des requérantes, représentaient moins de 4 % de la consommation européenne (cf. décision 08-D-12).

Dans l'**arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009**, la cour a confirmé l'application du droit communautaire, les trois conditions de l'affectation du commerce intracommunautaire 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 les deux premiers points, elle a retenu que la pratique en cause qui consistait en l'insertion dans les contrats de distribution sélective d'une clause revenant à interdire aux membres du réseau de vendre les produits du laboratoire Pierre Fabre sur Internet était « *par sa nature même, susceptible d'affecter le courant des échanges intracommunautaires* » puisqu'elle revenait à interdire aux plus de 23 000 points de vente répartis sur le territoire français, membres du réseau, de répondre à des commandes émanant de consommateurs d'autres pays membres et ainsi, à cloisonner le marché au seul territoire français en entravant le développement direct d'échanges intracommunautaires auxquels Internet offre l'opportunité d'un développement. Sur le troisième point, elle a relevé que le chiffre d'affaires de Pierre Fabre en 2007 dans la communauté avec les produits concernés par la clause litigieuse excédait largement le seuil de 40 millions prévu par le point 53 des lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07) (cf. décision 08-D-25).

La cour a confirmé également l'application du droit communautaire dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**⁹⁵. Dans cette affaire, le Conseil avait sanctionné des compagnies pétrolières (Chevron, Shell, Esso et Total) qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion. La question de l'applicabilité du droit communautaire était cruciale, car en dépendait la validité des preuves rassemblées, le Conseil s'étant fondé sur l'article 22-1° du règlement CE n° 1/2003 pour demander à l'autorité de concurrence britannique – l'Office of Fair Trading (OFT) – de faire exécuter, pour son compte, au Royaume-Uni des mesures d'enquête dans les sièges sociaux de trois des entreprises mises en cause⁹⁶. Pour contester l'application du droit communautaire, et faire écarter, par conséquent, les preuves de l'entente obtenues grâce à l'assistance fournie par l'autorité britannique sur le fondement du règlement communautaire, les compagnies pétrolières soutenaient en substance que, les pratiques concernant exclusivement un marché local et insulaire – celui de la fourniture de carburéacteur à Air France sur l'escale de Saint-Denis de

95. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

96. L'article 22-1° du règlement 1/2003 permet à une autorité de concurrence d'un État membre de faire exécuter des mesures d'enquête par l'autorité d'un autre État membre « *afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 et 82 du traité* ».

la Réunion – et le produit concerné provenant de raffineries du Moyen-Orient, de Singapour et d’Australie, le commerce entre États membres n’avait pu en être affecté, *a fortiori* de façon sensible.

La cour, se référant, comme le Conseil, aux lignes directrices de la Commission du 27 avril 2004 relatives à la notion d’affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82⁹⁷, a confirmé que les trois critères cumulatifs précités de l’affectation du commerce intracommunautaire étaient réunis en l’espèce.

L’existence d’échanges entre les États membres portant sur les produits concernés par les pratiques

La cour a précisé que « l’application du critère de l’affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ». Elle a retenu que les pratiques affectaient principalement le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies européennes dans le département français de la Réunion, marché sur lequel les offreurs étaient des multinationales dont les filiales chargées des appels d’offres avaient leur siège dans différents pays de la communauté (en particulier, en France et au Royaume-Uni), qu’en outre, l’achat du carburéacteur était effectué par les filiales de *trading* des compagnies dont trois étaient établies au Royaume-Uni. En outre, deux marchés connexes étaient susceptibles d’être concernés par les échanges intracommunautaires : celui de l’approvisionnement en carburéacteur et celui du transport de passagers, français ou européens, vers ou au départ de la Réunion. Ce dernier marché était, par nature, un lieu d’échanges entre États membres dès lors que les vols entre la Réunion et la métropole ne concernent pas seulement les passagers français, mais des voyageurs issus de toute la Communauté européenne et que le coût du carburant retentit directement sur le prix des billets d’avion.

L’affectation des échanges entre les États membres par les pratiques

La cour a rappelé que des pratiques d’ententes sont soumises au droit communautaire même lorsqu’elles produisent leurs effets sur le territoire d’un seul État membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d’avoir éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d’échange entre États membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l’interpénétration économique voulue par le traité. Dans la mesure où l’affectation peut n’être que potentielle, son appréciation peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, comme la nature de l’accord ou de la pratique en cause, la nature des produits concernés, la position ou l’importance des entreprises. Elle a estimé qu’en l’espèce, les pratiques

97. Ces lignes directrices constituent un résumé de la jurisprudence des juridictions communautaires et de la pratique décisionnelle de la Commission en la matière. Elles n’ont pas de valeur normative mais constituent un guide d’analyse pour les autorités de concurrence nationales.

étaient susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature (elles impactaient nécessairement le prix du billet d'avion supporté par le consommateur européen) et à la position des entreprises en cause (les compagnies mises en cause appartenaient à des groupes internationaux ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans différents États membres ; Air France, victime des pratiques, attirait, de son côté, des ressortissants de divers pays de la communauté sur sa destination de la Réunion et avait donc une activité transcommunautaire au moins potentiellement affectée).

Le caractère sensible de l'affectation des échanges entre les États membres

La cour a adopté une conception large de la notion de caractère sensible et a considéré que même si, en raison de la nature locale de l'accord en cause, la présomption d'affectation sensible, prévue au point 53 des lignes directrices quand le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises en cause avec les produits concernés par l'accord est supérieur à 40 millions d'euros, ne s'appliquait pas, il y avait affectation sensible dès lors que le commerce intracommunautaire était affecté d'une manière significative par les accords et pratiques en cause, *« compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause »*. Elle a précisé que *« le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; qu'ainsi l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause »*. La cour a estimé qu'en l'espèce, le critère de l'affectation sensible était rempli au regard de la position favorable des entreprises (filiales « aviation » de grands groupes pétroliers) et de la nature des prestations fournies (cf. décision 08-D-30).

Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'**arrêt Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a partiellement censuré la décision de sanction prise par le Conseil à l'encontre de cinq entreprises qui s'étaient entendues à l'occasion de la passation d'appels d'offres lancés par le Service technique de la navigation aérienne (STNA) pour la construction d'installations de navigation aérienne. Une société a obtenu l'annulation de la décision à son égard pour un motif tenant à une imputation erronée des pratiques. L'une des entreprises responsables des pratiques avait été dissoute par absorption quelques jours avant la séance et la société absorbante était une holding présentant un chiffre d'affaires négatif au titre de l'année correspondant au dernier exercice clos qui devait être pris en compte en application de l'article L. 464-2 dans sa rédaction antérieure à la loi NRE applicable en l'espèce. Afin que l'intéressée n'échappe pas artificiellement à toute sanction pécuniaire, le Conseil avait tenu compte des chiffres d'affaires cumulés des deux entreprises. La cour a rappelé que

lorsque la personne qui exploitait l'entreprise à l'origine des pratiques 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. En conséquence, seule la société absorbante devait, en l'espèce, répondre des pratiques reprochées et seul le chiffre d'affaires réalisé par celle-ci au titre de l'année de référence en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi NRE devait constituer l'assiette de la sanction. Ce chiffre d'affaires étant négatif, aucune sanction ne pouvait donc être prononcée à l'encontre de la société absorbante (*cf.* décision 07-D-47).

Voir aussi même arrêt : sur le principe de la contradiction et les droits de la défense/éléments servant à la détermination de la sanction et sur le chiffre d'affaires à prendre en considération.

Dans l'arrêt de rejet **Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir considéré que la ville de Lyon, personne morale de droit public, assurait la continuité juridique de sa régie des pompes funèbres, auteur des pratiques, qui avait disparu (*cf.* décision 08-D-09).

Dans l'arrêt **Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**⁹⁸, la cour a confirmé l'imputabilité, à la maison mère, du comportement d'un établissement secondaire qui dépendait des organes centraux pour la définition de sa stratégie commerciale, industrielle, technique et financière, qui était de surcroît dépourvu de la personnalité morale et ne pouvait donc être considéré comme une entreprise distincte (*cf.* décision 08-D-33).

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

Ententes horizontales lors d'appels à la concurrence

Marchés publics

Répartition de marchés

Dans l'arrêt **Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**⁹⁹, la cour a confirmé la sanction prononcée à l'encontre de la requérante, société de transport de voyageurs, dont la participation à une entente lors d'appels d'offres passés par la ville d'Annecy et le conseil général de Haute-Savoie avait été établie. La cour a estimé que le Conseil avait, à juste raison, relevé la particulière gravité des pratiques : les ententes « *qui faussent, voire suppriment, la concurrence dans l'attribution de marchés publics de transport particulièrement sensibles aux évolutions techniques et économiques, témoignent d'une forte résistance à la volonté des collectivités locales de faire jouer la concurrence pour obtenir un service de transport [...]* »

98. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

99. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

au meilleur prix». De tels agissements, qui sont de nature à tromper les organismes publics quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence à l'occasion d'appels d'offres «*sont intrinsèquement graves, notamment au regard du risque de banalisation et d'entraînement qui peut en résulter*» (cf. décision 08-D-33).

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**¹⁰⁰, la cour, statuant sur renvoi après cassation, a confirmé la participation de la requérante aux pratiques reprochées et confirmé les sanctions précédemment prononcées. Elle a jugé que les pratiques d'entente commises à l'occasion de marchés publics passés dans le département du Var, concernant des travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement, et qui s'étaient traduites par l'établissement d'offres de couverture à la suite des concertations antérieures au dépôt des offres étaient «*d'autant plus graves qu'elle [avaient] faussé la recherche du juste prix dans la passation des marchés publics de travaux d'équipements collectifs représentant un coût important pour les collectivités territoriales*» (cf. décision 96-D-65).

Refus concerté de soumissionner lors d'un appel d'offres

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par des CHU, mettant ainsi en échec la nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit tant au niveau du prix que du service rendu, et visant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a estimé que le Conseil avait prononcé des sanctions «*relativement modérées, proportionnées à une pratique plus grave par son objet que par ses effets*». Elle a estimé que le Conseil avait exactement apprécié la gravité des faits, retenant que les pratiques d'entente horizontale entre soumissionnaires dans le cadre d'un marché public figurent, «*par nature, au rang des plus graves*» et qu'en l'espèce, elles étaient le fait de sociétés appartenant à des groupes de dimension internationale.

Elle a écarté l'argumentation relative à la faible durée des pratiques, observant que la notion de durée des pratiques était «*dépourvue de sens*» dès lors que celles-ci s'étaient réalisées en une seule séquence de temps par le refus concerté de répondre à l'appel d'offres. Elle a approuvé le Conseil d'avoir retenu, à la décharge des fabricants mis en cause, que d'autres facteurs que le refus concerté, notamment la réticence marquée des cardiologues, avaient concouru à dissuader les CHU de renouveler leur tentative d'achat groupé (cf. décision 07-D-49).

Autres

Ententes horizontales sur les prix

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**¹⁰¹, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de

100. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

101. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé les sanctions prononcées contre les quatre sociétés requérantes. Elle a repris à son compte l'appréciation du Conseil quant à la gravité des faits, rappelant que «[...] *les ententes ou actions concertées ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la libre fixation des prix par le libre jeu du marché sont de celles qui sont estimées injustifiables par l'OCDE dans sa recommandation du 25 mars 1998, qu'elles portent une atteinte grave au fonctionnement du marché et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs, peu important à cet égard que certains parmi les clients victimes des pratiques disposent d'un fort pouvoir de marché*». La cour a retenu, en outre, que les pratiques impliquaient sept entreprises parmi les plus notables du secteur (cf. décision 07-D-48).

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹⁰², la cour a confirmé la décision prise par le Conseil en ce qu'elle avait caractérisé la participation de six fabricants de contreplaqué à des pratiques ayant consisté, au sein d'une organisation professionnelle, à mettre en place une grille tarifaire commune de leurs produits et à coordonner, pendant plusieurs années, leurs hausses tarifaires. Elle a toutefois réduit les sanctions prononcées à l'encontre de trois d'entre eux de manière substantielle.

Ce n'est toutefois pas sur la gravité des pratiques que les divergences de la cour se sont exprimées. Les juges du recours ont, en effet, approuvé l'appréciation portée par le Conseil sur la gravité des pratiques. Ils ont ainsi écarté l'argumentation des entreprises selon laquelle le Conseil avait artificiellement réduit le marché en cause pour faire ressortir la gravité des comportements des entreprises détenant une part élevée sur ce marché. La cour, observant que les parties avaient, au contraire, devant le Conseil, défendu une délimitation étroite du marché, a estimé que s'il était indéniable que les entreprises subissaient la concurrence de produits substituables en provenance notamment de Chine, il n'y avait «*néanmoins aucune raison de se placer dans un autre cadre que celui de la commission des faits pour apprécier leurs effets*». Elle a donc repris à son compte la circonstance de gravité retenue par le Conseil résultant de ce que les entreprises en cause détenaient ensemble environ 60 % du marché national du contreplaqué exotique, notamment à base d'okoumé, évalué à environ 175 millions d'euros (cf. décision 08-D-12).

Ententes de répartition

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁰³, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de quatre compagnies pétrolières qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburacteur à la Réunion. Les compagnies s'étaient concertées pour obtenir une répartition du marché et garantir

102. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

103. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

leur part de marché respective : en limitant conjointement les volumes offerts, elles avaient contraint Air France à ne pouvoir faire autrement, pour couvrir ses besoins en carburant, que d'accepter leurs offres sans pouvoir en rejeter aucune, ni négocier les prix. La cour a confirmé l'analyse du Conseil sur la gravité des pratiques : *« La gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence. Il en résulte que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables ; qu'il en est ainsi notamment dans le cas d'ententes ou actions concertées qui empêchant de garantir la sincérité des appels d'offres, mécanismes pourtant mis en œuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, parce que ces comportements altèrent l'indépendance des offres et éliminent la concurrence par les prix. »* La cour a estimé que si la durée de la pratique était un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction, la durée pertinente n'était toutefois pas la durée du déroulement de l'appel d'offres lui-même mais la durée de son exécution pendant laquelle étaient ressentis les effets sur le marché (cf. décision 08-D-30).

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**¹⁰⁴, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé les sanctions prononcées contre les quatre sociétés requérantes en rappelant la gravité *« par nature »* des devis de complaisance en ce que cette pratique *« a pour objet et peut avoir pour effet de faire échec au processus de mise en concurrence des entreprises pour la réalisation d'une prestation, pourtant mise en œuvre en application d'une réglementation ou d'une procédure spécialement destinée à promouvoir le jeu concurrentiel »* (cf. décision 07-D-48).

Echanges d'informations sur un marché oligopolistique

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**¹⁰⁵ après cassation partielle¹⁰⁶, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil en 2005 à l'encontre des trois opérateurs (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) qui avaient mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements

104. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

105. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

106. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), la Cour de cassation avait cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom).

et les résiliations. La cour a estimé que le Conseil avait fait une juste évaluation de la gravité des pratiques en retenant à la fois qu'il s'agissait d'une entente horizontale, appartenant donc aux restrictions de concurrence les plus graves, qui s'était étalée sur sept ans tout en relevant qu'elle n'atteignait toutefois pas la gravité d'une entente expresse sur les prix ou de répartition de marchés, ni même celle d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public avant la remise des offres (cf. décision 05-D-65).

Ententes verticales sur les prix

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹⁰⁷, la cour a confirmé, à l'exception d'une seule, les sanctions prononcées par le Conseil contre des fournisseurs et des distributeurs de jouets. La cour a rappelé que « *les ententes verticales sur les prix, constitutives de "restrictions caractérisées au sens du règlement européen n° 2790 du 27 décembre 1999 éclairé par les lignes directrices de la Commission, même si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles ; que les effets de telles pratiques, avantageuses pour les fournisseurs comme pour les distributeurs, tendent en effet à éliminer la concurrence intramarque, laquelle mérite d'autant plus d'être préservée que les consommateurs sont attachés aux marques, même si la concurrence intermarque demeure* ». Elle a relevé qu'en l'espèce, la gravité des pratiques avait été encore accentuée par l'implication de distributeurs qui cultivaient auprès du public la réputation d'appliquer les prix les bas possibles, comme Carrefour, qui avait « *utilisé, à leur insu, les consommateurs comme agents anticoncurrentiels* » ou qui, comme EPSE JouéClub, premier réseau de distribution spécialisé du jouet en France, avait érigé en « *code de déontologie* » l'absence de concurrence sur les prix. Du côté des fabricants, les ententes verticales sur les prix étaient, par ailleurs, le fait de groupes d'envergure nationale tenant une forte position sur le marché. La cour a écarté l'argumentation selon laquelle la législation sur la revente à perte aurait été un facteur d'atténuation de la gravité des pratiques : non seulement la législation sur la revente à perte ne justifiait pas les pratiques, mais elle n'en avait été, « *par le détournement de son objet, que l'instrument* ». En effet, le seuil de revente à perte avait été déterminé de telle sorte qu'il soit identique pour tous les distributeurs, même ceux qui, bénéficiant de conditions commerciales différentes, ne se trouvaient pas dans l'obligation juridique ou la nécessité économique d'appliquer les mêmes prix (cf. décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**¹⁰⁸ rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de fabricants de produits électronique grand public qui avaient mis en place des prix de détail minimaux imposés auprès de leurs distributeurs. La cour a estimé que le Conseil avait retenu à juste titre la gravité de ces ententes : « *Les ententes verticales sur les prix, constitutives de "restrictions caractérisées au sens du règlement euro-*

107. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

108. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

péen n° 2790 du 27 décembre 1999 éclairé par les lignes directrices de la Commission, même si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves. » La cour a rappelé que « [...] par principe, une entente constituée en vue de mettre en place un système de prix imposés sur un marché revêtait une particulière gravité [...] » et que « ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par de grands groupes d'envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles d'être regardés comme la norme par les agents économiques du secteur » (cf. décision 05-D-66).

Abus de position dominante : usage abusif d'un atout concurrentiel résultant d'un monopole passé (secteur des pompes funèbres)

Dans l'arrêt **Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a confirmé dans son intégralité la décision de sanction prise contre la ville de Lyon en raison des comportements de sa régie municipale des pompes funèbres¹⁰⁹. Celle-ci avait abusé de sa position dominante en mettant en place une information, un accueil des familles et une organisation des locaux susceptibles d'engendrer une confusion entre son activité de gestionnaire de la chambre funéraire et son activité d'opérateur d'obsèques à Lyon et dans l'agglomération lyonnaise, en s'attribuant ainsi un avantage concurrentiel indu sur les autres opérateurs de pompes funèbres. La cour a retenu que les faits, intervenus après la fin du monopole des pompes funèbres et témoignant de la résistance de la régie municipale à intégrer dans son comportement l'ouverture du service des pompes funèbres à la concurrence prévue par la loi du 8 janvier 1993, revêtaient une gravité certaine dès lors que, comme l'avait retenu le Conseil, la pratique était « *le fait d'une collectivité publique qui avait en charge le service administratif funéraire municipal et exploitait en même temps le service public à caractère industriel et commercial des pompes funèbres* ». Disposant de ce fait d'une position historique prédominante existant avant la fin du monopole des pompes funèbres et maintenue après la disparition de ce monopole, « *elle devait être attentive aux modalités de gestion de la chambre funéraire dont elle connaissait l'importance sur le marché de l'organisation des obsèques* ». De plus, la régie qui « *disposait de la seule chambre funéraire existant à Lyon, situation qui lui procurait une force d'attraction avec laquelle les entreprises concurrentes pouvaient difficilement rivaliser* », avait abusé de cette position pendant six ans, « *cette pratique ayant eu d'autant plus d'influence sur le choix des familles des défunts qu'elles se trouvent, pour la plupart, au moment où elles accordent leur confiance à un opérateur, dans un état de dépendance créé par le deuil et par la nécessité d'organiser rapidement les funérailles* ». La cour a encore relevé que la pratique ayant débuté près de quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi d'ouverture du secteur à la concurrence, la régie avait disposé d'un délai suffisant pour adapter son comportement à la nouvelle législation et que, de surcroît, du fait de sa position historique, elle connaissait l'importance de la gestion de la chambre funéraire sur le marché de l'organisation des obsèques (cf. décision 08-D-09).

¹⁰⁹. La ville de Lyon a été sanctionnée à raison des agissements de la régie.

Sur le dommage à l'économie

La cour a rappelé à plusieurs reprises que :

- « *le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie* » (arrêts **Bouygues Télécom du 11 mars 2009**¹¹⁰, **Ela Médical du 8 avril 2009**, **Philips France du 29 avril 2009**¹¹¹, **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹¹²) ou « *que du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché* » (arrêt **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹¹³);
- le dommage causé à l'économie « *ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques* » (arrêts **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹¹⁴, **Philips France du 29 avril 2009**¹¹⁵) ou que « [...] *il ne se réduit pas au préjudice éventuellement subi par le donneur d'ordre [...], mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence par les pratiques en cause [...]* » (arrêts **Ela Médical du 8 avril 2009**, **Philips France du 29 avril 2009**¹¹⁶, **Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**¹¹⁷, **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹¹⁸);
- « *l'article L. 464-2 [...] exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier; [que] cette appréciation peut être globale dans la mesure où elle ne constitue qu'une référence à laquelle doit être rapportée chaque sanction individualisée en tenant compte de la situation propre à chaque entreprise* » (arrêt **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹¹⁹) ou « *qu'il n'est pas nécessaire que le dommage à l'économie soit chiffré avec précision dès lors que les éléments permettant d'en mesurer l'importance sont suffisants* » (arrêts **Bouygues Télécom du 11 mars 2009**¹²⁰, **Ela Médical du 8 avril 2009**, **Philips France du 29 avril 2009**¹²¹) ou que « *le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif "importance de ce dommage utilisé par le législateur"* » (**Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹²²);

110. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

111. Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre contre cet arrêt.

112. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

113. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

114. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

115. Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre contre cet arrêt.

116. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

117. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

118. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

119. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

120. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

121. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

122. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

- « l'article L. 464-2 du Code de commerce [...] n'impose pas de rechercher la part de marché affecté par la pratique en cause, ni de préciser la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées sur ce marché; qu'il exige seulement de déterminer l'ordre de grandeur du dommage à l'économie afin d'en tenir compte dans la fixation proportionnelle de la sanction » (**arrêt Philips France du 29 avril 2009**)¹²³.

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹²⁴, la cour a avalisé l'appréciation du Conseil qui, après une analyse de la dimension et de la structure du marché, avait retenu que l'importance du dommage à l'économie devait être évaluée à partir des deux tiers du chiffre d'affaires annuel réalisé par les fournisseurs en cause les années concernées dans la mesure où les pratiques se situaient sur le marché saisonnier de la fin d'année où interviennent les deux tiers des ventes de jouets, et avait appliqué une réduction à l'ordre de grandeur ainsi obtenu pour tenir compte du fait qu'étaient principalement affectés les jouets de marque figurant dans les catalogues. La cour a encore estimé que le montant du dommage ne se limitait pas au montant des marges arrière anormalement élevées et qu'il n'était pas atténué par les réductions obtenues en caisse par les clients bénéficiaires de cartes de fidélité, non représentatives de la politique tarifaire du distributeur (*cf.* décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**¹²⁵, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé les sanctions prononcées contre les quatre sociétés requérantes, rappelant que « *la fixation d'un prix, même simplement indicatif, affecte nécessairement le jeu de la concurrence puisqu'elle permet à tous les participants à l'entente de prévoir avec une suffisante certitude quelle sera la politique de prix suivie par leurs concurrents* ». Elle a approuvé le Conseil d'avoir toutefois tenu compte, comme éléments atténuant l'importance du dommage causé à l'économie, le caractère accessoire des prestations concernées et le caractère limité des hausses de tarifs effectivement opérées par les parties à l'entente. Elle a également approuvé la prise en compte de la durée pendant laquelle les prix avaient échappé au jeu normal de la concurrence, mais a estimé que cette durée ne pouvait inclure l'une des années retenues par le Conseil, faute d'informations sur les prix pratiqués au cours de cette période. Cette divergence d'appréciation n'a toutefois pas entraîné une réduction des sanctions dans la mesure où il était acquis que le dommage à l'économie était resté limité. La cour a précisé que le dommage à l'économie lié à l'établissement de devis de complaisance résultait, non seulement de ce que ces devis aboutissaient à une répartition du marché, mais

123. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

124. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

125. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

encore de ce qu'ils provoquaient une hausse artificielle des prix qui n'étaient plus établis par référence à la réalité des coûts (*cf.* décision 07-D-48).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**¹²⁶ après cassation partielle¹²⁷, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil en 2005 à l'encontre des trois opérateurs (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) qui avaient mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations. La cour a approuvé l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie à laquelle avait procédé le Conseil relevant notamment l'importance de la taille du marché affecté et le fait que la totalité des opérateurs intervenant sur ce marché avaient participé à l'échange (*cf.* décision 05-D-65).

Dans l'**arrêt de rejet Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a retenu que même si le dossier ne comportait pas d'éléments sur les prix comparés des prestations funéraires permettant de mesurer le surcoût pour le client lié à la mise en œuvre des pratiques d'abus de position dominante imputables à la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Lyon et même si celles-ci n'avaient pas permis à la régie d'augmenter sa part de marché, l'importance du dommage était toutefois liée à la taille des marchés affectés et devait être aussi considérée au regard de la malheureuse valeur d'exemple donnée par la ville de Lyon, collectivité publique, qui aurait dû clairement distinguer ses différentes activités. La cour a relevé que les pratiques avaient été commises sur un marché « *historiquement réglementé et protégé, dont l'ouverture à la concurrence peut être facilement restreinte par l'opérateur dominant* » et souligné la faiblesse de la tension concurrentielle dans le domaine concerné (*cf.* décision 08-D-09).

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, mandaté par d'autres CHU, mettant ainsi en échec la nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit, tant au niveau du prix que du service rendu, et visant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a estimé que le Conseil avait exactement apprécié l'importance du dommage à l'économie en prononçant des sanctions « *relativement modérées, proportionnées à une pratique plus grave par son objet que par ses effets* ». La cour a estimé que l'entrave portée au libre jeu de la concurrence par les pratiques en cause était caractérisée, en l'espèce, par le désordre résultant du refus concerté de toutes les entreprises intéressées de répondre à un appel d'offres. Elle a estimé que si le prix des défibrillateurs avait continuellement baissé en France depuis l'échec de l'appel d'offres et figurait parmi les plus bas d'Europe,

126. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

127. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom, précité), la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom, précité).

et si la concurrence était demeurée active entre les entreprises en cause dans les appels d'offres organisés par la suite, « *la logique conduit néanmoins à penser que le regroupement des achats aurait abouti à une baisse plus importante que celle observée, permettant ainsi une économie que la pratique a fait manquer* » (cf. décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**¹²⁸ rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de fabricants de produits électroniques grand public qui avaient mis en place des prix de détail minimaux imposés auprès de leurs distributeurs. La cour a estimé que le Conseil avait exactement relevé que, compte tenu de la position des entreprises en cause sur le marché, les pratiques tendant à imposer un prix minimal n'avaient pas seulement pour effet de réduire la concurrence intramarque, mais aussi d'affaiblir la concurrence intermarque dans la mesure où elles facilitaient les comparaisons de prix entre concurrents. Elle a retenu aussi que le fait que le marché ait été un marché concurrentiel dynamique (offre atomisée, absence de barrières à l'entrée, faible concentration de la distribution) sur lequel les prix étaient à la baisse, ne conduisait pas pour autant à conclure que le dommage à l'économie avait été négligeable : la cour a estimé, en effet, que les prix auraient connu une baisse plus marquée si les fabricants n'avaient pas déployé leurs efforts pour les maintenir à un certain niveau (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**¹²⁹, la cour, statuant après cassation, a confirmé les sanctions prononcées. Elle a rappelé que « *le dommage causé à l'économie résulte du fait que l'entente entre entreprises soumissionnaires au même marché avait pour objet ou a eu pour effet de faire échec au déroulement normal des procédures d'appel d'offres, soit en faisant attribuer le marché à l'une d'entre elles artificiellement moins-disante, soit en contraignant le maître de l'ouvrage à déclarer l'appel d'offres infructueux, source de retard dans l'exécution des travaux* » (cf. décision 96-D-65).

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹³⁰, la cour, tout en confirmant la décision prise par le Conseil en ce qu'elle avait caractérisé la participation de six fabricants de contreplaqué à des pratiques ayant consisté, au sein d'une organisation professionnelle, à mettre en place une grille tarifaire commune de leurs produits et à coordonner, pendant plusieurs années, leurs hausses tarifaires. Elle a toutefois réduit les sanctions prononcées à l'encontre de trois d'entre eux de manière substantielle. Comme le Conseil, la cour a retenu que les hausses tarifaires concertées et les structures tarifaires définies en commun avaient entraîné une hausse des prix plus importante que celle correspondant seulement à l'augmentation réelle des coûts de production, et ce même en tenant compte des remises ou des prix inférieurs qui avaient pu être consentis par les fabricants au terme de négociations avec leurs clients : l'entente avait « *nécessairement tiré les prix vers le haut* ». Elle a également approuvé le Conseil d'avoir estimé que la structure tari-

128. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

129. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

130. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

faire, « même si son impact propre était difficile à mesurer de manière isolée », avait « renforcé le dommage à l'économie résultant de la concertation sur les hausses tarifaires, du fait de la rigidité en découlant [...] ». Pour la cour, le dommage causé à l'économie était établi et constitué « notamment par la perte de surplus économique subie par les entreprises concurrentes, les entreprises clientes et le consommateur final », mais qu'il est plus large « en ce que les clients, soit ont supporté cette hausse artificielle, par exemple lorsque les caractéristiques de l'okoumé leur étaient indispensables, soit se sont reportés sur d'autres produits, entraînant baisse des ventes et perte de marchés, pénalisantes à long terme pour cette industrie [...] ». La cour a encore retenu que le contreplaqué était un matériau très utilisé dans de nombreux secteurs clés de l'économie. Au final, elle a estimé que c'était à bon droit que le Conseil, « qui n'était pas tenu de quantifier plus précisément l'impact des pratiques » avait relevé, pour évaluer leur gravité et l'importance du dommage causé à l'économie, la nature même de l'entente horizontale entre concurrents sur un marché, la durée des pratiques sur une dizaine d'années, et l'importance des ventes (en volume et en valeur) en France du produit concerné. Enfin, la cour a estimé que n'étaient pas de nature à remettre en cause l'analyse du Conseil les divers éléments, pourtant indéniables, invoqués par les parties pour atténuer l'impact des pratiques, s'agissant de leur dépendance vis-à-vis du principal producteur gabonais pour l'approvisionnement en okoumé, de la pression de leurs clients et de la persistance d'une réelle concurrence dans le secteur (cf. décision 08-D-12).

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**¹³¹, la cour a confirmé la sanction prononcée à l'encontre de la requérante, société de transport de voyageurs, dont la participation à une entente lors d'appels d'offres passés par la ville d'Annecy et le conseil général de Haute-Savoie avait été établie. La cour a relevé qu'il n'y avait pas lieu de préciser l'importance de chacun des lots concernés par les marchés publics puisqu'il était établi que la concertation avait porté sur la répartition de l'ensemble de ces lots. Elle a approuvé le Conseil d'avoir considéré qu'« une concurrence faussée par des ententes de répartition de marchés, des offres de couverture et des échanges d'informations sur les prix proposés entraîne nécessairement une pression moindre sur les entreprises pour qu'elles fassent des efforts de prix » (cf. décision 08-D-33).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹³², la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de quatre compagnies pétrolières qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur à la Réunion. Les compagnies s'étaient concertées pour obtenir une répartition du marché et garantir leur part de marché respective : en limitant conjointement les volumes offerts, elles avaient contraint Air France à ne pouvoir faire autrement, pour couvrir ses besoins en carburant, que d'accepter leurs offres sans pouvoir en rejeter aucune, ni négocier les prix. La cour a confirmé l'analyse du Conseil sur l'importance du dommage causé

131. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

132. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

à l'économie. Elle a rappelé notamment que « *les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs* ». Elle a confirmé que le dommage était important en reprenant à son compte les circonstances de fait retenues par le Conseil : les compagnies pétrolières en cause appartenaient aux groupes mondiaux qui étaient les cinq majors du secteur ; elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en œuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché ; sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes bénéficiaient d'une faible sensibilité de la demande au prix du kérosène, qui constituait une dépense inévitable pour assurer leur activité ; au surplus, la demande émanait d'une clientèle captive, Air France et les autres compagnies aériennes ne pouvant pas s'approvisionner, sur l'escale de la Réunion, qu'auprès des compagnies pétrolières en cause ; enfin, le consommateur était directement affecté par les pratiques dans la mesure où le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix du billet d'avion (cf. décision 08-D-30).

Sur la situation des entreprises

Réitération

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹³³, la cour a retenu la circonstance de réitération à l'égard de la société Carrefour à raison de pratiques similaires d'ententes verticales sur les prix, précédemment sanctionnées dans une affaire relative à des calculatrices à usage scolaire ayant donné lieu à une décision 03-D-45 (cf. décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹³⁴, la cour a confirmé la circonstance de réitération à l'égard de la société Total Réunion, en considérant que le fait que la structure du marché et les parts de marché de l'intéressée avaient évolué entre les deux épisodes infractionnels pris en compte ne pouvait conduire à considérer que les pratiques étaient différentes par leur objet ou leur effet anticoncurrentiel (cf. décision 08-D-30).

Dans l'**arrêt de rejet Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a jugé que la requérante n'était pas fondée à soutenir que la non-réitération de la pratique constituait une circonstance justifiant une atténuation de la sanction (cf. décision 08-D-09).

Puissance d'achat des distributeurs invoquée par des fournisseurs

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹³⁵, la cour a écarté l'argumentation de fournisseurs qui invoquaient, comme circonstance atténuante, la puissance d'achat des distributeurs aux pressions desquels ils n'auraient pu résister. La cour a retenu que les intéressés, comptant parmi les acteurs importants du jouet

133. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

134. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

135. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

en France, ne démontraient pas que la puissance d'achat des distributeurs les avait mis dans l'impossibilité de s'opposer aux modalités de rémunération décidées par ces derniers, « *ne serait-ce qu'en dénonçant ces pratiques aux autorités compétentes* » (cf. décision 07-D-50).

Difficultés économiques

Dans le même **arrêt EPSE JouéClub**, la cour a estimé que la circonstance qu'une entreprise a dû mettre en œuvre plusieurs plans sociaux et réduire ses effectifs dans une proportion importante ne suffisait pas à justifier la réduction de la sanction prononcée à son encontre par le Conseil (cf. décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹³⁶, la cour a réduit de façon substantielle les sanctions prononcées à l'encontre de trois entreprises en raison notamment de l'apparition ou de l'aggravation de difficultés financières postérieurement à la décision du Conseil : l'une avait été mise en liquidation judiciaire, une autre avait fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs, la troisième présentait un lourd endettement contracté pour assurer le maintien de l'activité « *dans un secteur sinistré* » et diversifier la production. À son égard, la cour a pris en considération le risque que la sanction prononcée par le Conseil ne remette en cause les financements obtenus et les graves répercussions sur l'activité de l'intéressée, fabricant de contreplaqué, de la tempête qui avait touché la forêt landaise. La cour a retenu, en outre, pour l'une des entreprises que ses relations contractuelles avec d'autres fabricants avaient pu contribuer à réduire sa responsabilité dans la mise en œuvre des hausses concertées¹³⁷ (cf. décision 08-D-12).

Responsabilité personnelle d'un dirigeant

Dans le même **arrêt Établissements Mathé**, la cour a jugé qu'il n'y avait lieu de prendre en compte pour exclure ou atténuer la responsabilité d'une société, celle d'un de ses anciens dirigeants, prétendument sous le coup d'une procédure pénale : « *La responsabilité des pratiques est imputable à la personne morale, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération des éléments tenant à la personne de ses dirigeants* » (cf. décision 08-D-12).

Responsabilité d'un établissement secondaire

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**¹³⁸, la cour a jugé que ne constituait pas une circonstance devant conduire à une réduction du montant de la sanction le fait que la société sanctionnée répondait de pratiques mises en œuvre par son établissement secondaire, relevant que cette situation ressortissait à l'organisation interne du groupe, librement fixée par ses dirigeants (cf. décision 08-D-33).

136. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

137. Deux des entreprises qui ont vu leur sanction réduite avaient précédemment obtenu une mesure de sursis à l'exécution de la décision du Conseil (article L. 464-8 du Code de commerce) en considération des difficultés financières qu'elles invoquaient.

138. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Prise en compte de la part de marché et du chiffre d'affaires d'une entreprise

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹³⁹, la cour a écarté l'argumentation d'une société qui reprochait au Conseil de lui avoir appliqué une « *proportionnalité au carré* » en déterminant sa sanction à partir à la fois de sa part de marché et de son chiffre d'affaires : la cour a relevé que le Conseil avait tenu compte de la part de marché comme élément d'appréciation du dommage à l'économie et non comme facteur multiplicateur de la sanction (*cf.* décision 07-D-50).

Sur l'individualisation et la motivation de la sanction

Une sanction unique peut être appliquée à raison de plusieurs types de pratiques

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹⁴⁰, la cour a jugé que le Conseil peut prononcer à l'encontre d'une même société une sanction unique à raison de différents types d'ententes à laquelle cette société a participé (*cf.* décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**¹⁴¹ après cassation partielle¹⁴², la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre des opérateurs de téléphonie mobile, Orange France, SFR et Bouygues Télécom, qui avaient mis en œuvre deux types d'entente : un accord de gel de parts de marché et des échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations. La cour a observé que si le dispositif de la décision du Conseil mentionnait seulement un montant global de sanction pour chacune des sociétés sanctionnées, le Conseil avait bien distingué dans ses motifs le montant de sanction se rapportant à chacune des deux pratiques reprochées aux opérateurs, de sorte que, contrairement à ce qui était soutenu, lors du deuxième examen du recours sur renvoi après cassation, ne devaient être réexaminées que les sanctions prononcées au titre des échanges d'informations, grief sur lequel avait porté la censure de la Cour de cassation (*cf.* décision 05-D-65).

L'appréciation de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie sur des marchés connexes

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁴³, la cour a jugé que la gravité des pratiques et l'importance du dommage causé à l'économie pouvaient être appréciées, non seulement sur le marché principalement affecté (en l'occurrence, la vente de carburacteur dans le département français de la Réunion), mais également sur les deux marchés connexes indirectement impactés (ceux de

139. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

140. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

141. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

142. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), la Cour de cassation avait cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom).

143. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

l'approvisionnement et du transport de passagers français ou européens vers ou au départ de la Réunion); (cf. décision 08-D-30).

Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure

Dans l'arrêt **Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**¹⁴⁴, la cour a rappelé que le temps écoulé entre la commission des faits et le prononcé de la sanction n'entre pas dans les éléments d'appréciation de la sanction (en ce sens, CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort; cf. décision 96-D-65; et aussi en ce sens, CA Paris, 25 mars 2008, Cemex Béton Sud-Est; CA Paris, 24 juin 2008, France Travaux; CA Paris, 7 mars 2006, Inéo; CA Paris, 15 juin 1999, Solatrag; CA Paris, 30 janvier 2007, Le Foll; CA Paris, 26 juin 2007, Guerlain).

Sur l'incidence du rôle joué par la victime de pratiques anticoncurrentielles

Dans l'arrêt **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁴⁵, la cour a jugé que l'attitude d'Air France, victime des pratiques d'entente mises en œuvre par des compagnies pétrolières à l'occasion d'un appel d'offres organisé pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'aéroport de la Réunion, ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire. Elle a estimé qu'en admettant qu'Air France soit à l'origine de « fuites » d'informations qui auraient pu guider la conduite de ses cocontractants, voire les pousser dans l'illicéité, cela ne pourrait constituer un facteur d'atténuation de la sanction que si les entreprises en cause avaient été en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie, ce qui n'était pas le cas puisque Air France était un demandeur captif dont la puissance d'achat, inopérante en soi, devait en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquels appartenaient les entreprises mises en cause (cf. décision 08-D-30).

Sur la situation de crise économique affectant le secteur concerné par les pratiques

Dans l'arrêt **Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹⁴⁶, la cour a exclu, par principe, la circonstance atténuante invoquée par les parties résultant de la situation de crise économique affectant le secteur du contreplaqué en France depuis plusieurs décennies. Elle a estimé que les entreprises étaient mal fondées à reprocher au Conseil de ne pas avoir tenu compte de cette situation, dès lors que les difficultés économiques susceptibles d'être prises en compte pour l'appréciation de la sanction ne sauraient être que des difficultés individuelles affectant la capacité contributive des entreprises. En l'espèce, la cour a tenu compte des difficultés finan-

144. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

145. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

146. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

cières invoquées par trois des entreprises sanctionnées pour réduire les amendes prononcées à leur encontre (*cf. supra* : sur la situation des entreprises/difficultés économiques; décision 08-D-12).

Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération

Dans l'**arrêt Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a partiellement censuré la décision de sanction prise par le Conseil en raison notamment de la détermination erronée du chiffre d'affaires de référence. L'une des entreprises responsables des pratiques avait été dissoute par absorption quelques jours avant la séance et la société absorbante était une holding présentant une situation comptable négative pour des raisons comptables exceptionnelles tenant à la rétrocession de ristournes à ses filiales. Afin d'éviter que l'intéressée n'échappe artificiellement à toute sanction, le Conseil avait à la fois tenu compte des chiffres d'affaires cumulés des deux entreprises et retenu le chiffre d'affaires réalisé par la société absorbante lors de l'avant-dernier exercice clos, alors que l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi NRE) applicable en l'espèce, prescrivait de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice clos. La cour a rappelé que les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans leur version antérieure à la loi NRE applicable en l'espèce, ne souffraient d'aucune exception. En conséquence, seul le chiffre d'affaires réalisé par la société à laquelle la pratique devait être juridiquement imputée devait être pris en compte pour la détermination la sanction encourue et ce chiffre d'affaires ne pouvait être que celui réalisé au cours du dernier exercice clos, conformément aux dispositions applicables en l'espèce (*cf.* décision 07-D-47).

Voir aussi *supra* **même arrêt** : sur le principe de la contradiction et les droits de la défense/éléments servant à la détermination de la sanction et sur l'imputabilité des pratiques.

«[...] *Au regard des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le chiffre d'affaires à prendre en considération pour la fixation du plafond de la sanction est le chiffre d'affaires global, hors taxe, de l'entreprise et non celui de la seule activité concernée par les pratiques incriminées.*» La cour a rappelé cette règle dans l'**arrêt Mathé du 29 septembre 2009**¹⁴⁷ (*cf.* décision 08-D-12) ainsi que dans les **arrêts EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**¹⁴⁸ (*cf.* décision 07-D-50), **Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**¹⁴⁹ (*cf.* décision 07-D-48), **Philips France du 29 avril 2009**¹⁵⁰ (*cf.* décision 05-D-66); et aussi en ce sens, notamment, Cass. com., 23 avril 2003, n° 01-16.124, Interflora; CA Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues; CA Paris, 18 mars 2003, Sté L'Amy; CA Paris, 7 mars 2006, Sté

147. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

148. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

149. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

150. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Inéo ; CA Paris, 26 septembre 2006, Hôtel Le Bristol ; CA Paris, 24 avril 2007, JH Industrie ; CA Paris, 29 mai 2007, SDO ; CA Paris, 19 juin 2007, Philips France. Voir aussi **arrêt Ela Medical du 8 avril 2009** : le chiffre d'affaires de référence n'est pas celui réalisé en France (cf. décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**¹⁵¹, la cour a jugé qu'il résulte de l'article L. 464-2 du Code de commerce qu'aucune distinction ne doit être opérée quant aux branches d'activité de l'entreprise et que l'on ne saurait dès lors restreindre le chiffre d'affaires à prendre en compte à une catégorie de clientèle déterminée (cf. décision 08-D-33).

Sur la comparaison entre les sanctions

Sur la comparaison entre les sanctions prononcées dans une même affaire

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**¹⁵², la cour a rappelé qu'une entreprise n'est pas fondée à se plaindre d'avoir été trop sévèrement sanctionnée par rapport à une autre : « *Les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce commandent de vérifier que la sanction prononcée répond au principe de proportionnalité selon les critères [quelles] énumèrent, sans qu'il y ait lieu de comparer l'application qui en a été faite à d'autres entreprises également sanctionnées* » (cf. décision 07-D-48).

De même, dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 11 mars 2009**¹⁵³, il a été jugé que l'argumentation d'une société selon laquelle elle aurait été plus sévèrement sanctionnée qu'une autre était dépourvue de pertinence « *dans la mesure où une proportionnalité de cette nature ne figure pas parmi les critères d'appréciation de la sanction tels qu'énumérés par l'article L. 462-4 du Code de commerce* » (cf. décision 05-D-65).

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**¹⁵⁴, la cour a rappelé que le Conseil n'est pas tenu de justifier les sanctions qu'il prononce au regard d'une comparaison opérée avec les sanctions infligées aux autres sociétés mises en cause (cf. décision 08-D-33).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁵⁵, la cour a rappelé que la détermination du plafond des sanctions applicables par l'Autorité est soumise au respect des seuls critères fixés par le droit national (en l'occurrence par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce) : « *Une société sanctionnée ne peut exiger que l'application des principes et critères prévus par les textes relatifs à la détermination des sanctions et, en aucun cas, contester sa sanction au motif qu'elle serait discriminatoire par rapport à celle infligée à une autre* » (Cass. com., 23 avril 2003, n° 01-16.124, Interflora ; cf. décision 08-D-30).

151. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

152. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

153. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

154. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

155. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur la comparaison avec des sanctions (ou des taux de réduction) appliquées dans d'autres affaires

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹⁵⁶, la cour a jugé que les taux de réduction de la sanction (en cas de non-contestation de griefs) relevés dans d'autres affaires n'étaient d'aucune utilité pour apprécier les sanctions dans le cas d'espèce : « *Les arguments sur le niveau de la sanction ou le taux de réduction appliqués dans d'autres affaires sont inopérants, la sanction devant être individualisée en fonction des seuls critères légaux* » (cf. décision 08-D-12).

Sur la comparaison avec des sanctions appliquées par la Commission européenne

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁵⁷, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les parties se prévalaient du niveau de sanction, prétendument inférieur, auquel elles auraient été exposées devant la Commission européenne, rappelant que « *la pratique répressive de la Commission européenne n'est pas un des critères énoncés par l'article L. 464-2, I* » et que, dès lors, le Conseil n'avait pas à se justifier quant à ce qu'auraient pu être les sanctions encourues devant la Commission européenne (cf. décision 08-D-30).

Sur la publication

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**¹⁵⁸, la cour a confirmé la mesure de publication ordonnée, qualifiée d'excessive et de préjudiciable par les parties : « *Considérant que la faculté d'imposer une publication de sa décision, donnée au Conseil de la concurrence par le dernier alinéa du § 1 de l'article L. 464-2 du Code de commerce procède du principe fondamental de la publicité des décisions à forme et à contenu juridictionnel; qu'elle ajoute à l'exemplarité de la sanction et participe à l'effectivité du respect des règles de la concurrence; qu'en soi elle n'est pas de nature à porter atteinte au crédit ou à la considération des personnes visées, sauf caractère excessif qui n'existe pas en l'espèce; qu'en effet la publication ordonnée dans la présente affaire [...] était adaptée à son ampleur et à sa nature ainsi qu'à ses circonstances telles qu'elles ont été décrites plus haut, et mentionnait l'existence d'un recours* » (cf. décision 08-D-12).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**¹⁵⁹, la cour a confirmé, dans son principe, la mesure de publication ordonnée par le Conseil au terme de la décision par laquelle avaient été sanctionnées des compagnies pétrolières qui avaient partagé entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur à la Réunion¹⁶⁰.

156. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

157. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

158. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

159. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

160. Cette mesure de publication avait fait l'objet d'une décision de sursis à statuer du magistrat délégué au motif qu'elle contenait des inexactitudes ou des imprécisions et ne répondait pas à l'exigence de clarté requise : cf. *supra* : sur la procédure suivie devant la cour d'appel/sur les pouvoirs du premier président statuant en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce : ordonnance Chevron products company du 4 mars 2009.

La cour a ainsi rappelé que « *la publication que le Conseil peut ordonner en application de l'article L. 464-2, alinéa 5, procède du principe fondamental 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 par le Conseil pour entrer en voie de sanction* ». Dès lors, « *sauf abus, le Conseil est maître de publier sa décision, pour des raisons propres à l'espèce ou relevant plus généralement de sa mission de garantie des mécanismes de la concurrence* ». Elle a estimé que les requérantes ne pouvaient faire la démonstration d'aucun abus en l'occurrence et que l'utilité de la mesure de publication était donc acquise.

La cour a toutefois modifié le contenu du texte à publier¹⁶¹. Elle a ainsi entendu faire en sorte que le texte du résumé fasse clairement apparaître que les pratiques incriminées n'étaient pas celles des groupes auxquelles appartenaient les entreprises, mais celles des entreprises elles-mêmes ainsi que cela ressortait strictement de la décision, estimant qu'il était « *inopportun que la notion de "groupe apparaisse dans l'exposé livré au grand public, alors que les entreprises sanctionnées ont disposé [...] de l'autonomie qui correspondait à leur personnalité juridique et que la notion de groupe n'a été nécessaire [...] que pour déterminer les bases d'évaluation des sanctions [...]* » et que « *la forme sociale exacte de la personne sanctionnée [devait] être respectée, s'agissant d'un document public de nature juridictionnelle* ». Elle a souhaité également que soit précisé « *en termes simples et dénués d'ambiguïté* » ce qui était entendu par le « *différentiel* », c'est-à-dire la composante fixe du prix du kérosène rémunérant l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution), objet de la mise en concurrence, et directement affectée par l'augmentation de prix induite par les pratiques. Enfin, elle a estimé que l'ordre alphabétique devait « *présider, dans un document public de nature juridictionnelle, à la présentation des données individualisées, de sorte d'éviter une quelconque interprétation du lecteur* » (cf. décision 08-D-30).

Jurisprudence de la Cour de cassation

Sur la prescription et la procédure

Sur la prescription

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie
Arrêt de cassation partielle

La cour a confirmé l'absence de prescription des faits dans l'affaire « *du logiciel Drapo* » concernant des ententes – une entente générale de répartition entre trois grands groupes de BTP et de multiples ententes ponctuelles – mises en œuvre en Île-de-France. Plusieurs points sont abordés dans l'arrêt de la cour touchant à la question de la prescription (cf. décision 06-D-07 bis).

¹⁶¹. La cour a donc formellement annulé la mesure de publication et défini un nouveau texte à publier.

L'effet interruptif des actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale

La cour a ainsi confirmé le caractère interruptif de prescription, pour la procédure de concurrence, des actes accomplis dans le cadre de la procédure pénale, ouverte en l'espèce antérieurement à la décision du Conseil de se saisir d'office. La cour a d'abord énoncé que l'article L. 462-7 du Code de commerce définit les actes interruptifs de prescription par référence, non à leur auteur, mais à leur objet et à leur finalité (à savoir, la recherche, la constatation ou la sanction des faits)¹⁶². Elle a ensuite confirmé que, malgré l'absence de disposition expresse prévoyant, en l'état des textes en vigueur à l'époque¹⁶³, que les actes de la procédure pénale interrompent la prescription de l'action devant le Conseil (alors qu'à l'inverse, l'article L. 420-6 prévoit que les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil interrompent la prescription de l'action publique), l'élément matériel du délit pénal prévu par l'article L. 420-6 du Code de commerce – qui réprime le fait, pour une personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles –, étant défini par renvoi aux dispositions de ces articles, 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 le Conseil portant sur les mêmes faits. La cour a également confirmé qu'en raison des liens entre les faits visés dans la procédure pénale et ceux dont le Conseil était saisi (résultant du fait, d'une part, que le Conseil s'est saisi d'office à la suite de l'information judiciaire ouverte du chef de pratiques anticoncurrentielles prévues par les articles L. 420-1 et L. 420-6 et, d'autre part, que les éléments de preuve sur lesquels étaient fondés les griefs résultaient des pièces pénales communiquées par le juge d'instruction sur le fondement de l'article L. 463-5), un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits concernant un des marchés interrompait la prescription à l'égard de l'ensemble des faits dont le Conseil était saisi (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

L'absence d'effet de la prescription de l'action publique sur l'action administrative

La cour a confirmé que le lien étroit existant entre l'action pénale et l'action administrative n'empêchait pas que ces deux actions soient indépendantes l'une de l'autre, de sorte que l'acquisition de la prescription au pénal n'avait pas eu d'incidence sur le cours de la prescription de la procédure suivie devant le Conseil. Par conséquent, l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, constatant

162. *Cf.* en sens contraire, CA Paris, 4 juillet 2006, Unidoc (la cour a jugé que des courriers envoyés par les entreprises au rapporteur en réponse à des demandes écrites que celui-ci leur avait faites pour demander des éléments relatifs à leur situation financière et à leur chiffre d'affaires ne constituaient pas des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction d'éventuelles sanctions) approuvé par la Cour de cassation (Cass. com., 6 novembre 2007, n° 06-17.881, ministre de l'Économie).

163. Avant la modification de l'article L. 462-7 par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 : l'article L. 462-7 alinéa 2 prévoit désormais que « *les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence* ».

la prescription de l'action publique, était sans incidence sur le cours du délai de prescription de l'action administrative : « *Si 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 réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, permet à l'action administrative de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique, cet effet interruptif ne met pas la survie de l'action administrative dans la dépendance de celle de l'action publique et qu'indépendantes, les deux actions suivent leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes; [...] le fait que, par ordonnance de non-lieu [...] le juge d'instruction ait constaté l'acquisition de la prescription de l'action publique [...] est sans incidence sur le cours de la prescription de l'action dont s'est saisi le Conseil* » (cf. décision 06-D-07 bis).

L'effet interruptif du procès-verbal du rapporteur relatant la remise des pièces pénales

La cour a confirmé, par ailleurs, le caractère interruptif de prescription du procès-verbal par lequel le rapporteur avait relaté la remise des pièces du dossier pénal ou officialisé l'intégration des pièces du dossier pénal à la procédure suivie devant le Conseil (cf. décision 06-D-07 bis; voir en ce sens, Cass. com., 15 janvier 2008, n° 07-11.677 e. a., Colas Île-de-France Normandie, pour l'effet interruptif du procès-verbal du rapporteur de réception des pièces de la procédure pénale transmises par le juge d'instruction).

L'étendue de l'effet interruptif

La cour a rappelé l'effet général de l'interruption de la prescription précisant qu'un acte interruptif de prescription concernant certaines entreprises ou certains faits seulement interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises mises en cause et pour l'ensemble des faits dont est saisi le Conseil dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité : « *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 mises en cause [y compris de celles qui n'avaient pas fait l'objet d'actes d'instruction dans le délai de la prescription triennale] et pour l'ensemble des faits dont est saisi le Conseil dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité.* » En l'espèce, les pratiques visées dans les notifications de griefs successives, issues d'une saisine unique, présentaient entre elles des liens étroits en ce qu'elles avaient pour objet commun de faire obstacle à la concurrence sur un ensemble de marchés publics conclus dans le secteur des travaux publics en région Île-de-France (cf. en ce sens, notamment, Cass. com., 10 juillet 2008, n° 07-17.276 e. a., Sephora; décision 06-D-07 bis).

Sur la procédure suivie devant l'Autorité

La mise en œuvre des dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce¹⁶⁴

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie
Arrêt de rejet

Comme elle l'avait fait précédemment dans un arrêt rendu le 15 janvier 2008 (n° 07-11.677 e. a., Colas Île-de-France Normandie) dans une affaire concernant des travaux routiers en Seine-Maritime¹⁶⁵, la cour a confirmé la régularité de la transmission au Conseil des pièces du dossier pénal par les juridictions d'instruction et de jugement sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce.

Elle a jugé que ces dispositions ne sont pas contraires, en elles-mêmes, au principe de l'égalité des armes alors que les parties invoquaient un déséquilibre résultant du fait que seule l'Autorité détient cette faculté de se faire communiquer le dossier pénal et que le rapporteur – qui a accès à l'entier dossier – peut sélectionner les pièces qu'il estime utiles à son instruction sans qu'elles aient un droit équivalent : *« La prérogative permettant au Conseil de demander, pour accomplir sa mission de protection de l'ordre public économique, aux juridictions d'instruction et de jugement la communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, lesquels sont à la suite de la notification des griefs, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, ne constitue pas par elle-même une atteinte au principe de l'égalité des armes. »* La cour a confirmé que même si seul le rapporteur a été admis à consulter lui-même le dossier pénal, ce qu'impose l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction, le principe de l'égalité des armes n'a pas été pour autant méconnu dès lors que les pièces issues de la procédure pénale, sur lesquelles le rapporteur avait fondé les griefs, avaient été inventoriées, cotées, versées au dossier, proposées à la consultation et soumises au contradictoire.

S'agissant, par ailleurs, des conditions de la communication, la cour a jugé que *« c'est à bon droit que l'arrêt retient qu'aucune irrégularité ne saurait résulter de ce que, à la suite de la demande du Conseil, le juge d'instruction a informé le rapporteur qu'il pouvait prendre connaissance du dossier puis lui a transmis les pièces demandées après s'être assuré de leur relation directe avec les faits dont le Conseil est saisi »* (cf. décision 07-D-15).

¹⁶⁴. *« Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi »* (version antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence).

¹⁶⁵. Décision 05-D-69.

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie
Arrêt de cassation partielle

La régularité de la procédure de transmission des pièces du dossier pénal a également été confirmée dans cette autre affaire d'ententes en matière de marchés publics en Île-de-France.

Sur le plan du respect des garanties de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la cour a jugé que le fait que le Conseil ait seul la faculté, prévue par l'article L. 463-5, de demander à une juridiction, « *qui seule peut en décider* », la communication de pièces pénales ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, faculté par laquelle il ne fait que mettre en œuvre la demande du rapporteur investi des pouvoirs d'enquête que lui confère L. 450-1, n'est pas en lui-même contraire aux principes d'égalité des armes et d'impartialité. Elle a précisé, par ailleurs, que les dispositions de l'article L. 463-5 ne sont pas contraires aux droits de la défense garantis par l'article 6 de la Convention précitée, dès lors que les entreprises mises en cause disposent, après la notification de griefs, de la possibilité de débattre contradictoirement, devant le Conseil puis devant la cour d'appel, tant des conditions de la communication des pièces pénales que du contenu de l'intégralité des pièces communiquées, et de présenter toutes pièces qu'elles estiment utiles.

La cour a ensuite approuvé les conditions dans lesquelles était intervenue la communication des pièces par la juridiction. Il a ainsi été rappelé qu'aucune disposition du Code de commerce ou du Code de procédure pénale n'impose de forme particulière à la communication des pièces pénales, si bien que l'autorisation de communication du juge d'instruction – dont la réalité même était contestée par les parties – avait régulièrement résulté, en l'espèce, de la mise à disposition du rapporteur par ce juge, par l'intermédiaire de son greffier, d'une partie des pièces de l'information pénale. Il a été rappelé également que le procès-verbal du rapporteur décrivant les pièces pénales remises par le greffier (qui avait ensuite attesté de leur restitution) faisait foi jusqu'à preuve contraire des conditions de la remise de ces pièces. La cour a encore estimé que c'était sans renverser la charge de la preuve que la cour d'appel avait retenu que rien ne permettait d'affirmer que le rapporteur avait été en mesure d'opérer lui-même une sélection des pièces du dossier pénal. Elle a approuvé également le rejet par la cour d'appel des critiques relatives aux conditions du versement du rapport d'enquête de la DGCCRF établi sur commission rogatoire du juge d'instruction, rapport non coté dans le dossier d'instruction et non répertorié par le rapporteur comme une pièce communiquée par le juge d'instruction, et dont il était soutenu qu'il avait été, non pas communiqué avec les pièces pénales, mais irrégulièrement remis par son auteur, devenu lui-même rapporteur au Conseil de la concurrence, au rapporteur chargé de l'instruction : la cour a estimé que les juges du fond avaient souverainement jugé que le fait que ce rapport ait pu ne pas être coté n'établissait pas qu'il ne figurait pas parmi les pièces communiquées par le magistrat (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

Le principe du contradictoire et les droits de la défense

Précision des griefs notifiés

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie
Arrêt de cassation partielle

La cour a rappelé que le rapport soumis à la décision du Conseil une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés, que le rapporteur ne peut écarter ou annuler une notification de griefs à laquelle il a procédé et qu'il appartient au Conseil (à l'Autorité) de vérifier que les parties n'ont pu se méprendre sur les accusations portées contre elles. En l'espèce, c'était donc par une impropriété de terme qu'une notification de griefs complémentaire mentionnait qu'elle se substituait à la notification de griefs initiale puisqu'elle ne pouvait que s'ajouter à celle-ci et non l'annuler et la remplacer.

En l'espèce, la notification de griefs initiale reprochait aux entreprises une participation active à des « *tours de table* » de répartition et comportait un tableau des entreprises impliquées classées par maîtres d'ouvrage sans que tous les marchés litigieux ayant donné lieu à des ententes ne soient récapitulés en face du nom de chacune des entreprises mises en cause. La cour a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que la structure de la notification de griefs initiale permettait néanmoins aux entreprises intéressées d'identifier exactement les marchés auxquels leur nom était associé, qu'elles ne pouvaient nourrir aucun doute, ni sur la nature des pratiques définies dans une analyse commune, ni sur les marchés affectés et qu'elles avaient donc pu préparer utilement leur défense (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

Égalité entre les parties

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie
Arrêt de cassation partielle

La cour a confirmé que l'octroi aux parties d'un délai supplémentaire (d'un maximum 1 mois) pour consulter le dossier et produire des observations, dépend de la démonstration par chaque partie de l'existence de circonstances exceptionnelles le justifiant, de sorte que le président du Conseil avait pu, sous l'empire des textes alors en vigueur¹⁶⁶, accorder des délais de durée différente aux parties qui demandaient à bénéficier d'un délai supplémentaire (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

¹⁶⁶. Depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, l'article L. 463-2, dernier alinéa, prévoit que c'est désormais le rapporteur général qui peut accorder ce délai supplémentaire.

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Irrecevabilité des moyens invoqués après l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision attaquée

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

La cour a confirmé l'irrecevabilité de moyens invoqués par les sociétés requérantes après l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision attaquée, prévu par l'article R. 464-12, deuxième alinéa, du Code de commerce. En l'espèce, ces moyens avaient été invoqués pour la première fois par les requérantes dans leur mémoire en réplique (*cf.* décision 07-D-15).

Recevabilité des moyens nouveaux invoqués, après cassation, devant la cour d'appel de renvoi

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-14.435, SFR

Arrêt de cassation

La cour, censurant une analyse adoptée par la cour d'appel à plusieurs reprises en 2008 et 2009¹⁶⁷, a jugé que la procédure de renvoi après cassation est régie, non par les dispositions du Code de commerce, mais exclusivement par celles du Code de procédure civile. En effet, « *les dispositions du Code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du Code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre des décisions du Conseil [l'Autorité] de la concurrence* » et l'article R. 464-10¹⁶⁸ du Code de commerce ne déroge expressément qu'au titre VI du livre II du Code de procédure civile relatif aux « *Dispositions particulières à la cour d'appel* ». Il s'ensuit qu'est applicable à la procédure de renvoi après cassation, l'article 632 du Code de procédure civile qui dispose que, devant la juridiction de renvoi, les parties peuvent invoquer de nouveaux moyens à l'appui de leurs prétentions.

Par conséquent, la cour d'appel qui, dans son arrêt du 2 avril 2008 (SFR), avait déclaré irrecevables les moyens nouveaux présentés par les entreprises devant elle, après cassation, aux motifs qu'ils étaient présentés au-delà du délai de deux mois prévu par l'article R. 464-12-2° du Code de commerce¹⁶⁹ et qu'ils ne portaient pas sur des éléments révélés postérieurement ou qu'ils ne répondaient pas à des moyens invoqués devant la cour, avait violé les textes précités (*cf.* décision 04-D-48).

¹⁶⁷. CA Paris, 25 mars 2008, Cemex Bétons; CA Paris, 2 avril 2008, SFR; CA Paris, 11 mars 2009, Bouygues Télécom; *cf. supra*, sur la procédure suivie devant la cour d'appel/moyens nouveaux invoqués, après cassation, devant la cour d'appel de renvoi.

¹⁶⁸. « *Par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du Code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions de la présente section.* »

¹⁶⁹. « *Lorsque la déclaration [de recours] ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence.* »

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-13.767 e. a., Cemex France gestion

Arrêt de cassation

La même solution a été adoptée dans cet arrêt, la cour cassant et annulant, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu par la cour d'appel le 25 mars 2008 (Cemex Betons Sud-Est) dans lequel avaient été jugés irrecevables des moyens nouveaux présentés par les requérants après cassation, devant la cour de renvoi (*cf.* décision 97-D-39).

Absence de réponse à tous les arguments des parties

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie

Arrêt de cassation partielle

La cour a rappelé à plusieurs reprises, dans cet arrêt, que la cour d'appel n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties (*cf.* décision 06-D-07 *bis*; voir en ce sens, Cass. com., Casino Guichard-Perrachon, 8 avril 2008).

Absence de visa des écritures des parties

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie

Arrêt de cassation partielle

La cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel à l'égard d'une des entreprises sanctionnées dont les juges du fond avaient omis de viser le mémoire déposé en réponse aux observations écrites du Conseil de la concurrence (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation

Mise en œuvre des dispositions du IV de l'article 5 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2005

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-13.767 e. a., Cemex France gestion

Arrêt de cassation

La cour a fait droit à la demande de deux entreprises qui, sur le fondement des dispositions de l'article 5 IV de l'ordonnance du 13 novembre 2008¹⁷⁰, demandaient le renvoi devant la cour d'appel afin qu'il soit statué sur la contestation qu'elles entendaient former contre l'ordonnance juridictionnelle ayant autorisé les opérations de visite et saisie (*cf.* décision 97-D-39).

¹⁷⁰. L'article 5 IV de l'ordonnance prévoit notamment que lorsqu'est pendant devant la Cour de cassation un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris statuant dans le cadre de l'article L. 464-8 du Code de commerce, les parties ont la faculté de demander le renvoi à la cour d'appel de Paris pour l'examen d'un recours en contestation de l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention.

Non-admission du pourvoi

Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-18.028, CDG Participations

Arrêt de non-admission

La cour a déclaré non admis le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil avait estimé que la saisine de la société CDG Participations dénonçant des pratiques abusives, attribuées notamment à la société Aéroports de Paris, n'était pas appuyée d'éléments suffisamment probants et avait, en conséquence, rejeté la demande de mesures conservatoires qui l'accompagnait.

La cour se fonde 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 08-D-05).

Sur les mesures conservatoires

Cass. com., 13 janvier 2009, n° 08-12.510, Schering-Plough

Arrêt de rejet

La cour a rejeté le pourvoi formé par la société Schering-Plough contre l'arrêt de la cour d'appel, rendu le 5 février 2008¹⁷¹, qui avait confirmé la décision par laquelle le Conseil avait enjoint à ce laboratoire, à titre conservatoire, de faire publier un communiqué dans des revues spécialisées. Cette mesure était justifiée par des actions de dénigrement menées par l'intéressé visant le générique d'un médicament qu'il commercialisait, le Subutex, qui étaient apparues susceptibles de constituer un abus de position dominante.

Le laboratoire contestait la possibilité pour le Conseil de prononcer, à titre conservatoire, une mesure de publication. Il soutenait qu'une telle mesure ne peut être prononcée qu'à titre de sanction complémentaire au terme d'une décision sur le fond, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce, et non en matière de mesures conservatoires.

La cour a réfuté cette thèse en rappelant que l'article L. 464-1 autorise le Conseil à prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui paraissent nécessaires et que ces mesures, « *qui ne constituent pas des sanctions et qui ne sont pas énumérées de façon limitative [...] peuvent revêtir des formes diverses, dont la publication d'un communiqué, sous réserve qu'elles restent strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » (cf. décision 07-MC-06).

171. CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough.

Sur le fond

L'entente anticoncurrentielle

Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-15.609, Vicat

Arrêt de cassation partielle

La cour a partiellement cassé l'arrêt de la cour d'appel¹⁷² qui avait confirmé sur le fond la décision de sanction prise à l'encontre des sociétés Lafarge et Vicat et de quelques-uns de leurs distributeurs pour des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse. La cour d'appel avait ainsi confirmé l'existence des pratiques retenues par le Conseil : il s'agissait d'une entente visant à réserver aux deux producteurs de ciment l'approvisionnement de la Corse et d'entraver les importations en provenance de l'étranger, notamment de Grèce et d'Italie, d'une entente sur les prix entre deux négociants et d'un abus de position dominante collective imputé aux deux producteurs qui s'était traduit par des remises venant récompenser les négociants qui n'achetaient pas de ciment étranger¹⁷³.

La Cour de cassation a rejeté les moyens par lesquels les parties contestaient l'existence des ententes. Les deux cimentiers avaient conclu une convention avec les négociants de Haute-Corse regroupés dans leur quasi-totalité au sein d'un GIE, qui mettait à la charge de ces derniers une obligation d'approvisionnement exclusif auprès d'eux pour différentes gammes de ciment représentant la quasi-totalité des ventes de ciment en Corse et leur interdisait par conséquent, pour ces gammes, tout approvisionnement alternatif. La cour a approuvé la cour d'appel d'avoir exclu pour ces pratiques le bénéfice de l'exemption prévue par les articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 § 3 du traité CE (*cf.* décision 07-D-08).

L'abus de position dominante

Position dominante collective

Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-15.609, Vicat

Arrêt de cassation partielle

La cour a partiellement cassé l'arrêt de la cour d'appel¹⁷⁴ qui avait confirmé sur le fond la décision de sanction prise à l'encontre des sociétés Lafarge et Vicat et de quelques-uns de leurs distributeurs pour des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse. La cour d'appel avait ainsi confirmé l'existence des pratiques retenues par le Conseil : il s'agissait d'une entente visant à réserver aux deux producteurs de ciment l'approvisionnement de la Corse et d'entraver les importations en provenance de

172. CA Paris, 6 mai 2008, Lafarge.

173. En revanche, elle avait estimé que le dommage à l'économie était plus limité que ce que le Conseil avait retenu et, par suite, avait réduit de moitié environ les sanctions prononcées contre les deux cimentiers.

174. CA Paris, 6 mai 2008, Lafarge.

l'étranger, notamment de Grèce et d'Italie, d'une entente sur les prix entre deux négociants et d'un abus de position dominante collective imputé aux deux producteurs qui s'était traduit par des remises venant récompenser les négociants qui n'achetaient pas de ciment étranger¹⁷⁵.

La Cour de cassation a rejeté les moyens par lesquels les parties contestaient l'existence des ententes (*cf. supra*). En revanche, elle a censuré l'arrêt de la cour d'appel estimant que n'avait pas été suffisamment démontrée l'existence de la position dominante collective entre les deux cimentiers.

Comme le Conseil l'avait rappelé dans sa décision, il résulte de la jurisprudence communautaire et nationale que, pour caractériser une position dominante collective, il faut démontrer que les entreprises en cause ont ensemble le pouvoir, non seulement d'adopter une même ligne d'action sur le marché, mais également celui « *de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs* », autrement dit de s'abstraire des conditions du marché. Cette capacité des entreprises peut résulter soit des liens ou des facteurs de corrélation juridiques existant entre elles, tels que des liens capitalistiques ou contractuels, ainsi que de l'adoption effective d'une ligne d'action commune sur le marché, soit, à défaut de tels liens, de la structure du marché qui doit révéler l'existence de trois facteurs cumulatifs dégagés en 2002 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans une affaire *Airtours*¹⁷⁶ : la structure oligopolistique et la transparence du marché, la non contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle, la possibilité de représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune.

Or, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel n'avait pas recherché si Lafarge et Vicat avaient eu, ensemble, la possibilité de s'abstraire effectivement des conditions du marché, et ce même en l'absence des ententes conclues avec leurs clients : « *Attendu que, pour dire que les sociétés Lafarge et Vicat détenaient une position dominante collective sur le marché de gros de l'approvisionnement de la Corse en ciment, l'arrêt relève que les liens qui unissaient ces sociétés résultaient des contrats qu'elles avaient signés conjointement, contrats dont la mise en œuvre à l'égard de leurs clients, de leurs concurrents et des consommateurs traduisait que ces deux entreprises se présentaient sur le marché de l'approvisionnement en gros de la Corse en ciment comme une entité collective pratiquant une stratégie commune et ajoute que la structure du marché rendait possible une telle domination collective; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, en l'absence d'ententes conclues avec leurs clients, les sociétés Lafarge et Vicat auraient disposé en commun de la possibilité de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision* » (*cf. décision 07-D-08*).

¹⁷⁵. En revanche, elle avait estimé que le dommage à l'économie était plus limité que ce que le Conseil avait retenu et, par suite, avait réduit de moitié environ les sanctions prononcées contre les deux cimentiers.

¹⁷⁶. TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, *Rec. II*, p. 2585 : cet arrêt a été rendu en matière de contrôle des concentrations, mais le Tribunal, dans un arrêt *Piau* du 26 janvier 2005, a jugé que cette jurisprudence était applicable au titre des infractions aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE (*cf. rapport annuel 2006*, p. 275).

Ciseau tarifaire

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-14435, SFR

Arrêt de cassation

La Cour de cassation, qui se prononçait pour la deuxième fois dans cette affaire concernant le secteur des appels téléphoniques fixe vers mobile et opposant l'association Etna (anciennement Tenor) à France Télécom et SFR (précédemment Cegetel), a rendu un nouvel arrêt de cassation.

Sur une plainte de l'association Tenor (devenue Etna), qui regroupe des opérateurs de télécommunications, le Conseil avait sanctionné, en 2004, France Télécom et SFR (Cegetel), opérateurs verticalement intégrés sur les marchés de la téléphonie fixe et mobile et chacun en monopole sur le marché amont des terminaisons d'appels sur son propre réseau mobile, pour avoir mis en œuvre des pratiques de ciseau tarifaire, entre avril 1999 et janvier 2001, en proposant aux grandes et moyennes entreprises, *via* leur branche de téléphonie fixe respective, des offres de détail «*fixe vers mobile*» qui ne couvraient pas les coûts encourus pour la fourniture de ces prestations, notamment la charge de terminaison d'appel (CTA) fixée par leur branche de téléphonie mobile. Ces tarifs empêchaient les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe de proposer, *via* une interconnexion aux réseaux mobiles des deux opérateurs, des offres «*fixe vers mobile*» compétitives, à moins de consentir des pertes. Le Conseil avait retenu que ces pratiques avaient eu pour effet de retarder l'entrée de ces nouveaux opérateurs sur le marché de la téléphonie «*fixe vers mobile*» à une époque où ils ne disposaient pas d'autre solution technique pour intervenir sur ce marché que l'interconnexion directe aux réseaux des opérateurs de téléphonie mobile. Le Conseil avait, en effet, démontré qu'à partir d'avril 1999, France Télécom avait très largement supprimé la seule solution alternative existant à l'époque, le reroutage international¹⁷⁷ en concluant des «*accords de surcharge*» avec ses homologues étrangers qui avaient eu pour effet de cesser de rendre cette voie de contournement rentable économiquement.

La cour d'appel, dans un premier arrêt du 12 avril 2005 (France Télécom), avait néanmoins jugé que le Conseil avait échoué à démontrer qu'au cours de la période considérée, les opérateurs entrants de téléphonie fixe étaient effectivement privés de solution alternative et qu'ils étaient par conséquent réellement contraints de recourir à l'interconnexion directe.

Dans un arrêt du 10 mai 2006 (association Etna), la Cour de cassation avait alors censuré la cour d'appel en jugeant «*qu'il lui appartenait de rechercher, non si le Conseil avait établi que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais si les pratiques de «ciseau tarifaire» respectivement mises en œuvre par France Télécom et par SFR avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet, notamment après la*

177. *i.e.* la possibilité, pour les opérateurs alternatifs de téléphonie fixe, de faire transiter les appels «*fixe vers mobile*» de leurs clients par des opérateurs étrangers, essentiellement européens, qui les acheminaient ensuite vers le réseau de téléphonie mobile du correspondant appelé, solution financièrement avantageuse puisque l'opérateur étranger était dispensé de payer la CTA au prix fort.

signature par France Télécom [des accords de surcharge], de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises».

Statuant sur renvoi dans un arrêt du 2 avril 2008, la cour d'appel avait rappelé que le ciseau tarifaire consiste «*pour un opérateur généralement verticalement intégré, fixant à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation nécessaire pour l'accès au marché de détail, à ne pas laisser entre les deux un espace suffisant pour la couverture des autres coûts encourus pour la fourniture de la prestation de détail*». La cour avait relevé que n'étaient contestés ni les tarifs pratiqués par les deux opérateurs en cause (CTA et prix de détail), ni la définition des marchés pertinents, ni la position de quasi-monopole de chacun des opérateurs mis en cause sur le marché des appels entrants dirigés vers le réseau de téléphonie mobile de chacune d'eux. Elle avait repoussé l'argumentation par laquelle SFR faisait valoir qu'elle-même victime des pratiques de France Télécom, elle n'avait fait qu'aligner son comportement sur celui de son concurrent : «*Le Conseil a pertinemment souligné qu'il appartenait à Cegetel d'aligner son comportement, non pas sur celui de France Télécom, mais sur celui de l'association qui a saisi l'autorité de régulation.*» Enfin, et la question était centrale après le premier arrêt de cassation, la cour avait écarté la défense qui consistait pour les deux opérateurs à soutenir que les entrants disposaient, à l'époque des faits, d'une solution alternative à l'interconnexion directe, sous la forme de solutions de reroutage international : la cour avait confirmé, en effet, d'une part, qu'un tel contournement «*était techniquement aberrant, ce qui suffit à établir qu'il n'y avait lieu d'y recourir que pour contourner un obstacle lui-même paradoxal*», d'autre part, que France Télécom s'était «*efforcée*», tout au long de la période considérée, de rendre ce contournement financièrement moins attractif en négociant de multiples accords «*de surcharge*» avec les opérateurs étrangers. La cour avait estimé, qu'«*en définitive*», c'était à bon droit que la décision déferée avait retenu les griefs reprochés à l'encontre des deux opérateurs.

Sur les pourvois formés par les deux opérateurs, la Cour de cassation a remis entièrement en cause l'analyse suivie par la cour d'appel qui semblait pourtant découler directement de son premier arrêt de cassation. La cour a énoncé, en effet, qu'«*une pratique de ciseau tarifaire a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du ciseau tarifaire leur sont indispensables pour la concurrence sur le marché aval*». Elle a jugé que la cour d'appel ne pouvait retenir l'existence des effets anticoncurrentiels de la pratique de ciseau tarifaire dès lors qu'elle n'avait pas constaté que les accords de surcharge passés par France Télécom, visant à rendre le reroutage moins attractif, avaient eu «*pour résultat de rendre indispensable*», pour les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe, l'interconnexion directe aux réseaux mobile de France Télécom et de SFR. Et dans le cas où la cour aurait estimé que des possibilités de reroutage subsistaient, elle n'avait pas constaté que les pratiques de ciseau avaient eu pour effet, au moins potentiel, d'entraîner des pertes pour des concurrents aussi efficaces que France Télécom et SFR. La Cour de cassation semble donc considérer

que la cour d'appel s'est contentée de présumer les effets, ce qu'elle ne pouvait faire, selon elle, que si l'interconnexion directe aux réseaux mobile de France Télécom et de SFR était indispensable aux opérateurs entrants, autrement dit seulement si le reroutage était devenu impossible. Dans le cas contraire, si elle ne constatait pas que le reroutage était effectivement devenu impossible, il lui appartenait alors de démontrer que le ciseau tarifaire avait effectivement entraîné des pertes pour les nouveaux opérateurs concurrents de France Télécom et SFR (cf. décision 04-D-48).

Prédation par construction d'une réputation d'agressivité

Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Arrêt de rejet

La cour a rejeté le pourvoi formé par le ministre contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait réformé la décision prise par le Conseil en 2007 pour sanctionner une pratique de prix prédateurs mise en œuvre par la société Glaxosmithkline France (ci-après Glaxo). Glaxo avait été sanctionné pour avoir abusé de sa position dominante détenue sur le marché de l'aciclovir injectable (antiviral qu'elle commercialisait sous le nom de Zovirax) en pratiquant des prix prédateurs sur le marché connexe, non dominé par lui, du céfuroxime sodique injectable (antibiotique commercialisé par Glaxo sous le nom de Zinnat). Pour le Conseil, qui s'était référé à la jurisprudence Akzo¹⁷⁸, cette pratique avait eu pour objet et pour effet, grâce au « signal » ainsi lancé par le laboratoire et à « la réputation d'agressivité » qui en était résultée pour lui, de dissuader les génériqueurs d'entrer sur le marché des spécialités hospitalières menacées par l'expiration de brevets, et notamment celui de l'aciclovir, produit phare de Glaxo.

Dans un arrêt du 8 avril 2008 (Glaxosmithkline), la cour d'appel avait réformé totalement la décision de sanction prise à l'encontre du laboratoire, estimant que n'était pas établi l'abus de domination qui lui était reproché. Elle avait confirmé la position dominante de Glaxo sur le marché de l'aciclovir injectable ainsi que la pertinence du test de coût effectué par le Conseil sur la base du « prix de transfert » auquel le laboratoire avait acheté le Zinnat à une autre filiale du groupe. La cour avait approuvé également une partie de l'analyse du Conseil s'agissant de la prédation imputée au laboratoire : elle avait admis l'existence d'une « pratique sélective par Glaxo de fixation du prix de vente » en dessous de ses coûts d'achat sur le marché non dominé du céfuroxime en 1999 et 2000, pratique qui avait permis au laboratoire de remporter en 2000 la plupart des marchés, avant de remonter ses prix ; en outre, elle n'avait pas démenti le Conseil qui avait écarté la thèse de Glaxo selon laquelle sa politique de prix pour le céfuroxime aurait été dictée par une volonté d'alignement sur les prix de ses concurrents (Flavelab et Panpharma) et selon laquelle il aurait été dans l'impossibilité de récupérer ses pertes.

178. CJCE, 3 juillet 1991, Akzo, C-62/86, Rec. I, p. 1503.

Mais la cour s'était démarquée de l'analyse du Conseil s'agissant de la stratégie de prédation par construction d'une réputation d'agressivité. En premier lieu, elle avait estimé que la jurisprudence Akzo n'était pas directement transposable en l'espèce, et ce pour deux raisons : d'abord parce que Glaxo n'avait pas affiché clairement une intention de nuire à ses concurrents ; ensuite parce que n'étaient pas caractérisés, en l'espèce, des liens suffisamment étroits entre les deux marchés concernés¹⁷⁹ pour pouvoir retenir que Glaxo avait utilisé le marché non dominé pour démontrer ses intentions sur le marché dominé¹⁸⁰. En second lieu, la cour avait estimé qu'aucun élément du dossier ne permet de démontrer « *un lien nécessaire* » entre, d'une part, les pratiques de prédation sur le marché non dominé (du céfuroxime) et, d'autre part, la conception et la mise en œuvre d'une stratégie d'éviction (par l'acquisition d'une réputation d'agressivité sur ce marché non dominé) destinée à dissuader les génériqueurs d'entrer sur le marché dominé (de l'aciclovir). Ainsi, pour la cour, le lien de causalité n'avait pas été établi entre la position dominante de l'opérateur et son comportement abusif sur le marché non dominé (céfuroxime), deux éléments faisant défaut dans la démonstration du Conseil. D'abord, il n'avait pas été établi que les concurrents potentiels de Glaxo sur le marché dominé (aciclovir) avaient eu « *immédiatement* » des « *informations précises et complètes* » sur les pratiques de prédation mises en œuvre sur le marché non dominé (céfuroxime), de façon à en retirer un message suffisamment univoque pour influencer leur propre comportement sur le marché dominé (aciclovir), la cour observant que « *les notions de perception d'une "réputation et d'identification" d'un "signal" [sont] empreintes [...] d'une forte part de subjectivité* ». Ensuite, le Conseil n'avait pas démontré que la pratique de prix de Glaxo avait eu des effets sur l'un ou l'autre marché. À cet égard, la cour d'appel avait relevé que Glaxo avait été concurrencé dès 2001 sur le marché non dominé du céfuroxime par un génériqueur, que Glaxo n'avait pas engagé d'action judiciaire à l'encontre de Merck pour contester son entrée irrégulière (avant l'expiration du brevet) sur le marché dominé, attitude que la cour avait jugée non conciliable avec la stratégie d'acquisition d'une réputation d'agressivité, et que trois génériqueurs étaient entrés sur le marché dominé fin 2002.

C'est précisément sur la question de l'absence de lien démontré entre le comportement de Glaxo sur le marché non dominé (céfuroxime) et la position dominante qu'il détenait sur l'autre marché (aciclovir) que la Cour de cassation a confirmé l'analyse des juges du fond.

La cour a précisé en préambule les conditions dans lesquelles peut être qualifié et réprimé un abus commis par une entreprise en position dominante sur un marché, sur un autre marché, celui-là non dominé. Elle a ainsi énoncé que, dans ce cas de figure, lorsque l'abus est commis – comme en l'espèce – sur le marché non dominé, le lien entre la position dominante et l'abus n'est pas « *présupposé* » et qu'il faut alors

¹⁷⁹. Le marché dominé de l'aciclovir sur lequel Glaxo était censé chercher à protéger ou à renforcer sa dominance et celui non dominé du céfuroxime sur lequel les prix prédateurs avaient été pratiqués.

¹⁸⁰. À cet égard, la cour estime qu'en relevant qu'il s'agissait de marchés hospitaliers présentant une identité de fonctionnement, le Conseil n'a pas suffisamment démontré l'existence de ces liens étroits entre les deux marchés.

démontrer l'existence de « *circonstances particulières* » établissant soit que c'est pour renforcer sa domination (sur le marché dominé) que l'entreprise a mis en œuvre l'abus sur le marché non dominé (c'est la circonstance retenue dans l'affaire Akzo), soit que les deux marchés présentent « *des liens de connexité si étroits* » que l'entreprise en position dominante sur le premier marché se trouve « *dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante* » sur le second marché (c'est l'hypothèse de l'affaire Tétra Pack) : « *Les articles L. 420-2 [...] et 82 du traité CE présupposent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif qui n'est normalement pas présent lorsqu'une pratique abusive est mise en œuvre sur un marché distinct du marché dominé; que ces dispositions peuvent cependant trouver application notamment lorsque l'autorité de concurrence démontre l'existence de circonstances particulières telles celles relevées par la [CJCE dans l'affaire Akzo] établissant que c'est pour renforcer sa position dominante sur un marché qu'une entreprise a mis en œuvre une pratique abusive sur un marché distinct qu'elle ne domine pas, ou telles celles relevées par la même cour [dans l'affaire Tétra Pack] démontrant que des marchés présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause.* »

La cour a relevé ensuite qu'en l'espèce, les liens constatés entre le marché non dominé et le marché dominé étaient « *limités à des caractéristiques générales résultant du fait qu'il s'agit de marchés hospitaliers non administrés* » et qu'à deux exceptions près, les opérateurs présents sur l'un des marchés ne l'étaient pas sur l'autre. Elle a retenu encore la circonstance – relevée par la cour d'appel – qu'il n'était pas établi que les concurrents potentiels de Glaxo sur le marché dominé « *disposaient d'informations précises et complètes* » sur les pratiques de prédation mises en œuvre sur le marché non dominé et qu'ils avaient donc « *la possibilité d'interpréter la politique de prix* » de Glaxo sur le marché non dominé « *comme un signal d'agressivité destiné à les dissuader d'entrer sur le marché [dominé]* ». La cour a relevé enfin que, contrairement à ce qu'avait retenu le Conseil, le plaignant (Panpharma) n'avait pas mis en cause le comportement de Glaxo sur le marché non dominé comme une des raisons l'ayant conduit à ne pas entrer sur le marché de l'aciclovir injectable. La cour a estimé qu'« *en l'état de ces seules constatations* », faisant ressortir l'absence de circonstances particulières de nature à établir un lien entre le comportement de Glaxo sur le marché non dominé et sa position dominante, la cour d'appel avait légalement justifié sa décision (cf. décision 07-D-09).

Sur l'imputabilité des pratiques

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie
Arrêt de cassation partielle

La cour a confirmé qu'une société assurait bien la continuité économique et fonctionnelle de celle, auteur des pratiques, qui avant d'être radiée du registre du commerce et des sociétés, lui avait cédé son activité à l'origine des pratiques, les droits et obligations se rapportant au marché litigieux n'ayant pas été exclus de l'apport consenti à l'entreprise cessionnaire.

En revanche, la cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel à l'égard d'une des entreprises sanctionnées, les juges du fond ayant retenu à l'encontre de l'intéressée deux griefs alors que l'un de ces griefs ne lui était en réalité pas imputable. L'arrêt de la cour d'appel a donc été cassé à l'égard de cette société quant au montant de la sanction qui avait été déterminé sur la base de deux griefs alors qu'un seul s'avérait fondé (cf. décision 06-D-07 bis).

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

La Cour de cassation a rejeté l'ensemble des pourvois formés contre l'arrêt de la cour d'appel¹⁸¹ qui avait, sauf pour une entreprise, confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de treize entreprises dans l'affaire des ententes mises en œuvre dans les marchés publics passés par le conseil régional d'Île-de-France pour la rénovation de ses établissements scolaires.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé « l'extrême gravité des pratiques s'agissant de la répartition occulte des appels d'offres sur les marchés de construction les plus importants de l'Île-de-France, pour un montant total de 10 milliards de francs [...] et se singularisant par leur durée, leur complexité et leur caractère répété » (cf. décision 07-D-15).

Sur le dommage causé à l'économie

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

Dans le même arrêt, la cour a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé « le dommage exceptionnel » causé à l'économie résultant, d'une part, du surcoût engendré par les pratiques sur les marchés en cause, d'autre part, de ce que les pratiques avaient permis aux entreprises en cause « d'accroître considérablement leurs marges par rapport à celles couramment obtenues dans ce secteur et ce au détriment du contribuable », de troisième part, de « l'affranchissement complet d'un secteur d'activité des règles de concurrence [...] » et, enfin, du montant exceptionnel des marchés en cause (10 milliards de francs) qui avait représenté une part importante du secteur du BTP en Île-de-France (cf. décision 07-D-15).

181. CA Paris, 3 juillet 2008, Eiffage Construction.

L'individualisation de la sanction prononcée contre une société absorbante à raison de pratiques commise par la société absorbée

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

La cour a approuvé la cour d'appel d'avoir, pour sanctionner une entreprise en sa seule qualité de société absorbante de l'entreprise auteur des pratiques, vérifié la participation de cette dernière aux pratiques et retenu, comme assiette de la sanction, le chiffre d'affaires de la société absorbante. La cour d'appel n'avait pas à rechercher d'autres éléments d'individualisation de la sanction infligée à la société absorbante (*cf.* décision 07-D-15).

Jurisprudence du Conseil d'État

Au cours de l'année 2009, le Conseil d'État n'a eu à se prononcer qu'une seule fois en matière de concentrations. Par sa décision du 31 juillet 2009, Société Fiducial, il a rejeté le recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision du 15 décembre 2006, par laquelle le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie avait autorisé, sans saisir le Conseil de la concurrence et sans émettre de réserve, la société Deloitte à prendre le contrôle de la société Janny Marque Futur, *holding* du groupe BDO Marque et Gendrot.

Les principes dégagés l'ont été sous le régime ancien, mais le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence ne devrait pas les remettre en cause.

Sur la motivation

Les sociétés requérantes soutenaient que le ministre avait insuffisamment motivé sa décision, dans la mesure où il avait conclu à l'absence de risque de création ou de renforcement d'une position dominante sur le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable, par déduction des constats opérés sur le segment de l'audit légal, sans procéder à un examen détaillé de la situation spécifique sur le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable.

Le Conseil d'État a écarté ce moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la décision du ministre. Il a relevé que le ministre avait justifié sa démarche par le fait que les caractéristiques du segment de l'audit légal étaient les plus susceptibles de conduire au renforcement ou à la création d'une position dominante, alors que le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable présentait une structure moins propice à la création ou au renforcement d'une position dominante. Il en a déduit qu'en « *exposant ainsi les raisons pour lesquelles la démonstration de l'absence d'une position dominante collective sur le segment de l'audit légal pouvait être regardée comme emportant celle de l'absence d'une telle situation sur le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable, le ministre n'a pas, en tout état de cause, entaché sa décision d'une insuffisance de motivation.* »

Sur la position dominante collective

Le Conseil d'État a précisé que : *« les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs. »*

Il a ensuite exposé les trois conditions permettant d'identifier une telle position dominante collective :

- chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres ;
- il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous ;
- les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite.

Ces conditions étant cumulatives, le Conseil d'État a estimé que le ministre avait pu, sans entacher sa décision de contradiction de motifs ni d'erreur de droit, conclure à l'absence de risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective, dès lors qu'une des trois conditions n'était pas remplie.

Le Conseil d'État a également approuvé le ministre de s'être référé à une précédente décision autorisant une opération similaire dans le même secteur, dont le Conseil d'État avait d'ailleurs jugé qu'elle était exempte d'erreur de droit et d'erreur d'appréciation et par laquelle le ministre avait conclu à l'absence de risque de création d'une position dominante collective. Il a considéré que, ce faisant, le ministre n'avait commis aucune erreur d'appréciation, dès lors que la situation n'avait pas évolué de façon telle que puisse être identifiée l'existence d'une situation de position dominante collective et qu'aucun autre élément n'était de nature à remettre en cause cette analyse.

Enfin, le Conseil d'État a approuvé le ministre d'avoir estimé que l'opération notifiée n'était pas de nature à créer une situation de position dominante collective, au terme d'un raisonnement comprenant, notamment, des éléments d'analyse prospective. Il a, certes, relevé que le rachat, par l'un des quatre grands cabinets internationaux de l'un des principaux cabinets d'audit de second rang en France pouvait faire craindre que l'opération en cause ne fût de nature à augmenter les risques de mise en place d'une position dominante collective. Cependant, il a considéré que :

- d'une part, après l'opération notifiée, il restait au moins trois cabinets indépendants regardés comme pouvant fournir une solution alternative ;
- d'autre part, l'opération ne modifiait que très marginalement la situation sur le segment de marché en cause.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, écarté le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commis le ministre en omettant de prendre en considération certains effets unilatéraux, ce moyen n'étant assorti d'aucune précision permettant d'en préciser la portée.

Rapport annuel du conseiller auditeur



Rapport annuel du conseiller auditeur

La création de la fonction de conseiller auditeur	449
L'origine communautaire	449
La création de l'Autorité de la concurrence et de la fonction de conseiller auditeur	449
L'entrée en vigueur de la loi LME	450
La détermination de la loi applicable	450
La première réunion de l'Autorité et la nomination du conseiller auditeur	450
Missions et pouvoirs du conseiller auditeur	451
Les missions du conseiller auditeur	451
La saisine du conseiller auditeur	451
Les pouvoirs du conseiller auditeur	452
Recueillir les observations des parties	452
Recueillir les observations complémentaires des parties et du rapporteur général	452
Proposer des mesures	452
Rédiger un rapport	452
Assister à l'audience et présenter le rapport sur invitation du président de l'Autorité	453
Relations avec les services d'instruction de l'Autorité	453
Rédiger un rapport annuel d'activité	453

Première année d'exercice du conseiller auditeur	453
Affaire n° 07/0047 F relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation générale _____	454
Affaires n° 08/0003 F et 08/0023 F relatives aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre et à des pratiques concernant le fonctionnement de l'entreprise commune de manutention portuaire Terminal porte océane (TPO) _____	455
Remarques finales _____	455

Rapport annuel du conseiller auditeur

La création de la fonction de conseiller auditeur

L'origine communautaire

La création du conseiller auditeur trouve son origine dans une initiative de la Commission européenne, qui en 1982, a décidé d'instituer cette nouvelle fonction afin de renforcer la protection des droits des parties lors des procédures en matière de concurrence. Le mandat initial du conseiller auditeur communautaire a été renouvelé et étendu le 12 décembre 1994 par la décision n° 4/810 puis par la décision n° 2001/462 du 23 mai 2001 de la Commission européenne¹.

La Commission rappelle dans son rapport annuel de 2005, qu'en instituant la mission de conseiller auditeur, il s'agit de « *confier la conduite de la procédure administrative dans les affaires d'entente et de position dominante et dans les affaires de concentration à une personne indépendante, ayant de l'expérience en matière de concurrence et possédant l'intégrité nécessaire pour contribuer à l'objectivité, à la transparence et à l'efficacité de ces procédures* »².

Cette recherche de garantie et de protection des parties dans la conduite de la procédure est l'une des sources principales d'inspiration de la fonction homologue créée en droit français.

La création de l'Autorité de la concurrence et de la fonction de conseiller auditeur

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie (dite « loi LME »), a instauré l'Autorité de la concurrence en lieu et place du Conseil de la concurrence. Elle a modifié à la fois l'organisation et les procédures applicables devant l'Autorité française de concurrence.

1. JOCE L 162, 19 juin 2001.

2. Commission, Rapport sur la politique de concurrence 2004, SEC (2005) 805 final, vol. I, p. 18.

La loi LME³, par son article 95, a introduit dans le Code de commerce l'article L. 461-4, quatrième alinéa, qui instaure : « *Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes [qui] est nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis du collège...* »

L'article L. 461-4, cinquième alinéa, du Code de commerce, ajoute que « *les modalités d'intervention du conseiller auditeur sont précisées par décret en Conseil d'État* ». Il s'agit du décret n° 2009-335 du 26 mars 2009 qui crée l'article R. 461-9.

L'entrée en vigueur de la loi LME

La date d'entrée en vigueur de la loi LME est prévue par son article 95, II qui la fixe « *à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la présente loi et, au plus tard, le 1^{er} janvier 2009* ».

L'article 97 visé ci-dessus dispose que « *cette ordonnance est prise dans un délai de six mois à compter de la date de publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de cette ordonnance* ».

L'ordonnance a été publiée le 13 novembre 2008 et a été ratifiée le 12 mai 2009. Sa ratification lui a conféré rétroactivement valeur législative.

La détermination de la loi applicable

L'article 5, III de l'ordonnance du 13 novembre 2008, ratifiée le 12 mai 2009, dispose que « *l'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence et l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification des griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date* ».

La loi de ratification de l'ordonnance prévoit donc que les affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant été notifiées avant la première réunion de l'Autorité de la concurrence sont soumises aux règles de procédure qui étaient en vigueur à l'époque du Conseil de la concurrence.

La première réunion de l'Autorité et la nomination du conseiller auditeur

La première réunion de l'Autorité de la concurrence a eu lieu le 2 mars 2009. Cette date est donc celle à partir de laquelle les règles de procédure de la loi LME entrent en vigueur pour les affaires donnant lieu à notification de griefs, postérieurement à cette date.

3. Cf. version consolidée du texte, suite à la modification introduite par la loi de ratification n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Après audition et avis du collège de l'Autorité⁴, le conseiller auditeur a été nommé, par voie d'arrêté le 10 juillet 2009. En vertu de l'article R. 461-9, I du Code de commerce, sa mission a une durée de cinq ans. Son mandat est renouvelable une fois.

Missions et pouvoirs du conseiller auditeur

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, soit par les parties mises en cause dans des affaires donnant lieu à notification des griefs, soit se saisir lui-même puisqu'il est invité à attirer 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. Elle mérite d'être mentionnée, quand bien même à ce jour, les modalités de cette autosaisine restent à définir.

4. Avis de l'Autorité de la concurrence 09-A-41 du 1^{er} juillet 2009 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence.

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 son rôle de médiateur.

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, sans être décisionnelles, peuvent permettre d'orienter les décisions du rapporteur général ainsi que celles du collègue.

Ces propositions, qui sont consignées dans le rapport du conseiller auditeur et qui sont versées au dossier, sont donc aussi susceptibles d'être prises en compte ultérieurement dans les procédures d'appel ou de cassation.

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 l'audience 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* ».

Force est de constater que le décret n'a pas jugé utile d'instaurer la participation systématique du conseiller auditeur à la séance de l'Autorité sans toutefois en expliciter la raison.

Relations avec les services d'instruction de l'Autorité

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 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.

Première année d'exercice du conseiller auditeur

Le second semestre 2009 a vu l'entrée en fonction du conseiller auditeur à compter du 10 juillet 2009. Le conseiller auditeur a été saisi dans deux affaires ayant donné lieu à notifications des griefs.

Affaire n° 07/0047 F relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation générale

La première affaire dont le conseiller auditeur a été saisi soulevait la question du régime procédural applicable à une notification des griefs intervenue après l'entrée en vigueur de la loi LME, mais avant que l'ordonnance du 13 novembre 2008 n'ait été ratifiée par la loi du 12 mai 2009.

Dans cette affaire, la notification des griefs avait été envoyée aux parties le 16 janvier 2009. Au jour de la notification des griefs, les dispositions de la loi LME étaient donc applicables conformément à son article 95, qui prévoyait que son entrée en vigueur aurait lieu « à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la présente loi et, au plus tard, le 1^{er} janvier 2009 ».

L'ordonnance du 13 novembre 2008 n'ayant pas été ratifiée à cette date, les dispositions générales de la loi LME s'appliquaient en dépit des dispositions des articles 5, II et 5, III de ladite ordonnance, qui prévoyait que « [...] l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification des griefs ou à une proposition de non-lieu avant [la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence⁵] se poursuive selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date ». Au jour de la notification des griefs, faute de ratification de l'ordonnance du 13 novembre 2008, les règles applicables à l'affaire Carrefour étaient donc celles issues de la loi LME qui avait notamment instauré la fonction de conseiller auditeur.

À compter du 12 mai 2009, date de la ratification de l'ordonnance du 13 novembre 2008, les règles de procédure applicables à l'affaire sont alors redevenues celles prévalant devant le Conseil de la concurrence, les articles 5, II et 5, III de l'ordonnance prenant pleine force législative.

Cette situation ressort de la décision du Conseil d'État du 17 mai 2002, M. Hoffer e. a.⁶, qui expose en termes clairs qu'une ordonnance ratifiée acquiert rétroactivement valeur législative : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions de la Constitution que, dès lors que sa ratification est opérée par le législateur, une ordonnance acquiert valeur législative à compter de sa signature.* »

Le conseiller auditeur, saisi de cette question par le groupe Carrefour en date du 28 octobre 2009, a donc été amené à constater que les règles de procédures applicables étaient celles de la loi ancienne. Le conseiller auditeur a donc décliné sa compétence puisque cette fonction n'existait pas sous l'empire de cette loi.

5. La première réunion de l'Autorité s'est tenue le 2 mars 2009.

6. CE, 17 mai 2002, n° 232359, M. Hoffer e. a.

Affaires n° 08/0003 F et 08/0023 F relatives aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre et à des pratiques concernant le fonctionnement de l'entreprise commune de manutention portuaire Terminal porte océane (TPO)

Dans cette affaire, la notification des griefs a été communiquée aux parties mises en cause le 19 juin 2009.

La société TPO, rencontrant des difficultés d'accès à certaines pièces du dossier, a saisi le conseiller auditeur en date du 10 juillet 2009. Elle faisait valoir que ces difficultés étaient notamment dues à des différences entre les cotations enregistrées et utilisées dans la notification des griefs et celles retenues sur le CD-ROM regroupant l'ensemble des pièces ; à l'absence de certains documents sur le CD-ROM ; enfin, à un défaut de correspondance entre les cotations de la notification et les pièces auxquelles il était fait référence.

En raison de ces difficultés, la société TPO avait demandé à M^{me} la rapporteure générale, préalablement à la saisine du conseiller auditeur, une extension du délai légal pour déposer ses observations en réponse à la notification des griefs.

M^{me} la rapporteure générale avait alors adressé à TPO des informations complémentaires sur les cotations des pièces faisant difficulté et lui avait accordé un délai supplémentaire de huit jours pour répondre à la notification des griefs.

Afin d'apprécier la nature des difficultés rencontrées, le conseiller auditeur a organisé un rendez-vous avec la partie saisissante. Au cours de ce rendez-vous, il a préconisé qu'une réunion immédiate se tienne avec le rapporteur et le rapporteur général adjoint, afin que toutes les informations manquantes lui soient apportées, et qu'avant cette rencontre, des notes explicatives complémentaires soient adressées à TPO par le rapporteur.

Dans cette affaire, le conseiller auditeur a préféré proposer une mesure rapide et concrète permettant d'améliorer effectivement le droit d'accès aux pièces du dossier à la partie saisissante, plutôt que de lui octroyer un nouveau délai supplémentaire. À son avis, l'octroi d'un délai supplémentaire n'aurait pas permis de résoudre de façon plus efficace les difficultés invoquées, alors que le contact direct avec le rapporteur apportait la solution la plus rapide à la difficulté rencontrée.

Remarques finales

Ni la loi LME, ni le décret du 26 mars 2009 ne fixent les modalités pratiques de saisine du conseiller auditeur. Il semble dès lors utile, dans l'intérêt des parties, de proposer que l'acte de saisine mentionne notamment les éléments suivants :

- la référence du dossier ;

- la date à laquelle la notification des griefs a été envoyée et reçue ;
- l'objet exact de la saisine, avec mention des faits ou actes soulevant les difficultés qui ont un impact sur l'exercice des droits de la défense ;
- la mention des pièces essentielles sur lesquelles la partie saisissante fonde sa saisine.

Si, à la suite d'une saisine initiale ayant un objet clairement défini, la partie saisissante souhaite dans la même affaire saisir le conseiller auditeur d'une autre difficulté, il est suggéré de le saisir par un nouvel acte indiquant clairement l'objet de cette nouvelle difficulté.

Enfin, le conseiller auditeur est ouvert à tout contact informel pouvant aider les parties à faire valoir le plein exercice de leurs droits.

Textes



Textes

Lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations _____	463
I. L’objectif du contrôle des concentrations _____	463
II. Les sources _____	464
III. Le champ d’application du contrôle des concentrations _____	465
A. La notion de concentration _____	465
1. Les notions d’entreprise et de personne _____	466
2. La notion de contrôle _____	467
3. Critères d’appréciation d’une influence déterminante _____	469
4. Le cas particulier des entreprises communes _____	474
5. Les opérations interdépendantes _____	476
6. Le cas particulier des opérations transitoires _____	477
B. Seuils de contrôle _____	478
1. Les seuils applicables au contrôle national des concentrations _____	478
2. Modalités de calcul du chiffre d’affaires _____	482
IV. La procédure _____	485
A. Vue d’ensemble de la procédure devant l’Autorité _____	485
1. L’obligation de notification _____	485
2. L’effet suspensif de la procédure et les dérogations _____	486
3. Les différentes phases de la procédure _____	488
B. La phase de pré-notification _____	489
C. Les renvois et l’application des législations nationales relatives aux intérêts légitimes _____	490

1. Renvois aux autorités nationales _____	491
2. Renvois vers la Commission _____	493
3. La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires _____	495
D. La phase 1 _____	495
1. Le dépôt du dossier de notification _____	495
2. Le contenu du dossier de notification _____	496
3. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction _	500
4. La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification _____	501
5. Les délais d'examen _____	501
6. La conduite de l'examen de phase 1 _____	502
7. Les engagements en phase 1 _____	505
8. La décision de l'Autorité en phase 1 _____	506
9. La publication des décisions _____	507
E. La phase 2 ou examen approfondi _____	509
1. Déclenchement de la phase 2 _____	509
2. Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules _____	510
3. La conduite de l'examen en phase 2 _____	511
4. Décision de l'Autorité en phase 2 _____	513
5. Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'Économie _____	514
6. Les retraits de notification _____	515
F. Les recours _____	515
1. Les délais de recours _____	515
2. Le recours en annulation _____	516
3. Les référés _____	517
4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par le Conseil d'État _____	518
G. La mise en œuvre des mesures correctives _____	519
1. Le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives _____	519
2. Le réexamen des mesures correctives _____	522
H. La mise en œuvre de l'article L. 430-9 _____	522
V. L'examen d'une opération sur le fond _____	523
A. Principales notions _____	523
B. La délimitation des marchés pertinents _____	527
1. L'objectif _____	527

2. Les critères utilisés _____	528
3. Délimitation en termes de produits et services _____	530
4. Dimension géographique des marchés pertinents _____	535
C. L'appréciation du degré de concentration du marché _____	537
1. L'objectif _____	537
2. Les critères utilisés _____	537
D. Les effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux _____	539
1. La nature de ces effets _____	539
2. Les critères d'analyse _____	540
E. Les effets non coordonnés dans les concentrations verticales _____	550
1. La nature de ces effets _____	550
2. Les critères d'analyse _____	552
F. Effets non coordonnés dans les concentrations conglomérales _____	559
1. La nature de ces effets _____	559
2. Les critères utilisés _____	560
G. Autre cas d'effets non coordonnés : la disparition d'un concurrent potentiel _____	563
H. Autre cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat _____	565
I. Les effets coordonnés _____	566
1. La nature de ces effets _____	566
2. Les critères utilisés _____	567
3. L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales _____	573
J. Risques de coordination des sociétés mères _____	574
1. La nature des effets _____	574
2. Les critères utilisés _____	575
K. Les restrictions accessoires _____	577
L. Les contributions au progrès économique _____	579
1. L'objectif _____	579
2. Les critères utilisés _____	580
3. Exemples de contributions au progrès économique _____	581

M. L'argument de l'entreprise défaillante	586
N. Les mesures correctives	588
1. La cession d'activités	591
2. La suppression de liens structurels entre des concurrents	593
3. La création de nouvelles capacités	594
4. Les mesures correctives comportementales	594
Annexes	596
A. Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations	596
B. Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence	597
1. Présentation des études	597
2. Contenu des études	598
C. Questions relatives aux contrats de distribution	600
1. Contrat de distribution et influence déterminante	600
2. Le calcul du chiffre d'affaires	603
3. L'appréciation du pouvoir de marché	603
4. Le contenu du dossier de notification	604
D. Questions spécifiques aux fonds d'investissements	605
1. Qualification du contrôle	606
2. Le calcul du chiffre d'affaires	606
3. Le contenu du dossier de notification	607
4. Délai d'instruction du dossier	608
5. Renvois à la Commission	608
6. Analyse concurrentielle	608
E. Questions relatives aux coopératives agricoles et à leurs unions	609
1. Dans quels cas les adhérents d'une coopérative exercent-ils sur celle-ci une influence déterminante ?	610
2. La création d'une union de coopératives constitue-t-elle une concentration au titre de l'article L. 430-1, II du Code de commerce ?	611
3. Comment calculer le chiffre d'affaires d'une coopérative ou d'une union de coopératives ?	612
4. Comment sont analysés les marchés qui mettent en présence une coopérative et ses adhérents ?	613
F. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives	617

Textes

Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

I. L'objectif du contrôle des concentrations

1. Les concentrations, qu'il s'agisse de fusions, acquisitions ou de création d'entreprises communes, permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs par des prix plus bas, une amélioration de la qualité des produits, ou un élargissement du choix qui leur est offert. De ce fait, et comme le rappelle le quatrième considérant du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, les concentrations *« doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté »*.

2. Cependant, ce bénéfice pour les consommateurs n'est pas assuré lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, en France comme dans la grande majorité des pays développés, le législateur a mis en place un dispositif de prévention des atteintes à la concurrence résultant des concentrations. Ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint.

3. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie : les restrictions qu'il impose à cette liberté doivent rester limitées et proportionnées. De 2000 à 2008, 94 % des concentrations dont l'autorité nationale de concurrence a examiné le bilan concurrentiel, ont été autorisées sans conditions. Cependant, dans les cas qui le nécessitent, les autorités de concurrence recherchent des mesures correctives aux atteintes à la concurrence,

sous forme d'engagements proposés par les entreprises ou d'injonctions et prescriptions qui leur sont imposées. Elles peuvent aussi, lorsque aucun remède satisfaisant ne peut être trouvé, interdire une opération.

4. Le contrôle des concentrations a été créé en France par la loi du 19 juillet 1977. Son fonctionnement a été amélioré, successivement, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

5. Depuis le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence met en œuvre le contrôle des concentrations défini par le législateur national. Le présent guide a pour objectif de fournir aux entreprises une présentation pédagogique sur son champ d'application, sur le déroulement de la procédure devant l'Autorité et sur les objectifs, critères et méthodes employés pour les analyses au fond.

II. Les sources

6. L'organisation de l'Autorité de la concurrence, ses attributions, les règles générales de procédure, de décision et de recours sont définies par le titre VI du livre IV relatif à la liberté des prix et à la concurrence, du Code de commerce. Le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence précise quelques modalités pratiques sur la procédure.

7. Plus spécifiquement, le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les articles L. 430-1 à L. 430-10 du Code de commerce. Sa mise en œuvre est précisée par les articles R. 430-1 à R. 430-10 de la partie réglementaire du Code de commerce.

8. Sont également directement applicables certaines dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, notamment l'article premier qui fixe la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence nationales en fonction des chiffres d'affaires des entreprises concernées par la concentration. De même, l'article L. 430-2 du Code de commerce renvoie pour le mode de calcul des chiffres d'affaires à l'article 5 du règlement, précisé par la communication consolidée sur la compétence de la Commission du 21 février 2009.

9. Le règlement (CE) n° 139/2004 prévoit aussi des mécanismes de renvoi, à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22, entre la Commission européenne et les autorités de concurrence des États membres, dont les modalités d'application sont précisées par la communication de la Commission du 5 mars 2005.

10. Les autres dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 ne sont pas directement applicables au contrôle national des concentrations. Mais dans la pratique décisionnelle, dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec la pratique

communautaire, les différentes notions relatives au contrôle des concentrations utilisées dans le Code de commerce sont alignées sur celles utilisées dans le règlement (CE) n° 139/2004 et les différentes communications publiées par la Commission qui, sur ces sujets, constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles.

11. L'application de ces textes a été éclairée par la jurisprudence développée en la matière par le Conseil d'État. L'Autorité se réfère également à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, et à la jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés Européennes.

12. Le présent guide, dépourvu en lui-même de toute portée normative, complète ce corpus. Il remplace les lignes directrices de la DGCCRF produites sous le régime antérieur à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

13. Ce guide, à vocation pédagogique, ne saurait exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. Il constitue, pour l'Autorité, une directive¹ opposable aux entreprises et invocable par elles. Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité s'engage à appliquer les lignes directrices chaque fois qu'elle examinera une opération, notifiée à compter du 1^{er} janvier 2010, sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifie qu'il y soit dérogé. Ce guide est susceptible d'être mis à jour, au fur et à mesure de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

III. Le champ d'application du contrôle des concentrations

14. 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 ce qu'est une concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable.

15. Par exception, il est à noter que ces dispositions, ainsi que l'ensemble du livre IV du Code de commerce, ne s'appliquent pas à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, comme le précisent les articles L. 930-1 et L. 940-1 du Code de commerce.

A. La notion de concentration

16. L'article L. 430-1 du Code de commerce dispose que :

«I – Une opération de concentration est réalisée :

1° lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

1. Cf. la jurisprudence issue de la décision du Crédit Foncier du Conseil d'État du 11 décembre 1970.

2° lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II – La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III – Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.»

17. L'article L. 430-1, III précise que l'Autorité, pour déterminer si une opération est une concentration, considère aussi bien les circonstances de droit que de fait. En effet, le contrôle des concentrations ne pourrait être efficace si l'examen se limitait aux éléments de droit : toute opération, dès l'instant où elle constitue une concentration économique, changeant la structure des marchés, doit être soumise au contrôle, quels que soient les montages juridiques retenus.

18. Les principales questions soulevées par cette définition portent sur les notions d'entreprise, de personne, de fusion, de contrôle, et d'entreprise commune, qui sont présentées ci-dessous.

1. Les notions d'entreprise et de personne

19. On entend par « entreprise » « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »², l'activité économique étant entendue comme « consistant à offrir des biens et des services sur le marché »³. Une concentration peut porter sur l'ensemble d'une ou plusieurs entreprises, mais aussi sur des éléments d'actifs constituant une partie d'une entreprise, comme des marques ou des brevets, dès l'instant où ces éléments d'actifs constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté⁴.

20. La notion de « personne », évoquée au point I-2 de l'article L. 430-1 comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public⁵, y compris l'État lui-même, et les personnes physiques. Les prises de contrôle réalisées par des personnes physiques ne sont susceptibles de réaliser une concentration que si

2. CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, point 21.

3. CJCE, 16 juin 1987, Commission européenne c/Italie, C-118/85, *Rec.* p. 2599, point 7.

4. Cf. par exemple l'affaire communautaire COMP/M. 3867 – Vattenfall/Elsam and E2 Assets du 22 décembre 2005.

5. Cf. par exemple le cas de la Commission IV/M. 157, Air France/Sabena du 5 octobre 1992 en ce qui concerne l'État belge; IV/M. 308, Kali et Salz/MDK/Treuhand du 14 décembre 1993 en ce qui concerne d'autres organismes de droit public tels que la Treuhand.

ces personnes exercent des activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération⁶.

21. Dans la suite du présent guide, le terme d'« *entreprise* » sera utilisé de manière générique, qu'il s'agisse d'une entreprise dans son ensemble ou seulement d'éléments d'actifs répondant aux critères ci-dessus, qu'il s'agisse d'une activité économique contrôlée par un organisme de droit privé, de droit public ou une personne physique.

22. Les fusions de droit peuvent être réalisées soit, par création d'une nouvelle entreprise soit, par absorption d'une entreprise par une autre. Elles entraînent, dans le premier cas, la disparition de la personnalité morale des entreprises qui fusionnent et, dans le second cas, la disparition de la personnalité morale de l'entreprise absorbée.

23. Les fusions de fait sont soumises au contrôle des concentrations comme les fusions de droit, dès l'instant où elles conduisent à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire.

24. La détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause est un point essentiel, une opération pouvant s'avérer n'être qu'une restructuration interne d'un groupe, auquel cas elle ne constitue pas une concentration. Cette détermination repose sur la notion de contrôle qui s'apprécie selon les principes exposés ci-après. Si aucune des entreprises impliquées ne subit un changement de contrôle, l'opération n'est pas une concentration.

2. *La notion de contrôle*

25. Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise, dès l'instant où l'entreprise contrôlante peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée.

26. Ces notions de « *contrôle* » et d'« *influence déterminante* » sont spécifiques au droit national et au droit communautaire du contrôle des concentrations qui se rejoignent sur ce point. Par exemple, la notion de « *contrôle* » en droit national du contrôle des concentrations n'est pas identique à la notion de « *contrôle* » au sens

6. Cf. par exemple le cas de la Commission IV/M. 82, Asko/Jakobs/Adia du 16 mai 1991, dans laquelle l'entreprise concernée est un particulier; COMP/M. 3762, ou encore Apax/Travelex du 16 juin 2005 dans laquelle un particulier acquérant un contrôle en commun n'a pas été considéré comme une entreprise concernée.

du droit des sociétés. Il convient aussi de noter que la notion d'« *influence déterminante* » n'est pas identique à celle d'« *influence notable* » utilisée en matière de consolidation comptable.

27. Le contrôle peut être exclusif, c'est-à-dire qu'il est acquis par une entreprise agissant seule, ou conjoint, c'est-à-dire qu'il est acquis par plusieurs entreprises associées. La notion de « *contrôle en commun* » est équivalente à celle de « *contrôle conjoint* ».

a) Le contrôle exclusif

28. Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Une entreprise peut détenir un contrôle exclusif sur une autre entreprise dans deux cas :

- lorsqu'elle détient seule le pouvoir de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise concernée ;
- lorsqu'elle est 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 « *néгатif* »).

29. Il est à noter que, lorsqu'une opération permet au détenteur d'un contrôle exclusif négatif de passer à un contrôle exclusif positif, la qualité du contrôle n'est pas considérée comme étant modifiée par l'opération. Par exemple, lorsqu'un actionnaire minoritaire acquiert le pouvoir de prendre seul les décisions stratégiques de l'entreprise, l'opération n'est pas une concentration s'il détenait déjà un contrôle exclusif « *néгатif* » avant l'opération.

30. Comme la notion de fusion, la notion de contrôle exclusif s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. Un contrôle exclusif est normalement acquis de plein droit lorsqu'une entreprise obtient la majorité des droits de vote d'une société. Un contrôle exclusif peut également découler, de droit, d'une participation minoritaire, lorsque des droits spécifiques sont attachés à cette dernière comme des droits de veto par exemple. Un actionnaire minoritaire peut également être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait. C'est, par exemple, le cas lorsque celui-ci a la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence effective des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures. Symétriquement, une participation majoritaire n'empêche pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint.

31. Le contrôle exclusif ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.

b) Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

32. Lorsque deux ou plusieurs entreprises ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, le contrôle est conjoint. Les entreprises

contrôlantes sont donc appelées à collaborer et à s'entendre sur la stratégie de l'entreprise contrôlée.

33. Comme les notions précédentes, la notion de contrôle conjoint s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. La forme la plus classique du contrôle conjoint est celle où deux entreprises contrôlantes se partagent à parité les droits de vote d'une entreprise contrôlée. Néanmoins, une situation de contrôle conjoint peut advenir alors même qu'il n'existe pas de parité entre les deux entreprises contrôlantes en termes de votes ou de représentation dans les organes de décision ou lorsque plus de deux entreprises contrôlantes se partagent ce contrôle.

34. Comme pour le contrôle exclusif, le contrôle conjoint ne suppose pas que les entreprises contrôlantes aient le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, comme le contrôle exclusif (*cf.* paragraphe 31), est leur pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.

35. Lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent une entreprise cible en vue d'en répartir immédiatement les actifs entre elles, l'opération n'est pas constitutive d'une prise de contrôle conjoint, mais d'une prise de contrôle exclusif par chacune des entreprises contrôlantes sur les actifs qu'elle acquiert. Il s'agit alors de deux opérations distinctes du point de vue du contrôle des concentrations.

c) Absence de contrôle

36. Par ailleurs, il est à noter qu'une entreprise peut ne faire l'objet d'aucun contrôle au sens du droit des concentrations, aucun actionnaire ou aucune autre entreprise ne disposant d'une influence déterminante. Ce cas peut survenir lorsque le capital et les droits de vote d'une entreprise sont répartis entre plusieurs minoritaires, sans qu'aucun élément de droit et de fait n'impose que se dégage une majorité stable dans la procédure de prise de décision et qu'une majorité peut se dégager au coup par coup suivant les combinaisons possibles des voix des actionnaires minoritaires (majorités fluctuantes). La Commission européenne a ainsi récemment conclu que Keolis n'était contrôlée par aucun de ses actionnaires et que la montée au capital de la SNCF Participations, en lui conférant un contrôle conjoint sur l'entreprise, constituait donc une opération de concentration⁷.

3. Critères d'appréciation d'une influence déterminante

37. Le plus souvent, ce sont les droits conférés à l'actionnaire majoritaire, voire à un actionnaire minoritaire, qui déterminent l'exercice du contrôle sur une entreprise. D'autres éléments, tels des relations contractuelles ou des relations financières, ajoutés aux droits conférés à un actionnaire minoritaire, peuvent établir un contrôle de fait. Dans des circonstances très exceptionnelles, une entreprise peut même disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital.

7. Décision de la Commission, COMP/M. 5557 SNCF/CDPQ/Keolis/Effia.

38. 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 suffit pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

a) Les droits conférés aux actionnaires

39. C'est généralement la détention d'une majorité des droits de vote qui confère à un actionnaire une influence déterminante sur l'entreprise. Néanmoins, une participation minoritaire peut également permettre à un actionnaire d'exercer une influence déterminante si elle est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers⁸ ou si ces droits, examinés selon la méthode du faisceau d'indices convergents de nature juridique ou économique, sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante.

40. Pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante, l'Autorité examine, en premier lieu, les droits qui lui sont conférés et leurs modalités d'exercice. Elle tient compte, par exemple :

- des droits de veto, en particulier ceux portant sur le plan stratégique, la nomination des principaux dirigeants, les investissements et le budget;
- de la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part dans les décisions supérieure à la part dans le capital;
- de la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise;
- de la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions, ou encore de l'existence d'options d'achat; en elles-mêmes, de telles options ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants, mais elles peuvent venir conforter d'autres indices d'une influence déterminante;
- de la possession de droits de préemption ou de préférence;
- de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées au management ou aux entreprises mères.

41. L'Autorité analyse aussi si l'éparpillement de l'actionnariat n'est pas susceptible de donner à la participation de l'actionnaire minoritaire un impact concret plus important dans les délibérations. En cas de nécessité, cet examen s'appuie sur les procès-verbaux des conseils d'administration sur plusieurs années qui peuvent être utilisés pour déterminer la répartition et l'influence réelle des votes des actionnaires. Par exemple, le ministre de l'Économie a considéré que la montée en capital de SNCF Participations dans Novatrans de 38,63 % à 49,02 % en 2006 était de nature à lui conférer une influence déterminante, au terme d'une analyse *in concreto*

8. Cf. par exemple, les avis du Conseil de la concurrence 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004 et les arrêtés du ministre chargé de l'Économie et du ministre chargé de l'Agriculture C2004-120/C2004-121 du 25 mai 2005.

de la structure des votes des assemblées générales de Novatrans. En effet, SNCF Participations était assurée de disposer d'une majorité de fait et donc disposait d'une influence déterminante sur Novatrans. En particulier, le ministre a relevé que, pour faire barrage aux décisions de SNCF Participations, le taux de mobilisation requis des autres actionnaires devait être de 96,2 %, taux bien supérieur au taux maximal de mobilisation constaté sur la période 2003-2006 et à l'assemblée générale ordinaire de 2007 qui avait fait pourtant l'objet d'une mobilisation exceptionnelle avec un taux de participation de 79,1 %.

42. Dans certains cas, il est nécessaire d'apprécier si certains actionnaires sont amenés à coordonner leurs décisions :

- en raison d'un pacte d'actionnaires ou de tout autre accord exprès les conduisant à agir de concert ou à faciliter la coordination de leurs votes ;
- en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits.

43. Par exemple, le Conseil de la concurrence a considéré⁹ que les sociétés Pan Fish et Wartdal détenaient conjointement une influence déterminante sur la société Aalesundfisk. En effet, ces deux sociétés possédaient à elles deux près de 80 % des parts de la société norvégienne, les autres actionnaires possédant au maximum 6,80 % des parts. Ce contrôle capitalistique était en outre renforcé par les droits de préemption exclusifs et réciproques concernant l'achat des actions de l'autre que s'était accordé chacun des deux actionnaires majoritaires. Ce pacte d'actionnaires réservait également aux membres du conseil d'administration nommés par Pan Fish et Wartdal un pouvoir de décision relatif à l'achat d'actions par les employés. En outre, le pacte prévoyait l'exercice d'un pouvoir conjoint des deux actionnaires au sein du conseil d'administration (le nombre de membres était fixé conjointement, les deux actionnaires désignaient chacun un membre, la désignation du président nécessitait l'accord des deux actionnaires et, enfin, ceux-ci étaient d'accord pour accorder le droit aux autres actionnaires de désigner un membre en commun). De plus, les deux sociétés influençaient la politique commerciale de la société Aalesundfisk, le contrôle exercé par le groupe Pan Fish sur la politique commerciale de la société Aalesundfisk étant, au surplus, confirmé sur le site Internet de Pan Fish, qui présentait Aalesundfisk comme un complément à sa stratégie de distribution. Il ressortait de ces éléments que Pan Fish et Wartdal exerçaient conjointement une influence déterminante sur la société Aalesundfisk.

b) Les relations contractuelles

44. À elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Ainsi, le point 18 de la communication consolidée de la Commission rappelle qu'« afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces

9. Avis du Conseil de la concurrence 06-A-20 du 20 octobre 2006.

contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels)».

45. Comme exemple de contrats pouvant permettre à eux seuls une prise de contrôle, la Commission cite dans le même point les conventions de location-gérance, par lesquelles l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés et renvoie à l'article 3, paragraphe 2, point a), du règlement n° 139/2004 qui précise que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise.

46. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats de franchise, comme l'indique la Commission, « *les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur* »¹⁰.

47. Les autres questions spécifiques aux contrats de distribution sont traitées dans l'annexe C.

c) Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle

48. L'Autorité tient aussi compte, dans son appréciation, des liens économiques que les actionnaires auront avec la nouvelle entité, comme, par exemple :

- le fait d'être le principal actionnaire industriel de la nouvelle entité, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote ;
- l'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec la nouvelle entité ;
- la constatation de relations commerciales très privilégiées tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de distribution, d'unités de production ;
- le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie ;
- le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise.

d) Exemples d'appréciations des éléments susceptibles de conférer une influence déterminante

49. Dans l'affaire Est Républicain/BFCM/Socpresse, le Conseil d'État a considéré que la BFCM exerçait une influence déterminante sur EBRA en tenant compte de ses droits de veto et de son rôle de prêteur¹¹ : « *Il ressort des pièces du dossier que l'article 19 des statuts de la société EBRA prévoit que la nomination et la révocation*

10. § 19 de la communication consolidée de la Commission.

11. Décision du Conseil d'État du 31 janvier 2007.

des membres de son comité de direction – lequel, en vertu de l'article 14 de ces statuts, est investi des pouvoirs les plus étendus pour diriger, gérer et administrer la société – requièrent de l'assemblée des actionnaires une décision acquise à la majorité des deux tiers; que, propriétaire de 49 % du capital, contre 51 % pour la SA Le Journal L'Est Républicain, la BFCM dispose de ce fait, à l'égal de cette dernière, d'un droit de veto sur la nomination et la révocation des cinq membres du comité alors même qu'en application de l'article 13 des statuts, elle n'a un pouvoir de proposition que pour deux d'entre eux; qu'en outre, la BFCM a financé seule, pour un montant total de 189 millions d'euros, la reprise de la SA Delaroche par la société EBRA, dont le capital ne dépasse pas 38 000 euros; que cette situation de prêteur conforte son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de cette dernière, alors surtout qu'elle est par ailleurs en mesure, compte tenu des règles de vote prévues en la matière par l'article 19 des statuts de la société, de s'opposer, au sein de l'assemblée des actionnaires, à toute augmentation des fonds propres; que la circonstance que, par une convention de compte courant en date du 22 mai 2006, la BFCM s'est engagée à ne pas exiger de remboursement de son prêt avant l'expiration d'une période de trois ans n'est pas de nature à réduire ce pouvoir compte tenu, notamment, de l'ampleur des difficultés financières rencontrées par la SA Delaroche et de l'importance du prêt par rapport au chiffre d'affaires annuel de cette dernière.»

50. En revanche, dans un avis relatif aux acquisitions réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg¹² dans le secteur de la distribution de bières, le Conseil de la concurrence a considéré que l'acquisition d'une minorité au capital de quatre sociétés ne conférerait pas à Kronenbourg d'influence déterminante : *« En l'espèce, les prises de participation minoritaires réalisées par Kronenbourg dans le capital des sociétés Ferrer, Feuvrier, Murgier et Kihl ont donné lieu à une modification des statuts. Les dispositions de ces statuts, relativement similaires d'une opération à l'autre, conféraient à Kronenbourg un droit de veto sur certaines décisions du conseil d'administration, relatives à des engagements financiers importants et un droit de préférence en cas de cession des actions. Kronenbourg a, de plus, conclu avec les groupes familiaux des sociétés Ferrer, Feuvrier et Kihl, des pactes d'actionnaires, comportant notamment une promesse de vente à échéance indéterminée de la totalité du capital en sa faveur. Dans leurs modalités, aucune de ces dispositions juridiques n'excède ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers et ne permet à Kronenbourg de contrôler la stratégie de l'entreprise.»*

51. De même, l'Autorité a récemment estimé, dans le cadre de l'examen de la fusion des groupes Banque Populaire/Caisse d'Épargne¹³ que l'État n'exercerait pas d'influence déterminante sur le nouveau groupe, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit et de fait. En particulier, s'agissant des éléments qui pourraient conférer à l'État un contrôle de fait, l'Autorité a tenu compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État, d'un montant de 5 Mds d'euros, était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées, soit environ 1,5 Mds d'euros, pour que l'État perde son

12. Avis du Conseil de la concurrence 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

13. Décision de l'Autorité de la concurrence 09-DCC-16 du 22 juin 2009.

droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance. En tout état de cause, l'Autorité a noté que l'État avait le pouvoir de proposer deux membres indépendants mais non de les révoquer et qu'il ne disposait donc pas du pouvoir de bloquer les décisions devant être prises à la majorité qualifiée.

52. Dans des cas exceptionnels, un contrôle peut être constitué alors même que l'entreprise n'acquiert aucune participation au capital. Par exemple, dans un avis du 15 octobre 1991, le Conseil de la concurrence a relevé l'existence d'une influence déterminante de Gillette sur Eemland Holdings NV (ci-après « Eemland »), bien que Gillette ne détienne pas d'actions d'Eemland, et n'ait ni droit de vote au conseil d'administration d'Eemland, ni le droit d'être représenté à ce conseil, ni le droit d'assister à l'assemblée générale des actionnaires, ni le droit à des informations sur cette société. Au cas d'espèce, l'influence déterminante était fondée sur un faisceau d'indices convergents. En premier lieu, Gillette était détenteur d'obligations convertibles auxquelles était attaché un droit de préemption sur les actions ordinaires et sur les autres obligations convertibles d'Eemland, permettant à Gillette d'être le seul opérateur industriel et commercial parmi les investisseurs d'Eemland, susceptible d'en prendre, le cas échéant, en partie ou en totalité le contrôle. En deuxième lieu, Eemland était en dépendance financière vis-à-vis de Gillette qui, en tant que prêteur, apportait des capitaux représentant environ 70 % du chiffre d'affaires mondial d'Eemland. En troisième lieu, les accords commerciaux passés entre les parties conféraient à Gillette la possibilité de limiter la concurrence d'Eemland sur le segment des produits haut de gamme en France, sur lequel était positionnée la marque Gillette.

4. Le cas particulier des entreprises communes

53. Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1, qu'il s'agisse « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». La création d'une telle entreprise commune peut résulter :

- de la création d'une structure commune totalement nouvelle ;
- de l'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, dès l'instant où ces actifs, qu'il s'agisse de contrats, d'un savoir-faire ou d'autres actifs, permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités ;
- de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante.

54. En particulier, l'entreprise est de plein exercice si elle bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment « *de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale)* »¹⁴. Les moyens nécessaires à

¹⁴. Lettre C2007-14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail.

son activité peuvent être transférés par les maisons mères « *notamment en matière de personnels et d'actifs incorporels (marques...)* »¹⁵ ou encore « *leur expertise dans le domaine de la conception, de la fabrication et de la commercialisation [...] par transfert de l'ensemble de leurs activités dans ce secteur, des contrats, des salariés ainsi que tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité* »¹⁶.

55. De plus, la structure doit être « *une entreprise accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome* » (ou encore une entreprise **de plein exercice**), ce qui signifie qu'elle opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché. C'est le cas, par exemple, des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production¹⁷. En revanche, le fait que les sociétés mères représentent une part importante des ventes de cette entreprise commune ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse s'agir d'une concentration, sous réserve que l'entreprise commune traite, sur le plan commercial, avec ses sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers.

56. Comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne au point 93, la notion de plein exercice ne se confond pas avec celle d'autonomie par rapport à la maison mère telle qu'elle a été définie par l'Autorité en contentieux des pratiques anticoncurrentielles : « *Le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie. Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel.* »

57. La structure doit être « **commune** », c'est-à-dire qu'elle est contrôlée conjointement par deux ou plusieurs entreprises.

58. La structure doit fonctionner « **de manière durable** ». Par exemple, la création d'une entreprise commune constituée pour construire un ouvrage d'art et destinée à être dissoute au terme de ce projet, ne réalise pas une concentration. *A contrario*, le fait que l'accord passé entre les sociétés mères prévoit la dissolution de l'entreprise commune en cas d'échec ne fait pas obstacle à sa qualification de concentration.

59. Par exemple, dans sa décision relative à l'opération Opéra¹⁸, le Conseil d'État a considéré que la centrale d'achat Opéra, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, n'avait pas les caractéristiques d'une entreprise économique autonome : « *Si la société Opéra a pour rôle essentiel d'effectuer le "référencement des fournisseurs de ses maisons mères pour une gamme importante de produits et de négocier les conditions*

15. Lettre C2007-19 du 10 septembre 2007, SPIR Communication/Schibsted.

16. Lettre C2007-18 du 6 avril 2007, Astorg III/Safeguard International Fund.

17. Communication consolidée § 95.

18. Décision du Conseil d'État du 31 mai 2000.

d'achat avec les producteurs ainsi "référéncés, les décisions d'achat continueront à être prises par les maisons mères et leurs filiales, qui restent présentes en tant qu'acheteurs sur le marché de l'approvisionnement en produits de grande distribution; que la société Opéra doit négocier les délais de règlement par référence aux pratiques antérieures de ses maisons mères et ne peut accorder d'escomptes de paiement qu'avec leur accord; que si la société Opéra est chargée d'acheter en propre certains produits afin de les revendre à ses mandants, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette activité, qui ne porte que sur une part très faible des achats des maisons mères et de leurs filiales, suffise à lui conférer le caractère d'une entité économique autonome; qu'il suit de là qu'en estimant que la société Opéra n'avait pas, dans son fonctionnement quotidien, un caractère d'autonomie suffisant pour que sa création puisse être regardée comme une concentration, le ministre n'a pas entaché sa décision d'une inexacte qualification des faits de l'espèce.»

5. Les opérations interdépendantes

60. Comme le détaille la communication consolidée de la Commission (points 38 et s.), l'Autorité considère que des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. Le considérant 20 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations précise d'ailleurs qu'il convient de traiter comme une concentration unique les opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel. En revanche, dès lors que les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire que les parties mèneraient à son terme l'une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, les différentes opérations doivent être évaluées individuellement.

61. Les opérations peuvent être considérées comme liées entre elles en droit, lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque. Mais il ne peut être exclu que soient pris en compte des éléments démontrant que, sur le plan économique, les opérations ne peuvent se faire l'une sans l'autre. Comme le précise le point 43 de la communication consolidée, le fait que les accords soient conclus simultanément est l'un des éléments essentiels à l'interdépendance¹⁹.

62. Même faisant l'objet d'un lien conditionnel, des opérations ne peuvent cependant être considérées comme une opération de concentration unique que si pour chacune d'elle, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises. Par exemple, lorsque plusieurs entreprises se partagent des actifs, l'Autorité considère chaque opération de façon distincte même si chacune de ces acquisitions est conditionnée par la réalisation des autres. Il convient également que chacune des opérations constitue individuellement une concentration. Des opérations qui n'emportent

¹⁹. Pour une application de ces dispositions, cf. la décision de la Commission COMP/M. 2978 VUP/Natexis/Lagardère, points 6 à 8 : « C'est donc en vue de répondre à ce souci de rapidité que, à la demande de Lagardère, Natexis Banque Populaire est intervenue dans le processus d'acquisition des actifs concernés de VUP. Le 3 décembre 2002, le groupe Natexis Banque Populaire a conclu avec Lagardère un accord de vente ferme, permettant à Lagardère (via Ecrinvest 4), après autorisation de la concentration par la Commission, de devenir propriétaire de la totalité du capital d'Investima 10, société qui détient les actifs de VUP. Le prix d'acquisition de ces titres a été immédiatement payé d'avance par Lagardère à Segex, société titulaire de la totalité des actions composant le capital d'Ecrinvest 4, à la même date. Par conséquent, la concentration est une acquisition de contrôle unique, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b) du règlement sur les concentrations. »

pas une prise de contrôle, telles que par exemple des participations minoritaires non contrôlantes, ne peuvent être considérées comme formant un tout indissociable avec des opérations concernant la prise de contrôle d'entreprises, quand bien même ces deux types d'opérations seraient liés entre eux.

63. Il convient de distinguer de ceux décrits ci-dessus, le cas prévu à l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 139/2004, aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. En application de cet article, des opérations successives (chacune d'elles entraînant une prise de contrôle) effectuées au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont considérées comme une seule concentration même si elles ne sont pas subordonnées l'une à l'autre.

6. *Le cas particulier des opérations transitoires*

64. L'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations considère qu'une opération de concentration n'est pas réalisée *« lorsque des établissements de crédit, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti »*.

65. La Commission européenne indique dans sa communication consolidée²⁰ qu'elle retient deux conditions pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle. D'une part le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante, et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape. La Commission européenne indique aussi que²¹ *« [...] dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission »*.

66. L'Autorité s'inspirera de ces dispositions pour apprécier la contrôlabilité de prises de contrôle d'actifs destinés à être revendus à courte échéance.

20. § 28 et s. de la communication consolidée de la Commission européenne.

21. § 47 de la communication consolidée de la Commission européenne.

67. Pour les questions relatives aux prises de contrôle transitoire dans le commerce de détail, le lecteur peut se reporter à l'annexe sur les questions relatives aux contrats de distribution.

* * *

68. D'une façon générale, pour toute question relative à la notion de concentration, les parties pourront également se référer aux points mentionnés ou non cités de la communication consolidée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du 21 février 2004 qui, même si elle ne s'applique qu'au droit communautaire, constitue un guide d'analyse utile, même en droit national.

B. Seuils de contrôle

1. *Les seuils applicables au contrôle national des concentrations*

69. En vertu de l'article L. 430-2 du Code de commerce qui définit les seuils du contrôle national des concentrations et du règlement (CE) n° 139/2004 qui définit les seuils communautaires, les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence si :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
- l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission européenne (on dit usuellement qu'elle n'est pas de « dimension communautaire »). Comme l'indique l'article premier, paragraphes 2 et 3 du règlement (CE) n° 139/2004, une opération est de dimension communautaire si :

- « 2. a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et ;
- b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et ;

- *le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.*»

70. Le règlement (CE) n° 139/2004 utilise l'expression d'« *entreprises concernées* », alors que le Code de commerce utilise celle d'« *entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration* ». Ces deux expressions visent cependant le même objectif, et le terme d'« *entreprise concernée* » sera utilisé dans la suite de ce document indistinctement. L'interprétation de cette notion, développée dans la communication consolidée de la Commission, dépend du type d'opération :

- dans les cas des fusions, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
- dans les cas d'une prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises prenant le contrôle et l'entreprise préexistante acquise ; toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et que un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun alors que la société mère initiale subsiste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société mère initiale ;
- dans le cas d'une transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises concernées sont les entreprises contrôlantes. L'entreprise nouvellement créée n'est pas considérée comme « concernée », n'ayant pas de chiffre d'affaires qui lui est propre avant l'opération. Si l'une des entreprises contrôlantes apporte à l'entreprise nouvellement créée des actifs, le chiffre d'affaires qui leur est rattaché est pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires de cette entreprise contrôlante.

71. Les seuils de l'article L. 430-2, I du Code de commerce indiqué ci-dessous sont abaissés dans deux cas : pour les opérations dans le commerce de détail d'une part et pour les opérations concernant les départements et collectivités d'outre-mer d'autre part.

a) Le commerce de détail

72. Pour le commerce de détail, l'article L. 430-2, II précise les seuils applicables : « *II – Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :*

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité. »

73. Cette nouvelle disposition sur le commerce de détail issue de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie vise à prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise, en permettant à l'Autorité d'examiner des opérations qui ne sont pas soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils de l'article L. 430-2, I.

74. Pour vérifier qu'une opération excède le premier seuil de 75 M€, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et non seulement de celles de commerce de détail. En revanche, le second seuil de 15 M€ ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes. Par exemple, une opération impliquant deux entreprises, l'une réalisant 30 M€ de chiffre d'affaires au total, exclusivement dans le commerce de détail, l'autre réalisant 50 M€ de chiffre d'affaires au total, dont 20 M€ dans le commerce de détail, sera soumise au contrôle des concentrations. En effet, l'ensemble des entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires total supérieur à 75 M€. Le premier seuil est donc franchi (même si elles ne réalisent, au total, que 50 M€ de chiffre d'affaires dans le commerce de détail). Chacune réalisant plus de 15 M€ dans le commerce de détail, le second seuil est également franchi.

75. La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôts vente, etc.). Sont traditionnellement assimilées à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne, l'article L. 430-2, II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.

76. Un exemple peut illustrer le champ défini plus haut. Une entreprise détient un ensemble de magasins réalisant ensemble 17 M€ de chiffre d'affaires, 12 M€ en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, le solde provenant d'activités connexes réalisées sur les mêmes surfaces de vente,

telles que des ventes à des clients professionnels ou de la location de matériel. Les magasins de l'entreprise réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Ces magasins sont donc considérés comme des magasins de commerce de détail. Leur chiffre d'affaires étant supérieur à 15 M€, l'entreprise franchit le second seuil prévu à l'article L. 430-2, II.

77. Autre exemple : un fabricant de produits manufacturés à destination des particuliers vend une partie de ses produits dans des magasins détenus en propre, une autre *via* des distributeurs indépendants. Si ce fabricant réalise un chiffre d'affaires total de 50 M€, dont 10 M€ dans ses propres magasins, l'entreprise ne franchit pas le second seuil prévu à l'article L. 430-2, II. En effet, elle ne réalise que 10 M€ de chiffre d'affaires dans le secteur du commerce de détail.

78. Les seuils prévus à l'article L. 430-2, II, ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils de l'article L. 430-2, II. Elle reste, en revanche, soumise aux seuils prévus à l'article L. 430-2, I.

b) Les départements et collectivités d'outre-mer

79. Pour les opérations dans les départements et collectivités d'outre-mer, l'article L. 430-2, III précise :

« III – Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;*
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;*
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité. »*

80. Pour apprécier si le second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans chacun des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer pris isolément. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise ne franchit pas le seuil de 15 millions d'euros.

2. Modalités de calcul du chiffre d'affaires

81. L'article L. 430-2, V énonce que les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle national des concentrations sont celles de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004. Ces modalités ont été commentées et explicitées par la Commission, dans sa communication consolidée, aux paragraphes 157 à 217.

82. L'ensemble de ces dispositions vise à faire en sorte que les chiffres d'affaires calculés reflètent la force économique réelle et actuelle des entreprises concernées sur le marché, tout en restant de mise en œuvre relativement aisée afin de permettre aux entreprises de déterminer facilement si une opération est contrôlable, et si elle est de dimension communautaire ou nationale.

83. Le présent guide se limitera à rappeler les points clefs du calcul des chiffres d'affaires, le lecteur étant invité à se reporter à la communication consolidée de la Commission pour toute question plus spécifique que soulèverait un cas d'espèce.

84. Le calcul des chiffres d'affaires doit permettre d'apprécier la force économique de l'entreprise concernée dans son ensemble, et pas seulement celles des entités juridiques impliquées dans le montage de l'opération.

85. Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte, le paragraphe 2 de l'article 5 du règlement disposant que « [...] lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants ».

86. Le paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 précise que le chiffre d'affaires total à prendre en compte pour une entreprise concernée est déterminé comme suit : « Sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires :

- a) de l'entreprise concernée;
- b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement;
 - i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation;
 - ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote;
 - iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise;
 - iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
- c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b);
- d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b);
- e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b). »

87. Les critères utilisés pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée sont différents des critères de l'« *influence déterminante* » utilisés pour établir l'exercice d'un contrôle. En effet, une entreprise peut exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, sans disposer de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise (voir le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission à ce sujet).

88. Le paragraphe 1 de l'article 5 précise que « *le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article* ». En effet, ne pas consolider les ventes intra-groupes dans le calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée conduirait à surévaluer artificiellement son poids économique sur le marché.

89. Dans le cas particulier d'entreprises communes entre plusieurs entreprises concernées, le règlement précise, au paragraphe 5 de l'article 5, que le chiffre d'affaires de l'entreprise commune réalisé auprès de tiers est imputé à parts égales aux différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.

90. Les aides publiques accordées aux entreprises doivent entrer dans le calcul du chiffre d'affaires, dès l'instant où elles sont directement liées à la vente de produits et de services de cette entreprise, puisqu'elles renforcent le poids économique de l'entreprise sur le marché en lui permettant de vendre à des prix inférieurs à ceux qu'elle pourrait pratiquer en l'absence de ces aides publiques.

91. Les parties notifiantes doivent fournir des chiffres d'affaires qui reflètent la situation économique des entreprises au moment de la signature de l'acte contraignant qui permet la notification²². C'est pourquoi tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice clos et corrigés, le cas échéant, pour tenir compte de modifications permanentes de la réalité économique de l'entreprise, suite à des opérations de fusions ou d'acquisitions survenues postérieurement. En principe, il convient de se référer au dernier chiffre d'affaires certifié. Cependant, en cas de divergence significative entre le chiffre d'affaires du dernier exercice clos, non encore certifié, et le précédent qui a été certifié, le chiffre d'affaires le plus récent peut être pris en compte pour le calcul du chiffre d'affaires, même s'il n'est pas encore certifié²³.

92. En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence²⁴, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client. En ce qui concerne la vente de biens, le lieu où le contrat a été conclu et le lieu de livraison priment sur l'adresse de factura-

22. Décision du ministre C2002-64, GOP/Oxford du 9 août 2002, publiée au *BOCCRF* du 25 novembre 2002.

23. Décision du ministre C2004-171, Fayat/Bomag, du 27 décembre 2004, publiée au *BOCCRF* le 20 septembre 2005.

24. Communication consolidée, § 195 à 203.

tion. En ce qui concerne les services, c'est le lieu de fourniture de ceux-ci qui est à prendre en compte.

93. En outre, le contrôle des concentrations 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 contrôlabilité.

94. L'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 139/2004 comporte une disposition spécifique permettant d'assurer que des entreprises ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps, afin d'échapper au contrôle des concentrations en passant sous les seuils de contrôlabilité. Aussi, des opérations successives effectuées durant une période de deux années entre les mêmes entreprises sont considérées comme une seule concentration aux fins du calcul des chiffres d'affaires des entreprises concernées²⁵. Néanmoins, si d'autres entreprises se joignent à ces mêmes entreprises pour certaines seulement des opérations considérées, la règle n'est plus applicable. L'opération globale sera à notifier à l'Autorité dès que le chiffre d'affaires consolidé de ces opérations successives dépasse les seuils de notification obligatoire.

95. Dans le cas particulier des établissements de crédit et des établissements financiers, l'article 5 paragraphe 3 du règlement précise que le chiffre d'affaires est remplacé par la somme des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, revenus de participations, revenus de parts dans des entreprises liées), des commissions perçues, du bénéfice net provenant d'opérations financières, et des autres produits d'exploitation, déduction faite, le cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts liés à ces produits, c'est-à-dire par le produit bancaire brut.

96. Pour les entreprises d'assurance, l'article 5 (3), point b du règlement n° 139/2004 précise que la notion de chiffre d'affaires est remplacée par « *la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci* ».

97. Dans certains secteurs d'activité, tels que les voyages à forfait ou la publicité, où la vente du service peut s'effectuer à travers des intermédiaires, la communication consolidée de la Commission indique que « *même si l'intermédiaire facture la totalité du montant au client final, le chiffre d'affaires de l'entreprise intervenant comme intermédiaire repose uniquement sur le montant de sa commission. En ce qui concerne les voyages à forfait, l'ensemble du montant payé par le client final est attribué au voyageur qui utilise l'agence de voyages comme réseau de distribution. Pour la publicité, seuls les montants reçus (sans la commission) sont considérés comme constituant le chiffre d'affaires de la chaîne de télévision ou du magazine, étant donné que les agences de presse, en leur qualité d'intermédiaires, ne représentent pas le canal de*

25. Décision du ministre C2002-127, RBS/Rexnord du 14 novembre 2002 publiée au *BOCCRF* du 31 mars 2003.

*distribution des vendeurs d'espace publicitaire, mais sont choisies par les clients, c'est-à-dire les entreprises désireuses de placer de la publicité».*²⁶

98. Dans le cas des réseaux de distribution impliquant des adhérents indépendants coordonnés par une tête de réseau (réseaux de franchise, coopératives...), les modalités générales d'affectation du chiffre d'affaires prévues au paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 s'appliquent. En règle générale, le chiffre d'affaires de la tête de réseau n'inclut donc pas les ventes réalisées par les adhérents auprès du public. Il inclut en revanche les ventes réalisées par la tête de réseau à ses adhérents pour les approvisionner ou la rémunération des prestations de services que la tête de réseau facture à ses adhérents.

IV. La procédure

A. Vue d'ensemble de la procédure devant l'Autorité

1. L'obligation de notification

99. Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce, elle doit être notifiée auprès de l'Autorité de la concurrence.

100. Cette obligation de notification «*incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement*» (article L. 430-3 du Code de commerce). Dans le cas particulier de l'entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l'ensemble des parties disposant du contrôle conjoint, même celles qui disposaient déjà d'un contrôle avant l'opération, doivent notifier conjointement. Par ailleurs, le renvoi à l'Autorité de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens de l'article L. 430-3.

101. En vertu du premier alinéa de l'article L. 430-3, «*l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique*». L'appréciation du caractère d'un projet «*suffisamment abouti*» se fait au cas par cas. De façon générale, il est possible d'admettre un projet si les parties notifiantes assurent l'Autorité de leur intention de conclure un engagement ferme et en apportent la preuve, indiquent l'objet et les modalités de la concentration envisagée, l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.

26. § 159 de la communication consolidée de la Commission du 21 février 2009.

102. Si aucune disposition ne limite dans le temps la validité des autorisations accordées par l'Autorité, les opérations doivent néanmoins être réalisées dans un délai raisonnable et en toute hypothèse à des circonstances de droit et de fait inchangées. Si un projet est autorisé, mais qu'il subit des modifications significatives avant sa réalisation, la décision d'autorisation n'est plus valable. En effet, dans ce cas, l'Autorité se sera prononcée sur un projet différent de celui qui a été réalisé concrètement. Les parties notifiantes sont donc invitées à notifier à nouveau l'opération, avant sa réalisation, dans ce cas, afin d'obtenir l'autorisation du projet qui sera réellement mis en œuvre. Pour vérifier le respect de ces dispositions, l'Autorité peut demander aux parties ayant bénéficié d'une décision d'autorisation sur la base d'un projet d'accord de lui communiquer les accords irrévocables une fois ceux-ci signés.

103. Des entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée, s'exposent aux sanctions prévues à l'article L. 430-8, I :

«I – Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable.

En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros.»

104. Il convient de souligner que ce dispositif sanctionne aussi bien une infraction intentionnelle qu'une omission par simple négligence. L'Autorité de la concurrence tient notamment compte, dans son appréciation, des circonstances ayant mené au défaut de notification et du comportement des entreprises vis-à-vis de l'Autorité de concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire devant l'Autorité.

105. Antérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce intervenue le 2 mars 2009, le ministre de l'Économie a, par exemple, appliqué cette disposition en sanctionnant SNCF Participations, filiale du groupe SNCF pour avoir pris le contrôle de Novatrans sans autorisation, au terme d'une analyse *in concreto* de la structure des votes des assemblées générales de Novatrans, montrant que la participation minoritaire de SNCF Participations dans Novatrans était de nature à lui conférer une influence déterminante sur Novatrans (*cf.* ci-dessus).

2. L'effet suspensif de la procédure et les dérogations

106. En vertu de l'article L. 430-4, *«la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article L. 430-7-1, celui du ministre*

chargé de l'Économie. » Les contrevenants à cette disposition s'exposent à la sanction pécuniaire prévue à l'article L. 430-8, II.

107. Le ministre a ainsi sanctionné le groupe Bigard²⁷ qui avait notifié le 14 décembre 2007 une opération d'acquisition de certains actifs de la société Arcadie Centre Est. Cependant, au vu des éléments communiqués dans le cadre de la notification, il apparaissait que l'opération avait été réalisée dès le 1^{er} novembre 2006, sans que les parties bénéficient de la dérogation prévue à l'article L. 430-4 du Code de commerce.

108. La réalisation d'une opération est effective dès l'instant où le contrôle au sens de l'article L. 430-1, III est constitué. Par exemple, dans une opération où les droits de jouissance sur l'entreprise cible sont transmis avant les droits de propriété, l'opération est réalisée dès le transfert des droits de jouissance.

109. Toutefois, le second alinéa de l'article L. 430-4 prévoit qu'« *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci* ». Il appartient aux parties, au moment du dépôt de leur dossier de notification, de préciser les raisons de leur demande de dérogation. Toute demande fait l'objet d'un examen spécifique par l'Autorité.

110. Si l'octroi d'une telle dérogation est, par définition, exceptionnel, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire en bénéficient couramment, car de telles offres peuvent conduire les parties à se retrouver automatiquement en infraction vis-à-vis de l'article L. 430-4 du Code de commerce, par la décision du tribunal de commerce leur attribuant le contrôle de l'entreprise concernée. D'autres circonstances exceptionnelles comme le risque de disparition imminente de l'entreprise cible peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins cinq jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, qui inclut, a minima, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

111. L'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge toutefois en rien de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction. L'Autorité pourra imposer des mesures correctives, voire même interdire l'opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence. Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion de manière irréversible.

²⁷. Arrêté du ministre C2007-174 Bigard/Arcadie Centre-Est, du 18 janvier 2008.

112. Un second dispositif dérogatoire à l'effet suspensif de la procédure est prévu par l'article R. 430-5 : « *Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres.* » Ainsi, le transfert de propriété des titres ne valant pas réalisation de la concentration, il peut être effectué avant que l'opération ne soit approuvée par l'Autorité. Cette dérogation ne s'applique néanmoins pas à l'usage des droits de vote associés au transfert de titres. Aussi longtemps que l'opération n'a pas été approuvée par l'Autorité, l'exercice de ces droits, sauf en cas de dérogation individuelle prévue au second alinéa de l'article L. 430-4, réalise la concentration et, de ce fait, est passible d'une sanction en vertu de l'article L. 430-8. Ce mécanisme s'applique pour les offres publiques d'achat (OPA), les offres publiques d'échange (OPE), ou l'acquisition d'un contrôle par simple achat de titres sur un marché réglementé sans lancement d'OPA.

113. Pour les opérations, en deux temps, consistant en l'acquisition par accord de gré à gré d'un bloc d'actions entraînant une obligation de dépôt d'une OPA sur le capital restant, le fait générateur du contrôle de la concentration est alors constitué par les deux événements pris ensemble. De telles opérations peuvent être notifiées dès que le projet des parties est suffisamment abouti, au stade de l'accord hors marché ou après le lancement de l'OPA²⁸.

114. Les opérations réalisées sur des marchés non réglementés (marché libre ou hors cote) ne bénéficient pas de ce mécanisme.

3. Les différentes phases de la procédure

115. Plusieurs phases de la procédure devant l'Autorité peuvent être distinguées.

- La pré-notification : cette phase est facultative, informelle et confidentielle. Elle permet, en amont de la notification, pour les entreprises qui le souhaitent, d'échanger avec le service des concentrations sur les questions que soulève l'opération. La pré-notification n'est pas nécessaire pour toutes les opérations. Elle s'avère cependant utile lorsque l'opération soulève des questions de contrôlabilité, lorsqu'un renvoi est envisagé ou dans le cas d'opérations complexes susceptibles de nécessiter des mesures correctives (voir paragraphe B).
- Les renvois : les opérations de dimension nationale peuvent être renvoyées à l'initiative des entreprises ou de l'Autorité nationale devant la Commission, ou, inversement, les opérations de dimension communautaire peuvent être renvoyées, à l'initiative des entreprises ou de l'Autorité, éventuellement sur invitation de la Commission, devant l'Autorité nationale. Ces renvois sont instruits en début de procédure, selon les cas, avant ou après la notification (voir paragraphe C).

²⁸. Cf. par exemple, les décisions du ministre C2002-39 Atria Private Equity Fund/Groupe Philippe Bosc du 18 novembre 2002 ; C2005-97 Logica CMG/Unilog du 20 octobre 2005 ; C2007-106 Vinci/Entrepose contracting du 21 août 2007.

- La phase 1 : une fois notifiée (ou renvoyée par la Commission), l'opération est examinée par l'Autorité dans le cadre d'un premier examen dit de « phase 1 ». Lorsque l'opération est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels, les parties peuvent proposer des engagements pour y remédier. Au terme de cet examen, qui peut impliquer la consultation de tiers, clients, concurrents ou fournisseurs dans le cadre d'un test de marché, l'Autorité se prononce sur l'opération. Elle peut constater que le contrôle des concentrations ne lui est pas applicable, l'autoriser, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation des engagements pris par les parties ou, s'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi, dit « phase 2 ». Le ministre de l'Économie peut aussi demander l'ouverture d'une phase 2 (voir paragraphe D).
- La phase 2 : en pratique, les « phases 2 » sont engagées dans des cas plus restreints. Comme en phase 1, l'Autorité peut recevoir des engagements pris par les parties. L'examen approfondi donne lieu à un rapport adressé aux parties notifiantes et au commissaire du Gouvernement qui peuvent produire leurs observations. L'opération fait l'objet d'une séance devant le collège de l'Autorité. Au terme de cette procédure contradictoire, l'Autorité peut autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation d'engagements pris par les parties ou d'injonctions et prescriptions imposées aux parties, ou l'interdire. Une fois la décision de l'Autorité rendue, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération (voir paragraphe E).
- Les recours : enfin, toutes les décisions relatives au contrôle des concentrations, prises par l'Autorité ou, en cas d'évocation, par le ministre, sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État (voir paragraphe F)
- La mise en œuvre des mesures correctives : la mise en œuvre des mesures correctives fait l'objet d'un suivi rigoureux par l'Autorité de la concurrence pour vérifier que les obligations des parties ont bien été respectées (voir paragraphe G).

B. La phase de pré-notification

116. La phase de prénotification, qui est facultative, est déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération qui souhaiteraient consulter le service des concentrations de l'Autorité lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération, ou, pour des opérations complexes, lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques ad hoc ou lorsqu'elles souhaitent se faire une première idée sur l'acceptabilité de leur projet et ainsi anticiper les éventuels aménagements nécessaires.

117. Une prise de contact en amont de la notification permet aussi d'accélérer l'examen de l'opération par l'Autorité, notamment en minimisant le risque d'incomplétude de la notification.

118. Pour déclencher cette phase, les parties peuvent adresser une présentation de l'opération (décrivant les parties, l'opération envisagée, les marchés concernés, les

concurrents, et les parts de marché des parties), ou une version préliminaire de leur dossier de notification. Ces documents peuvent être adressés directement par courrier électronique à l'adresse controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr. À la suite de cet envoi, des réunions informelles peuvent être organisées avec les parties en tant que de besoin.

119. Lorsque les interrogations des parties portent sur la contrôlabilité d'une opération, le service des concentrations examine les éléments fournis. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties pourront en être informées par le service des concentrations par lettre de confort. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises seront invitées à notifier afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité.

120. Lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques ad hoc, des réunions d'échange peuvent être organisées avec le service des concentrations et le service économique, dès la prénotification, sur la méthodologie proposée. Plus ces réunions interviennent en amont de la procédure, plus elles sont susceptibles de permettre que les études économiques contribuent efficacement à l'instruction. Pour de plus amples détails, il convient de se reporter à l'annexe relative aux recommandations pour la soumission d'études économiques.

121. L'ensemble de cette phase de prénotification est strictement confidentiel : elle ne donne lieu à aucune publicité sur le site Internet de l'Autorité et à aucun contact avec des tiers. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable écrit des parties, une consultation de marché peut être initiée dès cette phase afin de réunir des informations plus précises sans attendre la notification.

C. Les renvois et l'application des législations nationales relatives aux intérêts légitimes

122. Comme précisé précédemment, 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. Le bénéfice des articles 4 (4) et 4 (5) est demandé par les entreprises au stade de la prénotification. Celui des articles 9 et 22 est demandé par les États membres après réception de la notification.

123. Ces mécanismes répondent à deux objectifs : permettre qu'une concentration soit examinée par l'autorité de concurrence la mieux placée pour mener l'enquête, ou permettre aux entreprises de bénéficier d'un « guichet unique », rôle joué par la Commission, dans les opérations impliquant des notifications multiples dans la Communauté.

124. Ces mécanismes sont précisés par la communication de la Commission sur le renvoi d'affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

1. *Renvois aux autorités nationales*

125. Les renvois d'affaires de dimension communautaire vers les autorités nationales de concurrence peuvent être effectués soit à la demande des entreprises, soit à la demande des États membres, éventuellement sur invitation de la Commission.

126. Ainsi, les parties concernées par une opération de concentration entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 peuvent demander à la Commission le renvoi, total ou partiel, de l'opération envisagée aux autorités compétentes d'un État membre, en vertu de l'article 4 paragraphe 4 du règlement. Pour ce faire, avant même de notifier la concentration, les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (dénommé « formulaire RS »²⁹) « *que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou partie, par cet État membre* ». La Commission transmet alors sans délai le mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Au-delà de ce délai, il est réputé avoir accepté le renvoi. La Commission rend sa décision de renvoyer ou non l'affaire vers les autorités nationales dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date où elle a reçu le mémoire motivé. En cas d'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi d'une opération vers les autorités françaises³⁰, le droit national des concentrations s'applique. Il appartient dès lors aux parties de déposer un dossier de notification auprès de l'Autorité de la concurrence. En cas de refus par la Commission de la demande, les parties doivent notifier auprès de la Commission.

127. D'autre part, le renvoi, total ou partiel, d'une opération de concentration notifiée à la Commission peut être demandé par les autorités compétentes d'un État membre en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 lorsque « *la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct* » (article 9.2. a), ou qu'« *une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du*

29. Paru en annexe III du règlement n° 802/2004 CE du 7 avril 2004 (règlement d'application du règlement [CE] n° 139/2004), JOUE L 133/31, 30 avril 2004.

30. Décisions de la Commission du 14 septembre 2006, COMP/M. 3904, FEM/Entremont/Unicopa (acceptation de la demande de renvoi des parties) et du 27 septembre 2005, COMP/M. 3898, DIA/Penny Market (acceptation de la demande de renvoi des parties).

marché commun» (article 9.2. b), ce dernier cas visant notamment les marchés de dimension géographique régionale ou locale³¹.

128. Cette demande doit être formulée dans les quinze jours ouvrables qui suivent la réception par l'autorité nationale concernée de la copie de la notification déposée par les parties à la Commission. Elle peut être faite à l'initiative de l'État membre, exercée par l'Autorité, ou sur invitation de la Commission. La demande doit être motivée «selon une analyse préliminaire»³² par l'État membre requérant. La Commission apprécie la pertinence et le bien-fondé de la demande au regard des conditions posées par l'article 9. Toutefois, dans le cas d'une demande fondée sur l'article 9.2. b, si la Commission constate que les conditions en sont réunies, elle ne dispose pas de la faculté de refuser le renvoi demandé³³. En cas d'acceptation par la Commission de la demande de renvoi³⁴, la décision de la Commission vaut notification en droit national, les délais du contrôle national commencent donc à courir à partir de la décision de renvoi.

129. Le fait qu'une demande de renvoi selon l'article 9 est fondée sur une menace d'affectation significative de la concurrence, ne préjuge en rien, si le renvoi est accepté, de l'examen mené au fond par l'Autorité de la concurrence. Le TPICE l'a rappelé dans l'affaire Seb/Moulinex³⁵. Des concurrents de Seb avaient contesté la décision de renvoi de la Commission vers la France, en invoquant la contradiction existant entre la motivation de la décision de renvoi, fondée sur une atteinte à la concurrence, et la décision du ministre de l'Économie français, qui a autorisé l'opération sans conditions, considérant que l'argument de l'entreprise défaillante s'appliquait. Les parties soutenaient que les autorités de concurrence françaises étaient liées par les termes de la décision de renvoi et qu'elles ne pouvaient pas approuver l'opération sans demander des engagements. Le tribunal a rejeté ce moyen aux motifs que les deux décisions en cause n'avaient pas le même objet et qu'il n'existait pas de lien entre elles. Il a confirmé que l'examen de la situation concurrentielle, effectué par la Commission à l'occasion du renvoi, était un examen *prima facie* qui avait uniquement pour but de déterminer si les conditions

31. L'État membre peut décider de demander le renvoi de l'affaire pour examen de la totalité des marchés de produits ou services situés sur son territoire ou d'une partie d'entre eux seulement. La demande ne peut porter sur des marchés pertinents situés hors du territoire national. Néanmoins le renvoi d'affaires affectant des marchés locaux dans les zones frontalières est possible si, pour des raisons liées au fonctionnement du marché, seule la partie nationale doit être incluse dans le marché pertinent (décisions de la Commission du 13 décembre 2002, COMP/M. 2898, Leroy Merlin/Brico et du 4 juin 2004, COMP/M. 3373, Accor/Barrière/Colony).

32. Communication de la Commission sur le renvoi des affaires de concentration, *JOUE* C 56/02, 5 mars 2005, § 35, 36, 39 et 40.

33. Cf. le § 41 de la communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

34. Décisions de la Commission du 29 octobre 2009, COMP/M. 5557, SNCF-P/CDPQ/Keolis/Effia ; du 4 juin 2004, COMP/M. 3373, Accor/Colony/Barrière-Desseigne/JV ; du 23 juillet 2003, COMP/M. 2978, Lagardère/Natexis/VUP (refus) ; du 13 décembre 2002, COMP/M. 2898, Leroy Merlin/Brico ; du 8 janvier 2002, COMP/M. 2621, Seb/Moulinex ; du 25 janvier 2000, COMP/M. 1684, Carrefour/Promodes ; du 23 novembre 1999, COMP/M. 1628, TotalFina/Elf Aquitaine (renvoi partiel des marchés visés par la demande) ; COMP/M. 1522, CSME/MSCA/ROCK du 11 juin 1999 ; du 26 mars 1999, COMP/M. 1464, Total/PetroFina (II) ; du 16 décembre 1997, COMP/M. 1030, Lafarge/Redland ; du 1^{er} décembre 1997, COMP/M. 1021, Compagnie nationale de Navigation/Sogelfa-CIM ; du 30 octobre 1997, COMP/M. 991, Promodes/Casino ; du 6 juillet 1994, COMP/M. 460, Holdercim/Cedest.

35. Arrêt Philips du TPICE du 3 avril 2003, T-119/02.

du renvoi étaient réunies : « *La Commission ne saurait, sous peine de priver l'article 9, paragraphe 3, premier alinéa sous b de sa substance, se livrer à un examen de la compatibilité de la concentration de nature à lier les autorités nationales concernées quant au fond, mais elle doit se borner à vérifier, au terme d'un examen prima facie, si, sur la base des éléments dont elle dispose au moment de l'appréciation du bien-fondé de la demande de renvoi, la concentration faisant l'objet de la demande de renvoi menace de créer ou de renforcer une position dominante sur les marchés concernés.* » Les résultats de cet examen *prima facie* ne préjugent pas, selon le TPICE, des conclusions des autorités nationales de concurrence à l'issue de l'analyse approfondie qu'elles pourront faire de l'opération.

130. En vertu de l'article L. 430-3 du Code de commerce, le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité de la concurrence. Ces opérations sont publiées sur le site Internet de l'Autorité, dans les opérations en cours d'examen, comme les opérations notifiées directement à l'Autorité.

2. Renvois vers la Commission

131. Des concentrations de dimension nationale peuvent être renvoyées devant la Commission à la demande des entreprises en vertu du paragraphe 5 de l'article 4 du règlement, ou à la demande des États membres en vertu de l'article 22 du règlement.

132. Lorsqu'une concentration n'est pas de dimension communautaire mais devrait être notifiée dans trois États membres ou plus, le règlement (CE) n° 139/2004, dans le souci de « *garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* »³⁶, permet aux parties à la concentration de demander un renvoi à la Commission européenne. Cette demande doit être faite avant toute notification aux autorités nationales compétentes. Les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (« formulaire RS ») qu'elles souhaitent lui notifier l'opération. Cette demande peut être adressée à la Commission dès lors que la concentration est susceptible d'être examinée par au moins trois États membres ; aucune autre justification n'est nécessaire. La Commission transmet sans délai le mémoire des parties à tous les États membres. Tout État membre compétent pour examiner la concentration en application de son droit national peut alors, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi. Faute de réponse dans ce délai, l'autorité nationale est réputée avoir donné son accord. Lorsqu'au moins un État membre a exprimé son désaccord dans le délai requis, la Commission en informe les parties et les États membres et l'affaire n'est pas renvoyée, les parties doivent alors notifier auprès de chacune des autorités de concurrence des États membres concernés. Si, en revanche, aucun État membre ne s'oppose au renvoi, les parties notifient l'opération auprès de la Commission.

36. Cf. règlement (CE) n° 139/2004, considérant n° 14.

Le droit communautaire du contrôle des concentrations s'applique alors. Les membres de l'ECA (European Competition Authorities) ont précisé les principes de mise en œuvre de l'article 22³⁷.

133. L'article 22 du règlement n° 139/2004 CE prévoit la possibilité pour un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui « *affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande* ».

134. Les membres de l'ECA (European Competition Authorities) ont défini comme suit les principaux critères justifiant la mise en œuvre de l'article 22 :

« *La dimension géographique du (des) marché(s) pertinent(s) affecté(s) par la concentration est plus large que nationale, et le principal effet de la concentration sur la concurrence est en rapport avec ce(s) marché(s);*

- *les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés dans la collecte des informations en raison de la localisation des parties concernées ou des principales parties tierces en dehors de leur État membre;*
- *il existe des risques potentiellement significatifs d'atteinte à la concurrence sur un certain nombre de marchés nationaux ou régionaux de l'EEE, et les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés pour identifier et/ou appliquer si nécessaire les remèdes appropriés et proportionnés, en particulier dans les cas où les remèdes adéquats ne peuvent être mis en œuvre par les autorités nationales de concurrence en application de leur droit national ou en établissant une coopération entre elles. »*

135. La Commission informe de cette demande les autorités compétentes des États membres mais aussi les entreprises concernées. Les autres États membres disposent alors de quinze jours ouvrables pour se joindre à la demande initiale. Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut mettre en œuvre l'article 22 pour des opérations notifiées en France ou dans un autre État membre. Au terme de ce délai, la Commission doit décider sous dix jours ouvrables d'examiner ou non la concentration et en informer les États membres et les entreprises concernées. Par défaut, sans décision formelle, la Commission est réputée avoir accepté la demande. Les délais nationaux sont suspendus jusqu'à cette décision. Dès qu'un État membre informe la Commission et les entreprises concernées qu'il ne souhaite pas se joindre à la demande, la suspension de ses délais nationaux prend fin. Si la Commission accepte le renvoi, tous les États membres ayant demandé ou s'étant joint à la demande n'appliquent plus leur droit national à la concentration concernée. En outre la Commission peut alors demander aux entreprises concernées de lui notifier l'opération.

37. Principes de mise en œuvre des articles 4 (5) et 22 du règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations par les autorités nationales de concurrence au sein de l'ECA.

3. La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires

136. Le règlement (CE) n° 139/2004 rappelle au paragraphe 3 de l'article 21 que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour le contrôle des opérations entrant dans son champ de compétence. Les États membres ne peuvent pas appliquer leur propre législation sur la concurrence à ces opérations, sauf en cas de renvoi par la Commission.

137. Toutefois, pour les concentrations communautaires, en vertu du paragraphe 4 de ce même article 21, les États membres « *peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.*

Sont considérées comme intérêts légitimes [...] la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles.

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication. »

138. La Commission a déjà admis que d'autres champs pouvaient légitimement faire l'objet d'une application du paragraphe 4 de l'article 21. Par exemple, dans l'affaire Lyonnaise des eaux/Northumbrian Water³⁸, la Commission a qualifié d'intérêt légitime le fait pour la Grande-Bretagne d'invoquer le respect de la réglementation relative au service essentiel de la distribution d'eau et à la protection spécifique des consommateurs en la matière.

D. La phase 1

1. Le dépôt du dossier de notification

139. Le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires, comme le précise l'article R. 430-2 du Code de commerce. De plus, l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité précise que l'un de ces exemplaires doit être fourni en version numérique au format PDF. Cet exemplaire peut être joint aux exemplaires en version papier, sur un CD-ROM³⁹.

140. Le dossier de notification peut être envoyé à l'Autorité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'adresse suivante :

*Autorité de la concurrence
À l'attention du Chef du service des concentrations
11, rue de l'Échelle F – 75001 Paris (France)*

³⁸. Décision de la Commission du 23 novembre 1995, COMP/M. 567, Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water.

³⁹. Si elles le souhaitent, les parties peuvent aussi adresser quatre exemplaires en version papier et envoyer un exemplaire en version électronique par courriel à l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr.

141. Il peut aussi être déposé les jours ouvrés entre 9 h 00 et 19 h 00 à la réception de l'Autorité de la concurrence, 11 rue de l'Échelle à Paris. Lors de leur réception ou de leur dépôt, les dossiers de notification sont marqués d'un timbre indiquant leur date d'arrivée à l'Autorité.

142. L'article R. 430-2 du Code de commerce précise que « *le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre* ». Un formulaire type de notification est disponible sur le site Internet de l'Autorité dans la rubrique « Contrôle des concentrations/À qui adresser sa notification ? ». Le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet ou que les éléments communiqués sont conformes aux spécifications contenues dans les annexes mentionnées ci-dessus. Le cas échéant, il demande que le dossier soit complété ou rectifié.

143. Lorsque la notification est complète, un accusé de réception, mentionnant la date du jour de réception des derniers éléments complétant le dossier, est adressé aux parties en vertu du troisième alinéa de l'article R. 430-2. La comptabilisation des délais d'instruction démarre à 0 heure du jour ouvré suivant celui mentionné sur l'accusé de réception.

144. Dès réception du dossier de notification, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre chargé de l'Économie (article L. 430-3 du Code de commerce).

2. Le contenu du dossier de notification

145. Comme indiqué ci-dessus, le dossier de notification doit comprendre les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du livre IV de la partie réglementaire du Code de commerce.

146. Il comprend 5 parties :

- une description de l'opération;
- la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent;
- la présentation des marchés concernés (délimitation des marchés, parts de marché des parties);
- une présentation détaillée de chacun des marchés affectés (*cf. infra*);
- une déclaration sur l'exactitude et la complétude des informations fournies.

147. Une présentation détaillée des marchés n'est demandée que lorsqu'un marché est affecté (*cf. infra*), afin d'alléger le dossier de notification pour les opérations les plus simples.

148. La description de l'opération doit inclure un résumé non confidentiel de l'opération, destiné à être publié sur le site Internet de l'Autorité. Ce résumé, qui sera limité à 500 mots, vise essentiellement à expliciter le périmètre de l'opération pour les tiers. Ce résumé ne doit pas contenir d'éléments préliminaires d'appréciation sur les effets de l'opération.

149. Lorsque les marchés pertinents sont délimités en zones de chalandise locales, il convient d'inclure dans le dossier des cartes délimitant ces zones, figurant la localisation des magasins des parties et de leurs concurrents et indiquant les courbes isochrones (c'est-à-dire les courbes en temps de trajet autour des points de vente considérés) pertinentes pour le marché considéré.

150. Par ailleurs, il convient de joindre au dossier de notification une copie des actes juridiques importants pour la bonne compréhension de l'opération, comme, par exemple, les accords entre les parties, les contrats de distribution, les contrats de franchise, la décision du tribunal du commerce dans le cas des entreprises reprises dans le cadre des procédures collectives, etc.

151. En cas de doute sur le contenu précis du dossier, les parties peuvent contacter le service des concentrations, en prénotification, afin de préciser les éléments nécessaires.

152. Il est également demandé aux parties notifiantes d'indiquer, dans le cadre de la description de l'opération, la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications. Si l'opération est notifiable dans d'autres États de l'Union européenne, l'Autorité informera rapidement les autorités des autres États membres et la Commission européenne qu'une notification a été déposée et leur précisera le nom et les coordonnées du rapporteur en charge du dossier à l'Autorité. Cet échange peut éventuellement permettre aux autorités en charge du cas de coordonner leurs calendriers, autant qu'il est possible, ainsi que d'échanger un certain nombre d'éléments non confidentiels, comme par exemple une appréciation sur les définitions des marchés pertinents. Par ailleurs, ce mécanisme peut aussi faciliter la mise en œuvre conjointe de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004.

153. Les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs. Ces informations doivent être soigneusement vérifiées car elles serviront, le cas échéant, de base à l'envoi de questionnaires pour la réalisation d'un test de marché. Les parties sont invitées à fournir, sous la forme d'un fichier informatique dont le modèle peut être téléchargé sur le site de l'Autorité, les coordonnées les plus précises possibles.

a) Les marchés concernés

154. Un marché concerné est un « marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte ».

155. La notification doit ainsi comprendre une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée, compte tenu de la pratique décisionnelle antérieure. Pour de plus amples informations sur la méthode de délimitation des marchés pertinents, cf. le chapitre V du présent guide.

156. Les informations liées à la définition des marchés et aux parts de marché représentent le motif le plus fréquent d'incomplétude d'un dossier et doivent faire

l'objet d'une attention particulière. Les parties sont, de ce fait, invitées, à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites.

b) Les marchés affectés

157. Un marché concerné est considéré comme affecté si l'une au moins des 3 conditions suivantes est vérifiée :

- deux ou plusieurs entreprises concernées ou groupes auxquels elles appartiennent exercent des activités sur ce marché et que leurs parts de marché cumulées atteignent 25 % ou plus ;
- une entreprise concernée au moins exerce des activités sur ce marché et une autre de ces entreprises ou groupes exerce des activités sur un marché situé en amont, en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble de ces entreprises ou groupes atteignent 25 % ou plus en parts de marché ;
- l'opération conduit à la disparition d'un concurrent potentiel sur l'un des marchés sur lesquels les parties sont actives.

158. Pour chacun des marchés affectés, les parties fournissent une présentation détaillée du marché et des entreprises présentes sur ce marché. L'annexe 4-3 énumère les informations devant obligatoirement figurer dans le dossier. Lorsque les parties rencontrent des difficultés pour réunir l'information requise, elles le signalent au moment du dépôt de leur dossier (ou, le cas échéant, lors de contacts préalables à ce dépôt).

c) Calcul des parts de marché

159. Les parties notifiantes sont amenées à calculer les parts de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent sur les marchés concernés. Pour les marchés affectés, la notification doit préciser les parts de marché des entreprises concernées et celles de leurs concurrents. Afin d'écartier rapidement tout doute d'atteinte à la concurrence, les parties sont invitées à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites.

160. En règle générale, la part de marché d'une entreprise se calcule en rapportant son chiffre d'affaires hors taxes au chiffre d'affaires hors taxes du marché. Néanmoins, dans certains cas, il n'est pas possible ou peu pertinent de ne prendre en compte dans l'analyse que la part de marché en valeur calculée à partir des chiffres d'affaires. Des données en volume ou en capacité peuvent parfois offrir une mesure alternative de la position des entreprises. Par exemple, il est usuel, pour le commerce de détail, d'analyser les parts de marché calculées à partir des surfaces de magasin, en plus ou à défaut des parts de marchés en valeur. Les parties sont alors invitées à proposer des modes alternatifs de calcul des parts de marché en justifiant leur proposition. Pour le commerce de détail, les données en termes de surface de magasins doivent être complétées par les chiffres d'affaires moyens par mètre carré, constatés par les parties notifiantes.

161. L'appréciation des parts de marché dépend de la fiabilité des données sources utilisées par les parties. Les parties sont invitées à indiquer quelles sont ces sources, et, le cas échéant, à joindre les données correspondantes, qu'il s'agisse de données publiques, de statistiques professionnelles, d'études de marché commanditées par les parties ou de toute autre source.

162. L'Autorité peut être amenée à confronter les estimations fournies par les parties avec des informations obtenues auprès des concurrents, des fournisseurs et des clients. L'Autorité réalise cette confrontation en protégeant le secret des affaires des parties notifiantes et des tiers interrogés. C'est pourquoi il est important que les entreprises précisent si les sources utilisées sont publiques et disponibles à l'ensemble des acteurs (comme, par exemple, les données publiées par l'Arcep dans les télécommunications), ou si elles sont confidentielles.

d) Les dossiers simplifiés

163. Plusieurs cas peuvent conduire au dépôt d'un dossier simplifié.

164. Premièrement, pour les opérations où aucun marché n'est affecté, le dossier de notification est allégé, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés.

165. Deuxièmement, les entreprises qui réalisent un nombre important d'opérations contrôlables par an, comme des fonds d'investissement ou des acteurs importants du commerce de détail, peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération.

166. Troisièmement, lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce mais non du I du même article⁴⁰, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises.

167. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :
 – lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes⁴¹ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;

40. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

41. L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article⁴² et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés;

168. Pour les opérations décrites au paragraphe 167, dont il est supposé *a priori* qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe IV.3 de la partie réglementaire du Code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos;
- au point 2^e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* »;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

169. Les opérations décrites au paragraphe 167 font, dans la mesure du possible, l'objet d'un traitement accéléré.

170. Cependant, un dossier complet, conforme aux dispositions de l'annexe IV.3 de la partie réglementaire du Code de commerce, peut toujours être demandé aux parties par le service de concentrations si les spécificités de l'espèce le justifient. Dans ce cas, la transmission des informations complémentaires demandées sera exigée préalablement à l'envoi d'un accusé de réception du dossier.

171. Cette pratique fera l'objet d'un bilan au bout d'un an de mise en œuvre afin de vérifier, d'une part, qu'elle concerne un nombre suffisant de dossiers pour alléger les charges administratives qui pèsent sur les entreprises et, d'autre part, qu'elle ne conduit pas à un alourdissement du travail d'instruction des dossiers.

3. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction

172. L'article L. 430-8 III prévoit qu'« *en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire* »⁴³. Cette sanction, en vertu de l'article L. 430-8, I, peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales.

173. Pour déterminer le montant de l'amende, l'Autorité tient compte, notamment, des circonstances ayant abouti à l'omission ou à la déclaration inexacte, et du comportement des entreprises en cause vis-à-vis de l'Autorité de concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire.

174. En outre, lorsque l'omission ou l'inexactitude entachant la notification est constatée postérieurement à la décision autorisant la réalisation de l'opération,

⁴². Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

⁴³. Lettre du ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie du 22 novembre 2006, au conseil de la société Vico, relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation (C2006-139).

cette sanction peut s'accompagner du retrait de cette décision (article L. 430-8 du Code de commerce). En ce cas, « à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision », sauf à encourir les sanctions prévues pour réalisation d'une opération sans notification préalable.

175. Le ministre a ainsi sanctionné la société Vico, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie, pour omission. Cette société avait omis de signaler l'acquisition d'une autre société exerçant son activité sur le même marché de produits. En outre, les parties avaient déclaré à tort que la cible n'était pas présente sur certains segments d'activité concernés par l'opération. Toutefois, les inexactitudes et omissions ont été relevées à l'initiative des parties, et alors que l'opération n'avait pas encore été réalisée, ce qui témoignait de leur caractère involontaire. De plus, les inexactitudes et omissions n'étaient pas de nature à modifier le sens de la décision. Le ministre a tenu compte de ces circonstances pour le calcul du montant de l'amende. Comme le ministre avait déjà rendu sa décision d'autorisation, en se fondant sur des motifs erronés, il a procédé à son retrait.

4. La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification

176. L'article L. 430-3 prévoit que l'Autorité de la concurrence publie un communiqué lors de la réception de la notification ou lors du renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, dans un délai de cinq jours ouvrés. Ce communiqué est mis en ligne sur le site Internet de l'Autorité sous la rubrique « Le contrôle des concentrations/Les opérations en cours d'examen ».

177. Il contient les éléments prévus à l'article R. 430-4 à savoir : les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, la nature de l'opération (fusion, prise de contrôle, création d'entreprise commune), les secteurs économiques concernés, le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations et le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties, ainsi qu'une mention spécifique s'il s'agit d'un renvoi d'une opération de dimension communautaire. Il est à noter que le délai indiqué pour les tiers intéressés n'est pas impératif : toutes observations parvenues à l'Autorité avant que sa décision ne soit rendue sont susceptibles d'être prises en compte dans l'examen de l'opération.

178. Les entreprises sont invitées à prendre en compte les conséquences de cette publication dans l'organisation de la communication relative à leur opération, en particulier vis-à-vis des représentants du personnel de leur entreprise.

5. Les délais d'examen

179. La phase 1 débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet, et dure vingt-cinq jours ouvrés (article L. 430-5, I du Code de commerce). Cette date est matérialisée par un accusé de réception

du dossier complet adressé aux parties notifiantes. Elle est automatiquement prolongée de quinze jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité d'engagements proposés par les parties (article L. 430-5, II du même code)⁴⁴.

180. Le délai de 25 jours ouvrés représente un délai maximal qui peut se voir réduit lorsque les circonstances de l'espèce le permettent. Il ne pourra toutefois jamais être inférieur au délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations, délai précisé dans le communiqué de l'Autorité mis en ligne sur son site Internet.

181. Les parties peuvent également demander une suspension des délais d'examen dans la limite de quinze jours ouvrés (article L. 430-5 du Code de commerce). Cette demande peut intervenir « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* ». Les parties sont donc invitées à faire parvenir à l'Autorité leur demande de prolongation motivée.

182. Les jours ouvrés ne comprennent ni les samedis et dimanches, ni les jours fériés. La liste des jours fériés est celle donnée par l'article L. 3133-1 du Code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

6. La conduite de l'examen de phase 1

183. Compte tenu de son caractère très bref, justifié par le souci de ne pas retarder de façon non nécessaire la réalisation d'opérations sur lesquelles pèsent de fortes contraintes économiques, l'examen de phase 1 est nécessairement conduit dans un esprit de coopération entre les parties et l'Autorité afin de réunir les éléments nécessaires à une décision motivée.

184. L'examen de l'opération est conduit par le service des concentrations, un ou plusieurs rapporteurs étant désignés pour chaque opération. Le service des concentrations s'appuie, en tant que de besoin, sur le service économique et le service juridique de l'Autorité.

185. Conformément à l'article L. 450-1, les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions du titre III (concentration économique) du Code de commerce, sur l'ensemble du territoire national. En particulier, l'article L. 450-3 précise que : « *Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire.* »

186. En application des articles L. 450-1 et L. 450-3 du Code de commerce, les rapporteurs peuvent donc demander communication de tous documents

⁴⁴. Les délais peuvent aussi être suspendus dans les cas (rares) de mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004. Cf. à ce sujet la section sur les renvois.

professionnels et recueillir les renseignements et justifications qu'ils jugent nécessaires à l'instruction des affaires dont ils ont la charge, aussi bien auprès des parties que des tiers. Les demandes d'information complémentaires faites aux parties ne suspendent pas le délai déclenché à la date mentionnée par l'accusé de réception de complétude, mais les parties sont invitées à y répondre avec toute la diligence requise afin de lever les doutes résultant d'une information incomplète.

187. Le V de l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit que *« lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte dans la limite prévue au II.*

Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre».

188. Par ailleurs, l'article L. 450-8 du même code précise qu'*« est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre ».*

189. Le service des concentrations vérifie si l'opération est contrôlable en vertu des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce, analyse si la délimitation des marchés pertinents proposée par les parties est adaptée, évalue les effets de l'opération sur la concurrence, et, le cas échéant, la pertinence des engagements proposés. Les objectifs, méthodes et critères utilisés pour les analyses au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.

190. Le président, qui est compétent en phase 1 pour prendre la décision au nom de l'Autorité, peut déléguer un vice-président pour statuer sur telle ou telle opération. Il peut également, dans tous les cas, désigner un ou plusieurs référents, choisis parmi les vice-présidents ou les membres du collège, pour l'éclairer par un avis informel.

191. Pour mener l'analyse, le service des concentrations s'appuie sur les données et les arguments fournis par les parties notifiantes. Au cours de l'examen de l'opération, il peut demander aux parties des informations complémentaires nécessaires à l'approfondissement de certains aspects de la concentration. Le service des concentrations confronte ces informations avec les décisions antérieures prises par les autorités de concurrence, avec toutes les informations publiques disponibles et avec toute information recueillie auprès d'entreprises tierces.

192. L'Autorité de la concurrence considère que le partage rapide du diagnostic concurrentiel et l'échange franc et constructif avec les parties, notamment lorsque des mesures correctives sont envisageables, constituent un gage de succès du contrôle des concentrations. L'organisation de réunions informelles avec les parties, à des points clés de la procédure, peut contribuer à cet objectif. Cette démarche volontaire et facultative peut en effet aider l'Autorité à compléter son information, lui donner l'opportunité de faire le point sur le dossier avec les parties et permettre à ces dernières d'anticiper la préparation des étapes ultérieures de la procédure. L'Autorité pourra donc être amenée à prendre l'initiative d'organiser de telles réunions au cas par cas.

193. Les entreprises actives sur des secteurs sur lesquels une concentration est envisagée sont vivement conviées à communiquer toute information et tout commentaire quant aux risques que pourrait faire courir l'opération à la concurrence. Néanmoins, il convient de rappeler que l'objectif du contrôle des concentrations est de préserver la concurrence et non les concurrents considérés individuellement. Par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir d'un droit à ce que leurs observations soient reprises dans les analyses de l'Autorité, ou d'un droit à obtenir certaines mesures correctives ou certains types de décision.

194. Les tiers intéressés sont invités à transmettre leurs observations par courrier électronique (à l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr) ou par fax au numéro du service des concentrations : + 33 1 55 04 01 66. Ils peuvent également contacter le service des concentrations en appelant au + 33 1 55 04 01 72. Le délai dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification. Il est généralement de quinze jours ouvrés.

195. Lorsque l'opération le nécessite, par exemple lorsqu'elle intervient sur un marché qui n'a jamais été analysé par les autorités de concurrence ou dont l'analyse est ancienne, ou encore lorsqu'il apparaît qu'elle est susceptible de soulever des questions de concurrence, le service des concentrations réalise un test de marché. Pour ce faire, des questionnaires sont adressés aux principaux clients, fournisseurs et aux concurrents des entreprises concernées, et des réunions spécifiques peuvent être organisées. Ce test de marché peut être engagé dès la prénotification avec l'accord exprès des parties notifiantes.

196. Les questionnaires concernent tous les aspects de la concentration et portent principalement sur les marchés pertinents, leur fonctionnement, l'activité de l'entreprise destinataire sur ces marchés et les effets attendus de l'opération de concentration. Ils peuvent également aborder les mesures correctives envisagées, lorsque l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché.

197. Conformément à l'article L. 430-10, les tiers peuvent demander la confidentialité pour leur réponse aux questionnaires, comme pour leurs observations spontanées envoyées à l'Autorité. En effet, *« lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, et rendent publique leur décision dans des conditions fixées par décret, l'Autorité de la concurrence et le*

ministre chargé de l'Économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués». Par conséquent, les tiers interrogés sont invités à indiquer dans leurs réponses les éléments qu'ils veulent voir demeurer confidentiel. Les tiers peuvent également demander l'anonymat de leurs réponses.

198. En matière de gestion du secret des affaires, un régime particulier est prévu pour le contrôle des concentrations, à l'article R. 463-15-1, différent de celui applicable aux autres procédures de l'Autorité, afin d'éviter des délais préjudiciables pour les entreprises. Cet article dispose que :

« Pour l'application de l'article L. 463-4 dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre III, les personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence lui précisent en même temps celles qui constituent des secrets d'affaires. Le rapporteur général veille à ce que ces informations soient réservées à l'Autorité et au commissaire du Gouvernement et à ce que soient constituées, si nécessaire, des versions non confidentielles des documents les contenant.

Les dispositions des articles R. 463-13 à R. 463-15 ne sont pas applicables. »

199. Ainsi, s'il y a lieu de communiquer à des tiers ou aux parties notifiantes des documents ou informations qui, dans une version complète, comporteraient des secrets d'affaires signalés par les personnes ayant apporté ces éléments à l'Autorité, le ou les rapporteurs en charge du dossier peuvent préparer eux-mêmes les versions non confidentielles des documents concernés à soumettre aux tiers ou aux parties notifiantes.

200. À la demande des parties, un résumé des réponses des tiers au test de marché, tenant compte des demandes de confidentialité éventuellement faites, leur est transmis. En toute hypothèse, dès lors que, sur la base du test de marché ou de tout autre élément d'appréciation, l'examen conduit par le service des concentrations laisse subsister des doutes sérieux quant aux effets de l'opération sur la concurrence, le service des concentrations fait part de son analyse aux parties et les met en mesure de donner leur point de vue et éventuellement de le soutenir par la communication d'éléments complémentaires. Les parties sont informées par oral du fait que l'opération soulève des doutes sérieux dans un délai raisonnable avant la fin du délai prévu à l'article L. 430-5 du Code de commerce.

7. Les engagements en phase 1

201. L'article L. 430-5 II du Code de commerce énonce que : *« Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue. »*

202. Ces engagements peuvent être proposés par les parties à tout moment au cours de l'examen. Ils peuvent être discutés en prénotification, joints au dossier de notification ou proposés durant le déroulement de la phase 1.

203. Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposé, l'Autorité les invite à le faire.

204. Comme mentionné précédemment, la proposition par les parties d'engagements à l'Autorité prolonge automatiquement le délai maximal de la phase 1 de quinze jours ouvrés. Par ailleurs, les délais d'examen peuvent être suspendus, sur demande des parties, dans la limite de quinze jours ouvrés en cas de nécessité particulière telle que la finalisation des engagements.

205. Les engagements proposés par les parties prennent la forme d'une lettre d'engagement. Cette lettre doit comporter une liste précise, détaillée et exhaustive des engagements. Lorsqu'il s'agit d'actifs à céder, les parties doivent prévoir les moyens permettant de garantir, pendant la période transitoire entre l'autorisation de l'opération et la réalisation des cessions, l'indépendance, la viabilité économique, la valeur, et la compétitivité de ces actifs. Pour les engagements comportementaux, les parties s'attacheront à démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification. Quels que soient les engagements proposés, la lettre d'engagements doit explicitement faire référence aux moyens du suivi par l'Autorité de ces engagements. Pour plus de détails sur la nature des engagements, il convient de se reporter à la section sur les mesures correctives du chapitre V ci-après.

206. Le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Pour ce faire, les parties doivent transmettre une proposition de version non confidentielle de leurs engagements. Si la proposition transmise par les parties doit être amendée avant communication aux tiers, les parties reçoivent communication de la version sur la base de laquelle sont interrogés les tiers.

8. La décision de l'Autorité en phase 1

207. En phase 1, en vertu de l'article L. 430-5, III du Code de commerce, « l'Autorité de la concurrence peut :

- soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2;
- soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties;
- soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6 ».

208. Comme le précise le quatrième alinéa de l'article L. 461-3, les décisions prévues à l'article L. 430-5 peuvent être prises par le président ou un vice-président désigné par lui.

209. La décision est notifiée aux parties ainsi qu'au ministre de l'Économie (article R. 430-7 du Code de commerce). Le ministre peut, en vertu de l'article L. 430-7-1, I, demander à l'Autorité l'ouverture d'une phase 2 dans un délai de cinq jours ouvrés. L'échéance de ce délai est précisée aux parties dans le bordereau de notification adressé par le service des concentrations.

210. En outre, conformément à l'article L. 430-5, IV, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune décision dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'Économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation, au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'Économie par le I de l'article L. 430-7-1 (autorisation dite par « accord tacite »).

211. En vertu de l'article R. 430-6, l'Autorité rend public le sens de la décision dans les cinq jours ouvrables qui la suit en publiant sur son site Internet l'information selon laquelle l'opération a fait l'objet d'une constatation de l'inapplicabilité du contrôle, d'une autorisation, d'une autorisation sous réserve d'engagements, d'un accord tacite ou d'un examen en phase 2 si celui-ci est engagé.

9. La publication des décisions

212. Après réception d'une décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer au service des concentrations les mentions relevant du secret des affaires (article R. 430-7 du Code de commerce), par courriel ou télécopie. La publication des décisions se fait, en effet, dans le respect de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. La publication se fait également dans le respect des intérêts légitimes des personnes citées dans la décision (article D. 430-8 du Code de commerce).

213. La détermination de ce qui relève ou non du secret des affaires est toujours appréciée au cas par cas. Il est par conséquent impératif que les parties qui demandent l'occultation de certaines données le fassent d'une manière précise et circonstanciée. Les éléments pour lesquels l'occultation demandée n'aura pas été justifiée, ou aura été appuyée par des justifications considérées comme insuffisantes, ne seront pas occultés. Lorsque les demandes d'occultation des parties ne sont pas acceptées dans leur intégralité, le service des concentrations leur adresse une version aménagée de la décision, avant sa publication, afin qu'elles puissent faire leurs observations.

214. Certains éléments ne peuvent pas, en principe, être occultés :

- les informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur en France ou dans un autre pays de l'Union européenne. Si une obligation de publicité pèse sur les entreprises en vertu de la réglementation, mais que les entreprises n'ont pas déféré à cette obligation (ex. : dépôt annuel des comptes au registre du commerce et des sociétés), les entreprises ne pourront pas alléguer leur manquement pour justifier du caractère confidentiel d'une donnée ;
- les informations divulguées par l'entreprise elle-même, au-delà de ses obligations légales et réglementaires : rapports annuels, site Internet ;

- les informations aisément accessibles : les informations issues d'un retraitement des données publiques (informations figurant sur des banques de données Internet, informations accessibles par le biais d'instituts chargés d'études, etc.) ;
- les informations ayant perdu leur importance commerciale (par l'écoulement du temps ou pour toute autre raison). En principe, il n'y a pas lieu d'occulter les données datant de cinq ans et plus ;
- les informations faisant partie de l'analyse concurrentielle ou permettant de définir le périmètre des engagements consentis par les parties. En particulier, la publication des engagements comportementaux (description et délais) constitue une garantie de bonne exécution, en favorisant, en complément du suivi effectué par le service des concentrations de l'Autorité, une surveillance par le marché.

215. Les demandes d'occultation peuvent notamment porter sur :

- les informations non chiffrées qui auraient par exemple trait à des secrets de fabrication, des secrets industriels, à l'organisation interne ou à la stratégie commerciale de l'entreprise ;
- les données chiffrées : chiffres d'affaires qui ne sont pas publics, parts de marché, nombre de salariés, informations financières (coût de production, prix de revient, marges, projets d'investissement...), délais de réalisation des engagements structurels ; sauf cas particulier, les parts de marché sont remplacées par les fourchettes suivantes :
 - entre 0 et 4,99 % : 0-5 %,
 - entre 5 et 9,99 % : 5-10 %,
 - entre 10 et 19,99 % : 10-20 %,
 - entre 20 et 29,99 % : 20-30 %,
 - entre 30 et 39,99 % : 30-40 %,
 - etc. ;
- pour tenir compte des intérêts légitimes de tiers à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, le service des concentrations peut également occulter ou remplacer par des fourchettes des mentions qui ne lui auraient pas été signalées par les parties notifiantes.

216. D'autres informations que celles figurant dans la liste précitée sont susceptibles d'être occultées si la demande en est fondée, alors qu'une demande d'occultation portant sur l'un des éléments mentionnés précédemment, mais dénuée de justification, ne pourra être accueillie.

217. En tout état de cause, l'Autorité n'est pas liée par les demandes d'occultation formulées par les parties, et il lui appartient de concilier l'intérêt légitime des parties à protéger leurs secrets d'affaires et l'intérêt des tiers et du marché à être informés correctement de ses décisions. En particulier, il ne pourra pas être déféré aux demandes d'occultation d'éléments qui sont le support nécessaire de la décision et dont l'occultation priverait ladite décision de son sens à l'égard des tiers.

E. La phase 2 ou examen approfondi

1. Déclenchement de la phase 2

218. Le déclenchement de la phase 2 peut intervenir :

- soit à l’initiative de l’Autorité, conformément à l’article L. 430-5, III, lorsque subsiste un doute sérieux d’atteinte à la concurrence à l’issue de la première phase ;
- soit à la demande du ministre chargé de l’Économie. L’article L. 430-7-1, I énonce en effet que « *dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l’Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l’article L. 430-5, le ministre chargé de l’Économie peut demander à l’Autorité de la concurrence un examen approfondi de l’opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7* ». La décision de l’Autorité prise à l’issue de la phase 1 étant communiquée simultanément par télécopie aux parties et au ministre, la date à laquelle le ministre a reçu la décision est la même que celle de la notification aux parties.

219. S’agissant de la demande d’examen approfondi par le ministre, l’Autorité, qui a le statut d’une autorité administrative indépendante, examinera le bien-fondé d’une telle demande mais n’est pas tenue d’y déférer. L’Autorité se prononcera sur une éventuelle demande dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de sa réception. Elle informera les parties de l’existence de cette demande dès sa réception et leur communiquera sa décision en même temps qu’au ministre. En revanche, il n’est pas prévu d’informer systématiquement les parties sur l’absence de mise en œuvre de cette disposition par le ministre.

220. Un doute sérieux d’atteinte à la concurrence peut, notamment, subsister lorsque :

- la pratique décisionnelle n’est pas suffisamment établie sur les marchés concernés et l’analyse concurrentielle nécessite d’être approfondie, par exemple en ce qui concerne la définition des marchés pertinents, l’importance des barrières à l’entrée, l’existence d’une atteinte à la concurrence ou de gains d’efficacité ;
- des évolutions importantes et récentes sur les marchés concernés sont susceptibles de justifier une modification significative de la pratique décisionnelle ;
- malgré les atteintes à la concurrence identifiées en phase 1, les parties n’ont pas proposé d’engagements, ou proposé des engagements insuffisants ou dont la mise en œuvre opérationnelle est incertaine.

221. L’ouverture d’une phase 2 par l’Autorité peut, dans certains cas, emporter la caducité d’une opération de concentration. En effet, l’article 231-11 du règlement général de l’Autorité des marchés financiers permet aux entreprises d’introduire dans leurs offres publiques une condition suspensive sur l’obtention d’une autorisation de première phase. Dans l’hypothèse où une telle condition a été stipulée, la décision de passage en phase 2 entraîne automatiquement la caducité de l’offre. Malgré cette caducité, l’instruction de la concentration peut poursuivre son cours lorsque l’offreur fait connaître à l’Autorité son intention de poursuivre son projet.

2. Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules

222. L'article L. 430-7 énonce les règles s'appliquant à la gestion des délais en phase 2 : « I – Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci.

II – Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. S'ils sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.

En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés.

Ces délais peuvent également être suspendus à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension. »

223. Comme en phase 1, les parties peuvent donc demander une suspension des délais d'examen. En revanche, pour les phases 2 uniquement, le législateur a introduit, dans le dernier alinéa de l'article cité ci-dessus, une procédure d'arrêt des pendules (*stop the clock*), à l'initiative de l'Autorité. Ce mécanisme permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas :

- en premier lieu, les parties sont tenues d'informer l'Autorité de tout fait nouveau dès sa survenance. Lorsque les parties manquent à cette obligation d'information, le délai peut être suspendu à partir de la survenance du fait nouveau et ce jusqu'à la date à laquelle les parties informent l'Autorité. Ce dispositif est proche de celui retenu en droit communautaire. En effet, l'article 9, paragraphe 3, c) du règlement (CE) n° 802/2004 précise que lorsque les parties omettent d'informer la Commission européenne de modifications des faits ou d'informations nouvelles, les délais sont suspendus « pendant la période comprise entre la modification des faits en question et la réception des informations complètes et exactes ». L'article 9, paragraphe 4 du même règlement dispose en outre que : « La suspension des délais commence le jour suivant celui de la survenance du motif de suspension. Elle expire à la fin du jour de la disparition du motif de la suspension. Si ce jour n'est pas un jour ouvrable, la suspension expire à la fin du premier jour ouvrable qui suit » ;
- en second lieu si les parties ne fournissent pas à l'Autorité, en tout ou en partie, les informations qui leur ont été demandées dans le délai fixé au cours de l'instruction ou si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d'informations formulées par l'Autorité, les délais

peuvent être suspendus pendant la période comprise entre la fin du délai fixé dans la demande d'informations et la réception des informations complètes et exactes requises dans cette demande.

224. Lorsque l'une ou l'autre des situations justifiant la mise en œuvre de la procédure d'arrêt des pendules se présente, les parties sont informées du déclenchement de la suspension des délais.

225. Dans tous les cas, les délais ne courent à nouveau que lorsque la cause génératrice de la suspension aura disparu, des informations complètes et exactes ayant été communiquées à l'Autorité. Les parties seront avisées de la fin de la suspension des délais.

3. La conduite de l'examen en phase 2

226. Le déroulement de la phase 2 est encadré par l'article L. 430-6 qui énonce :

«Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.»

La procédure applicable à cet examen approfondi de l'opération par l'Autorité de la concurrence est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

Avant de statuer, l'Autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par l'Autorité dans les mêmes conditions.»

227. Durant cette seconde phase, le service des concentrations approfondit les points clefs de l'analyse concurrentielle sur lesquels la phase 1 n'a pas permis de conclure. Les objectifs, critères et méthodes utilisés pour l'analyse au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.

228. Des engagements peuvent également être proposés par les parties au cours de la phase 2. L'article L. 430-7, II énonce qu'«après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération».

229. Comme indiqué précédemment, si les parties les transmettent à l'Autorité moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.

230. Le formalisme à respecter et la procédure de test des engagements sont les mêmes qu'en phase 1. Les engagements envisageables sont explicités au chapitre V du présent guide sur les mesures correctives.

231. Les investigations de phase 2 peuvent donner lieu à l'interrogation de tiers, selon les mêmes modalités qu'en phase 1, notamment en ce qui concerne la protection du secret des affaires.

232. L'Autorité de la concurrence recueille en outre l'avis de l'autorité de régulation sectorielle compétente. Cette procédure est spécifiquement prévue pour le secteur audiovisuel (le Conseil supérieur de l'audiovisuel étant consulté en vertu de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986), le secteur bancaire (le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement étant consulté en vertu de l'article L. 5121-4 du Code monétaire et financier), et le secteur des assurances (le Comité des entreprises d'assurance). L'Autorité de la concurrence saisit ces autorités administratives par l'envoi d'un document présentant l'opération. Cette consultation permet de clarifier certains aspects du fonctionnement des marchés concernés, qui sont soumis à des réglementations particulières, mais aussi de mieux articuler le contrôle des concentrations et les procédures de régulation propres à ces secteurs. L'autorité de régulation sectorielle interrogée dispose alors, pour faire part de ses observations éventuelles, d'un délai réduit à un mois pour cause d'urgence. Les observations sont jointes au dossier. L'Autorité n'est pas tenue d'obtenir cet avis pour rendre sa décision. Cette procédure de consultation n'induit aucune incidence sur les délais impartis à l'Autorité.

233. L'article R. 463-9 prévoit également que *« le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier »*. L'annexe 4-6 liste les autorités suivantes :

- l'Autorité des marchés financiers (AMF);
- la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL);
- le Médiateur du cinéma;
- la Commission bancaire;
- le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA);
- l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP);
- la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

234. Sous le régime antérieur à l'Autorité de la concurrence, les institutions énumérées ci-dessus pouvaient transmettre leur avis à la suite de la communication par le Conseil de la concurrence de la saisine ministérielle déclenchant une phase 2. Ce mécanisme obligatoire est devenu caduc depuis le 2 mars 2009. Mais l'Autorité se réserve la possibilité de recueillir l'avis des institutions concernées (le cas du CSA relevant d'un régime différent, en application de la loi) chaque fois que cette consultation lui apparaîtra utile.

235. L'examen approfondi donne lieu à la rédaction d'un rapport qui présente les parties, l'opération, les marchés pertinents, l'analyse concurrentielle de l'opération et, le cas échéant, ses gains d'efficacité économique et une analyse des engagements proposés par les parties et des mesures correctives envisagées par l'Autorité. Le service des concentrations veille, dans la rédaction du rapport, à la protection du secret des affaires des parties comme à celui des tiers conformément aux prescriptions de l'article L. 463-4.

236. Ce rapport est ensuite transmis aux parties notifiantes ainsi qu'au commissaire du Gouvernement qui disposent d'un délai de quinze jours ouvrés pour faire part de leurs observations en réponse. Conformément à l'article L. 463-2, le rapport est accompagné des documents sur lesquels se fonde le service des concentrations.

237. Le président de l'Autorité attribue le cas, lorsqu'il est en état d'être examiné par le collège, à une des formations énumérées au deuxième alinéa de l'article L. 461-3 du Code de commerce⁴⁵. Une séance est ensuite organisée selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du Code de commerce et le titre IV du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence. Au cours de la séance, les rapporteurs exposent tout d'abord les conclusions de leur instruction. Le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ainsi que le commissaire du Gouvernement présentent ensuite leurs observations. Le collège peut également entendre, au cours de la séance, des tiers ainsi que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération. Ces témoins, qui sont invités à répondre aux questions des membres du collège, n'assistent pas à la totalité de la séance. Ces témoins sont entendus en l'absence des parties, invitées à quitter la salle des séances. Le collège entend enfin les parties qui peuvent présenter leur propre analyse et répondre aux questions des membres de la formation.

4. *Décision de l'Autorité en phase 2*

238. Au terme de l'examen approfondi de phase 2, conformément à l'article L. 430-7 :

« III – L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée :

- a) soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;*
- b) soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.*
- c) Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.*

45. Le collège comprend dix-sept membres : outre le président et les quatre vice-présidents exerçant leurs fonctions à temps plein, le collège comporte douze membres non permanents. L'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en section, soit en commission permanente. La composition des sections est fixe et déterminée par le président de l'Autorité qui affecte chacun des membres à une ou deux des sections. Chaque section est présidée soit par le président de l'Autorité, soit par l'un des vice-présidents. La commission permanente, quant à elle, est composée du président et des quatre vice-présidents.

d) Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations.

IV – Si l’Autorité de la concurrence n’entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l’opération par une décision motivée. L’autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification. »

239. La formation de l’Autorité délibère selon les règles définies au titre V du règlement intérieur.

240. L’Autorité transmet le projet de décision aux parties intéressées afin qu’elles puissent faire leurs observations, dans un délai raisonnable. Ce délai est apprécié en tenant compte notamment de la date à laquelle les parties ont transmis les dernières informations nécessaires à la prise de décision de l’Autorité.

241. Puis l’Autorité notifie sa décision aux parties ainsi qu’au ministre chargé de l’Économie. Comme pour les décisions de phase 1, après réception de la décision, les parties disposent d’un délai de quinze jours calendaires pour indiquer les mentions relevant du secret des affaires qu’elles souhaitent voir occultées (article R. 430-7 du Code de commerce). Comme pour les décisions de phase 1, la publication se fait dans le respect de l’intérêt légitime des parties et des tiers.

242. En outre, conformément au V, si l’Autorité de la concurrence n’a pris aucune des décisions prévues aux III et IV dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l’Économie. L’opération est alors réputée avoir fait l’objet d’une décision d’autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l’Économie par le II de l’article L. 430-7-1 (décision dite d’« accord tacite »).

243. Quelle que soit la décision finale prise en application de l’article L. 430-7, l’Autorité en rend public le sens dans les cinq jours ouvrables suivants la décision (article R. 430-6 du Code de commerce) : autorisation, autorisation sous réserve d’engagements, autorisation sous réserve d’injonctions et prescriptions, interdiction, accord tacite.

244. Enfin, l’Autorité assure la publicité de ses décisions par une mise en ligne de celles-ci sur son site Internet, y compris pour les autorisations tacites.

5. Le pouvoir d’évocation du ministre chargé de l’Économie

245. L’article L. 430-7-1, II énonce que, pour les décisions de phase 2 :

« Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l’Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l’article L. 430-7, le ministre chargé de l’Économie peut évoquer l’affaire et statuer sur l’opération en cause pour des motifs d’intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l’atteinte portée à cette dernière par l’opération.

Les motifs d’intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l’Économie à évoquer l’affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l’emploi.

Lorsqu'en vertu du présent II le ministre chargé de l'Économie évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements. Cette décision est transmise sans délai à l'Autorité de la concurrence. »

246. Dans les cinq jours ouvrables suivant sa décision, le ministre de l'Économie en rend public le sens (article R. 430-6 du Code de commerce).

247. Les décisions motivées du ministre de l'Économie sont également rendues publiques, cette publicité étant assurée par une publication dans l'édition électronique du *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (article D. 430-8 du Code de commerce). La publication des décisions du ministre se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués (article D. 430-8).

6. Les retraits de notification

248. À tout moment de la procédure, les parties notifiantes peuvent retirer la notification en transmettant tout document attestant de l'abandon du projet.

F. Les recours

249. Le Conseil d'État est la juridiction compétente pour connaître des décisions de l'Autorité de la concurrence au regard de la nature juridique de celle-ci (autorité administrative indépendante) et de l'article R. 311-1 (4°) du Code de justice administrative. Par exception à cette règle, l'article L. 464-8 du Code de commerce énumère les décisions de l'Autorité de la concurrence relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 du Code de commerce. Le Conseil d'État est aussi compétent pour tout recours relatif à une décision du ministre prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation.

250. Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentration, mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de recours. Un recours peut être introduit par les parties à l'opération comme par tout tiers ayant un intérêt à agir. Les règles relatives à la recevabilité et à la procédure des recours en matière de décisions de concentration relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État.

1. Les délais de recours

251. Le délai pour former un recours contre une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est de deux mois. Le délai de recours contentieux est un délai franc. Un délai franc se compte en mois de

quantième à quantième, le jour de la notification ou de la publication ne compte pas (*dies a quo*) et le jour de l'échéance non plus (*dies ad quem*). Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, le recours peut être déposé le premier jour ouvrable suivant. Par exemple pour une décision notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception le 1^{er} octobre 2007 à 10 h 30, le délai commencera à courir le 2 octobre 2007 à 0 heure et expirera le 2 décembre 2007 à 0 heure, le recours ne pouvant être introduit dans la journée du dimanche 2 décembre 2007, il expirera le premier jour ouvrable suivant soit le lundi 3 décembre 2007.

252. Le point de départ du délai de recours varie selon la qualité du requérant, personne visée ou tiers. Une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est un acte individuel; il est donc rendu opposable à celui qu'il concerne par la voie de notification. En conséquence, pour les parties, le délai de recours court à compter du jour de la notification de la décision par l'Autorité à l'intéressé.

253. Pour les tiers, le point de départ du délai opposable correspond à la date de publication de la décision, comme le spécifie l'article R. 464-28 du Code de commerce. Cette publication est assurée par la mise en ligne de la décision de l'Autorité sur son site Internet conformément à l'article D. 430-8 du Code de commerce. La publication du sens de la décision, préalable à la mise en ligne de la décision, ne constitue pas le point de départ du délai de recours contentieux pour les tiers.

2. *Le recours en annulation*

254. Les recours à l'encontre des décisions en matière de concentrations sont principalement des recours en annulation. Le Conseil d'État y examine la légalité externe (compétence, respect de certaines garanties de forme ou de procédure) et la légalité interne (contrôle de la violation de la loi ou de l'erreur de droit ou de fait, avec examen de la qualification juridique des faits) des décisions.

255. Par exemple, le Conseil d'État a été amené dans ses arrêts précédents à examiner la régularité de la procédure⁴⁶, la contrôlabilité de l'opération⁴⁷, la délimitation des marchés pertinents⁴⁸, l'appréciation des effets concurrentiels de l'opération⁴⁹, la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de compenser les atteintes à la concurrence identifiées⁵⁰, la prise en compte de l'argu-

46. Cf. notamment la décision du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1/AB/TMC, et la décision n° 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb/Moulinex.

47. Cf. notamment la décision du Conseil d'État n° 294896 du 31 janvier 2007 relative à l'acquisition de Delaroche par Ebra, et la décision n° 201853, Coca-Cola, du 9 avril 1999.

48. Cf. notamment la décision du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, et la décision n° 283479, Fiducial, du 30 juin 2006, et la décision n° 278796 du 13 février 2006 relative à l'opération Seb/Moulinex.

49. *Idem.* Cf. aussi la décision n° 201853, Coca-Cola, du 9 avril 1999.

50. Cf. notamment la décision n° 201853 du Conseil d'État du 9 avril 1999, Coca-Cola.

ment de l'entreprise défaillante⁵¹ ou encore le caractère suffisant des engagements acceptés par l'autorité de concurrence⁵².

256. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur les décisions. Ainsi, dans l'arrêt Fiducial du 13 février 2006, le Conseil d'État a déclaré licite l'autorisation ministérielle contestée après avoir réétudié les parts de marché des parties à la concentration, les obstacles au pouvoir de marché de la future entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération. Cette approche économique dans l'examen de la légalité d'une décision en matière de concentration a conduit le Conseil d'État à apprécier cette légalité non seulement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où la décision a été prise, mais aussi au regard des effets constatés ou potentiels de l'opération autorisée, examen pouvant inclure des faits nouveaux, comme par exemple l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché⁵³.

257. Le respect des droits des tiers est également contrôlé par le Conseil d'État. Ce dernier a ainsi annulé l'arrêté autorisant l'opération Heineken/Fischer⁵⁴ au motif que les droits d'Interbrew, qui n'était pas partie à l'opération, n'avaient pas été respectés. Dans cette affaire, les engagements pris par Heineken prévoyaient la cession d'un nombre significatif d'entrepôts au bénéfice d'acheteurs juridiquement et financièrement indépendants de certains brasseurs importants, dont Interbrew. Cette décision privait donc Interbrew de la possibilité d'acheter les entrepôts vendus par Heineken. Le Conseil d'État a annulé la décision, en application du principe général des droits de la défense, la société Interbrew n'ayant pas été mise en mesure de présenter ses observations.

3. Les référés

258. Concomitamment à l'exercice d'un recours au fond, le requérant dispose de la possibilité de former une demande en référé tendant à suspendre la décision en cause. À cet effet, il existe plusieurs procédures de référé. Deux types de référés ont d'ores et déjà été mis en œuvre devant le Conseil d'État en matière de concentrations : le référé « suspension » et le référé « conservatoire » ou « mesures utiles »

259. Le référé « suspension » est prévu à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (CJA). Pour ce référé, un recours au principal est nécessaire, c'est-à-dire qu'il faut engager une requête en annulation, et y adjoindre une demande de référé. Trois conditions doivent être simultanément remplies par la demande de référé :

- **une condition d'urgence.** Par exemple, dans l'ordonnance du 19 mai 2005 suspendant la décision d'autorisation de l'acquisition par la société CEGID de la société CCMX Holding, le juge des référés a justifié l'urgence « *eu égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles* »

51. Cf. la décision du Conseil d'État n° 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb/Moulinex.

52. Cf. les décisions du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1/AB/TMC et n° 201853 du 9 avril 1999, Coca-Cola.

53. CE, section, 13 février 2006, Sté Fiducial Informatique et Sté Fiducial Expertise.

54. CE, section, 9 avril 1999, n° 191654.

et « tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une concurrence effective sur le marché [...] qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur le même marché en tant que concurrents ou clients potentiels [...] »;

- l'existence « d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Dans l'ordonnance précitée, le juge des référés a considéré que l'argumentation du ministre était insuffisante « au regard du caractère probable, suffisamment rapide et durable, et suffisant, de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer des effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération en cause », ce qui créait un doute sérieux quant à la légalité de la décision ;
- enfin, la décision de l'autorité de concurrence en cause doit encore **produire des effets juridiques** au jour de la demande pour pouvoir être suspendue. Par exemple, dans l'ordonnance du 1^{er} juin 2006⁵⁵, le juge des référés a rejeté la demande en référé suspension car irrecevable, considérant que la décision d'autorisation était entièrement exécutée à la date de la requête. De même, dans l'ordonnance du 25 juillet 2006, société France Antilles, le juge des référés a considéré que cette requête n'était pas recevable car la décision d'autorisation de l'acquisition par le groupe l'Est Républicain de la société Delaroche auprès de la société Socpresse était entièrement exécutée à la date à laquelle la société France Antilles avait introduit sa requête tendant à la suspension de cette décision.

260. Le référé « conservatoire » ou « mesures utiles » est prévu à l'article L. 521-3 du Code de justice administrative : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative.* » Ainsi, dans son ordonnance du 18 février 2008, Fédération nationale des transporteurs routiers, le juge des référés du Conseil d'État a rappelé « que cette procédure est susceptible de s'appliquer lorsque, une opération de concentration ayant été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'Économie est tenu, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 430-8 du Code de commerce, d'enjoindre la notification de l'opération ».

4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par le Conseil d'État

261. L'article R. 430-9 du Code de commerce énonce qu'« en cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre chargé de l'Économie sur le fondement des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9 et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État ».

262. Ainsi, les entreprises concernées doivent procéder à une nouvelle notification actualisée de l'opération lorsque la décision de l'Autorité ou du ministre a

55. Ordonnance du 1^{er} juin 2006, n° 293198, requête de la Sté Fromaget Vins et de la Sté centrale européenne de distribution groupe C10.

été annulée. Le juge administratif pourrait néanmoins préciser dans sa décision, au titre de ses pouvoirs généraux, qu'en cas d'annulation de la décision ministérielle prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation, une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité de la concurrence à laquelle la décision ministérielle s'était substituée. Dans ce cas, une nouvelle notification ne serait donc pas nécessaire.

G. La mise en œuvre des mesures correctives

1. *Le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives*

263. Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, le service des concentrations assure un suivi rigoureux de la mise en œuvre des injonctions, prescriptions et engagements figurant dans une décision prise par l'Autorité ou par le ministre chargé de l'Économie antérieurement au transfert de compétences au bénéfice de l'Autorité à compter du 2 mars 2009. Pour les engagements, les modalités du suivi sont à préciser dans la lettre d'engagements des parties. Les parties peuvent notamment prévoir le recours à un mandataire, qui peut être chargé de surveiller la bonne exécution des engagements et d'en rendre compte à l'Autorité, ou même de réaliser la vente de certains actifs. Le mandataire doit répondre à deux conditions pour être agréé par l'Autorité. Il doit être indépendant des parties et avoir les compétences requises pour mener à bien sa mission. Ces modalités, comme celles relatives aux injonctions et aux prescriptions, sont explicitées dans le texte de la décision de l'Autorité, sous réserve d'occultation des mentions relevant de la protection du secret des affaires des parties. Dans le cas d'engagements comportementaux, les occultations acceptées par l'Autorité sont toutefois très limitées, dans la mesure où ces engagements doivent souvent être portés à la connaissance du marché pour être efficaces.

264. Afin de vérifier le respect de l'exécution des injonctions, prescriptions et engagements, les services d'instruction de l'Autorité peuvent également adresser des demandes d'informations aux parties comme aux tiers, et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers.

265. Si les informations ainsi recueillies font apparaître un doute sérieux sur l'inexécution des engagements, injonctions ou prescriptions, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'ouvrir une procédure de non-respect des obligations imposées aux parties. Une telle procédure peut être engagée aussi bien pour des opérations autorisées par l'Autorité de la concurrence que des opérations autorisées sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce intervenue le 2 mars 2009.

266. En vertu des derniers alinéas de l'article L. 430-8, IV, la procédure applicable est *« celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés. L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés »*.

267. Pour instruire la procédure de non-respect des obligations qui incombaient aux parties, un ou plusieurs rapporteurs sont désignés par le rapporteur général. Un rapport est rédigé conformément au deuxième alinéa de l'article L. 463-2. Ce rapport est notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné de l'ensemble des éléments sur lesquels se sont fondés les rapporteurs. Les parties et le commissaire du Gouvernement disposent de quinze jours ouvrés pour présenter un mémoire en réponse. Une séance contradictoire est ensuite organisée devant le collège de l'Autorité selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du Code de commerce et celles du règlement intérieur de l'Autorité.

268. Au terme de cette procédure, l'Autorité prend une décision en vertu de l'article L. 430-8, IV :

«IV – Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :

1° retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I;

2° enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.»

269. La sanction pécuniaire s'élève au maximum, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise.

270. Le montant des astreintes qui peuvent être infligées ne peut dépasser la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date fixée par l'Autorité.

271. Antérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce intervenue le 2 mars 2009, le ministre a, par exemple, sanctionné le groupe Carrefour pour le non-respect des engagements pris lors du rachat, *via* sa filiale Erteco, de la société Sonnenglut Weinkellerei (ci-après «Sonnenglut»), propriétaire des magasins de discount alimentaire à l'enseigne Treff Marché. Dans la décision en date du 7 novembre 2003, le ministre avait conditionné l'autorisation de la concentration à la cession par le groupe Carrefour d'un de ses deux fonds de commerce situés sur le territoire de Belfort, le magasin Treff Belfort ou le magasin ED Belfort. Le groupe Carrefour a bien procédé à la cession d'un des deux fonds, mais il n'a pas soumis cette cession à

l'agrément du ministre, et, qui plus est, la cession s'est finalement traduite par la fermeture du fonds cédé. Sur la base de l'article L. 430-8 du Code de commerce, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie, le ministre a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'inexécution des engagements souscrits par le groupe Carrefour. Le Conseil a constaté l'inexécution d'engagements. Le ministre a, en conséquence, enjoint au groupe Carrefour de céder son second magasin de la zone concernée, le magasin ED Belfort, et a sanctionné le groupe Carrefour pour non-exécution de ses engagements.

272. Cette disposition du Code de commerce a aussi été appliquée à TF1 et AB Groupe, sanctionnés pour avoir méconnu leurs engagements⁵⁶, consistant notamment à exploiter de façon autonome la régie des espaces publicitaires de TMC et commercialiser les espaces publicitaires de façon totalement indépendante de la société TF1 Publicité, cela sans aucun couplage avec la chaîne TF1 (arrêté du 17 novembre 2008). Après avis du Conseil de la concurrence, le ministre a sanctionné TF1 et AB. En outre, il leur a été fait injonction de mettre en œuvre, dans un délai d'un mois, les mesures proposées le 31 juillet 2008 pour assurer l'exécution de leurs premier et deuxième engagements, sous astreinte. Il s'agissait en l'occurrence de modifications aux règles de gouvernance et de gestion de TMC Régie.

273. Dans les cas d'interdiction, l'article L. 430-8-V prévoit que si « *une opération de concentration a été réalisée en contravention des décisions prises en application des articles L. 430-7 [procédure d'examen approfondi ou phase 2] et L. 430-7-1 [procédure d'évocation par le ministre], l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de revenir à l'état antérieur à la concentration* ». Le montant des astreintes peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date de la décision et aussi longtemps que les parties ne reviennent pas à l'état antérieur à cette réalisation. De plus, les parties sont passibles de la sanction prévue au second alinéa de l'article L. 430-8, I, à savoir, pour les personnes morales, une amende pouvant s'élever jusqu'à « *5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros* ».

274. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article L. 430-8, l'Autorité en rend public le sens dans les cinq jours ouvrables suivants la décision (article R. 430-6 du Code de commerce). Une indication sur le sens de la décision ainsi que la date de cette décision sont portées sur le site de l'Autorité. En outre, cette dernière notifie sa décision aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie. Après réception de la décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer à l'Autorité les mentions relevant du secret des affaires (article R. 430-7 du même code). La publication des décisions se fait en effet dans le respect de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. La publication se fait également

56. Faisant suite à la décision du ministre TF1/AB/TMC du 27 octobre 2004.

dans le respect des intérêts légitimes des personnes citées dans la décision (article D. 430-8 du même code). Enfin, l'Autorité assure la publicité de ses décisions par une mise en ligne de celles-ci sur son site Internet (article D. 430-8).

2. Le réexamen des mesures correctives

275. Dans des circonstances exceptionnelles, les parties qui ont souscrit des engagements peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité.

276. Si des parties, qui s'étaient engagées à céder une activité dans un délai imparti, envisagent de demander une prolongation de ce délai, il leur appartient de démontrer que le non-respect de cet engagement résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté, et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide. Dans le cas inverse, elles sont passibles d'une sanction pour non-respect de leurs obligations.

277. Dans le cas de mesures correctives comportementales s'étendant sur une longue durée, les parties peuvent être amenées, après les avoir mises en œuvre pendant plusieurs années, à considérer que les objectifs poursuivis par ces mesures pourraient être mieux satisfaits par des mesures différentes, ou que l'évolution de la concurrence sur les marchés les rende obsolètes. Il leur appartient alors de démontrer à l'Autorité le bien-fondé de leur demande de réexamen des mesures correctives et de proposer des mesures alternatives.

278. Les demandes de réexamen peuvent porter aussi bien sur des engagements pris devant l'Autorité de la concurrence que sur des engagements pris devant le ministre chargé de l'Économie antérieurement au transfert de compétences. Un courrier motivé doit être adressé à cet effet au président de l'Autorité.

H. La mise en œuvre de l'article L. 430-9

279. L'article L. 430-9 dispose que : « *L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.* »

280. Cet article est applicable pour tout abus ayant été rendu possible par une opération de concentration, qu'elle ait fait, ou non, l'objet d'une procédure d'autorisation devant l'Autorité de la concurrence ou, antérieurement, le ministre.

281. L'article L. 430-9 a été mis en œuvre dans une seule affaire à ce jour, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence après s'être saisi d'office, dans le cadre de ses attributions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, de la situation des marchés de l'eau et de l'assainissement, a, dans sa décision 02-D-44 du 11 juillet 2002, établi que la Compagnie générale des eaux (CGE) et la société Lyonnaise

des eaux (SLDE) détenaient une position dominante collective sur ces marchés⁵⁷ et qu'elles en avaient abusé⁵⁸. Le Conseil a alors demandé au ministre chargé de l'Économie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-9 dans sa version antérieure à la loi de modernisation de l'économie, d'enjoindre aux sociétés intéressées de modifier, compléter ou résilier les accords qui les avaient conduites à associer leurs moyens dans le cadre de filiales communes. Il est à noter que la Cour de cassation a indiqué que la mise en œuvre des pouvoirs dévolus au Conseil par l'article L. 430-9 du Code de commerce et que les décisions prises sur le fondement de cet article n'étaient susceptibles que d'un recours devant le juge administratif.

V. L'examen d'une opération sur le fond

A. Principales notions

282. Le test appliqué par l'Autorité pour l'appréciation des effets d'une opération de concentration sur la concurrence est celui défini à l'article L. 430-6 du Code de commerce, selon lequel l'Autorité examine si l'opération « *est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* ». Le caractère significatif de cette atteinte n'est pas mentionné en droit français mais le traitement proportionné de toute réduction de concurrence s'impose.

283. Le contrôle des concentrations poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs. Comme cela a déjà été signalé ci-dessus au § 2, le contrôle des concentrations n'a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties, mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s'avère utile au maintien d'une concurrence effective sur les différents marchés concernés.

284. L'analyse des effets d'une opération de concentration est prospective. Toutefois, seule la situation antérieure à l'opération est observable et les effets probables de l'opération doivent être présumés. Cette analyse s'appuie sur les caractéristiques du marché et du fonctionnement de la concurrence sur celui-ci, telles qu'elles existent au moment du contrôle mais aussi compte tenu des évolutions envisageables.

285. L'examen d'une opération de concentration débute par la délimitation des **marchés pertinents**, sur lesquels l'entreprise résultant de la concentration est active ou peut avoir une influence.

57. La CGE et la SLDE détenaient environ 85 % de ces marchés et ces deux groupes avaient créé au fil du temps, à la demande des collectivités concernées, sept filiales communes. Dans le courant de l'année 2009, le processus de décroisement de l'ensemble de ces filiales communes a été mis en œuvre.

58. Lors de plusieurs appels d'offres publics lancés par des collectivités, à partir de juin 1997, les sociétés mères s'étaient abstenues de présenter leur candidature et donc de se positionner en concurrence avec leurs filiales communes, limitant ainsi l'intensité de la concurrence.

286. Une concentration peut avoir des effets **horizontaux, verticaux** ou **congloméraux** :

- horizontaux, lorsque les parties à l'opération sont des concurrents actuels ou potentiels sur un ou plusieurs marchés pertinents ;
- verticaux, lorsque les parties sont actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur, par exemple lorsqu'un fabricant fusionne avec l'un de ses distributeurs ;
- congloméraux, lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés différents mais dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché ;
- lorsqu'elle implique des groupes aux activités multiples, une même concentration peut avoir des effets à la fois horizontaux, verticaux et congloméraux.

287. Une opération de concentration peut porter significativement atteinte à la concurrence sur les marchés affectés de deux manières :

- par des **effets non coordonnés**, c'est-à-dire des effets résultant de comportements des acteurs du marché, agissant indépendamment les uns des autres ;
- par des **effets coordonnés** lorsqu'elle est de nature à modifier le jeu de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient désormais en mesure de le faire. On parle alors de création ou renforcement d'une **position dominante collective**.

288. **Du côté des effets non coordonnés**, une concentration horizontale produit des **effets unilatéraux**, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de constituer ou de renforcer son **pouvoir de marché**. Comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, par pouvoir de marché « *il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence* ». Des effets unilatéraux peuvent aller jusqu'à la constitution ou le renforcement d'une **position dominante**, permettant à l'entreprise d'agir indépendamment de toute pression concurrentielle. Plus rarement des effets unilatéraux peuvent être considérés comme portant atteinte à la concurrence même en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante.

289. Une concentration verticale ou conglomérale produit des effets non coordonnés, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération **de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés**. Dans une concentration verticale, l'entreprise résultant de l'opération est présente à différents stades de la chaîne de valeur. Dans certains cas, cette position peut lui permettre d'empêcher des concurrents situés en aval de la chaîne de la valeur d'accéder à une ressource essentielle qu'elle contrôle en amont, ou, à l'inverse, de bloquer les débouchés commerciaux de concurrents situés en amont, du fait de sa position en aval. Dans une concentration conglomérale, une entreprise, qui a une position forte, peut se retrouver en position de verrouiller le marché si l'opération lui confère une gamme de produits (on parle **d'effets de gamme**) ou un portefeuille de marque (on parle **d'effets**

de portefeuille) dont les concurrents ne disposent pas et qui constitue un argument de vente déterminant pour les clients.

290. Pour apprécier si une opération porte significativement atteinte à la concurrence, par ses effets non coordonnés (horizontaux, verticaux ou congloméraux), l'Autorité est amenée à analyser la capacité des clients à se reporter sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents. Pour ce faire, elle conduit une analyse prospective de la demande et de l'offre, et étudie quels seront les comportements probables des clients et des concurrents, à brève échéance, après l'opération. La concurrence peut provenir d'entreprises déjà présentes sur le marché, mais aussi de **concurrents potentiels** pouvant entrer sur le marché rapidement. Leur capacité à le faire dépend des **barrières à l'entrée**, c'est-à-dire des obstacles à franchir pour pénétrer le marché. Ces obstacles peuvent, par exemple, être de nature réglementaire ou financière, ou encore liés à des droits de la propriété intellectuelle, à la difficulté d'acquérir un savoir-faire ou à l'attachement des clients à certaines offres.

291. Dans certains cas particuliers, une opération peut porter significativement atteinte à la concurrence par la **disparition d'un concurrent potentiel**. Il s'agit de cas, en pratique rares, où l'une des entreprises acquises exerce une pression concurrentielle potentielle sur un ou plusieurs marchés concernés.

292. Une opération peut aussi porter significativement atteinte à la concurrence par la **création ou le renforcement d'une puissance d'achat** de nature à fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement.

293. **Du côté des effets coordonnés**, une opération de concentration peut également créer ou renforcer les incitations des entreprises présentes sur le marché à **coordonner leur comportement**, sans qu'il leur soit nécessaire de procéder à la conclusion d'un accord explicite.

294. Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, l'Autorité analyse aussi les **risques de coordination des sociétés mères**, la création d'une entreprise commune pouvant inciter ses coactionnaires à coordonner leur comportement concurrentiel.

295. **Des gains d'efficacité économique sont généralement attendus d'une concentration**. Lorsque, dans une première partie de l'analyse, l'Autorité constate que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché, elle évalue alors dans quelle mesure les gains d'efficacité attendus pourront bénéficier aux consommateurs et s'ils sont suffisants pour compenser l'atteinte à la concurrence identifiée.

296. Dans des cas exceptionnels, une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte, peut être tout de même autorisée, parce que l'entreprise rachetée est une entreprise défaillante, qu'il n'y a pas de meilleur acquéreur du point de vue de l'analyse concurrentielle et que l'atteinte à la concurrence ne serait pas moins grave si l'entreprise avait disparu.

297. Lorsque le bilan concurrentiel d'une opération est négatif, que les gains d'efficacité économique ne compensent pas les atteintes à la concurrence identifiées, que l'argument de l'entreprise défaillante n'est pas retenu, les entreprises notifiantes sont invitées à proposer des mesures correctives.

298. Les mesures correctives recherchées sont prioritairement des **mesures structurelles**, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des **mesures comportementales** qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Il peut s'agir, par exemple, de l'obligation d'octroyer l'accès à des infrastructures à des concurrents de manière transparente et non discriminatoire, ou de résiliation de contrats d'exclusivité. Dans des cas particuliers, des mesures comportementales seules peuvent permettre de résoudre les problèmes de concurrence soulevés.

299. Ces mesures correctives peuvent faire l'objet d'engagements proposés par les parties. L'autorisation de réalisation de l'opération n'est alors donnée que sous réserve de la mise en œuvre des engagements pris. Elles peuvent également faire l'objet d'injonctions et de prescriptions imposées par l'Autorité. Celles-ci conditionnent alors son autorisation. Si aucune mesure corrective ne peut être trouvée, l'Autorité interdit l'opération.

300. Pour mener son examen sur le fond, l'Autorité suit une démarche systématique qui commence par la délimitation des marchés pertinents (B). Elle apprécie ensuite la probabilité que l'opération porte atteinte à la concurrence compte tenu du degré de concentration sur les marchés pertinents (C). Puis elle approfondit son analyse en caractérisant ses effets non coordonnés, qu'ils soient horizontaux (D), verticaux (E) et congloméraux (F). Dans les cas qui le justifient, l'Autorité analyse les risques de disparition d'un concurrent potentiel (G) ou les risques de création ou renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs dans une situation de dépendance économique (H). L'Autorité analyse aussi les effets coordonnés de l'opération (I). Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, elle analyse le risque de coordination entre les sociétés mères (J). Elle peut être amenée à se prononcer sur les restrictions accessoires à une opération (K). Elle tient compte des gains d'efficacité économique prouvés qu'apporte l'opération aux consommateurs (L) et, le cas échéant, de l'argument de l'entreprise défaillante lorsqu'il est applicable (M). Si, au terme de cette analyse, le bilan concurrentiel reste négatif, l'Autorité examine les mesures correctives proposées par les parties (N).

B. La délimitation des marchés pertinents

1. L'objectif

301. La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps, leur pouvoir de marché. Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives, mais elle peut également s'étendre aux marchés ayant un lien de connexité susceptible d'ajouter au pouvoir de marché de la nouvelle entité.

302. Le Conseil de la concurrence a donné la définition suivante d'un marché pertinent : *« Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. »*⁵⁹

303. Sur un tel ensemble de produits et services, une entreprise qui serait seule à les offrir ou en offrirait une part conséquente, serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, par exemple d'augmenter ses prix indépendamment de ses clients et concurrents. Le raisonnement est celui tenu dans le test du monopoleur hypothétique⁶⁰. Ainsi que le rappelle la Commission⁶¹, dans ce test, la question est de savoir *« si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits de la zone géographique retenus soient tels qu'il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs »*. En d'autres termes, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure une augmentation faible, mais signi-

59. Rapports annuels du Conseil de la concurrence, notamment pour l'année 2001.

60. Le test est également appelé « SSNIP » (*small but significant non-transitory increase in price* : augmentation faible mais significative et non transitoire des prix).

61. Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372, 9 décembre 1997.

ficative et non transitoire des prix d'un produit qui n'est proposé que par un seul offreur (monopoleur) serait profitable pour celui-ci compte tenu des réactions de ses clients à cette hausse de prix. Si une part suffisante des clients opte pour un substitut alors la hausse de prix ne sera pas profitable⁶².

304. Si les clients de l'entreprise résultant de l'opération ne peuvent pas se reporter sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents, l'opération peut porter significativement atteinte à la concurrence. Il est donc nécessaire, pour établir le bilan concurrentiel d'une opération, de délimiter des marchés pertinents, qui englobent les produits ou services offerts par l'entreprise résultant de la concentration et ceux de ses concurrents, considérés comme substituables par les clients.

305. La délimitation d'un marché de produits ou services comprend également l'identification de la zone géographique sur laquelle une entreprise disposant d'un pouvoir de marché pourra effectivement l'exercer, sans être exposée à une concurrence significative d'autres entreprises situées dans d'autres zones géographiques.

306. Lorsque la délimitation des marchés pertinents n'est pas indispensable à la décision de l'Autorité, par exemple, lorsque, quelle que soit la délimitation retenue, il apparaît que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence, l'Autorité peut, dans sa décision, laisser ouvertes les questions de délimitation des marchés.

2. Les critères utilisés

307. Pour la délimitation des marchés pertinents, l'analyse est prospective : les évolutions en cours ou anticipées à un horizon raisonnable sont prises en compte ; alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'analyse est rétroactive : elle s'attache à décrire un marché contemporain des pratiques.

308. Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent ci-dessus, **la substituabilité entre différents produits ou services du point de vue de la demande** constitue le critère déterminant de délimitation⁶³.

309. Dans des cas particuliers, l'Autorité peut cependant retenir le critère de **la substituabilité de l'offre** à titre principal pour délimiter les marchés pertinents. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir un marché défini du point de vue de la demande se justifie dans la mesure où c'est le pouvoir de marché de l'entreprise que l'on cherche à apprécier. Si des concurrents peuvent très rapidement, c'est-à-dire en moins d'un an, et à peu de frais, entrer sur le marché, alors l'entreprise ne pourra pas exercer son pouvoir de marché. Le fait que la plupart des offreurs sur un marché fabriquent déjà les différents produits en cause suggère généralement que cette substituabilité de l'offre est suffisante. Par exemple, dans le secteur des compositions pour la parfumerie, le ministre a

⁶². Il convient cependant de tenir compte également de l'effet sur la profitabilité du monopoleur de la baisse des coûts induite par la baisse d'activité liée au report d'une partie de la demande sur des produits concurrents.

⁶³. L'analyse de la substituabilité des produits du point de vue de la demande n'exclut pas la prise en compte des caractéristiques de l'offre, dans la mesure où elles peuvent expliquer le comportement de la demande. Par exemple, les stratégies de commercialisation mises en place par les entreprises, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité du point de vue des clients, et, donc, fonder une distinction des marchés.

tenu compte de la substituabilité de l'offre : « *Les types de produits entrant dans la composition des parfums sont assez proches, notamment au regard des techniques de fabrication ainsi que des installations utilisées, qui se révèlent identiques. Il en résulte que les segments précités appartiennent à un seul et même marché : celui des compositions pour la parfumerie.* »⁶⁴ Dans la restauration collective, le Conseil a rappelé que « *les différences dans le service rendu, liées aux consommateurs finals, écoliers, salariés ou malades accueillis dans un établissement de soins, ne pouvaient conduire à isoler d'autant de marchés de la restauration collective concédée : en effet, il est constant que les grandes entreprises présentes dans ce secteur adaptent leurs offres aux différents types de clients sans se spécialiser pour répondre aux besoins spécifiques de telle ou telle clientèle. En tenant compte ainsi de la concurrence entre les différents offreurs pour délimiter le marché pertinent, le Conseil a donc conclu qu'en l'état de l'évolution économique de ce secteur, le marché à prendre en considération était celui de la restauration collective concédée dans son ensemble.* ».

310. L'Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures des autorités de concurrence communautaire et nationale portant sur les marchés concernés, ou des délimitations de marché pertinentes développées dans les avis des autorités nationales de régulation sectorielle. Toutefois, l'évolution des marchés peut rendre obsolète une délimitation antérieure, par exemple lorsque de nouveaux produits sont apparus, ou que les marchés se sont internationalisés ou sous l'effet d'évolutions technologiques majeures. C'est pourquoi l'Autorité vérifie si les décisions et analyses antérieures restent pertinentes et peut être amenée à délimiter les marchés pertinents d'une manière différente. Dans de nombreux cas, la pratique décisionnelle antérieure a laissé la question de la délimitation précise des marchés ouverte, dans la mesure où, même en retenant la délimitation la plus étroite, l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence. La délimitation proposée n'est alors qu'une première approximation qui doit être précisée si cela s'avère nécessaire au vu des problèmes posés dans le cas d'espèce.

311. La mise en œuvre du test SSNIP nécessite de connaître les élasticités croisées des différents produits ou services⁶⁵, afin de sélectionner les produits dont on peut légitimement se demander s'ils appartiennent au même marché pertinent, les élasticités simples⁶⁶ ainsi que les marges sur coûts variables du monopoleur hypothétique. Les données permettant ces mesures étant rarement disponibles, l'Autorité apprécie, en règle générale, la substituabilité des produits et services en analysant l'ensemble des indices quantitatifs et qualitatifs disponibles.

312. Pour réunir ces indices, l'Autorité s'appuie sur :

- les informations, études et analyses transmises par les parties ;
- celles obtenues auprès d'autres entreprises dans le cadre d'un test de marché ;
- toute information publique, ou études de marché et analyses disponibles.

64. Décision du ministre Bayer/Florasynth du 5 mai 1995.

65. L'élasticité croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

66. L'élasticité simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

3. Délimitation en termes de produits et services

a) Les indices qualitatifs

313. Compte tenu de la diversité des marchés, il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des indices que l'Autorité est susceptible de prendre en compte pour délimiter les marchés pertinents. Cependant, les caractéristiques des marchés les plus couramment utilisées pour conduire cette analyse sont présentées ci-dessous.

314. **Les caractéristiques physiques des produits et services** : les caractéristiques d'un produit constituent des éléments essentiels dans le choix des clients et, à ce titre, sont analysées pour comprendre leur comportement.

315. Cependant, des produits différents d'un point de vue physique ou technique, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables par les clients. Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom⁶⁷, le câble et l'ADSL ont été considérés comme des modalités d'accès à Internet faisant partie du même marché pertinent, car ces deux technologies offrent, du point de vue des consommateurs, les mêmes fonctionnalités.

316. À l'inverse, des produits présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché. Ainsi, dans un avis relatif à l'acquisition par la compagnie Boeing du groupe Jeppesen⁶⁸, le marché de la fourniture de cartes aux compagnies aériennes a été distingué de celui de la fourniture de données électroniques de navigation aux fabricants d'avionique et aux compagnies aériennes. Pourtant, ces deux types de produits peuvent être élaborés à partir des mêmes données brutes. Mais, comme ces deux types de produits ne sont pas substituables pour l'utilisateur, eu égard aux fonctions fort différentes que ces deux biens remplissent et en raison du fait que la présence de l'un ne peut compenser l'absence de l'autre, ils ont été regroupés en deux marchés distincts.

317. Dans les métiers de service, des caractéristiques physiques de l'offre sont couramment prises en compte dans la délimitation des marchés pertinents. Par exemple, le Conseil a rappelé dans un avis relatif à des activités de distribution⁶⁹ que *« le format et la taille du magasin sont également des critères importants de délimitation des marchés en ce que, notamment, ils déterminent l'aptitude du point de vente considéré à commercialiser un plus ou moins grand nombre de produits ou à offrir certains services annexes (parkings, etc.). Les grandes surfaces spécialisées (GSS) se distinguent ainsi des grandes surfaces alimentaires (GSA) et du commerce de proximité. De telles grandes surfaces spécialisées proposent, en effet, des gammes de produits et des assortiments plus étendus ainsi que des services d'accueil et de conseils aux consommateurs. Le petit commerce ne représente généralement qu'une part marginale des achats, remplissant essentiellement une fonction de dépannage ou ne s'adressant qu'à une fraction de clientèle (personnes non motorisées, etc.) »*.

67. Décision du Conseil de la concurrence 07-D-33 du 15 octobre 2007.

68. Avis du Conseil de la concurrence 01-A-10 du 12 juin 2001.

69. Avis du Conseil de la concurrence 07-A-06 du 16 juillet 2007.

318. **Les besoins des clients** : par exemple, dans son avis relatif à l'acquisition d'Unibail par la CCIP, dans le secteur de la gestion de site de congrès et d'organisation de foires et salons⁷⁰, le Conseil a noté que « *le seul élément discriminant entre les sites accueillant des salons grand public ou mixtes et ceux accueillant des salons professionnels pourrait être les contraintes d'accessibilité aux sites. En effet, un salon grand public doit, par nécessité, se tenir sur un site capable d'accueillir le grand public de la zone de chalandise locale de sorte qu'un site mal desservi par les transports en commun ou difficilement accessible en voiture rencontrera des difficultés à attirer le grand public. À l'inverse, un salon professionnel accueillant des exposants et des visiteurs venant de l'ensemble de la France, voire, pour certains, de l'ensemble de l'Europe ou du monde, doit se tenir sur un site à proximité d'infrastructures autoroutières, ferroviaires ou aériennes permettant de drainer des exposants et visiteurs et disposer d'infrastructures hôtelières suffisantes pour les héberger* ». Observant par ailleurs que la plupart des sites accueillant indifféremment salons professionnels et salons grand public, le Conseil a considéré « *que la segmentation des marchés de la gestion des sites selon qu'ils accueillent des salons grand public ou professionnels n'est pas justifiée* ».

319. **Les différences de prix** : un écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de substituabilité imparfaite entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché. Un écart de prix peut être la cause, ou la conséquence, de l'absence de substituabilité. Ainsi, dans le secteur des remontées mécaniques⁷¹, le Conseil a noté que les différences de prix entre les catégories d'appareil étaient considérables et que la demande des produits les plus chers ne pourrait s'expliquer si les produits les moins chers représentaient des substituts satisfaisants. De même, le rapport de 1 à 10 constaté entre le prix d'une prestation de télésurveillance et celui d'une prestation de surveillance par agent a conduit le Conseil à distinguer deux marchés⁷². Au sein du marché de la commercialisation de l'huile d'olive par le canal de la grande distribution, le ministre, tout en laissant la question ouverte, a envisagé de réunir les marques de fabricants et les marques de distributeurs (MDF et MDD) sur un même marché, mais d'en exclure les marques premier prix et les marques *hard discount* (MPP et MHD), en constatant que « *les prix, les emballages et la qualité de ces deux catégories de marques sont largement inférieurs à ceux des MDF et MDD. Ainsi, le prix moyen des MDD et MDF est 60 % plus élevé que celui des MHD et 80 % plus élevé que celui des MPP. En ce qui concerne la qualité du produit, les cahiers des charges établis pour la fourniture de MPP et MHD par les GMS sont bien moins exigeants que ceux destinés aux fournisseurs de MDD* »⁷³.

320. Les niveaux de prix ne constituent cependant qu'un indice, à corroborer avec les autres caractéristiques des marchés. En effet, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des produits sont équivalentes. De plus, des produits peuvent avoir des prix différents et appartenir au même marché notam-

70. Avis du du Conseil de la concurrence 07-A-10 du 26 septembre 2007.

71. Avis du du Conseil de la concurrence 01-A-02 du 13 février 2001.

72. Avis du du Conseil de la concurrence 99-A-03 du 26 janvier 1999.

73. Décision du ministre C2004-130, Lesieur/Puget du 18 novembre 2004, publiée au *BOCCRF* le 23 juin 2005.

ment lorsqu'ils sont verticalement différenciés. Enfin, les entreprises qui disposent d'information sur la disponibilité à payer de leurs clients peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.

321. Les canaux de distribution : les stratégies de distribution des entreprises, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité des produits, du point de vue de leurs clients, et peuvent ainsi fonder une distinction des marchés. Par exemple, les questions de concurrence liées à la fabrication et à la distribution de boissons comme la bière⁷⁴ ou les boissons gazeuses au goût de cola⁷⁵ ont amené le Conseil à constater que les fabricants de ces boissons ne disposaient pas du même pouvoir de marché selon qu'elles étaient distribuées au consommateur final par le canal de la grande distribution, pour une consommation à domicile, ou par celui des cafés-hôtels-restaurants, pour une consommation hors domicile.

322. L'image de marque : l'image de marque associée à certains produits peut être retenue comme un critère déterminant de délimitation de marché. Par exemple, dans une décision relative aux marchés des chaussures de sport, le Conseil a isolé, au sein du marché de la chaussure de sport, celui de la chaussure de football, en considérant *« qu'àfin d'accroître ou de maintenir la notoriété de leurs marques il est d'usage que les fabricants de chaussures de football de marque concluent des contrats de parrainage avec des clubs de football professionnels, lesquels acceptent que soit fait usage de leur image en contrepartie de la fourniture, par le fabricant concerné, de chaussures et d'accessoires ainsi que, le cas échéant, du versement d'une "dotation financière variable selon la notoriété du club" »*.

323. L'environnement juridique : l'existence d'une norme légale ou d'une réglementation spécifique est également susceptible d'influencer le comportement de la demande, dans la mesure où elle peut influencer les prix des produits, leur qualité ou la perception que les demandeurs en ont. Par exemple, dans un avis relatif à l'acquisition du groupe Poma par la société Leitner⁷⁶, le Conseil a considéré que les différents types de remontées mécaniques pour station de ski (téléski, téléportés monocâbles, téléphériques et funiculaires) n'étaient pas substituables entre elles, notamment en raison des contraintes relatives à la réglementation et aux normes de sécurité et d'entretien très strictes.

324. Les préférences subjectives des clients : en plus des besoins objectifs des clients, l'Autorité peut aussi prendre en compte leurs préférences subjectives. Par exemple, dans une décision relative aux marchés des désherbants⁷⁷, le Conseil a observé que *« même en admettant que les fonctions intrinsèques du chlorate de soude ne soient pas objectivement très différentes de celles des autres désherbants et que son coût d'usage ne constitue pas, pour un certain nombre d'utilisations, un avantage décisif, il est constant que les consommateurs, dans leur majorité, considèrent, comme le soulignent les nombreux distributeurs, que le chlorate de soude n'est pas substituable aux autres dés-*

74. Avis du Conseil de la concurrence 96-A-09 du 9 juillet 1996.

75. Avis du Conseil de la concurrence 98-A-09 du 29 juillet 1998.

76. Avis du Conseil de la concurrence 01-A-02 du 13 février 2001.

77. Décision du Conseil de la concurrence 00-D-85 du 20 mars 2001.

herbants totaux». En revanche, dans un avis relatif à une acquisition sur le marché de la production, de la transformation et de la vente de saumons⁷⁸, le Conseil a noté que « *le saumon d'Écosse bénéficie d'une meilleure image et d'une appréciation de qualité plus grande que le saumon de Norvège auprès des consommateurs, prêts à payer un supplément de prix pour ce surplus de qualité perçu* » mais a conclu, après avoir analysé et pondéré l'ensemble des critères susceptibles de fonder une distinction de marché, que « *le fait qu'un groupe de consommateurs puisse ne pas considérer l'ensemble de produits répondant aux mêmes besoins comme substituables n'exclut cependant pas que ces produits puissent appartenir au même marché pertinent. Compte tenu de la stabilité et de l'interdépendance des prix relatifs, de l'absence de véritable différence objective ainsi que de la possibilité pour une proportion suffisante des acheteurs de reporter tout ou partie de leur demande d'une origine à une autre, le Conseil est d'avis que les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage appartiennent au même marché pertinent* ».

325. Le fait que les produits soient destinés à des clientèles différentes : lorsque les produits sont commercialisés à des clientèles dont les besoins diffèrent, les autorités de la concurrence peuvent être amenées à considérer des marchés distincts par type de clientèle. Parfois, ce sont certaines caractéristiques même du produit qui sont différentes en fonction du type de clients à laquelle il est destiné, mais les spécificités ne peuvent aussi porter que sur le mode de commercialisation, de livraison, de conditionnement du produit, et justifier des prix différents. Par exemple, s'agissant de la fabrication des produits alimentaires, une distinction est généralement faite selon que les produits sont destinés aux grandes et moyennes surfaces, à la restauration hors foyer ou aux industries agroalimentaires⁷⁹. Sur les marchés des boissons, la puissance de marché des offreurs est évaluée de façon distincte sur le marché de la consommation hors domicile d'une part, et sur le marché des cafés, hôtels, restaurants, d'autre part⁸⁰.

b) Les méthodes quantitatives

326. Au-delà de la prise en compte des différents indices évoqués ci-dessus, la délimitation des marchés de produit peut aussi s'appuyer sur **des méthodes quantitatives** plus poussées, quoique leur utilisation soit rare en pratique, compte tenu des données nécessaires pour les mener à bien de manière rigoureuse.

327. L'observation des **évolutions de prix** peut fournir des indications précieuses sur la substituabilité des produits, car des produits différents qui répondent à une même demande peuvent présenter des écarts de prix, mais doivent en théorie évoluer de façon similaire dans le temps. Les données utilisées doivent s'étendre sur une période suffisamment longue (par exemple, au moins deux ans pour des

⁷⁸. Avis du Conseil de la concurrence 06-A-20 du 20 octobre 2006.

⁷⁹. Cf. par exemple, la décision de l'Autorité 09-DCC-48 du 22 septembre 2009, LDC/Marie.

⁸⁰. Cf. l'avis du Conseil de la concurrence 04-A-07 du 18 mai 2004, relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Sogebra-Heineken dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR et 99-A-14 du 28 septembre 1999 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina.

données mensuelles). Elles doivent être corrigées des variations saisonnières qui peuvent affecter certains marchés (comme, par exemple, les changements de température pour certains marchés de l'énergie, ou les périodes de vacances pour les marchés du tourisme).

328. La substituabilité des produits s'analyse essentiellement à travers **les élasticités-prix simples** et les **élasticités-prix croisées**⁸¹ des fonctions de demande. Pour un bien « normal »⁸², lorsque son prix augmente, sa demande diminue, la demande des biens qui lui sont complémentaires diminue et la demande des biens qui lui sont substituables augmente.

329. Le **test du monopole hypothétique**, évoqué supra, peut faire l'objet d'une modélisation quantitative pour aider à la définition du marché pertinent. Il convient de préciser que la méthode du test du monopole hypothétique est adaptée lorsque les prix observés, à partir desquels sont réalisées les simulations de hausses des prix, sont des prix suffisamment concurrentiels. En revanche, elle devient d'autant plus délicate à mettre en œuvre que les prix observés s'éloignent des prix concurrentiels. L'exemple typique (dit *cellophane fallacy*) est celui d'un monopole sur le produit dont il convient de vérifier s'il constitue ou non un marché pertinent distinct. Un monopole est capable de pratiquer son prix de monopole c'est-à-dire le prix qui maximise son profit. À ce prix, toute augmentation de prix est susceptible de réduire le profit. Le test amène automatiquement à élargir le marché au-delà de sa véritable dimension et donc à sous-estimer le pouvoir de marché de l'entreprise et les effets de l'opération de concentration.

330. Pour toutes les modélisations économétriques proposées par les parties à l'appui d'une notification, elles sont invitées à détailler la méthodologie suivie ainsi qu'à joindre les données utilisées. Les éléments fournis font l'objet d'une analyse par le service économique de l'Autorité.

331. Par ailleurs, quand les critères qualitatifs et quantitatifs usuels ne permettent pas avec suffisamment de certitude de délimiter un marché pertinent, en particulier pour des secteurs oligopolistiques où les produits offerts sont différenciés, il peut être envisagé d'identifier directement les substituts les plus proches vers lesquels se reporterait la demande en cas d'augmentation du prix des produits concernés. Ce mode d'analyse a notamment été utilisé par le ministre dans le cas de l'acquisition de Milan par Bayard⁸³ compte tenu de la nature différenciée et hétérogène des titres de presse jeunesse et de la structure oligopolistique de l'offre. Il a ainsi été procédé à un inventaire des titres de presse édités par les opérateurs concurrents et constituant des substituts proches ou éloignés de ceux des parties. Ce mode d'analyse a permis de regrouper des titres de presse jeunesse selon les

81. L'élasticité croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

L'élasticité simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

82. Par opposition aux biens dits « supérieurs » ou biens de Veblen, comme les produits de luxe, dont la demande augmente avec le prix.

83. Décision du ministre C2003-239, Bayard Presse/Éditions Milan, du 11 février 2004 publiée au *BOCCRF* le 15 juin 2004.

critères de l'âge du public visé et de la thématique du magazine. Les catégories ainsi identifiées ne correspondent pas à des marchés pertinents de produits mais à des modalités de regroupement des magazines selon leur degré de substituabilité (apprécié selon le prix, le format, le contenu éditorial, le positionnement, l'ancienneté sur le marché et la diffusion payée qui permettent de mesurer la notoriété du titre, le réseau de distribution, etc.) afin de déterminer vers quels magazines intervient le report de demande en cas d'augmentation unilatérale du prix d'une catégorie par la nouvelle entité. Cette approche sera précisée ci-dessous dans l'analyse des effets unilatéraux.

4. Dimension géographique des marchés pertinents

332. La réalité des flux d'échanges, de la distance effectivement parcourue par les offreurs ou par les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, de la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, ou encore les écarts de prix d'une zone à l'autre, peuvent fonder des distinctions de marché en termes géographiques. Pour délimiter géographiquement les marchés, différentes caractéristiques peuvent être prises en compte par l'Autorité.

333. **Les coûts de transport** : les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas pour les produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 1993, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant « *que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne* » ne sont pas substituables aux autres « *du fait de* » l'incidence contraignante du coût du transport « *sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur* ».

334. **La distance ou le temps de parcours des consommateurs** constitue un élément important de délimitation des marchés géographiques, par exemple de « zones de chalandise » dans les métiers de la distribution. Dans un avis relatif à la grande distribution⁸⁴, le Conseil a relevé que « *si l'on tient compte des différences d'attractivité liées au critère de la taille, les temps habituellement retenus peuvent être fixés, pour les supermarchés de moins de 1 500 m² à 10 minutes maximum, pour les supermarchés de 1 500 m² à 2 499 m² à 15 minutes environ ; que, pour les hypermarchés de moins de 10 000 m², le temps de déplacement moyen peut être estimé à 15 à 20 minutes, lorsqu'ils sont sur un site isolé, et à 30 minutes dans le cas d'une implantation en centre commercial ; qu'enfin, pour les hypermarchés de plus de 10 000 m², le temps moyen peut être établi à 30 minutes* ». L'évaluation de la distance ou du temps de parcours peut être pondérée en fonction de la qualité du réseau routier, de la fréquence des déplacements nécessaires, de l'attractivité que présente un point de vente, à travers la taille de ce dernier, de l'étendue des différentes gammes proposées et de la qualité des infrastructures qui lui sont attachées (autres services à proximité du lieu de vente, parking).

84. Avis Carrefour Promodes du Conseil de la concurrence 00-A-06 du 3 mai 2000.

335. La prise en compte de ce critère peut amener à distinguer des marchés différents selon les catégories de demandeurs. La demande des entreprises pourra ainsi s'adresser à des offreurs situés sur une zone géographique plus large que celle déterminée par la demande des particuliers. De la même façon, le ministre a considéré, dans le secteur des voyages d'affaires que, si le marché géographique demeure national pour les PME/PMI, il convient de s'interroger sur une dimension plus large du marché pour les entreprises multinationales dans la mesure où elles cherchent à avoir un fournisseur unique pour l'ensemble de leur groupe, capable de couvrir, par sa prestation, plusieurs pays européens (*one stop shopping*).⁸⁵

336. Les contraintes légales, réglementaires : certains marchés sont par ailleurs géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires. Par exemple, le Conseil dans une décision relative aux prestations funéraires⁸⁶ a noté que « *sous l'empire de la législation en vigueur à l'époque des faits, les familles ne pouvaient s'adresser, dès lors que le service extérieur était organisé par la commune, qu'au titulaire du monopole, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une agence funéraire, et que les dérogations prévues par la loi du 9 janvier 1986 ne pouvaient s'appliquer que lorsque la commune du lieu de mise en bière n'était pas celle du domicile du défunt ou du lieu d'inhumation ou de crémation* ». Les normes nationales en vigueur peuvent aussi constituer un critère de délimitation des marchés. Par exemple, le Conseil a noté que, pour le marché des remonte-pentes mécaniques, le coût d'adaptation des appareils étrangers aux normes de sécurité nationales était très faible par rapport à la valeur de ces équipements et tenu compte de l'harmonisation en cours de la réglementation européenne en matière de sécurité.

337. Les préférences subjectives des clients : des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales, l'attachement aux marques expliquent par ailleurs que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut de plus être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales. Ainsi, du fait de l'utilisation privilégiée de la brique dans les constructions résidentielles en Alsace, ce matériau n'a pas été considéré comme substituable au parpaing de béton dans cette région, alors que c'est peut-être le cas dans d'autres régions de France⁸⁷. Également, le Conseil a estimé qu'il existait un marché de la vanille de la Réunion pour les touristes qui, visitant l'île de la Réunion, considèrent l'origine locale du produit comme un critère déterminant lors de l'achat de vanille dès lors qu'ils achètent de la vanille uniquement parce qu'il s'agit d'un produit local.

338. Les marchés ainsi définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux ; 30 minutes de transport pour les zones de chalands des

85. Décision du ministre C2004-05, SEAVT/Protravel, du 29 mars 2005 publiée au *BOCCRF* du 16 décembre 2005.

86. Décision du Conseil de la concurrence 00-D-59 du 6 décembre 2000.

87. Avis du Conseil de la concurrence 99-A-09 du 1^{er} juin 1999.

hypermarchés ; la ville de Paris pour l'exploitation des films en salles de cinéma). *A contrario*, les effets de l'harmonisation européenne, de la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges conduisent de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux.

339. Certains marchés peuvent faire l'objet d'une analyse à plusieurs niveaux. Ainsi, à l'occasion de l'examen de la fusion des groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne⁸⁸, l'Autorité a confirmé que l'analyse concurrentielle des marchés de la banque de détail et de certains marchés de la banque commerciale, s'agissant des PME, pouvait être effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. Elle a en effet considéré que le pouvoir de marché des banques s'appuyait, d'une part sur la taille des groupes, de nombreux services bancaires étant caractérisés par des économies d'échelle et de gamme qui favorisent les banques disposant d'une très large base de clientèle, et d'autre part, sur leur proximité et la qualité de leur relation avec le client. De plus, l'Autorité a noté que, contrairement à ce qui a été constaté par la Commission européenne sur d'autres marchés nationaux, ces marchés présentent, en France, un certain degré d'hétérogénéité géographique, tant en ce qui concerne l'implantation des différents groupes que les conditions tarifaires pratiquées au sein d'un même groupe.

C. L'appréciation du degré de concentration du marché

1. L'objectif

340. Après avoir délimité les marchés pertinents, l'Autorité conduit une analyse préliminaire sur les parts de marché et le degré de concentration du marché. Cette première estimation très utile de la structure du marché et de l'importance des parties à la concentration et de leurs concurrents ne limite toutefois pas l'analyse concurrentielle, ne serait-ce que parce qu'elle ne permet pas d'appréhender l'existence d'une pression concurrentielle provenant de l'absence de barrières à l'entrée et de l'existence de concurrents potentiels qui ne sont pas effectivement présents sur les marchés concernés. Cette analyse préliminaire ne prend pas non plus en compte des éléments tels que la capacité de la demande à exercer, *via* sa puissance d'achat, un contre-pouvoir à la puissance de marché des parties.

2. Les critères utilisés

341. Deux critères sont examinés par l'Autorité :

- **les parts de marché** : plus la part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est élevée par rapport à celles de ses concurrents, plus la probabilité qu'elle confère ou renforce un pouvoir de marché est forte ;

⁸⁸. Décision de l'Autorité de la concurrence 09-DCC-16 du 22 juin 2009.

- **le degré de concentration** : plus le marché est concentré, plus les risques d'atteintes à la concurrence, par effets coordonnés ou non coordonnés, sont importants.

342. En pratique, l'Autorité utilise les mêmes seuils que la Commission européenne pour déterminer si une opération justifie une analyse approfondie.

343. Lorsque la part de marché de l'entité résultant de l'opération est inférieure à 25 % dans une concentration horizontale et à 30 % dans une concentration verticale ou conglomérale, l'Autorité considère qu'une atteinte à la concurrence est peu probable, sauf cas particulier.

344. Pour apprécier le degré de concentration du marché, un indice Herfindhal-Hirschman (IHH) peut être calculé. Cet indice est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché. Lorsqu'il n'est pas possible, faute d'information disponible, d'intégrer dans le calcul toutes les entreprises présentes, il convient de se limiter aux principaux opérateurs dont les parts de marché peuvent être identifiées, l'impact des petits acteurs sur la valeur de l'IHH étant réduit. Le niveau de l'indice après l'opération et sa variation par rapport à la situation antérieure (appelée delta) sont pris en compte.

345. Pour les concentrations horizontales, comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150. Pour les concentrations verticales ou conglomérales, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence, si l'IHH après l'opération est inférieur à 2 000.

346. Cependant, la Commission réserve la possibilité qu'une opération puisse porter atteinte à la concurrence, même en deçà de ces seuils, dans des cas exceptionnels tels que :

- l'une des parties à l'opération est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible mais est susceptible de croître rapidement ;
- une ou plusieurs parties à l'opération sont des entreprises innovantes importantes, ce que ne révèle pas leur part de marché ;
- il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché ;
- l'une des parties à la concentration est un franc-tireur qui, très probablement, ferait échouer la coordination des comportements ;
- il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle, ou de pratiques facilitant la coordination ;

– l'une des parties à l'opération détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50 %.

347. L'Autorité se réfère aux parts de marché les plus récentes disponibles. Elle peut éventuellement prendre en considération les parts de marché au cours des deux années précédentes, si elles ont fortement évolué. La part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est calculée en sommant celle des parties à la concentration. Elle peut éventuellement être corrigée d'estimations d'évolution de marché, en particulier lorsque celui-ci est en développement rapide.

348. Les parts de marché sont analysées en valeur et en volume. L'Autorité utilise les indicateurs de volume usuels dans les métiers de l'entreprise résultant de l'opération, comme les surfaces en m² dans la distribution, ou le nombre de véhicules immatriculés dans la vente de véhicules neufs. Dans les secteurs bancaires et immobiliers, l'Autorité a également assis l'analyse de la position des entreprises au niveau local sur le nombre d'agences, faute de données permettant d'évaluer plus finement l'activité de ces agences.

349. L'Autorité s'appuie sur les parts de marché fournies par les parties dans leur dossier de notification. Elle peut remettre en cause les estimations fournies en s'appuyant sur des sources tierces.

D. Les effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux

1. La nature de ces effets

350. 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 consommateurs⁸⁹. Cette entreprise serait par exemple en mesure d'augmenter significativement ses prix, de réduire la diversité des produits ou services disponibles sur le marché ou son rythme d'innovation. Sur la période récente, les autorités de contrôle ont examiné plusieurs opérations se traduisant par la constitution de monopoles, c'est-à-dire un cas extrême de renforcement d'une position dominante. Ces opérations n'ont été autorisées que sous réserve d'engagements visant à limiter leurs effets sur les prix ou sur les conditions d'accès de nouveaux acteurs aux marchés concernés⁹⁰.

89. Arrêt du TPICE du 25 mars 1999, Gencor contre Commission, T-102/96.

90. Réf. TPS/Canal Plus et CCIP/Unibail.

351. Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante au profit de l'entité issue de l'opération, une concentration entre deux entreprises présentes sur un même marché peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles. Il est en effet possible qu'après l'opération, la nouvelle entité puisse de façon profitable augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs. Un tel effet a, par exemple, été mis en relief à plusieurs reprises dans le secteur de la distribution. Le ministre de l'Économie a considéré que l'acquisition de points de vente, dans les zones de chalandise où elles en contrôlaient déjà d'autres, pouvait permettre aux entreprises concernées d'augmenter, de façon profitable, les prix dans certains établissements, les clients perdus du fait de cette augmentation étant « récupérés » par les autres établissements de l'acquéreur.

352. De plus, la réaction des autres entreprises présentes sur le même marché et qui ne sont pas parties à la concentration, est susceptible, dans certaines configurations de marché, et ce indépendamment de tout phénomène de coordination des comportements, de contribuer à affaiblir l'intensité de la concurrence. La disparition d'un concurrent peut en effet déplacer significativement le point d'équilibre concurrentiel sur tout ou partie du marché considéré, l'ensemble des entreprises présentes étant alors en mesure de bénéficier de prix plus élevés. La perte de bien-être qui en résulte pour les consommateurs peut être prise en compte par les autorités de contrôle, même si l'opération ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante au profit de l'entité issue de la fusion. Le Conseil de la concurrence a, par exemple, estimé qu'une concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage était de nature à avoir un effet dommageable sur les prix et les quantités du saumon produit en Écosse⁹¹.

2. Les critères d'analyse

353. La probabilité qu'une opération de concentration entraîne les effets unilatéraux décrits ci-dessus est fonction des caractéristiques présentées par le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés et, particulièrement, de l'analyse du pouvoir de marché déjà détenu par les entreprises antérieurement à l'opération. Tous les facteurs susceptibles de contribuer à un tel pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte : les résultats de l'addition des parts de marché des parties à la concentration ; la nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché ; le positionnement concurrentiel des parties vis-à-vis l'une de l'autre ; la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ; la probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ; la puissance d'achat des clients.

⁹¹. Avis du Conseil de la concurrence 06-A-20 du 20 octobre 2006.

354. Ces effets s'apprécient, dans une première étape de l'analyse, indépendamment⁹² des gains d'efficacité que l'opération est, parallèlement, susceptible de générer (*cf. infra* partie L).

a) Le résultat de l'addition des parts de marché des parties à la concentration

355. L'addition des parts de marché, calculées comme indiqué ci-dessus aux paragraphes 343 et suivants, sur les marchés sur lesquels les parties à la concentration sont simultanément présentes donne une première indication sur les effets d'une concentration horizontale.

356. Cette addition des parts de marché réalisées par les parties avant l'opération ne tient pas compte des phénomènes de report, sur les concurrents, de la demande qui s'adressait auparavant aux parties. En effet, si l'importance de ce report peut être qualifiée, en fonction du type de concurrence que se livraient les entreprises avant l'opération (*cf. infra* au paragraphe 365), l'estimation chiffrée de l'effet de ce report sur les futures parts de marché de l'entité issue de l'opération est rarement possible.

357. L'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Des parts de marché postopération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important. Une telle présomption est toutefois réfutable. En examinant les effets de l'acquisition par Seb de certains actifs de Moulinex⁹³, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que « *les parts de marché désormais détenues par SEB sur certains marchés sont importantes, mais la part de marché n'est cependant que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante [...] D'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché. En particulier, la pression concurrentielle à laquelle sera soumis le groupe SEB après la réalisation de l'opération ne dépendra pas seulement de l'état actuel des marchés mais aussi des possibilités de développement des autres opérateurs, et donc des facilités d'accès aux marchés concernés* ».

358. L'importance des parts de marché peut par ailleurs être appréciée de façon différente lorsque la concurrence sur le marché s'exerce au moyen d'appels d'offres. Ainsi, dans la décision Bombardier/Adtranz, la Commission a considéré qu'une part de marché de l'ordre de 50 % à 60 % ne constituait pas un indice de la position dominante de l'entité issue de l'opération, au motif notamment que « *les marchés en question étaient soumis à appels d'offres* »⁹⁴. De même, dans la décision Ernst & Young/Andersen France, la Commission a considéré qu'une part de marché de 40 % à 55 % ne constituait pas un indice de la position dominante de l'entité issue

92. Cependant, certains modèles visant à quantifier ce type d'effets peuvent, compte tenu de la forme de la fonction de production retenue, prendre en compte directement les gains d'efficacité.

93. Avis du Conseil de la concurrence 02-A-07 du 15 mai 2002.

94. Décision de la Commission du 3 avril 2001, COMP/M. 2139, Bombardier/Adtranz.

de l'opération sur le marché français des services d'audit et de comptabilité aux grands comptes, au motif que « *le marché de l'audit est un marché d'appels d'offres* »⁹⁵.

359. Dans le cas où l'une des parties à l'opération détient des parts de marché extrêmement faibles (moins de 2 %), l'opération, *a priori* n'emporte pas d'atteinte à la concurrence, à moins que ces parts ne viennent conforter une position déjà très forte.

360. Lorsque l'addition des parts de marché des parties à la concentration sur les marchés concernés aboutit à des parts de marché inférieures à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.

b) La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché

361. La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché ou les marchés sur le(s)quel(s) les parties à l'opération sont simultanément présentes est également un facteur important dans l'analyse des effets unilatéraux d'une concentration.

362. Le caractère oligopolistique du marché est par exemple de nature à soulever des préoccupations de concurrence alors même que l'entité issue de la fusion n'occupera pas une position dominante. Dans une telle configuration, les parts de marché de chacun des acteurs sont élevées et la fusion de deux d'entre eux est susceptible de réduire de façon significative les pressions concurrentielles subies tant par l'entité issue de la fusion que par les entreprises subsistant sur le marché. De façon plus générale, le degré de concentration du marché et l'effet du cumul de parts de marché sur ce degré de concentration, de nature à influencer significativement sur ce type d'effets, sont un facteur important (*cf. supra* les calculs de IHH, paragraphes 345 et s.).

363. Le fait que les biens ou services échangés sur le marché soient homogènes ou plus ou moins différenciés entre les offreurs est également pris en compte. L'intensité de la concurrence appréciée globalement sur le marché est en effet *a priori* plus faible dans le cas de biens très différenciés. De plus, la pression concurrentielle exercée peut varier d'un offreur à l'autre. Par ailleurs, sur les marchés de biens différenciés, la concurrence est plus susceptible de s'exercer en prix, c'est-à-dire que les offreurs sont en mesure d'agir directement sur le prix des biens ou services concernés, alors que pour des biens homogènes, les mouvements de prix sont plutôt influencés par variations dans les quantités offertes ou demandées⁹⁶. De plus, si les autorités nationales ou communautaires se sont le plus souvent interrogées sur l'importance d'éventuels effets unilatéraux, n'allant pas jusqu'à la création ou le renforcement d'une position dominante, dans le cadre de marchés de biens différenciés par offreur sur lesquels la concurrence s'exerce par les prix, le

⁹⁵. Décision de la Commission du 5 septembre 2002, COMP/M. 2816, Ernst & Young/Andersen France.

⁹⁶. Avis du Conseil de la concurrence 06-A-20 du 20 octobre 2006 : « *Le jeu concurrentiel sur le marché du saumon d'élevage présente des spécificités qui doivent être prises en compte pour évaluer les effets de l'opération sur le fonctionnement de la concurrence. Principalement, du fait de l'inélasticité de l'offre d'un produit vivant et périssable, tous les producteurs ne peuvent, à court terme, qu'accepter le prix qui découle de la confrontation de cette offre et de la demande. Le jeu concurrentiel ne peut donc s'exercer que par une action sur les quantités, qui ne peut être mise en œuvre qu'à plus long terme compte tenu des délais nécessaires à la croissance du poisson.* »

Conseil de la concurrence a déjà adapté cette analyse à un cas où la concurrence sur le marché concerné s'exerçait en quantités et non en prix et où les produits étaient différenciés, non par offreur, mais en fonction des origines géographiques du produit concerné (saumon d'Écosse, d'Irlande ou de Norvège⁹⁷).

364. Le caractère biface (*two sided*) des marchés peut aussi être utile pour expliquer le fonctionnement de la concurrence. Dans un tel cas, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Dans le secteur de la presse, le Conseil de la concurrence a explicitement utilisé, dans son avis 03-A-03 du 20 mars 2003 relatif à l'opération de concentration Comareg/France Antilles, le concept de marché biface pour illustrer l'interdépendance entre deux marchés pertinents distincts, à savoir le marché des petites annonces et celui des publicités commerciales : « *Le marché des publicités commerciales et celui des petites annonces sont interdépendants et sont liés à l'audience ou au lectorat. En effet il n'existerait pas de marché des publicités commerciales en l'absence de lectorat et il n'existerait pas de lectorat en l'absence de petites annonces.* » Dans l'affaire plus récente SIPA/Pôle Ouest Socpresse⁹⁸, les autorités de concurrence ont considéré que le caractère biface du marché de la presse régionale – pris parmi d'autres éléments – pouvait contribuer à écarter le risque de hausse unilatérale du prix des journaux. Comme le note le ministre dans sa décision : « *En effet, le modèle économique de la presse comme interface entre lecteurs et annonceurs, combiné au déclin structurel de la PQR ainsi qu'à la forte élasticité de la demande et la faible substituabilité entre les titres limitent le pouvoir de marché de la nouvelle entité sur le marché du lectorat.* »

c) Le positionnement concurrentiel des parties à la concentration l'une vis-à-vis de l'autre

365. Lorsque le ou les marchés concernés par la concentration sont des marchés de produits ou de services différenciés, la proximité des offres des parties à l'opération constitue l'un des facteurs susceptible d'influer sur la probabilité qu'une opération entraîne des effets horizontaux significatifs. En effet, les biens et services concernés sont alors suffisamment substituables du point de vue des acheteurs pour être considérés comme offerts sur un même marché pertinent, mais ils ne le sont qu'imparfaitement et à des degrés divers selon les offreurs. Lorsque les parties à l'opération proposent des offres très proches, alors que ce n'est pas le cas des concurrents qui subsistent, il est possible qu'un grand nombre de clients les considèrent comme leurs premier et second choix. Par exemple, le Conseil dans son avis relatif à l'acquisition du pôle distribution de la société Fincar par la société Cafom⁹⁹, a observé, s'agissant de la distribution au détail de produits d'ameublement et d'électrodomestique, que « *le format des magasins But et Conforama, les gammes de produits proposés, les services offerts comme le positionnement en prix font des parties à l'opération les plus proches substitués sur les marchés concernés, tandis que*

97. Avis du Conseil de la concurrence 06-A-20 précité.

98. Avis du Conseil de la concurrence 05-A-18 du 11 octobre 2005.

99. Avis du Conseil de la concurrence 07-A-06 du 16 juillet 2007.

les magasins concurrents offrent des gammes de produits plus limitées ou ont des positionnements différents en matière de prix».

366. Dans la mesure où des parts de marché importantes sont liées à des clients qui considèrent effectivement les deux magasins comme leurs premier et deuxième choix, l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration peut rendre profitable une hausse des prix substantielle (ou une réduction du volume ou de la qualité de sa production) de l'entité issue de l'opération, celle-ci bénéficiant du caractère captif d'une partie importante des clients alors qu'auparavant, une hausse des prix de l'une des parties aurait conduit à un report important vers l'autre partie¹⁰⁰. Les possibilités de repositionnement de leur offre par les concurrents ou d'entrées de nouveaux offreurs, de nature à contrecarrer ces effets, sont toutefois attentivement examinées par l'Autorité (*cf. infra*).

367. Le concurrent éliminé peut aussi se caractériser par le caractère très dynamique de la concurrence qu'il exerçait sur le marché, même avec une part de marché faible. Le risque que l'opération porte atteinte à la concurrence est ainsi plus fort si l'opération conduit à l'élimination d'un acteur animant fortement la concurrence (appelé parfois *maverick*). Ce peut être le cas lorsque l'opération fait disparaître une entreprise récemment entrée sur le marché qui aurait exercé une forte pression concurrentielle en restant indépendante. Des ruptures technologiques peuvent ainsi conférer un rôle important à de petits acteurs dans le jeu concurrentiel. Par exemple, le ministre de l'Économie a considéré que la mise en place de la TNT allait donner à la chaîne TMC un poids sur le marché de la publicité télévisée largement supérieur à sa part de marché telle que constaté les années précédentes¹⁰¹.

d) La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché

368. Le nombre, les parts de marché et les atouts concurrentiels des concurrents de l'entité fusionnée sont également des facteurs essentiels dans l'analyse des effets horizontaux d'une concentration. En particulier, l'Autorité évalue la capacité des concurrents actuels à réagir face à la nouvelle situation créée par l'opération. La taille des concurrents, leurs capacités de production, l'écart entre leurs parts de marché et celle de l'entreprise issue de l'opération constituent des indices importants pour apprécier si les concurrents pourront absorber la demande dans l'hypothèse où la nouvelle entreprise augmenterait ses prix (ou si les concurrents pourront mettre sur le marché des quantités supérieures dans l'hypothèse où elle réduirait sa production). Il est également tenu compte de leur intérêt à le faire : dans certaines configurations de marché, les concurrents peuvent, même en l'absence de comportement coordonné, trouver plus profitable de bénéficier de hausses de prix à la suite de la fusion. S'agissant de la concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage déjà mentionnée ci-dessus, le Conseil de la concurrence a

¹⁰⁰. Décision du ministre C2002-51, M. Bricolage/Tabur du 29 août 2002.

¹⁰¹. Décision du ministre C2004-127, TF1/AB/TMC du 27 octobre 2004.

ainsi noté sur ce sujet : « *En théorie, leur intérêt est de produire plus que ce qu'ils n'auraient fait dans l'état antérieur du marché afin de profiter du déficit d'offre par rapport à une situation sans fusion. Les concurrents n'ont toutefois pas non plus intérêt à compenser totalement ce déficit. L'effet cumulé de l'opération, prenant en compte une production inférieure des parties ainsi qu'une production supérieure des concurrents, est donc toujours négatif : à la suite d'une opération de concentration, la quantité totale offerte est inférieure à ce qu'elle aurait été sans l'opération et par conséquent, le prix de marché est supérieur à ce qu'il aurait été sans l'opération. Encore faut-il que les concurrents aient la capacité de réagir. S'ils sont contraints en capacités disponibles, le déficit d'offre et les tensions sur les prix seront plus importants.* »

369. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent toutefois être freinées par l'entreprise créée, qui contrôlerait, par exemple, des ressources nécessaires à la production, l'accès à des contenus dans le secteur des médias, des brevets ou des droits de propriété intellectuelle essentiels pour les concurrents, ou encore d'importantes capacités de distribution des biens ou services concernés. Le fait que les parties à la concentration soient des entreprises verticalement intégrées sur des marchés amont et aval est de nature à renforcer les effets horizontaux des cumuls de parts de marché¹⁰² (cf. ci-dessous partie E sur les effets verticaux des concentrations).

370. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent également être contraintes par des coûts de changement de fournisseur (*switching costs*) importants pour les clients. Ces coûts de sortie peuvent être liés à l'existence d'abonnements ou autres types de contrats dont la rupture est coûteuse pour les clients. La contrainte sur l'intensité concurrentielle du marché est cependant particulièrement forte en présence de coûts favorisant la reconduction de ces contrats à leur terme.

371. Le Conseil de la concurrence a, par exemple, relevé dans son avis sur l'acquisition de la société CCMX holding par la société CEGID¹⁰³, que « *l'achat d'une licence portant sur un progiciel pour expert-comptable est amorti au bout de trois à quatre ans et ce n'est donc qu'à partir de la cinquième année que le cabinet s'interrogera éventuellement sur l'opportunité de changer sa solution informatique. Les coûts de changement sont significatifs puisque au-delà du coût direct du logiciel, il faut prendre en compte la nécessité de former du personnel ainsi que le coût et le risque attachés au transfert des dossiers dans un nouveau système. La société CEGID expose que les éditeurs ont mis au point des solutions permettant la migration rapide et sans risque des données d'un système à l'autre. Ce progrès n'annule toutefois pas les coûts de changement, notamment en termes de risques pris par le cabinet qui passe d'une solution éprouvée à une solution qu'il ne connaît pas. De fait, une grande partie des clients interrogés se considèrent comme étant captifs de leur prestataire. L'importance de ces coûts explique que les cabinets hésitent à changer de logiciel, et qu'ils ont recours aux mises à jour effectuées par leur prestataire pour adapter leur logiciel.* »

102. Avis du Conseil de la concurrence 06-A-13 du 13 juillet 2006.

103. Avis du Conseil de la concurrence 05-A-04 du 14 décembre 2005.

372. Ces coûts de sortie peuvent cependant être relatifs. Le Conseil a ainsi noté à propos de la même opération entre des fabricants de logiciels d'experts-comptables de comptabilité que « *cependant, un changement de logiciel devient attractif, voire s'impose, lorsque le logiciel en place repose sur une technologie dépassée. Dans ces circonstances, les coûts supportés par le cabinet d'experts-comptables sont presque équivalents, qu'il opte pour une nouvelle gamme éditée par le même prestataire ou pour la gamme d'un autre éditeur* ». Dans ce cas d'espèce, la dynamique du secteur, fondée sur l'innovation, neutralisait l'effet des coûts de sortie et remettait les différents acteurs à égalité d'armes dans le jeu de la concurrence.

373. La capacité des clients à changer de fournisseur peut aussi être limitée par le fait qu'ils attachent une importance particulière à l'une des caractéristiques de l'offre de l'entreprise résultant de l'opération, dont la substituabilité avec d'autres offres disponibles est ainsi réduite, bien qu'il ait été considéré que le marché pertinent pour l'analyse englobait l'ensemble de ces offres. Sur les marchés sur lesquels les marques jouent un rôle important, la mobilité des consommateurs peut ainsi être réduite¹⁰⁴.

e) La puissance d'achat des clients

374. Le pouvoir de marché d'une entreprise peut être efficacement limité par la puissance d'achat ou contre-pouvoir des acheteurs. Les effets d'une concentration pourront donc être appréciés différemment selon que les clients des parties sont des particuliers ou d'autres entreprises, ou selon que le marché est un marché de détail ou un marché de gros. Lorsqu'il s'agit d'entreprises, la concentration des acheteurs, leur taille, la diversité de leurs achats, sont des facteurs susceptibles de leur conférer une puissance d'achat compensatrice. En revanche, lorsque les prix sont négociés avec chaque client, la puissance d'achat de certains clients ne limite pas le pouvoir de marché de l'entreprise vis-à-vis de clients moins puissants.

375. Le Conseil de la concurrence a ainsi estimé dans plusieurs avis que la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle confère aux enseignes donnent aux distributeurs un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs¹⁰⁵. Dans un avis rendu sur l'acquisition d'actifs de Moulinex par Seb, il explique ainsi : « *Les déclarations des distributeurs font valoir leur liberté de choix face aux marques et leur volonté de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur. Certains signalent qu'ils ont déjà réagi à la concentration Seb/Moulinex en offrant l'opportunité aux fournisseurs concurrents de développer leur notoriété et leur présence dans les linéaires.* »

376. De même, dans le secteur de l'impression de magazines, le Conseil a relevé que les éditeurs détenaient un pouvoir de marché non négligeable, pour plusieurs raisons : l'édition est concentrée entre un petit nombre d'acteurs puissants, les éditeurs ont la possibilité de fragmenter l'impression d'un même magazine entre

¹⁰⁴. Avis du Conseil de la concurrence 99-A-14 du 28 septembre 1999.

¹⁰⁵. Avis du Conseil de la concurrence 00-A-07 du 28 mars 2000 relatif à l'acquisition de certains actifs du groupe Sarah Lee par le groupe Benckiser, 02-A-07 du 15 mai 2007 et 04-A-16 du 28 juillet 2004 relatifs à l'acquisition d'actifs de Moulinex par Seb,

plusieurs imprimeurs, il existait d'importantes capacités de production excédentaires chez les imprimeurs¹⁰⁶. Le Conseil a considéré que ce pouvoir de marché était susceptible de contrebalancer celui dont pourrait disposer la nouvelle entité sur un segment de marché de l'impression des magazines limités aux cahiers « chauds ».

f) La concurrence potentielle

377. Le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une part de marché élevée, peut être également efficacement limité non seulement par les réactions des concurrents déjà présents sur le marché, mais également par le fait qu'il est relativement facile pour de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché en cause. Lorsque c'est le cas, toute dégradation des conditions initiales de marché liée à la concentration sera regardée comme une opportunité pour de nouveaux entrants et ces nouvelles entrées permettront de rétablir les conditions initiales de concurrence. La concurrence, même potentielle, exerce donc une pression sur les comportements des acteurs en place.

378. De ce fait et ainsi que l'expose la Commission dans les lignes directrices de 2004, « *lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence* ». Les barrières à l'entrée sur le marché en cause sont donc un facteur important de l'analyse. Il convient toutefois de s'assurer que ces entrées sont possibles dans des délais et sur une échelle suffisants pour exercer une réelle contrainte.

379. Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses¹⁰⁷. En premier lieu, l'entrée des concurrents sur le marché peut être rendue difficile par des barrières liées à la réglementation ou à la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, la réglementation sur l'urbanisme commercial limite la création de nouvelles surfaces de vente et justifie qu'un poids important soit accordé aux parts de marché dans l'analyse des concentrations dans le secteur de la distribution de détail. La fixation réglementaire des prix à un niveau très bas a également été considérée, sur les marchés des médicaments homéopathiques, comme une forte barrière à l'entrée¹⁰⁸.

380. En deuxième lieu, de nouvelles entrées seront d'autant moins probables qu'elles sont risquées. Or, le risque associé à l'entrée croît avec la part des coûts engagés pour l'entrée qui ne pourra être récupérée en cas d'échec. Les dépenses de publicité constituent par exemple des coûts irrécupérables. Le fait qu'un nouvel entrant sur le marché ne puisse y exercer une concurrence significative sans engager d'importantes dépenses publicitaires pour soutenir sa marque est donc considéré comme un frein à l'entrée.

381. Par exemple, la Commission dans l'opération Coca-cola/Carlsberg¹⁰⁹ a relevé que « *l'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le*

106. Avis du Conseil de la concurrence 09-A-01 du 6 février 2009 (CirclePrinters/Quebecor).

107. Cf. la typologie proposée dans l'étude thématique sur les barrières à l'entrée du rapport annuel 2006.

108. Avis du Conseil de la concurrence 05-A-01 du 7 janvier 2005 (Boiron/Dolisos).

109. Décision de la Commission du 11 septembre 1997 relative à la concentration The Coca-Cola Company/Carlsberg SA.

domaine des BGS A, et des sociétés comme TCCC et Pepsico ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leurs marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché».

382. L'Autorité évalue également l'importance des coûts fixes et les conditions dans lesquelles ils peuvent être récupérés, c'est-à-dire la combinaison de part de marché et de temps nécessaire à l'amortissement de l'investissement initial. Plus la production implique d'importants coûts fixes, plus l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle. L'intensité capitalistique d'un métier, en raison de ses coûts fixes de recherche et développement, de production ou de marketing, l'impossibilité de bénéficier d'économies d'échelle suffisantes pour être concurrentiel, ou les désavantages liés à l'inexpérience et aux manques de savoir-faire peuvent conduire des nouveaux entrants potentiels à considérer que les coûts irrécupérables en cas d'échec constituent des barrières impossibles à franchir. Par exemple, dans son avis relatif à l'acquisition de la société Atos par la société Experian, le Conseil a estimé que l'investissement nécessaire pour entrer sur le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des perspectives de rentabilité¹¹⁰. Le Conseil a par ailleurs tenu compte, dans son analyse prospective des marchés, de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur : la dématérialisation des opérations de compensation de chèques apparue avec la mise en place de l'échange image chèque (EIC). Il a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre, en rendant les trieuses inutiles. Le Conseil a conclu qu'au total, *« si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché »*.

383. L'existence d'effets de réseau peut aussi constituer un obstacle difficile à franchir pour un nouvel entrant. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les consommateurs qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel qu'ils en font, mais également du nombre des

¹¹⁰. Avis du Conseil de la concurrence 03-A-15 du 25 juillet 2003 : *« Tant la société Experian, que son principal concurrent, la société Safiq, estiment la taille minimale d'un centre de traitement de chèques compétitif à environ 100 000/150 000 chèques par jour, soit, sur 250 jours, 0,74 % à 1,11 % des volumes traités sur ce marché en 2002. Malgré de légères divergences d'appréciation sur le coût d'achat des matériels dans le secteur du traitement des chèques (entre 20 000 et 150 000 euros selon la capacité des lecteurs trieurs notamment), les opérateurs se rejoignent pour estimer que l'investissement initial nécessaire pour un centre de cette capacité peut être amorti sur un seul contrat de trois ans dans des conditions normales d'activité. Les coûts fixes sont en effet relativement peu importants, le traitement de chèques étant essentiellement une activité de main-d'œuvre (70 % des coûts totaux). »*

autres consommateurs utilisant ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires augmentent. De tels effets jouent par exemple un rôle important dans le transport aérien : « *Le fait pour une compagnie de disposer d'un réseau étendu, offrant des fréquences élevées et des connexions rapides structurées autour d'un hub, peut constituer une barrière à l'entrée importante pour des compagnies concurrentes qui ne bénéficieraient pas d'un réseau aussi attractif.* »¹¹¹

384. Par ailleurs, certains avantages, dont bénéficient des acteurs en place sur le marché, sont difficilement reproductibles par de nouveaux entrants. Par exemple, dans l'avis précité sur l'acquisition de la société CCMX holding par la société CEGID, le Conseil mentionne que la notoriété des fournisseurs garantit, aux yeux des clients, la pérennité et la qualité du produit acheté : « *Lorsqu'un changement d'opérateur est envisagé, la notoriété fait alors partie des critères principaux de choix du prestataire informatique. La qualité des produits vendus par les éditeurs se mesure en termes de performance du logiciel et aussi de fiabilité des services d'assistance et de maintenance. Les clients apprécient cette qualité essentiellement en fonction de la notoriété et de l'antériorité des éditeurs. Les experts-comptables soulignent également l'importance de la pérennité d'un éditeur : la disparition, ou même le simple rachat d'un éditeur, fait en effet peser un risque sur le suivi de la gamme et le maintien des prestations de maintenance et d'assistance.* »

385. D'une façon plus générale, l'existence de *switching costs*, tels que déjà décrits ci-dessus au paragraphe 371, empêche non seulement le report des clients vers d'autres concurrents déjà présents sur le marché, mais *a fortiori* vers de nouveaux entrants.

386. Les barrières à l'entrée peuvent ainsi résulter de l'existence de contrats d'approvisionnement ou de distribution dont bénéficient un ou plusieurs acteurs en place. Dans l'avis sur la fusion TPS/Canal Plus, le Conseil a noté que des contrats exclusifs de longue durée bloquaient complètement l'accès à certains contenus télévisuels premium : « [...] *De nombreux contenus incontournables ne sont pas disponibles en raison de droits exclusifs. Ainsi, pour créer une chaîne thématique de cinéma, un nouvel entrant a besoin d'acquérir du contenu, c'est-à-dire des droits de télévision payante qui portent à la fois sur des films américains et français récents et sur des films catalogues. Or, les contrats-cadres avec les studios américains sont tous détenus par les parties pour de longues durées.* »

387. Il faut enfin noter que la constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières de même que les entrées récentes ne suffisent pas, en elles-mêmes à démontrer l'absence de barrière, dans la mesure où tant l'absence d'entrées que la constatation d'entrées peuvent revêtir un caractère exceptionnel¹¹². L'observation des entrées passées peut tout au plus constituer un indice qui doit être confronté aux éléments de l'analyse.

111. Lettre du ministre de l'Économie du 27 avril 2000 au Conseil de la société Air France.

112. Avis du Conseil de la concurrence 03-A-15 du 25 juillet 2003, Experian/Atos.

388. Certaines de ces barrières à l'entrée peuvent être plus franchissables pour certains concurrents potentiels que pour d'autres. Par exemple, le Conseil de la concurrence a noté, dans l'avis CEGID/CCMX que *« l'importance de ce critère de notoriété n'a toutefois, par le passé, pas été un obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux éditeurs, dans la mesure où il s'agissait de structures créées par d'anciens collaborateurs issus des éditeurs déjà présents sur le marché. Ainsi, la société Coala a été créée par d'anciens salariés de CEGID, et le logiciel d'Ibiza a été mis au point par un ancien collaborateur de la société Sage et se trouve commercialisé par un ancien salarié de CCMX. Les ruptures technologiques décrites ci-dessus ont favorisé ces créations par essaimage. Les structures existantes hésitent à innover de sorte que les opportunités sont alors saisies par d'anciens salariés qui créent leur propre entreprise pour développer l'innovation en cause »*. De la même façon, certaines entreprises situées sur des marchés connexes peuvent bénéficier d'atouts en termes de savoir-faire ou d'économies de gammes lui permettant de réduire les investissements spécifiques à l'entrée sur le marché ou les coûts irrécupérables.

389. De ce fait, l'identification précise de candidats potentiels à l'entrée sur le marché accroît la vraisemblance de ces entrées.

390. Enfin, la dimension temporelle est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi, les lignes directrices sur les concentrations horizontales de la Commission indiquent que celle-ci *« examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans »*¹¹³.

E. Les effets non coordonnés dans les concentrations verticales

1. La nature de ces effets

391. Les effets verticaux d'une opération de concentration sont étudiés lorsque l'opération réunit des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur. Ce peut être l'acquisition par un producteur de moyens de distribution (ou l'inverse) ou encore l'acquisition, par une entreprise déjà active en amont et en aval, de capacités supplémentaires situées sur l'un de ses niveaux, ou sur les deux.

392. Une concentration verticale est susceptible de générer des gains d'efficacité et de favoriser la concurrence (intégration d'activités complémentaires, internalisation des doubles marges, réduction des coûts de transaction, meilleure organisation du processus de production, etc.), Ainsi, le Conseil a relevé dans l'affaire

¹¹³. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil de la concurrence relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 5 février 2004, § 74.

Arc/Callens-Lesage¹¹⁴ que « l'analyse économique du comportement des entreprises a mis en évidence les gains d'efficacité susceptibles de résulter d'une intégration verticale, du fait d'une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, et notamment de la prise en compte des externalités des décisions prises à un niveau dont pourrait bénéficier l'autre niveau : en aval comme en amont, chaque acteur économique prend des décisions qui affectent l'autre niveau et l'intégration verticale peut favoriser la prise des décisions dans l'intérêt commun. Les fusions verticales permettent également de réduire l'ampleur de la double marginalisation. En effet, quand deux entreprises en amont et en aval maximisent séparément leur profit propre, chacune impose à l'autre une externalité négative, provoquant ainsi une baisse de surplus des consommateurs et des profits des entreprises. En alignant les intérêts des deux parties, l'intégration verticale supprime ces externalités, ce qui conduit à un prix ou un niveau de services, plus efficace ».

393. Mais une concentration verticale peut également restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. On parle alors de « verrouillage » ou de « *forclusion* » des marchés. Une telle situation accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ces prix ou de réduire les quantités offertes.

394. C'est ce type d'effet qui a, par exemple, été relevé par le Conseil de la concurrence dans l'affaire Vivendi/Canal +¹¹⁵, soumise aux autorités de contrôle en 2000 : « Considérant que l'intégration verticale du groupe, renforcée par l'opération examinée, est en principe susceptible d'emporter plusieurs effets anticoncurrentiels ; que [...] des situations de puissance d'achat ou de vente à certains niveaux de la chaîne de valeur pourraient s'en trouver renforcées ; que des risques d'éviction de concurrents moins intégrés verticalement ne sont pas à exclure. » Le renforcement des barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels est particulièrement dommageable lorsque l'intégration verticale de la nouvelle entité leur impose d'entrer eux aussi à la fois sur les marchés aval et amont. Le Conseil indique ainsi dans l'affaire Vivendi/Canal + précitée que « la constitution de grands groupes intégrés occupant une position forte tant sur les marchés de contenus que sur ceux de la communication, pourrait contribuer à rendre plus malaisée l'entrée sur les marchés en cause ; qu'en effet, dès lors que les activités d'amont et d'aval sont dominées par des groupes intégrés, il sera difficile à un nouvel entrant de se limiter à un seul marché ».

395. Dans les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales adoptées le 28 novembre 2007 par la Commission européenne¹¹⁶, deux types de verrouillages sont clairement distingués. Dans le premier cas, l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournit à

114. Avis du Conseil de la concurrence 04-A-20 du 22 octobre 2004 relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage.

115. Avis du Conseil de la concurrence 00-A-04 du 29 février 2000 relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal +.

116. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil de la concurrence relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C265/07).

un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage du marché des intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents. Dans le second cas, la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle)¹¹⁷.

2. Les critères d'analyse

396. Dans ces décisions les plus récentes¹¹⁸ ainsi que dans les lignes directrices citées au paragraphe précédent, la Commission européenne évalue la probabilité d'un scénario de verrouillage des intrants d'une part, et celle du verrouillage de l'accès à la clientèle, d'autre part, en examinant, premièrement, si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou à la clientèle de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire sont suffisantes, et troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

397. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées et sont examinées ensemble. Elles sont déterminées par la plupart des paramètres également pris en compte dans l'analyse des concentrations horizontales et déjà développés ci-dessus, comme l'a résumé le Conseil de la concurrence dans l'affaire Kronenbourg/CHR¹¹⁹ : « *La faisabilité et l'intérêt de pratiques de forclusion dépendent [...], en premier lieu, du pouvoir de marché de l'entreprise intégrée. De même, la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. En second lieu, pour que ces pratiques aient pour effet de fermer l'accès d'un concurrent au marché aval, il faut que l'entrée sur celui-ci soit difficile et qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes à la distribution par l'entreprise intégrée. Les critiques qui mettent en doute l'intérêt de ces pratiques pour l'entreprise intégrée observent, certes, que, dans l'hypothèse où des pratiques de forclusion existeraient, les entreprises non intégrées peuvent se protéger en contractant avec d'autres firmes indépendantes ou en prenant le contrôle. Encore faut-il que ces entreprises indépendantes existent ou puissent être créées. La Commission insiste de même sur l'importance des barrières à l'entrée : "Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, le ver-*

¹¹⁷. D'autres risques liés aux concentrations verticales ont été identifiés par les autorités de concurrence. Par exemple, un opérateur dominant sur un marché aval peut obtenir, à travers l'acquisition d'une entreprise fournissant un intrant important pour ses concurrents sur ledit marché aval, la possibilité d'avoir une connaissance précise des coûts et des consommations desdits concurrents, ce qui peut constituer un avantage concurrentiel décisif, en lui permettant d'adapter sa politique tarifaire en aval et ainsi d'évincer ses rivaux. Ce type de risque de « forclusion » ou de « verrouillage » indirect a été relevé en particulier dans l'affaire ENI/EDP/GDP : à travers l'acquisition de GDP, EDP, principal producteur d'électricité au Portugal, était en mesure de connaître les coûts de fourniture en gaz (et les consommations) de son principal concurrent sur le marché de l'électricité.

¹¹⁸. Décision de la Commission du 14 mai 2008, COMP/M. 4854, Tomtom/Tele Atlas.

¹¹⁹. Avis du Conseil de la concurrence 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

rouillage ne devrait pas poser de réel problème (point 144 des lignes directrices). Elle insiste également sur la capacité de faire contrepoids dont disposent les acheteurs qui, s'ils sont suffisamment puissants, ne laisseront pas facilement écarter l'offre de biens ou de services concurrents.»

398. L'application spécifique de ces critères à l'analyse des risques, tant de verrouillage des intrants que de verrouillage de la clientèle, sera examinée ci-dessous (le pouvoir de marché de la nouvelle entité [a], les capacités de réaction des concurrents [b], les barrières à l'entrée sur le marché [c], la puissance d'achat des clients [d]). Les autres critères qui déterminent éventuellement la probabilité des scénarios de verrouillage seront exposés ensuite (e).

a) Le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée

399. L'intégration verticale d'une entreprise ou son renforcement peut porter atteinte à la concurrence lorsque celle-ci détient, sur un ou plusieurs des marchés concernés, un pouvoir de marché substantiel qui peut servir de point d'appui à un effet de levier (soit sur le marché amont pour un verrouillage par les intrants et sur le marché aval pour un verrouillage de la clientèle).

400. L'Autorité considère qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30 % sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci. En effet, le Conseil de la concurrence a indiqué dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée que « *l'intégration verticale produit [...] les mêmes effets que les clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs* ». Or, « *le règlement CE [n° 2790/99 relatif à l'application de l'article 81/3 du traité CE] ne retient pas qu'il y ait de risque concurrentiel si la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %* ». Ainsi, dans la décision Bigard/Socopa¹²⁰, le risque d'effets verticaux a été écarté par le ministre sur certains des marchés de la viande (ovins, porcs, veaux) dans la mesure où les parts de la nouvelle entité n'y dépassaient pas 30 %, quel que soit le niveau de transformation considéré.

401. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité dans le cadre de fusions verticales, l'autoconsommation peut être prise en considération. Ainsi dans l'affaire Canal + /TPS¹²¹, le Conseil de la concurrence a considéré que la relation entre Canal + et son partenaire de distribution ne relevait pas de l'autoconsommation, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre consommation : « *En tout état de cause, si la distribution de la chaîne Canal + devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité.* » En effet, la production interne peut revêtir une très grande importance dans une analyse concurrentielle en tant que contrainte concurrentielle ou facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché.

^{120.} Lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi C2008-100/du 17 février 2009, au conseil de la société Bigard, relative à une concentration dans le secteur de la viande.

^{121.} Avis du Conseil de la concurrence 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

402. Outre la part de marché détenue, le pouvoir de marché peut être renforcé par les caractéristiques du produit concerné. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un verrouillage par les intrants, il est nécessaire que l'intrant concerné par le verrouillage soit important pour les entreprises situées en aval. C'est le cas par exemple lorsque l'intrant est un élément critique rentrant dans la composition des produits ou services des acteurs en aval. Ainsi, dans l'affaire GE/Honeywell¹²², la Commission a considéré que Honeywell étant un fournisseur de composants clés pour les concurrents directs de GE, GE détiendrait à l'issue de l'opération « *un bastion important en amont de la chaîne d'approvisionnement* » et un contrôle direct sur la fourniture de ces composants clés à ses concurrents. En particulier, il peut s'agir d'un intrant dont le coût est significatif par rapport au prix du produit aval ou qui permet une différenciation clé du produit aval (marque reconnue, technologie particulière). De même, dans l'affaire GE/Smiths Aerospace¹²³, la Commission a écarté la possibilité d'un verrouillage par les intrants notamment parce que l'intrant concerné ne représentait que 0-5 % du coût d'un moteur.

403. Symétriquement, pour un verrouillage de la clientèle, l'entreprise issue de l'opération doit pouvoir contrôler des débouchés essentiels pour les acteurs en amont. En examinant les effets de l'acquisition par la société Arc International de plusieurs grossistes actifs sur les marchés de gros de la distribution de produits d'arts de la table¹²⁴, le Conseil a ainsi rappelé que « *pour s'imposer comme point de passage obligé entre fournisseurs et client final, et être en mesure de fermer l'accès des fabricants concurrents aux marchés aval, l'entreprise intégrée doit disposer d'un pouvoir de marché sur les marchés de la distribution* ». De la même façon, le Conseil a noté la forte concentration du marché de la distribution de la bière lorsqu'il s'est prononcé sur les effets de l'acquisition par les brasseurs Heineken et Kronenbourg de plusieurs entrepositaires grossistes¹²⁵.

b) Les capacités de réaction des concurrents

404. S'agissant de concentrations verticales, les capacités de réaction des concurrents dépendent de leur propre intégration verticale, de leur capacité de production, de leur efficacité, des contre-stratégies qu'ils peuvent élaborer, des alternatives qu'ils peuvent proposer, des débouchés alternatifs qu'ils peuvent trouver mais aussi des contrats d'exclusivité ou de long terme noués entre les différents acteurs du marché.

405. La présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. Le verrouillage sera peu probable si les concurrents de la nouvelle entité sont eux-mêmes verticalement intégrés et s'ils disposent de capacités de production ou de débouchés en interne qui leur permettent

122. Décision de la Commission du 3 juillet 2001, COMP/M. 2220, General Electric/Honeywell.

123. Décision de la Commission du 23 avril 2007, COMP/M. 4561, GE/Smiths Aerospace.

124. Avis du Conseil de la concurrence 04-A-20 du 22 octobre 2004, précité.

125. Avis du Conseil de la concurrence 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004, précités.

de subvenir à leurs besoins. Ainsi, dans l'affaire Rhodia/Chlorap¹²⁶, l'acquisition par Rhodia d'un producteur de chlore n'a pas été considérée comme un facteur de verrouillage dans la mesure où les concurrents subvenaient en interne à leurs propres besoins en chlore. Dans les affaires Colas/Spie et Vivendi/Canal + précitées, l'existence d'autres groupes intégrés a tenu une place importante dans l'analyse.

406. Lorsque les concurrents situés en aval dépendent des parties pour leur approvisionnement, il est nécessaire de déterminer s'ils pourront disposer d'une source alternative d'intrants c'est-à-dire si les concurrents amont de la nouvelle entité ont la capacité d'augmenter leur production ou au contraire s'ils sont soumis à des contraintes de capacité ou à un risque de diminution de leurs rendements d'échelle. Ainsi dans l'affaire Evraz/Highveld¹²⁷, la Commission a considéré qu'au vu du nombre limité de concurrents des parties sur le marché amont et de leurs contraintes de capacité, les acheteurs de pentoxyde de vanadium hautement purifié ne seraient pas en mesure de trouver un fournisseur alternatif aux parties. Il est de plus nécessaire de prendre en compte les éventuelles capacités des concurrents amont rendues disponibles par l'intégration de la nouvelle entité. En effet, la division aval, en s'approvisionnant à l'issue de l'opération exclusivement auprès de sa division amont, est susceptible de libérer des capacités du côté des autres fournisseurs de l'intrant.

407. Dans le cas du verrouillage de la clientèle, il s'agit de déterminer si les concurrents situés en amont pourront disposer de débouchés alternatifs. Ainsi, dans l'affaire Banamart/Fruidor¹²⁸, le ministre a considéré que les concurrents de Fruidor sur le marché aval de la vente en gros de bananes offraient des débouchés suffisants pour que les producteurs importateurs de bananes vertes, concurrents de Banamart sur le marché amont, puissent écouler leurs bananes.

408. Enfin, l'analyse des contrats d'exclusivité ou de long terme peut être essentielle pour caractériser le fonctionnement du marché. Ils peuvent renforcer la dépendance des concurrents s'ils sont liés par de tels contrats à l'entreprise intégrée issue de l'opération ou au contraire limiter le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée et protéger les concurrents en leur assurant des approvisionnements/débouchés alternatifs crédibles. Par exemple, dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée, le Conseil a indiqué qu'« *au surplus, les barrières à l'entrée de l'activité de grossiste en arts de la table sont faibles. Les contrats entre fournisseurs et distributeurs sont renégociés annuellement, ce qui assure une certaine fluidité au marché* ». Dans l'affaire TomTom/Tele Atlas¹²⁹, la Commission note que l'existence de contrats à long terme protège le principal concurrent de la nouvelle entité : « *Garmin, qui est le concurrent le plus important de TomTom dans le marché des appareils de navigation portables, est largement protégé des augmentations de prix des bases de données*

126. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C2004-170/du 13 janvier 2005 aux conseils de la société Rhodia relative à une concentration dans le secteur des produits chimiques.

127. Décision de la Commission du 20 février 2007, COMP/M. 4494, Evraz/Highveld.

128. Lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi C2008-67/du 4 septembre 2008, au conseil de la société Baninvest, relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation.

129. Décision de la Commission du 14 mai 2008, COMP/M. 4854, Tomtom/Tele Atlas.

grâce à son contrat à long terme avec NAVTEQ [...] Cette protection de Garmin contre un refus d'approvisionnement limitera les profits que TomTom pourrait capturer dans le marché en aval si elle s'engageait dans une stratégie de refus d'approvisionnement d'intrants.»

c) La concurrence potentielle

409. Comme dans l'analyse des effets unilatéraux, le rôle des barrières à l'entrée est également primordial dans le bilan concurrentiel. En effet, si les barrières à l'entrée sont faibles et si l'entrée de nouveaux fournisseurs concurrents en amont et/ou de nouveaux acheteurs en aval est relativement facile, le verrouillage des marchés concernés est peu probable. L'Autorité tient donc compte de la possibilité que des concurrents potentiels viennent remettre en cause le pouvoir de marché de l'entreprise résultant de l'opération. Pour que la pression exercée par des concurrents potentiels soit jugée suffisante, il faut que leur entrée soit vraisemblable, qu'elle puisse se produire dans un délai court et que ces concurrents soient en mesure d'exercer une réelle pression. Les barrières à l'entrée sont analysées selon les principes développés aux paragraphes 292 et suivants, ci-dessus.

410. Notamment, l'existence de coûts de transferts (switching costs) peut jouer un rôle important dans la mesure où ces coûts de transfert conditionnent la capacité des concurrents à changer de fournisseur ou de distributeur. Ainsi, dans l'affaire Kronenbourg/CHR, de tels coûts de transfert ont été mis en évidence par le Conseil : « *Le poids des contrats de bière limite, par ailleurs, la capacité des détaillants CHR à changer de distributeur et de fournisseur rapidement. La forte proportion des CHR liées par un contrat de bière d'une durée de cinq ans, à un brasseur, a été soulignée au paragraphe 263 ci-dessus (environ 70 à 80 %).* » D'une manière générale, le degré de fluidité du marché est un facteur important. Cette fluidité peut notamment être appréciée en observant la durée des contrats dans le secteur concerné, le mode de renouvellement de ces contrats (reconduction tacite ou non), les éventuelles pénalités en cas de rupture anticipée, etc.

d) Le contre-pouvoir des acheteurs

411. L'Autorité tient également compte du contre-pouvoir des acheteurs dans l'analyse des effets verticaux d'une opération. En effet, si les acheteurs sont puissants, ils seront en mesure de contrer les effets d'une éventuelle stratégie de verrouillage de l'entreprise intégrée issue de l'opération, par exemple, en encourageant le développement de nouveaux concurrents. Par exemple, si la clientèle d'une entreprise située en aval valorise l'offre d'une gamme de produits (de marques différentes notamment), cette entreprise devra conserver un approvisionnement diversifié auprès des différents fournisseurs amonts.

412. Par exemple, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB¹³⁰, la Commission a considéré que les réseaux de distribution tels Point P devaient offrir à leur clientèle une gamme très étendue de produits et que, de ce fait, Point P ne pourrait pas

¹³⁰. Décision de la Commission du 9 novembre 2005, COMP/M. 3943, Saint-Gobain/BPB.

limiter son offre de produits à base de plâtre à ceux de BPB. Dans la décision, Colas/Spie Rail¹³¹, l'activité de Emofer, filiale de Spie Rail active sur le marché de la production et de la commercialisation de traverses en béton, était dépendante des achats du principal donneur d'ordre du marché, RFF/SNCF, qui n'avait pas d'intérêt à perdre les avantages de sa position de monopsonne et à ne dépendre que d'un seul fournisseur.

e) Les scénarios de verrouillage

413. Par ailleurs, au-delà de ces caractéristiques du marché, l'Autorité analyse de façon concrète la probabilité de l'adoption de stratégies de verrouillage par la nouvelle entité en prenant en considération tant les incitations à adopter de tels comportements que les facteurs de nature à diminuer, voire à éliminer, de telles incitations, y compris le caractère éventuellement illégal de ces comportements. Il s'agit de démontrer dans un premier temps que l'entreprise verticalement intégrée issue de l'opération sera incitée à verrouiller le marché. Cette incitation dépend de la rentabilité du verrouillage.

414. Ainsi dans le cas d'un verrouillage par les intrants, la baisse des ventes d'intrants aux concurrents situés en aval a, dans un premier temps, des effets négatifs sur la rentabilité de la nouvelle entité. Cependant, dans un second temps, la nouvelle entité peut bénéficier du recul des ventes de ses concurrents en aval, du fait de la qualité dégradée, des coûts plus élevés ou du manque de disponibilité d'intrants, et augmenter le prix facturé aux consommateurs ou développer sa part de marché aval. Dans le cas d'un verrouillage de la clientèle, le fait de cesser de se fournir en intrants auprès de ses concurrents en amont peut entraîner pour la nouvelle entité des surcoûts ou une baisse de ses ventes en aval, qui doivent être mis en regard des gains attendus de l'affaiblissement ou l'élimination de ses concurrents. Ainsi, dans l'affaire EDF/South Western Electricity¹³², la Commission a considéré qu'elle pouvait écarter tout risque d'exclusion résultant de l'intégration verticale entre les activités de générations de EDF et LE et les activités de distribution de SWEB dans la mesure où la vente par EDF de son électricité à prix bas à sa division aval constituerait une stratégie coûteuse et ne suffisant pas à évincer les autres distributeurs.

415. Divers facteurs peuvent ainsi limiter les incitations de la nouvelle entité. En particulier le niveau des bénéfices et donc des marges réalisés en amont et en aval est un élément important. En effet, il est peu probable qu'une entreprise consente des pertes importantes sur un marché sur lequel elle réalise des marges élevées pour développer sa part de marché sur un marché sur lequel les marges sont faibles.

416. Par ailleurs, lorsque la demande se détourne des concurrents situés en aval, il est nécessaire de déterminer quelle part de cette demande la nouvelle entité pourra attirer. Cette part dépendra notamment des capacités disponibles de la nouvelle

131. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C2007-22 du 14 mai 2007, aux conseils de la société Colas, relative à une concentration dans le secteur de la pose et de la maintenance de voies ferrées.

132. Décision de la Commission du 19 juillet 1999, COMP/M. 1606, EDF/South Western Electricity.

entité, du degré de substituabilité existant entre les produits de la nouvelle entité et ceux de ses concurrents, etc. Ainsi, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB précitée, dans la mesure où l'expansion des capacités de distribution de Saint-Gobain aurait été difficile, il a été considéré comme peu improbable que BPB, principal fournisseur de plaques de plâtre au Royaume-Uni, réduise ses livraisons aux distributeurs concurrents de Saint-Gobain.

417. La diversité des gammes de produits offerts est également susceptible d'avoir un impact sur la rentabilité de la stratégie de la nouvelle entité. Dans la décision C2008-103 Dole France/Compagnie fruitière, la nouvelle entité n'aurait pas eu intérêt à priver de leurs approvisionnements ses concurrents sur le segment de la vente en gros d'ananas dans la mesure où ceux-ci représentaient aussi des débouchés pour les autres fruits vendus par sa division amont et qu'ils auraient pu en représailles choisir d'autres fournisseurs que la nouvelle entité pour leurs achats de ces autres fruits.

418. En outre, l'entité verticalement intégrée issue de l'opération se heurte également à la nécessité d'écouler sa production. Ainsi, dans l'affaire Lafarge/Blue Circle¹³³, la Commission a considéré qu'il ne serait pas possible pour Lafarge, acteur majeur du marché aval du béton en Angleterre, de se réserver l'intégralité de la production très importante de Blue Circle, au détriment de ses concurrents. De même dans l'affaire Compagnie Fruitière/Dole France¹³⁴, la nouvelle entité n'aurait pas à l'issue de l'opération des capacités suffisantes en aval pour écouler la part de la production d'ananas que la Compagnie Fruitière vendait aux grossistes concurrents de Dole France avant l'opération.

419. L'Autorité peut également prendre en compte, au support de son analyse, le type de stratégie et les comportements adoptés dans le passé par la nouvelle entité. Les documents stratégiques internes peuvent également fournir un éclairage sur les stratégies envisagées. Dans son arrêt GE/Commission¹³⁵, le TPICE a indiqué que : « *Cela étant, des preuves solides pouvaient, en principe, être constituées soit par des documents attestant l'intention ferme de la direction de la requérante et/ou de celle d'Honeywell de poursuivre l'exploitation commerciale, sur les marchés des produits avioniques et non avioniques, de la puissance de GECAS et de GE Capital de la façon décrite ci-dessus sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille à la suite de la concentration, soit par une analyse économique démontrant qu'un tel comportement aurait été objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée.* » Ainsi dans l'affaire Havas/Compagnie générale des eaux¹³⁶, le Conseil a appuyé son analyse sur un procès-verbal d'un conseil d'administration.

¹³³. Décision de la Commission du 7 avril 2000, COMP/M. 1874, Lafarge/Blue Circle.

¹³⁴. Lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi 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.

¹³⁵. Arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01.

¹³⁶. Avis du Conseil de la concurrence 98-A-14 du 31 août 1998 relatif à la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie générale des eaux.

420. Enfin, le TPICE, dans les affaires Tetra Laval/Commission¹³⁷ et GE/Commission précitée, a rappelé qu'il appartient à l'autorité de concurrence, dans le cadre de son appréciation, de prendre en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir l'éventuel caractère clairement ou très probablement illicite, au regard du droit tant communautaire que national, des pratiques mises en œuvre par l'entreprise intégrée : « *La Commission doit, en principe, prendre en considération le caractère éventuellement illégal, et, partant, susceptible d'être sanctionné, d'un comportement en tant que facteur de nature à diminuer, voire à éliminer, les incitations pour une entreprise à adopter un comportement donné.* »¹³⁸ Toutefois, cette jurisprudence sera mise en regard par l'Autorité avec les bénéfices attendus du caractère préventif du contrôle des concentrations.

421. Les gains d'efficacité qui résultent de la concentration verticale doivent également être pris en compte dans l'analyse globale des effets de la concentration dès lors qu'ils sont à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiable. Les gains d'efficacité sont analysés selon les principes développés à la section L ci-dessous.

F. Effets non coordonnés dans les concentrations conglomérales

1. La nature de ces effets

422. Une concentration a des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché (hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, cf. effets verticaux). Une telle opération peut permettre de réunir ou d'étendre une gamme de produits ou un portefeuille de marques.

423. De façon générale, une concentration conglomérale ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement. Certaines de ces synergies peuvent être proconcurrentielles au sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale¹³⁹. La nouvelle entité peut bénéficier de coûts fixes communs importants ou de la complémentarité de plusieurs produits et services. Les concentrations conglomérales peuvent aussi générer des économies d'envergure, permettre une plus grande compatibilité des composants complémentaires, ou encore conduire à une internalisation des effets positifs d'une baisse de prix sur un produit sur la vente d'un produit complémentaire (« effet Cournot ») (voir notamment la section du présent document sur les contributions au progrès économique).

¹³⁷. Arrêt du TPICE, Tetra Laval/Commission, T-05/02.

¹³⁸. Arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01. Cette jurisprudence faisait suite à l'arrêt Commission/Tetra Laval du TPICE et au pourvoi auprès de la CJCE sur cette même affaire.

¹³⁹. Avis du Conseil de la concurrence 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volants roulants.

424. Certaines concentrations conglomérales peuvent néanmoins produire des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elles permettent de « *lier, techniquement ou commercialement, les ventes des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents* »¹⁴⁰.

425. Les ventes liant ou groupant des biens ou services produits sur des marchés distincts peuvent être de différentes natures. Comme l'a rappelé le TPICE¹⁴¹, il convient de distinguer : i) les ventes groupées pures (*pure bundling*), c'est-à-dire les ventes liées du fait de l'imposition exclusivement commerciale d'une obligation d'acheter deux ou plusieurs produits ensemble ; ii) les ventes groupées techniques (*technical bundling*), c'est-à-dire les ventes liées du fait de l'imposition par une intégration technique des produits ; iii) les ventes groupées mixtes (*mixed bundling*), c'est-à-dire le fait de vendre plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions que celles proposées si les produits sont achetés séparément.

426. Le recours à des ventes liées ou groupées peut conférer à une entreprise la capacité et la motivation d'exploiter, par un effet de levier¹⁴², la forte position qu'elle occupe sur un marché et d'évincer ses concurrents. De plus, il convient d'examiner si un tel comportement aurait une incidence négative significative sur la concurrence, par exemple en évinçant du marché les concurrents ou en les marginalisant.

427. Lorsque les effets congloméraux concernent un ensemble de marques, la Commission dans la décision Guinness/Grand Metropolitan¹⁴³ indique que détenir un portefeuille de marques leaders permet de disposer « *d'une position plus forte vis-à-vis de ses clients* » d'« *une certaine marge de manœuvre pour définir ses prix, ses promotions et ses remises* » et qu'il est plus facile au détenteur de ces marques leaders « *de lier sa clientèle et de réaliser des économies d'échelle et de gamme au niveau de ses activités de vente et de marketing* ».

2. Les critères utilisés

428. Les lignes directrices sur les concentrations non horizontales¹⁴⁴ publiées récemment par la Commission européennes donnent, pour les risques de verrouillage dans les concentrations conglomérales, le même schéma d'analyse que pour les effets verticaux. L'Autorité de la concurrence examine si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées.

140. *Idem*.

141. Arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01.

142. La notion d'« exploitation par effet de levier » est couramment utilisée en droit de la concurrence pour désigner la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit sur un marché (le « marché lié » ou « marché groupé ») en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit auquel le premier produit est lié ou groupé (le « marché liant » ou « marché exerçant un effet de levier »).

143. Décision de la Commission du 15 octobre 1997, IV/M. 938.

144. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 18 octobre 2008, C2008/265/07, précitées.

429. Les facteurs déjà évoqués dans les sections précédentes (pouvoir de marché de la nouvelle entité, capacités de réaction des concurrents, barrières à l'entrée sur le marché et contre-pouvoir des acheteurs) font l'objet d'une adaptation spécifique aux effets congloméraux.

430. Comme pour les concentrations verticales, il est en particulier peu probable que la détention d'une gamme de produits ou d'un portefeuille de produits porte atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés si la nouvelle entité ne bénéficie pas d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier. Les lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales suggèrent des *safe harbours* en deçà de 30 % de parts de marché et d'un IHH à l'issue de l'opération inférieur à 2 000.

431. Mais, pour l'analyse d'effets congloméraux, le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables, et qui ne possèdent que peu de substituts acceptables en raison, par exemple, de la différenciation des produits ou des contraintes de capacité auxquelles sont soumis les concurrents. Par exemple, dans l'opération Somfy/Zurflüh¹⁴⁵, le Conseil de la concurrence a constaté que l'entité fusionnée disposerait de fortes parts de marché et de produits à forte notoriété, considérés comme incontournables par les clients.

432. De même, dans son premier avis relatif à l'affaire Coca-Cola/Orangina¹⁴⁶, le Conseil de la concurrence a indiqué « *que les producteurs disposent généralement d'une gamme de produits de plus ou moins grande notoriété; qu'une ou plusieurs des boissons qu'ils commercialisent peuvent apparaître incontournables pour les demandeurs sur le marché des BGSA destinées à la consommation hors domicile; que tel peut être le cas si cette marque dispose d'une notoriété plus importante que celle des autres marques présentes sur le même segment; qu'ainsi, par exemple, la marque "Orangina" dispose d'une notoriété plus importante que la marque "Fanta"; que, de même, certaines boissons peuvent apparaître comme incontournables, même si leur part dans le secteur des BGSA est faible lorsqu'elles n'ont pas de concurrent direct sur leur segment; qu'ainsi, par exemple, les boissons "Schweppes Indian Tonic" et "Gini" du groupe Cadbury Schweppes, qui ne sont pas positionnées sur les mêmes segments que les boissons offertes par Coca-Cola ou par Pepsi-Cola, sont considérées par de nombreux intermédiaires de la consommation hors foyer, comme l'ont souligné les entrepositaires grossistes interrogés au cours de l'instruction, comme incontournables compte tenu de l'absence d'alternative sur leur segment, alors même que ces marques ne représentent respectivement que 8,4 et 4,9 millions de litres, soit 4,6 % et 2,7 % du marché des BGSA destinées à la consommation hors domicile* ».

¹⁴⁵. Avis du Conseil de la concurrence 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires pour volets roulants.

¹⁴⁶. Avis du Conseil de la concurrence 98-A-09 du 29 juillet 1998 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina.

433. En outre, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause. Par exemple, dans l'opération Somfy/Zurflüh-Feller¹⁴⁷, le Conseil de la concurrence a relevé que la majorité des clients se déclaraient intéressés par un approvisionnement auprès d'un fournisseur unique pour une large gamme de produits.

434. L'Autorité étudie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Dans sa décision General Electric contre Commission¹⁴⁸, le TPICE a évoqué trois types de preuve susceptibles d'appuyer la probabilité d'un scénario de ventes liées :

- les comportements passés pouvant indiquer que l'entreprise a déjà trouvé intérêt à des ventes groupées. Il est cependant généralement probable que ces comportements passés ont été constatés sur des marchés différents de ceux qui pourraient faire l'objet de telles ventes postérieurement à l'opération, ce qui en relativise la portée;
- des documents attestant de l'intention de la société acquérante d'adopter de tels comportements;
- une analyse économique démontrant qu'un tel comportement serait objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée.

435. Cette dernière preuve repose sur une étude de la rentabilité d'une stratégie de ventes liées. De côté des gains, une telle stratégie peut permettre de protéger les ventes sur le marché liant, comme de développer les ventes sur le marché lié. Les gains peuvent provenir de l'augmentation des parts de marché ou de l'augmentation des prix. Du côté des coûts, il convient de prendre en compte les remises destinées à favoriser les ventes groupées ou éventuellement, la baisse des ventes due à la perte des clients non intéressés par l'offre liée. La mise en place d'une intégration technique des produits (ventes groupées techniques) suscite quant à elle des coûts de développement.

436. Comme dans le cas des effets verticaux, il est peu probable que la nouvelle entité courre le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer sa position sur un marché moins rentable. Par exemple, dans l'avis Somfy/Zurflüh-Feller précité, le Conseil a indiqué que les stratégies de verrouillage qui conduiraient à la baisse des ventes de moteurs seraient peu crédibles compte tenu des prix relatifs des moteurs et des autres composants.

437. L'Autorité examine également dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir une gamme aussi complète de produits ou un éventail de marques aussi attractifs. Ainsi, dans l'affaire Johnson/Bayer¹⁴⁹, le risque d'une atteinte à la concurrence a été écarté en raison de l'existence d'une gamme concurrente équivalente à celle de la nouvelle entité. À l'inverse, dans l'affaire Spontex/3M, aucun des autres intervenants n'était capable de proposer une gamme complète. L'Autorité apprécie également la possibilité pour les concurrents de développer

147. Avis du Conseil de la concurrence 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires pour volets roulants.

148. Arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T210/01.

149. Décision du ministre C2003-41, Johnson/Bayer, du 11 mars 2003.

leur gamme en réaction à la stratégie de la nouvelle entité et examine à cet effet les barrières à l'entrée sur les différents marchés concernés.

438. L'Autorité analyse aussi les stratégies mises en œuvre par les clients pour diversifier et sécuriser leurs approvisionnements. Ainsi, dans son premier avis sur la concentration Seb/Moulinex¹⁵⁰, le Conseil a analysé en détail le contrepoids que représentait la grande distribution face à ses fournisseurs insistant notamment sur la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle conférait aux enseignes ce qui se traduisait par un fort pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que sur la volonté des distributeurs de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur.

439. Enfin, comme évoqué dans la section précédente sur les effets verticaux, l'Autorité de la concurrence prend en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir le caractère clairement ou très probablement illicite d'une stratégie de l'entité fusionnée pour apprécier sa probabilité.

G. Autre cas d'effets non coordonnés : la disparition d'un concurrent potentiel

440. Même lorsqu'une concentration n'emporte aucun cumul de parts de marché, elle peut avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés dans la mesure où la cible, bien que non présente sur les mêmes marchés que l'acquéreur, était susceptible d'y rentrer facilement et exerçait ainsi une pression concurrentielle sur le ou les marchés concernés.

441. Pour que la disparition d'un concurrent potentiel soit considéré par l'Autorité comme une atteinte à la concurrence, il faut que :

- le concurrent potentiel pèse déjà sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou qu'il existe une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur important de la concurrence ;
- le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant.

442. La caractérisation de cette atteinte à la concurrence est, en pratique, relativement rare. Par exemple, dans l'avis relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par l'Est Républicain et la Banque Fédérative du Crédit Mutuel¹⁵¹, le Conseil a rejeté l'hypothèse selon laquelle la disparition de Delaroche constituait une atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel : « *Plusieurs éléments conduisent toutefois à estimer que la société Delaroche n'était pas un concurrent potentiel des titres de L'Est Républicain ou de la BFCM sur les marchés de presse quotidienne régionale. En premier lieu, le Conseil relève, comme il l'avait fait dans*

¹⁵⁰. Avis du Conseil de la concurrence 02-A-07 du 15 mai 2002.

¹⁵¹. Avis du Conseil de la concurrence 07-A-09 du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque Fédérative du Crédit Mutuel, filiale du Crédit Mutuel Centre-Est Europe.

l'avis n° 05-A-18, SIPA/Socpresse, déjà cité, la crise que traverse le secteur de la presse, et en particulier de la presse quotidienne régionale. La "gravité de la crise que subit la presse d'information générale a depuis été également soulignée dans le rapport Lancelot. Cette crise trouve en partie son origine dans des mutations de sociétés profondes et dans l'apparition de nouveaux médias en phase avec ces mutations. Dans ces conditions, les efforts de la presse quotidienne régionale ont plus été consacrés à l'endigement du recul de son lectorat qu'à la conquête de nouveaux territoires de diffusion. D'ailleurs, pour l'ensemble de la presse quotidienne régionale, on n'observe pas dans la période récente de tentative d'incursion d'un titre hors de son marché historique : au contraire, la tendance est à la concentration, pour répondre au besoin de restructuration du secteur. Les groupes privilégient également la diversification de leurs activités. En second lieu, le Conseil a noté dans son avis SIPA/Socpresse l'attachement du lecteur à "son titre de presse quotidienne régionale en particulier. La pénétration d'un nouveau titre nécessiterait donc des investissements importants en matière de communication. Enfin, dans le cas d'espèce, la dégradation de la situation financière de la société Delaroché ne lui aurait pas permis une telle stratégie d'expansion.»

443. En revanche, l'atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel a été caractérisée dans plusieurs décisions de la Commission. Par exemple, dans le cas Air Liquide/BOC¹⁵², l'analyse de la Commission s'est concentrée sur l'élimination d'un concurrent potentiel résultant de la concentration entre BOC, présent sur les marchés des gaz en vrac et des gaz en bouteilles au Royaume-Uni et en Irlande et Air Liquide, qui fournissait les mêmes produits dans d'autres pays européens mais n'était pas active au Royaume-Uni et en Irlande. La Commission a considéré qu'Air Liquide était le seul grand producteur de gaz industriels qui soit susceptible de pénétrer sur ces marchés. Elle a attribué l'absence d'Air Liquide sur le marché britannique à une décision stratégique pouvant être inversée à tout moment plutôt qu'à un facteur objectif qui aurait pu limiter la capacité d'Air Liquide à fournir ces pays en gaz vrac et bouteilles. En outre, la Commission a également considéré que BOC était un concurrent potentiel d'Air Liquide en Europe continentale quand bien même BOC avait récemment vendu ses activités en Europe continentale à Air Liquide.

444. Dans sa décision Telia/Telenor¹⁵³, la Commission a considéré que chacune des parties à l'opération représentait le concurrent potentiel le plus crédible et le plus significatif sur le marché national des télécommunications de l'autre partie à l'opération, Telia étant présente en Suède et Telenor en Norvège. Et bien que d'autres entreprises aient eu les capacités techniques pour entrer sur les marchés suédois et norvégiens, la Commission a considéré qu'aucune d'entre elles n'était aussi bien placée que Telia et Telenor.

445. Dans sa décision EDF/EnBW¹⁵⁴, la Commission a considéré qu'EnBW était l'une des entreprises les mieux placées sur le plan stratégique pour pénétrer le marché français de l'électricité, et qu'elle aurait été fortement incitée à entrer sur

152. Décision de la Commission, IV/M. 1630, Air Liquide/BOC, considérants 201 et s.

153. Décision de la Commission 2001/98/CE, IV/M. 1439, Telia/Telenor.

154. Décision de la Commission 2002/164/CE, COMP/M. 1853, EDF/EnBW.

le marché français nonobstant la concentration. La Commission a aussi considéré que la concentration ouvrait à EDF la possibilité de contrer la pénétration sur le marché français d'entreprises d'interconnexion allemandes par le lancement de campagnes de représailles sur le marché allemand, et donc de diminuer la pression concurrentielle exercée par les entreprises allemandes, autres que EnBW, sur le marché français.

446. Dans les trois décisions précitées, les opérations ont finalement été autorisées par la Commission, sous réserve de l'exécution d'engagements visant à renforcer la crédibilité des concurrents potentiels restant sur le marché. Ces engagements ont porté sur des cessions d'actifs ou sur des obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles aux concurrents qui le souhaitent.

H. Autre cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat

447. Une opération de concentration peut renforcer la puissance d'achat de l'entreprise créée au point de mettre en situation de dépendance économique ses fournisseurs. Ce cas d'atteinte à la concurrence est spécifiquement visé par l'article L. 430-6 du Code de commerce.

448. Ce type d'examen est effectué en particulier pour les opérations intervenant dans les secteurs de la grande distribution. La Commission européenne a ainsi analysé, dans l'affaire Rewe/Mein¹⁵⁵, la dépendance des fournisseurs vis-à-vis de la centrale d'achat de Rewe/Meinl. Certains modèles économiques montrent en effet qu'au-delà d'un certain « seuil de menace », fonction de la part que représente ce débouché dans l'ensemble des ventes du fournisseur, le distributeur peut, en stoppant ses achats, pousser son fournisseur plus ou moins rapidement vers une situation financière très difficile, voire vers une faillite. Le niveau de ce seuil n'est pas fixe et dépend d'un grand nombre de paramètres spécifiques aux secteurs concernés, à la structure et à la situation financière des entreprises, et surtout à l'existence ou au coût d'éventuelles solutions alternatives.

449. Le ministre de l'Économie a également mis en évidence un risque de création d'une puissance d'achat du fait d'une concentration dans le secteur de la viande : *« À l'issue de l'opération, la nouvelle entité disposera de fortes positions concernant l'achat de bovins vifs (hors veaux) sur une zone nord de la France, quels que soient l'abattoir et la taille de la zone de chalandise considérés. L'offre alternative d'abattage dans cette zone étant limitée et les coûts ainsi que les délais de construction d'un abattoir très importants (estimés à plus de deux ans et à environ 40 millions d'euros), les risques de création d'une puissance d'achat à l'issue de l'opération plaçant les fournisseurs de bovins en situation de dépendance économique ne peuvent être écartés. »* Des engagements de cessions d'abattoirs ont donc été négociés¹⁵⁶.

155. Décision de la Commission du 3 février 1999, COMP/M. 1221, Rewe/Meinl.

156. Décision du ministre C2008-100 du 17 février 2009.

450. En soi, la dépendance économique ne constitue cependant une atteinte à la concurrence que si elle a un effet sur la concurrence sur un marché et, finalement, sur le surplus du consommateur, et non simplement sur un fournisseur, dans la mesure où l'objectif des autorités de concurrence n'est pas de protéger une entreprise en tant que telle, qu'elle soit concurrente, cliente ou fournisseur. Or, le renforcement de la puissance d'achat a en règle générale tendance à s'exercer au bénéfice des consommateurs, dès lors que celle-ci n'affecte pas les structures des marchés amont et aval.

451. Mais, dans la mesure où elle peut diminuer les capacités financières, ou les capacités d'innovation et de recherche de certains acteurs, et les amener à terme à sortir d'un marché, ce qui est réducteur de concurrence, le renforcement à une dépendance peut porter atteinte à la concurrence sur un marché. En particulier, lorsqu'elle a pour corollaire ou pour origine un accroissement du pouvoir de marché sur le marché aval, il est peu probable que la puissance d'achat accrue dont bénéficie la nouvelle entité puisse compenser la réduction de la concurrence constatée sur le marché aval. Elle peut même encore réduire l'intensité de la concurrence en aval.

452. Ces effets doivent être appréciés au cas par cas, en fonction des caractéristiques de chaque filière, pour préciser l'impact d'une éventuelle dépendance économique. Une application trop générale pourrait amener certains acheteurs ou utilisateurs de sous-traitance à renoncer *ex ante* à certaines relations économiques, ce qui pourrait aussi générer des problèmes en empêchant certaines petites entreprises d'accéder soit aux marchés amont de la grande distribution soit à la sous-traitance de grands fabricants.

I. Les effets coordonnés

1. La nature de ces effets

453. L'opération peut aussi modifier la nature de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors d'effets coordonnés, création ou renforcement d'une position dominante collective ou d'un oligopole collusif, l'opération augmentant les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif. La coordination dont il s'agit ici est « tacite » et non « expresse », chaque entreprise étant supposée continuer à se comporter d'une manière indépendante, en fonction de ses intérêts propres.

454. De tels effets sont possibles lorsque, sur un marché oligopolistique ou sur un marché fortement concentré, une opération de concentration a comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou

recourir à une pratique concertée au sens des articles L. 420-1 du Code de commerce ou 81 du traité CE¹⁵⁷ et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

2. Les critères utilisés

455. Dans l'arrêt *Airtour*¹⁵⁸, le TPICE a identifié trois conditions nécessaires aux fins d'appréciation des effets coordonnés lors d'une opération de concentration :

- « *En premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres* » (condition de détection);
- *en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt *Gencor/Commission*, précité, point 276) (condition de dissuasion);*
- *en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune* » (condition de non-contestation).

456. Ces trois critères ont été repris par le Conseil d'État dans sa décision *Fiducial* du 31 juillet 2009¹⁵⁹ : « *Considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché*

157. Cf. CJCE, 31 mars 1998, France e. a./Commission, dit « *Kali & Salz* », C-68/94 et C-30/95.

158. Arrêt du TPICE du 6 juin 2002, *Airtours plc./Commission*, T-342/99, point 62.

159. CE, 31 juillet 2009, n° 305903 *Fiducial Audit et Fiducial Expertise*.

s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs ; que l'identification d'une telle position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparaisse que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous et que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite. »

457. La CJCE a confirmé l'analyse de l'arrêt *Airtours* dans l'arrêt *Impala*¹⁶⁰ en soulignant de plus qu'une telle coordination n'était possible que si les entreprises étaient en mesure de comprendre l'objectif commun et les moyens d'y parvenir et en précisant le lien entre cette « condition de compréhension » et les trois conditions rappelées ci-dessus : *« La probabilité d'une telle coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée. En effet, sans pouvoir arriver tacitement à une compréhension partagée des modalités de la coordination, les concurrents devraient éventuellement recourir à des pratiques prohibées par l'article 81 CE pour pouvoir adopter une ligne commune d'action sur le marché. En outre, compte tenu notamment de l'éventuelle tentation qui peut exister pour chaque participant à une coordination tacite d'en dévier afin d'augmenter son profit à court terme, il convient d'apprécier si une telle coordination est susceptible d'être durable. À cet égard, les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être capables de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre, notamment, à chaque entreprise concernée de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à la coordination. De plus, la discipline impose qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion crédible qui puisse être mise en œuvre si un comportement déviant est détecté. En outre, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les réactions des clients, ne devraient pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination. »*

458. L'arrêt de la cour ajoute également une mise en garde : *« Dans le cadre de l'application de tels critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite. »* Une approche cohérente des critères concernés peut être favorisée par l'identification d'un scénario de coordination tacite (ligne d'action commune portant sur des écarts de prix ou sur leur évolution, sur le niveau des capacités de production ou des parts de marché ou encore sur la répartition des types de clientèle, des zones géographiques ou des appels d'offres).

¹⁶⁰. CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, C-430-06.

459. Dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité s'appuie sur tous les éléments susceptibles de l'éclairer sur les effets de l'opération sur le fonctionnement des marchés.

a) Condition de compréhension

460. Il est d'autant plus raisonnable d'anticiper une coordination des comportements sur un marché, qu'il est simple pour les entreprises concernées de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination. Pour cela, ces entreprises doivent partager une même vision s'agissant des stratégies qui peuvent être considérées comme conformes à la ligne de conduite commune, ainsi que de celles qui ne le sont pas. La probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle est donc d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, est stable et peu complexe. Aussi, dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants :

- le nombre d'opérateurs sur le marché : il est plus simple de s'entendre sur les modalités d'une coordination lorsque les participants potentiels sont peu nombreux ;
- la symétrie des entreprises : une définition commune de la manière dont doit fonctionner la coordination est d'autant plus facile à obtenir que les entreprises concernées sont semblables. La symétrie peut exister notamment au niveau de la structure des coûts, des parts de marchés, des capacités de production ou du degré d'intégration verticale. À titre d'exemple, dans sa décision Exxon/Mobil¹⁶¹ la Commission a souligné que *« des degrés d'intégration verticale comparables entre les membres d'un oligopole renforcent leur volonté d'adopter des comportements parallèles et accroissent les chances que de tels comportements soient durables. Cela tient tout d'abord au fait que l'intégration peut conférer aux entreprises intégrées des avantages au niveau des coûts et rapprocher leurs structures de coûts, atouts dont les entreprises non intégrées ne peuvent, quant à elles, bénéficier. En second lieu, et c'est sans doute l'élément le plus important, les intérêts stratégiques des entreprises parvenues à un même degré d'intégration tendent à coïncider à tous les stades du commerce. En effet, les modifications des conditions du marché affectent de la même manière les entreprises intégrées, ce qui les pousse à réagir de façon similaire »*. A contrario, dans l'affaire SFR/9Cegetel¹⁶², le ministre a précisé que l'asymétrie des parties, tant en matière de parts de marché que de structure de coûts, rendait peu probable la création d'une position dominante collective ;
- l'homogénéité du produit : un accord de coordination sur les prix est plus aisé à mettre en place si celui-ci concerne des produits homogènes. Lorsqu'il existe une forte différenciation des produits, la coordination est rendue périlleuse par la dispersion des niveaux de prix qui en découle. Dans l'affaire précitée, la Commission a noté que le degré d'homogénéité élevé des carburants était susceptible de simplifier la coordination tacite des politiques de prix ;

161. Décision de la Commission du 29 septembre 1999, IV/M. 1383, Exxon/Mobil.

162. Décision du ministre C2007-181, SFR/9Cegetel du 20 février 2008.

- la stabilité de la demande : de fortes fluctuations de la demande modifient constamment l'ampleur des incitations à la déviation et contraignent les oligopoleurs à un ajustement permanent des modalités de la coordination. *A contrario*, une demande stable facilite l'émergence d'une ligne de conduite commune et pérenne ;
- l'importance de l'innovation : l'innovation étant source d'instabilité, un marché sur lequel celle-ci est peu présente constitue un terrain favorable à l'émergence d'une vision commune s'agissant des conditions de coordination. Dans sa décision *Alcoa/British Aluminium*¹⁶³ la Commission constate que l'important degré d'innovation technologique sur le marché de l'aluminium plat roulé utilisé dans l'industrie aérospatiale, contribue à rendre peu probable l'apparition d'effets coordonnés.

461. La complexité ainsi que l'instabilité du cadre économique dans lequel prend place la coordination peuvent toutefois être surmontées par les entreprises concernées notamment grâce à :

- l'existence de liens structurels : de tels liens fédèrent les intérêts des oligopoleurs et favorisent ainsi la convergence de leur vision respective quant aux modalités de coordination. Par ailleurs, ces liens facilitent l'échange d'informations. Dans le secteur de l'électricité, la Commission a ainsi estimé, dans sa décision *VEBA/VIAG*¹⁶⁴, que la présence de participations croisées pouvait favoriser l'adoption de comportements coordonnés ;
- l'existence de règles de tarification communes : ces règles (qui peuvent par exemple prendre la forme de prix de références) constituent un ensemble de points focaux qui facilitent l'adoption de stratégies coordonnées ;
- l'accès aux données de marché : les différentes informations que peuvent obtenir et échanger les oligopoleurs, notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, *via* par exemple les observatoires ou les associations professionnelles, favorisent l'émergence d'une ligne de conduite commune. La publication des prix des carburants au départ des raffineries (par des organisations telles que Platt's) mais également à tous les autres stades de la chaîne de distribution jusqu'à la commercialisation « à la pompe », est considérée par la Commission dans sa décision *Exxon/Mobil*¹⁶⁵ comme un facteur favorisant la coordination.

b) Condition de détection

462. Afin que les entreprises puissent coordonner efficacement leurs comportements, elles doivent être en mesure de surveiller le fonctionnement du marché sur lequel elles opèrent. La transparence de ce dernier doit en effet être suffisante pour que chacun des membres de l'oligopole collusif puisse, dans des délais utiles :

- observer la stratégie suivie par ses partenaires ;
- apprécier si un comportement imprévu constitue effectivement une violation de la ligne de conduite commune.

¹⁶³. Décision de la Commission du 27 octobre 2000, COMP/M. 2111, *Alcoa/British Aluminium*.

¹⁶⁴. Décision de la Commission du 13 juin 2000, COMP/M. 1673, *VEBA/VIAG*.

¹⁶⁵. Décision de la Commission précitée.

463. La transparence du marché s'apprécie par rapport au scénario de coordination identifié. Les éléments suivants peuvent notamment être pris en compte :

- l'homogénéité des produits : une variation dans la stratégie de prix suivie par une entreprise membre d'un oligopole collusif peut se justifier par le degré de différenciation des produits qu'elle distribue, par rapport aux autres membres de l'oligopole. Dès lors, il est plus difficile de détecter efficacement une éventuelle déviation. Par ailleurs, en cas de forte différenciation, la violation de la ligne de conduite commune est moins profitable : l'entreprise déviante ne peut espérer gagner une part de marché très importante à moins de baisser considérablement ses prix. Par exemple, dans son analyse parallèle des cas Shell/DEA et BP/E. ON, la Commission a souligné le caractère homogène que revêtait l'éthylène transporté *via* un pipeline ;
- l'accès aux données de marché : les informations à disposition des oligopoleurs (notamment par l'intermédiaire des associations de professionnels), portant notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, facilitent la détection d'un comportement déviant. La Commission, dans l'affaire UPM-Kymmene/Haindl¹⁶⁶, a ainsi précisé que sur les marchés du papier journal et du papier pour magazines avec bois, les associations de professionnels, tel que la CEPIPRINT, contribuaient à la transparence des marchés précités ;
- liens structurels : parce qu'ils facilitent les échanges informationnels (qui peuvent concerner par exemple les politiques tarifaires ou d'investissement) les liens structurels que peuvent partager les oligopoleurs améliorent la contrôlabilité, par chacun d'entre eux, de leurs comportements. À titre d'exemple, dans sa décision n° 07-D-13¹⁶⁷ relative au secteur du transport maritime, le Conseil de la concurrence a souligné, lors de son analyse d'une possible position dominante collective, l'existence « de liens ou facteurs de corrélation structurels » ;
- l'existence d'une clientèle réduite : celle-ci peut constituer un vecteur de transmission d'informations d'un concurrent à l'autre.

c) Condition de dissuasion

464. Pour qu'une coordination soit stable, il est nécessaire de punir sévèrement les éventuelles déviations. Les menaces de représailles en cas de comportement déviant doivent être crédibles (la déviation détectée, leur mise en œuvre ne doit faire aucun doute) et suffisamment importantes pour qu'il soit dans l'intérêt de chaque oligopoleur de se conformer à la ligne de conduite commune.

465. Quel que soit l'environnement dans lequel s'inscrit la coordination, l'existence d'un mécanisme punitif crédible est toujours garantie par le simple retour à l'équilibre concurrentiel. Dès lors, la question posée par la condition de dissuasion ne porte pas tant sur l'existence de représailles que sur leur puissance dissuasive. En effet, si dans certains cas la reprise de comportements concurrentiels constitue une menace suffisante, dans d'autres cas, des punitions plus sévères sont

¹⁶⁶. Décision de la Commission du 21 novembre 2001, COMP/M. 2498, UPM-Kymmene/Haindl.

¹⁶⁷. Décision du Conseil de la concurrence 07-D-13 du 6 avril 2007.

nécessaires pour assurer la stabilité de la coordination. La théorie économique¹⁶⁸ a ainsi montré que des mesures punitives extrêmement fortes, entraînant pour les entreprises concernées des profits négatifs, appliquées sur une période de temps finie, pouvaient s'avérer plus efficaces pour le maintien de pratiques coordonnées, qu'un simple retour à l'équilibre concurrentiel.

466. L'étude des effets coordonnés s'intéresse donc aux différents éléments permettant d'apprécier le pouvoir dissuasif d'éventuelles représailles. Sont ainsi pris en compte notamment :

- les capacités de production des oligopoleurs : une capacité de production excédentaire (ou dans certains cas, des stocks importants) confère aux oligopoleurs les moyens nécessaires à la mise en œuvre de punitions sévères et constitue, par conséquent, un puissant outil de dissuasion. Cependant, la présence de surcapacités au sein des entreprises peut témoigner d'une asymétrie susceptible de nuire à la stabilité de la coordination. En effet, l'opérateur disposant d'un excédant de capacité est incité à dévier, ce qui sera d'autant plus profitable pour lui que les autres oligopoleurs, n'ayant pas une puissance productive comparable, auront des difficultés à le punir¹⁶⁹ ;
- l'existence de contacts multimarchés : lorsque les entreprises sont simultanément présentes sur plusieurs marchés, une déviation sur l'un d'entre eux peut entraîner des représailles sur tous les autres. Dès lors, les contacts multimarchés sont susceptibles d'augmenter la sévérité des punitions et avec elle la stabilité de la coordination. Dans les affaires UPM-Kymmene/Haindl et Norske Skog/Parenco/Walsum, la Commission a ainsi estimé que les contacts multimarchés des parties pouvaient sensiblement améliorer la stabilité d'une coordination. Il convient cependant de souligner que dans le cas de contacts multiples, si un oligopoleur peut dévier sur un marché, il peut également dévier sur l'ensemble des marchés réalisant ainsi un profit instantané beaucoup plus important. Les contacts multimarchés sont, par conséquent, également susceptibles d'accroître les incitations à la déviation au détriment de la coordination. La probabilité d'adoption d'une ligne de conduite commune qui découle de contacts multiples fait donc l'objet d'une appréciation au cas par cas ;
- le délai dans lequel la dissuasion peut intervenir : une punition est d'autant plus efficace qu'elle intervient rapidement après la déviation. À cet égard, un marché sur lequel les transactions sont peu nombreuses et espacées dans le temps présente une structure incitative particulièrement favorable aux comportements déviants, la punition ne prenant effet que très longtemps après. Un tel marché est donc peu favorable à l'adoption de stratégies communes.

168. Cf. sur ce point les articles : Abreu (1986), « Extremal Equilibria of Oligopolistic Supergames », *Journal of Economic Theory*, 39 : 191-225 ; Abreu (1988), « On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting », *Econometrica*, 56 : 383-96 et Abreu, Pearce and Stacchetti (1986), « Optimal Cartel Equilibria with Monitoring », *Journal of Economic Theory*, 39 : 251-69.

169. Cf. notamment l'article de Compte, Jenny et Rey (2002), « Capacity Constraints, Mergers and Collusion », *European Economic Review*, 46 : 1-29.

d) Condition de non-contestation

467. Pour que la coordination soit profitable aux entreprises qui y prennent part, elle ne doit pas être perturbée par les autres acteurs présents, ou potentiellement présents, sur le marché. L'émergence ou le renforcement d'effets coordonnés dépend donc de l'efficacité avec laquelle la ligne de conduite commune peut-être remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents. Ainsi, pour apprécier une possible position dominante collective, l'Autorité de la concurrence considère notamment :

- la concurrence actuelle : la présence, après réalisation de la concentration, d'opérateurs de la frange concurrentielle (qualifiés de *mavericks* ou « francs-tireurs ») capables de modifier significativement la position des membres de l'oligopole peut nuire fortement à la stabilité de la coordination. Dans sa décision Alliance Santé Distribution/ORP¹⁷⁰, le ministre a considéré que la disparition d'un *maverick* était susceptible de créer une position de dominance collective entre les trois plus gros acteurs du marché, alors même que les parts de marché de la cible étaient très faibles;
- la concurrence potentielle : des concurrents potentiels peuvent également déstabiliser la coordination. La capacité de ces francs-tireurs d'entrer sur les marchés concernés est cependant conditionnée par l'existence de barrières à l'entrée;
- l'existence d'une puissance d'achat compensatrice : des acheteurs suffisamment importants peuvent perturber la coordination des oligopoleurs en persuadant l'un d'entre eux de dévier. Dans l'affaire VENA/VIAG, la Commission a ainsi indiqué que l'absence de puissance d'achat suffisamment importante était susceptible de favoriser l'émergence de comportements coordonnés. Les critères d'appréciation de la puissance d'achat sont les mêmes que s'agissant des effets non coordonnés (cf. § 374 ci-dessus).

3. L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales

468. Les lignes directrices récemment publiées par la Commission, relatives aux concentrations non horizontales, soulignent que le verrouillage des marchés auquel peuvent conduire ces concentrations, en réduisant le nombre de concurrents, est susceptible de créer des conditions plus favorables à une coordination. De plus, l'intégration verticale peut modifier les conditions de transparence du marché et les incitations de l'entreprise fusionnée et de ses concurrents. Elle peut aussi avoir un effet sur l'efficacité des mécanismes de surveillance et de représailles. Ces effets sont cependant ambigus.

469. Par exemple, un fournisseur non intégré est moins incité à baisser ses prix lorsqu'il fait face à des concurrents intégrés. En effet, les distributeurs intégrés continueront vraisemblablement à s'approvisionner en interne (au moins partiellement) même si un fournisseur non intégré propose des conditions plus avantageuses.

170. Décision du ministre Alliance Santé Distribution/ORP du 20 janvier 2003 publiée au *BOCCRF* du 11 août 2003.

Ainsi, une fusion verticale réduit les débouchés des fournisseurs non intégrés, ce qui diminue d'autant leurs profits de déviation, et, par voie de conséquence, leurs incitations à dévier. Cet effet de baisse des débouchés favorise la collusion tacite.

470. D'un autre côté, les entreprises intégrées réalisent généralement, dans les phases de punition, plus de profit que les entreprises non intégrées. En effet, même si, lors d'une telle phase, les prix sont très proches des coûts à l'un des niveaux de la chaîne verticale, une entreprise intégrée peut réaliser des profits positifs à l'autre niveau de la chaîne. Une telle entreprise est donc moins vulnérable aux punitions qu'une entreprise non intégrée. De ce point de vue, l'intégration verticale réduit les possibilités de collusion tacite.

J. Risques de coordination des sociétés mères

1. La nature des effets

471. Lorsque deux entreprises indépendantes créent une entreprise commune, les liens ainsi institués entre elles risquent de les inciter à coordonner leur comportement, non seulement au sein de l'entreprise commune, mais de façon plus large, sur l'ensemble des marchés sur lesquels mères et filiales sont présentes, en renforçant les échanges d'information entre elles ou en facilitant la compréhension d'objectifs communs. Le contrôle des concentrations permet d'appréhender ces risques lorsque l'entreprise commune est de plein exercice (*cf.* ci-dessus aux paragraphes 53 et s.). Lorsque ce n'est pas le cas, le comportement des entreprises ressort de l'application des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE. Le ministre a ainsi vérifié, lorsque le groupe Banque Populaire et le groupe Caisse d'Épargne ont créé une filiale commune, Natixis, dans le secteur de la banque d'investissement et de financement, que cette opération ne risquait pas d'entraîner une coordination des comportements des deux groupes bancaires sur les marchés de la banque de détail et sur ceux de la banque commerciale, y compris au niveau local¹⁷¹.

472. Les modalités d'analyse des effets sur la concurrence d'une opération de concentration résultant de la création d'une entreprise commune par deux sociétés mères ont été précisées dans le cadre de l'opération Est Républicain/BFCM/Socpresse¹⁷², tant par le ministre que par le Conseil de la concurrence. Comme le rappelle l'avis du Conseil dans cette affaire, aucun test spécifique à cette analyse n'est prévu en droit national. Le test applicable est donc le test général de l'article L. 430-6 du Code de commerce, visant à identifier les opérations « *de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* » et qui n'apportent pas « *au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».

¹⁷¹. Décision du ministre C2006-45 du 10 août 2006.

¹⁷². *Cf.* tout particulièrement la décision du ministre C2007-27 du 28 août 2007 et l'avis du Conseil de la concurrence 07-A-09 du 2 août 2007. Sur cette opération, une première décision d'autorisation de l'opération rendue par le ministre le 17 mai 2006 (réf. C2006-52) a été annulée par le Conseil d'État par sa décision du 31 janvier 2007 (n° 294896, France Antilles).

473. La situation dans laquelle la création d'une entreprise commune inciterait les sociétés mères à coordonner leurs comportements sur les marchés où elles sont toutes deux actives pourrait conduire à constater que l'atteinte à la concurrence en résultant serait incompatible avec les dispositions de l'article L. 430-6, quelle que soit la forme de cette coordination : expresse, au sens qui lui est donné dans le droit des ententes, ou tacite, dans l'acception retenue par la pratique décisionnelle relative à la position dominante collective. En effet, il ne peut être exclu *a priori* que la création d'une entreprise commune renforce les liens structurels entre les maisons mères qui seraient unies par une relation d'interdépendance leur permettant d'anticiper leurs comportements, d'aligner leurs stratégies et de faire converger leurs objectifs, sans pour autant qu'elles adoptent des comportements prohibés par le droit des ententes. Les caractéristiques structurelles des marchés qui sont de nature à favoriser une entente expresse recouvrent d'ailleurs en partie les critères permettant d'apprécier la vraisemblance de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. L'analyse de ce dernier risque implique toutefois que soit prise en compte la réaction des autres concurrents actifs.

474. Une telle atteinte peut être envisagée de façon plus évidente si les maisons mères et la filiale commune sont présentes sur les mêmes marchés. Elle ne peut être exclue *a priori* lorsque les maisons mères sont présentes sur un marché distinct de celui de leur filiale commune, le contact multimarché entre des entreprises étant également susceptible de faciliter la coordination de leurs comportements.

2. Les critères utilisés

475. Conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, reprise par les autorités nationales, les risques de coordination entre maisons mères à l'occasion de la création d'une entreprise commune sont analysés au regard de trois critères cumulatifs :

- il faut qu'il existe un lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et l'apparition de risques de coordination des sociétés mères ou son renforcement;
- la coordination doit revêtir un certain degré de vraisemblance, c'est-à-dire doit être possible et présenter un intérêt économique pour les maisons mères;
- cette coordination doit avoir un effet sensible sur la concurrence.

a) Le lien de causalité

476. Le lien causal peut être établi si l'activité de l'entreprise commune revêt une importance essentielle pour les marchés sur lequel les sociétés mères sont actives. Cependant, il ne peut être exclu que, dans certains cas, d'autres facteurs puissent être à l'origine d'une interdépendance accrue entre les maisons mères.

477. Par exemple, dans la décision précitée relative à la création de Natixis¹⁷³, le ministre a considéré que la création de Natixis était de nature à créer les conditions d'une coordination entre ses sociétés mères sur certains marchés. L'analyse

173. Cf. la décision du ministre C2006-45 du 10 août 2006.

a souligné le fait que les produits de Natixis étaient un facteur de production essentiel dans l'activité des sociétés mères sur plusieurs de leurs marchés. Mais le ministre a aussi relevé que *«concernant l'organisation générale de l'entité composée de Natixis et de ses sociétés mères, il ressort de l'instruction que les réseaux interviendront généralement comme apporteurs d'affaires pour les produits et services bancaires dont la production sera centralisée au niveau de Natixis. À ce titre, leur rémunération prendra la forme de commissions. Par conséquent, le fait que les deux réseaux partagent la même plate-forme de production et se voient proposer les mêmes modes de rémunération pour les affaires apportées à Natixis peut être de nature à faire converger leurs comportements sur le marché»*.

478. *A contrario*, dans le second examen de l'opération Est Républicain/BFCM/Socpresse, le ministre et le Conseil de la concurrence ont considéré que le lien causal n'était pas établi, après avoir relevé que l'interaction entre les marchés sur lesquels l'entreprise commune EBRA était active et ceux sur lesquels les deux sociétés mères étaient en concurrence était faible, qu'il était peu probable, pour cette raison, qu'EBRA soit le vecteur d'échanges d'informations entre les deux actionnaires sur leurs activités respectives. Ils ont ajouté que les liens financiers existant entre EBRA et ses sociétés mères n'étaient pas de nature à accroître l'interdépendance entre ses sociétés mères.

b) Les conditions de vraisemblance et d'effet sensible

479. Les critères de vraisemblance et d'effet sensible sont étroitement liés : la coordination des politiques sera d'autant plus vraisemblable qu'elle sera rentable et donc qu'elle aura un effet sensible sur les marchés. Leur appréciation repose sur une analyse du fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels les sociétés mères sont en compétition et sur lesquels elles pourraient coordonner leurs comportements,

480. La coordination des sociétés mères d'une entreprise commune sera d'autant plus vraisemblable si les sociétés mères peuvent facilement parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination, et si l'existence de l'entreprise commune leur permet aisément de se surveiller mutuellement. Son effet sera d'autant plus sensible que les sociétés mères occupent des positions fortes sur les marchés concernés et que la ligne de conduite commune ne peut être efficacement remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents.

481. Ces critères rejoignent ceux utilisés pour apprécier la probabilité de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. Le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement, dans la décision du 27 juin 2007, rendue sur la requête de la société M6 qui soutenait que la création d'une entreprise commune par les sociétés TF1 et AB portait atteinte à la concurrence, dans laquelle il assimile le risque de coordination à celui de création ou renforcement d'une position dominante collective :

« Sur les risques de coordination entre les sociétés TF1 et AB ;

Considérant que s'il appartenait au ministre d'examiner, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce, si l'opération conjointe de rachat de la société TMC qui lui était soumise était de nature à faire naître un risque de coordination des comportements des sociétés mères sur les marchés concernés, il ressort des pièces du dossier qu'à la date à laquelle le ministre a pris la décision attaquée et compte tenu, d'une part de la concurrence très vive existant sur les marchés de l'exploitation et de la commercialisation des chaînes thématiques et de l'achat des droits de diffusion, d'autre part des engagements pris par les sociétés TF1 et AB en ce qui concerne la publicité télévisée, l'opération considérée n'était pas par elle-même de nature à créer ou renforcer une position dominante collective de ces sociétés; que, si le comportement des deux sociétés fait ultérieurement apparaître de tels risques, il appartiendra aux autorités de concurrence de mettre en œuvre, le cas échéant, les procédures adéquates» (soulignements ajoutés).

482. L'examen porte, en premier lieu, sur les parts de marché des sociétés mères, les risques d'atteinte à la concurrence pouvant, dans de nombreux cas, être écartés en raison de la faiblesse de la position des sociétés mères¹⁷⁴. Les risques d'atteinte à la concurrence ne peuvent toutefois pas être écartés *a priori* sur un marché donné au motif que les sociétés mères (ou l'une d'entre elles seulement) ont des parts de marché faibles ou nulles, dès lors que les sociétés mères ont des projets de pénétrer ce marché.¹⁷⁵

483. Si les positions des sociétés mères ne sont pas suffisamment faibles pour que le risque d'atteinte à la concurrence par coordination de leur comportement puisse être écarté, l'Autorité prend en compte, dans son analyse, tous les éléments de fait et de droit susceptibles de déterminer si la coordination des sociétés mères est vraisemblable et aura un effet sensible. En particulier, l'Autorité peut tenir compte de la symétrie entre les sociétés mères, de l'homogénéité de leurs produits, de la stabilité de la demande, du rythme d'innovation dans le secteur, de l'existence de règles de tarification commune ou encore de la possibilité pour chaque société mère d'accéder à des informations concernant l'autre société mère, notamment du fait de la création ou du renforcement de l'entreprise commune. De plus, l'Autorité apprécie si la pression des concurrents actuels ou potentiels sur les sociétés mères et la puissance d'achat de ses clients sont susceptibles d'empêcher que la coordination soit vraisemblable ou qu'elle ait un effet sensible.

K. Les restrictions accessoires

484. Le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le règlement CE sur les concentrations) (1) dispose à son article 6, paragraphe 1, point b), deuxième alinéa, ainsi

¹⁷⁴. Cf. par exemple, les décisions du ministre suivantes : décision C2006-49 du 10 mai 2006, relative à l'opération AP Moller Maersk/Perrigault; décision C2008-94 du 2 janvier 2009, relative à la création d'une entreprise commune entre les groupes coopératifs Agralys et Epis-Centre.

¹⁷⁵. Cf. la décision du ministre C2006-06 du 17 février 2006, relative à la création d'une entreprise commune entre Natexis Banque Populaire et Banque Postale.

qu'à son article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa, et à son article 8, paragraphe 2, troisième alinéa, que toute décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun « est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration ». Dans sa communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration publiée le 5 mars 2005, la Commission explicite cette notion de la façon suivante : « Une opération de concentration comprend des arrangements contractuels et des accords établissant un contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement CE sur les concentrations. Tous les accords qui exécutent l'objet principal de la concentration, tels que ceux relatifs à la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise, font partie intégrante de la concentration. Outre ces arrangements et ces accords, les parties à la concentration peuvent conclure d'autres accords qui ne font pas partie intégrante de la concentration mais qui peuvent limiter la liberté d'action des parties sur le marché. Si ces accords comportent des restrictions accessoires, celles-ci sont automatiquement couvertes par la décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun. » Dans la mesure où les restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, le règlement n° 139/2004 est applicable. En revanche, pour les restrictions qui ne peuvent être considérées directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, les articles 81 (101) et 82 (102) du traité CE restent potentiellement applicables.

485. Ce règlement ne s'applique qu'aux opérations relevant du contrôle communautaire : il ne vise pas celles soumises au droit national. Néanmoins, la réunion, à compter du 2 mars 2009, au sein d'une même Autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit communautaire et national des pratiques anti-concurrentielles et, d'autre part, au contrôle des concentrations, réforme qui s'inspire du modèle communautaire dans lequel le contrôle des structures du marché et la surveillance des comportements sur ce même marché sont confiés à la même institution, permet aujourd'hui à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du Code de commerce. La communication précitée constitue pour ce faire un guide d'analyse qu'utilisera l'Autorité.

486. Les entreprises notifiantes n'ont pas l'obligation de porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité. Néanmoins, elles peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au contexte concurrentiel du ou des marchés concernés.

487. Lorsque de telles restrictions seront portées à sa connaissance, et qu'il y aura lieu de les examiner, l'Autorité appréciera elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties. Des restrictions seront considérées comme directement liées et nécessaires parce qu'en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou sa viabilité serait remise en cause. Dans la mesure où les restrictions de concurrence excèdent ce qui est directement lié et nécessaire, la mise en œuvre par la rapporteure

générale de l'Autorité des dispositions du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, qui lui permettent de proposer à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles mentionnées à l'article L. 420-1, pourra être envisagée.

L. Les contributions au progrès économique

1. L'objectif

488. L'article L. 430-6 du Code de commerce précise que, en phase d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ». L'Autorité apprécie, en particulier, si les gains d'efficacité économique de l'opération peuvent accroître l'incitation de l'entreprise résultant de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence.

489. Il incombe aux parties qui le souhaitent de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration. À titre indicatif, la Commission indique dans ses lignes directrices¹⁷⁶ que « *les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer.* »

490. Il convient de noter qu'en matière de gains d'efficacité économique, l'insuffisance des démonstrations apportées par les parties a souvent été soulignée. Le Conseil d'État, dans une décision relative à la concentration Coca-Cola/Orangina¹⁷⁷, indique ainsi que « *l'imprécision des données fournies ne permet pas d'établir que les effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée pourraient être compensés par une contribution suffisante au progrès économique et social* ». Autre exemple, dans sa décision relative à l'opération Cafom/Fincar¹⁷⁸, le ministre constate que « *la partie notifiante a présenté différentes sources de gains d'efficacité potentiellement générés par l'opération de concentration, sans pour autant en apporter la preuve, pas plus qu'elle n'a fourni d'arguments sur une éventuelle transmission aux consommateurs* ». Au-delà de la description précise des gains d'efficacité économique attendus, les parties s'attacheront à démontrer dans quelle mesure les critères d'appréciation de ces gains, présentés ci-dessous, sont remplis. À titre illustratif, dans son avis relatif

176. Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004, § 88.

177. CE, section, 9 avril 1999, n° 201853.

178. Décision du ministre C2006-155 du 31 août 2007.

à l'opération Pan Fish/Marine Harvest¹⁷⁹, le Conseil de la concurrence a relevé que, bien que les parties aient bien décrit les gains d'efficacité attendus, aucun de ces critères n'était satisfait : « [...] *Les gains d'efficacité avancés, lorsqu'ils sont décrits avec précision, ne sont que rarement vérifiables et encore moins quantifiables. Il n'est, en outre, pas démontré que des résultats similaires ne pourraient pas être obtenus autrement que par l'opération de concentration. Enfin et surtout, rien ne permet d'estimer avec vraisemblance qu'ils pourraient être transférés pour partie aux consommateurs, par une baisse de prix ou une augmentation de la qualité.* »

2. Les critères utilisés

491. La jurisprudence du Conseil d'État et la pratique décisionnelle permet de dégager trois critères applicables à la prise en compte des gains d'efficacité économique :

- ces gains doivent être quantifiables et vérifiables ;
- ils doivent être spécifiques à la concentration ;
- une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs.

492. Ce troisième critère exclut les avantages ne bénéficiant qu'aux parties à l'opération, comme l'a indiqué le Conseil d'État, dans sa décision Pernod Ricard¹⁸⁰ : « *Si le développement de la société Pernod-Ricard serait susceptible d'être favorisé grâce aux disponibilités financières dégagées par l'opération de cession envisagée, un tel développement ne constitue pas en tant que tel, et n'apporte pas à lui seul, une contribution au progrès économique et social de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée.* » Le Conseil d'État a, de plus, précisé « *qu'une telle compensation ne peut davantage être regardée comme constituée par le produit fiscal susceptible d'être encaissé par le Trésor public si l'opération se réalise ou par les investissements dont la réalisation serait rendue possible dans cette hypothèse* ».

493. Pour apprécier dans quelle mesure les gains d'efficacité économiques répondant aux trois critères ci-dessus contrebalancent les effets anticoncurrentiels de l'opération, l'Autorité tient notamment compte de leur ampleur comparative à l'importance des effets anticoncurrentiels de l'opération, et de la vitesse à laquelle ils sont susceptibles de se réaliser.

494. En ce qui concerne l'ampleur des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices¹⁸¹ que « *l'incitation de la nouvelle entité issue de l'opération à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à l'existence de pressions concurrentielles exercées par les autres entreprises présentes sur le marché et par les concurrents potentiels. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus la Commission doit s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. Il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur*

179. Avis du Conseil de la concurrence 06-A20 du 20 octobre 2006 relatif à l'acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA.

180. CE, section, 6 octobre 2000, n° 216645.

181. Lignes directrices sur les concentrations horizontales du 5 février 2004, § 84.

une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels».

495. Par exemple, dans l'opération Canal Plus/TPS¹⁸², tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont relevé que l'opération pouvait permettre d'enrichir le contenu de l'offre proposée aux consommateurs. Le ministre a conclu dans sa décision que *«l'opération de concentration pourrait se traduire par une amélioration du bien-être du consommateur. En effet, le monopole de la nouvelle entité sur les marchés de l'acquisition de droits de diffusion cinématographiques, par exemple, permet à cette dernière de proposer aux consommateurs, au sein d'une même offre, un éventail complet des genres cinématographiques existants. Il en va de même en ce qui concerne le sport»*. Cependant, le ministre, mettant en balance ce gain généré pour les consommateurs avec le fait que l'opération conduisant à la création d'un monopole sur plusieurs marchés, a considéré que *«ce monopole doit être exercé sous contraintes afin de préserver la concurrence et ainsi le surplus du consommateur (ce dernier prenant en compte, outre la qualité de l'offre, le prix de cette dernière). Ainsi, les arguments avancés par les parties ne suffisent pas à démontrer que l'opération apporte en elle-même une contribution suffisante au progrès économique pour compenser les effets anticoncurrentiels qu'elle entraîne»*.

496. En ce qui concerne la vitesse de réalisation des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices que *«d'une manière générale, plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contrepoids, les gains d'efficacité doivent intervenir en temps utile»*.

497. Par exemple, en 2007, pour l'opération CCIP/Unibail¹⁸³ dans le secteur de l'organisation des foires et salons, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont relevé que l'opération était susceptible de contribuer au progrès économique, mais que l'horizon de temps envisagé pour la réalisation de cette contribution, 2021, rendait son évaluation quantitative relativement aléatoire.

498. Cette évaluation peut se faire dans le cadre de la construction de scénarios prospectifs, tenant compte à la fois des effets anticoncurrentiels et proconcurrentiels de l'opération, comme évoqué ci-dessous dans la section sur les effets congloméraux.

3. Exemples de contributions au progrès économique

499. L'Autorité est susceptible de prendre en compte dans son analyse toutes les contributions au progrès économique, répondant aux critères ci-dessus, dès l'instant où elles sont démontrées par les parties. Sont illustrées, ci-dessous, les contributions les plus souvent invoquées par les parties.

¹⁸². Décision du ministre C2006-02 du 30 août 2006; avis du Conseil de la concurrence 06-A-13 du 13 juillet 2006.

¹⁸³. Décision du ministre C2007-14 du 13 novembre 2007; avis du Conseil de la concurrence 07-A-10 du 26 septembre 2007.

500. Les gains de coût : de nombreuses concentrations conduisent à la réalisation, au sein de l'entreprise résultant de l'opération, de gains de coût, qu'il s'agisse de gains par effet d'échelle ou de gains de productivité. Il appartient aux parties qui le souhaitent de démontrer que les gains de coût envisagés répondent aux critères ci-dessus, en particulier qu'ils seront transférés, au moins en partie, à la collectivité dans son ensemble ou aux consommateurs, sous forme de baisse de prix, de l'amélioration de la qualité de l'offre ou de l'enrichissement du choix proposé au consommateur.

501. L'opération Ouest France/Socpresse¹⁸⁴ fournit un exemple de cas où les synergies de coût envisagées étaient effectivement transférables, pour partie, aux consommateurs. Le ministre a relevé dans sa décision qu'*« au plan économique, il ressort des éléments du dossier que l'opération va entraîner des économies de coûts substantielles. Ces économies résulteront de la mutualisation des informations par nature indifférenciées, de la mise en commun des régies publicitaires, des réseaux de distribution et des prestations de prépresse et du transfert de l'impression de Presse Océan sur l'outil industriel de Ouest-France »*. Le transfert aux consommateurs des gains réalisés résultait du fait que, comme l'a indiqué le Conseil dans son avis, *« les économies réalisées apparaissent de nature à replacer les trois titres acquis dans une situation durablement viable »*. En effet, *« la nouvelle entité a économiquement tout intérêt à amortir les coûts fixes de son activité sur un volume maximum de ventes. En outre, compte tenu du fort attachement des lecteurs de PQR [presse quotidienne régionale] à leur titre de prédilection, le groupe Ouest-France tirera avantage à poursuivre l'édition des titres acquis. Cette double incitation est donc de nature à garantir à tout le moins le maintien du tirage actuel. Il s'ensuit que les annonceurs locaux et les particuliers continueront d'avoir accès à plusieurs supports différenciés largement diffusés. La distribution du titre Presse Océan, qui est irrégulière aujourd'hui en raison de sa situation financière très fragile sera également pérennisée et rationalisée. Les annonceurs locaux et les particuliers profiteront donc de cette nouvelle régularité dans la diffusion du journal. Enfin, les annonceurs des titres du pôle Ouest bénéficieront d'une amélioration de la qualité des journaux (augmentation du nombre de pages couleurs), et de l'élargissement de l'audience (possibilité de consulter les petites annonces sur Internet; rationalisation de la distribution des titres, mettant fin aux incertitudes actuelles quant à la livraison des titres de PQR le matin dans certains départements). L'ensemble de ces éléments, participant à l'amélioration de la qualité des titres de la nouvelle entité, accroissent l'attractivité de ces derniers. Ainsi, sur les marchés de la publicité et des petites annonces, cette attractivité est en mesure de compenser, pour les annonceurs locaux et les particuliers, une éventuelle augmentation des prix des espaces publicitaires »*.

502. L'opération Alliance Santé Distribution/Ouest Répartition Pharmaceutique¹⁸⁵ fournit un autre exemple où, en revanche, le transfert à la collectivité des gains de coût espérés n'a pas été démontré. En l'espèce, compte tenu de la prédominance des coûts fixes dans l'économie du secteur, de la faible incitation qu'auraient les

184. Décision du ministre C2005-18 du 28 octobre 2005 ; avis du Conseil de la concurrence 05-A-18 du 11 octobre 2005.

185. Cf. la décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003.

parties à répercuter des gains éventuels à leurs clients compte tenu du caractère oligopolistique du marché et de sa faible pression concurrentielle, de la faible élasticité prix de la demande finale et des contraintes réglementaires sur les prix finaux, le ministre a considéré que des gains d'efficacité éventuels ne seraient pas transférés aux consommateurs.

503. Il convient de noter, comme l'illustre notamment ce dernier exemple, qu'il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions des coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes, le rapport entre les coûts fixes et les prix à la consommation étant habituellement moins direct, au moins à court terme. Néanmoins, et comme le montrent les exemples suivants, il est possible de prendre en compte l'effet de l'opération sur les coûts fixes même s'il est moins aisé de démontrer que ces gains de coûts fixes seront transmis aux consommateurs.

504. L'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs constituent une autre source de contribution au progrès économique susceptible d'être retenue dans le bilan d'une opération, en particulier dans les opérations conglomerales. L'opération Ouest-France/Socpresse ci-dessus fournit un exemple où cet argument a été retenu. En revanche, dans l'opération Canal Plus/TPS¹⁸⁶, cet argument a été rejeté. Le ministre indique dans sa décision qu'« *une des motivations principales, avancées par le groupe acquéreur, expliquant la réalisation de l'opération, est l'enrichissement du contenu des offres proposées aux consommateurs en raison des économies de coûts à l'amont. En effet, la disparition de TPS permettrait de mettre fin à des coûts élevés artificiellement maintenus par la concurrence en amont entre les deux plates-formes satellites* ». Le ministre a relevé que « *la réunion au sein d'une même offre de télévision payante, de contenus actuellement "éclatés" entre les offres de TPS et de CanalSat pourrait représenter une réelle augmentation du surplus du consommateur en termes de qualité de l'offre. Cette évolution, mise en avant par les parties, est en effet très souhaitable* ». Cependant, « *un enrichissement du contenu des offres proposées aux consommateurs pourrait s'accompagner d'une augmentation des prix des abonnements, ce qui constitue une atteinte à la concurrence si cette augmentation est significative et non proportionnelle à l'accroissement de la qualité du contenu* ». Et surtout, « *l'enrichissement du contenu des offres proposées par la nouvelle entité aux consommateurs vient de la disparition d'un concurrent (TPS), qui entraîne une baisse des coûts de l'acquisition de contenus. Or cette disparition conforte la position, déjà importante, du groupe acquéreur sur les marchés amont. Un tel renforcement s'accompagne forcément d'une diminution de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs tiers, ce qui peut à terme s'avérer préjudiciable pour la concurrence* ».

505. Les retombées économiques pour la collectivité : par exemple, dans l'opération CCIP/Unibail mentionnée ci-dessus, le ministre et le Conseil de la concurrence ont apprécié les retombées économiques pour la collectivité que pouvait permettre le rapprochement des sites de foires et salons des entreprises concernées : « *il paraît bien établi que les activités de foires, salons et congrès créent des externalités*

186. Décision du ministre C2006-02 du 30 août 2006 ; avis du Conseil de la concurrence 06-A-13 du 13 juillet 2006.

positives pour les marchés géographiques où elles se tiennent, ce qui explique d'ailleurs pourquoi les collectivités locales potentiellement bénéficiaires acceptent assez souvent de contribuer à l'effort d'investissement pour la création ou la modernisation des sites.» Autre exemple, dans son avis relatif à l'opération TDF/Bouygtel¹⁸⁷ consistant en l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom, le Conseil a noté qu'*« une mutualisation accrue des pylônes cédés contribue au développement des marchés de la téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs concernés», qu'« un partage des sites et des éléments passifs permettrait de réaliser, en moyenne, une économie de 20 à 30 % sur les coûts d'investissements du réseau»* et que *« la mutualisation [pouvait] donc être considérée comme un objectif d'intérêt général»*. Toutefois, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont indiqué que cette mutualisation ne pouvait être acceptée du point de vue du droit de la concurrence que si elle s'exerçait de manière complète, transparente et non discriminatoire, ce qui a conduit à une autorisation sous réserve d'engagements.

506. L'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens de recherche et développement : par exemple, dans l'opération Dolisos/Boiron¹⁸⁸, les parties ont développé un argumentaire reposant sur le fait que l'opération permettrait de dégager des ressources financières pour la R & D, que le développement de l'homéopathie contribuerait à la réduction du déficit de la sécurité sociale, que les progrès scientifiques attendus des investissements de R & D profiteraient aux consommateurs et contribueraient à la promotion de l'homéopathie en général, et donc, à l'entité fusionnée aussi bien qu'à ses concurrents actuels et potentiels. Le Conseil a considéré que l'augmentation des moyens financiers consacrés à la R & D était effectivement *« de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs »*, même si, par nature, la contribution au progrès économique des investissements de R & D est toujours difficile à évaluer compte tenu des aléas inhérents à la recherche.

507. L'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises peut aussi constituer une contribution au progrès économique si elle est susceptible de bénéficier aux consommateurs français. Par exemple, sur le rachat par Coca-Cola des actifs relatifs à la marque Orangina du groupe Pernod-Ricard, le Conseil d'État a indiqué que *« la société requérante fait état des perspectives de développement qui seraient ouvertes à la marque "Orangina à l'étranger grâce à l'opération projetée, des possibilités de développement qu'offrirait au groupe Pernod-Ricard le produit de la cession de ses actifs relatifs aux boissons "Orangina et des effets bénéfiques de cette cession pour la collectivité; que, toutefois, dès lors que cette cession des actifs relatifs aux boissons "Orangina pour ce qui concerne les activités internationales n'est pas interdite, le développement à l'étranger de cette marque, qui au demeurant ne bénéficierait que de*

¹⁸⁷. Avis du Conseil de la concurrence 2002-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom.

¹⁸⁸. Avis du Conseil de la concurrence 05-A-01 du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron.

manière limitée à l'économie française, peut être assuré sans que soient cédés les actifs concernant le marché national»¹⁸⁹.

508. Les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales : les concentrations verticales, en permettant une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, peuvent générer des gains d'efficacité qui leur sont spécifiques. En effet, les relations entre fournisseurs et distributeurs peuvent être sujettes à des externalités que l'intégration permet d'internaliser. En particulier, lorsqu'un fournisseur choisit son prix de gros, il tient compte de sa propre marge (marge de gros), mais ne prend pas en compte celle du ou des distributeur(s) non intégré(s) (marge de détail). En choisissant un prix de gros plus élevé, le fabricant réduit, toutes choses égales par ailleurs, la marge de détail des distributeurs, exerçant ainsi sur eux une externalité négative. L'addition des deux marges, de gros et de détail, conduit à des prix plus élevés que ceux que choisirait la structure intégrée. Cette dernière prend en effet en compte la marge totale, somme des marges de gros et de détail, ce que ne fait pas le fournisseur non intégré. L'intégration verticale permet de supprimer l'inefficacité de double marginalisation, ce qui, dans certains cas, peut profiter aux consommateurs.

509. De la même façon, une entreprise intégrée est *a priori* plus encline à investir en amont dans des dépenses dont les bénéfices sont surtout attendus en aval, par exemple à adopter des designs, des processus de production ou des packagings qui favorisent les économies de coût de distribution. Symétriquement, les branches aval sont plus fortement incitées à assurer la promotion des produits.

510. Par exemple, dans l'affaire relative à l'acquisition de plusieurs entrepôts par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg¹⁹⁰, le Conseil a examiné les gains d'efficacité que l'intégration entre un brasseur et la distribution de boissons aux CHR est susceptible de générer. Selon Kronenbourg, une telle intégration permettrait de supprimer la double marginalisation mais également de mieux coordonner les efforts du brasseur et du distributeur en ce qui concerne la qualité et la promotion des produits vendus. Néanmoins dans ce cas, le Conseil a constaté que les relations tarifaires entre le brasseur et les entrepositaires présentaient certaines spécificités qui ne favorisaient pas la suppression de la double marge et que, de ce fait, les gains d'efficacité allégués ne pouvaient être attendus de l'opération.

511. Dans les concentrations conglomérales, des économies de gamme sont généralement attendues et les consommateurs peuvent directement bénéficier du regroupement de leurs achats auprès d'un seul interlocuteur (*one-stop shopping*)¹⁹¹.

189. CE, 6 octobre 2000, n° 216645.

190. Avis 04-A-08 du Conseil de la concurrence du 18 mai 2004.

191. Lignes directrices de la Commission européenne sur les concentrations non horizontales du 18 octobre 2008 précitées.

M. L'argument de l'entreprise défaillante

512. Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise, qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité de la concurrence peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt « Kali et Salz » du 31 mars 1998¹⁹²), selon laquelle en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de prescriptions lorsqu'il apparaît que les effets de l'opération ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté. Les trois critères cumulatifs définis par la cour dans cet arrêt ont été repris par le Conseil d'État, dans une décision du 6 février 2004¹⁹³. Il peut être considéré que les effets d'une opération ne seraient pas plus dommageables pour la concurrence que la disparition de l'entreprise en difficulté lorsque :

- ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise ;
- il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise ;
- la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

513. Le Conseil d'État a, dans cette décision, précisé comme suit ces critères d'application « [...] *s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, [le ministre] doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée* ».

514. Les cas où cet argument a été retenu par les autorités de concurrence nationales sont trop peu nombreux à ce jour pour qu'une méthode systématique d'analyse puisse être dégagée. Les principales opérations récentes où l'argument de l'entreprise défaillante a fait l'objet d'un examen sont les opérations Boiron/

192. Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, « Kali et Salz », C-68/94 et C-30/95, *Rec.* p. I-1375.

193. Arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 relatif à la concentration SEB/Moulinex (Sté Royal Philips Electronic e. a. c/ministre de l'Économie), n° 249267.

Dolisos¹⁹⁴, Seb/Moulinex¹⁹⁵, EBSCO/Rowecom France¹⁹⁶, et Alliance Santé Distribution (ASD)/Ouest Répartition Pharmaceutique (ORP)¹⁹⁷ qui permettent d'illustrer comment les trois critères énoncés par le Conseil d'État sont susceptibles d'être analysés.

515. La disparition rapide de la société en l'absence de reprise : dans les opérations Seb/Moulinex et ASD/ORP, la satisfaction de ce critère s'appuyait sur le fait que les sociétés cibles étaient en cessation de paiement et avaient fait l'objet d'une procédure collective devant le tribunal de commerce. Dans l'opération EBSCO/Rowecom France, bien que le tribunal de commerce ait prononcé la levée de la cessation de paiement de la cible, le ministre a considéré que le premier critère était bien rempli en raison de la dégradation de la situation financière de la cible postérieure à la décision du tribunal, et du fait que sa maison mère de la cible était en faillite aux États-Unis entraînant, en France, le retrait par certaines banques de crédits accordés à la cible et le refus de fournisseurs de livrer les produits non payés.

516. Absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence : dans les opérations Seb/Moulinex et ASD/ORP, la démonstration du deuxième critère s'est aussi appuyée sur la décision du tribunal de commerce montrant l'absence d'offres alternatives sérieuses. Dans l'opération EBSCO/Rowecom, le ministre a considéré que le second critère était rempli du fait qu'une acquisition par le seul repreneur crédible s'étant déclaré ne serait pas moins dommageable pour la concurrence, et du fait qu'on pouvait, compte tenu des réponses au test de marché, *« raisonnablement exclure toute possibilité de reprise par un autre concurrent (actuel ou potentiel) dans la mesure où aucun d'entre eux n'est capable d'apporter les fonds nécessaires au maintien de l'activité de Rowecom France, laquelle nécessite une trésorerie très importante, en raison notamment des avances aux éditeurs »*.

517. En revanche, dans l'opération Boiron/Dolisos, le ministre comme le Conseil de la concurrence ont considéré que ce deuxième critère n'était pas rempli. Le Conseil a rappelé dans son avis qu'*« en l'absence de procédure collective, avec appel public à repreneur, il appartient aux parties de démontrer, par tous moyens, qu'il n'existait pas d'autre alternative d'achat des laboratoires Dolisos »*. Les éléments fournis par les parties se sont cependant avérés insuffisants pour démontrer la satisfaction de cette condition. De plus, une société étrangère avait déclaré son intérêt à pénétrer le marché français, Dolisos constituant une cible d'acquisition possible. Enfin, il existait de nombreux concurrents étrangers susceptibles d'être intéressés, même s'ils ne s'étaient pas déclarés.

194. Décision du ministre C2004-114 du 21 février 2005 ; avis 05-A-01 du Conseil de la concurrence du 7 janvier 2005.

195. L'opération Seb/Moulinex a fait l'objet d'un premier examen par le ministre (décision C2002-2 du 5 juillet 2002) avec avis du Conseil de la concurrence (02-A-07 du 15 mai 2002). Après l'annulation de la décision du ministre par le Conseil d'État (arrêt du 6 février 2004, n° 249267), l'opération a fait l'objet d'un second examen par le ministre (décision C2004-40 du 6 février 2004) avec avis du Conseil de la concurrence (04-A-16 du 28 juillet 2004). Le recours en annulation de cette seconde décision auprès du Conseil d'État par la société de Longhi a été rejeté (arrêt du 13 février 2006, n° 278796).

196. Décision du ministre C2003-45 du 25 avril 2003.

197. Décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003 ; avis du Conseil de la concurrence 02-A-15 du 23 décembre 2002.

518. Neutralité pour les consommateurs : dans l'affaire EBSCO/Rowecom, le ministre a considéré que le troisième critère énoncé par le Conseil d'État était rempli : « *S'agissant en effet d'un marché d'appels d'offres, il convient de s'attacher davantage au nombre d'opérateurs susceptibles de répondre à un appel d'offres qu'au niveau de parts de marché. Que l'opération ait lieu ou non, le nombre d'opérateurs internationaux, capables de répondre aux différentes demandes, passera inéluctablement de 3 à 2, face à des concurrents "résiduels souvent spécialisés et bénéficiant d'une capacité financière et commerciale bien moindre que celle des deux principaux offreurs.* » Il a conclu que « *si l'opération ne se réalisait pas, la structure de la concurrence se détériorerait de manière au moins aussi dommageable que postérieurement à la concentration examinée.* »

519. Dans l'opération ASD/ORP, qui intervenait sur un marché oligopolistique, différents scénarios prospectifs ont été investigués, tant par le ministre que le Conseil de la concurrence, pour déterminer si la reprise d'ORP par ASD était moins dommageable que sa disparition pour la concurrence et les consommateurs. Les scénarios établis ont pris en compte la possible création d'une position dominante collective, qu'ORP disparaisse ou soit racheté, les stratégies non coordonnées qu'ASD pouvait envisager, le fait que la reprise d'ORP par ASD créait une asymétrie dans l'oligopole susceptible de le déstabiliser, le fait que les concurrents d'ASD étaient cependant à même de recréer la symétrie en élargissant leurs offres, et les risques d'éviction des acteurs de la frange concurrentielle. Il est ressorti de cette analyse que la disparition d'ORP « *serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par ASD* ». En conséquence, le troisième critère a été considéré comme rempli, et l'opération autorisée, malgré des risques sérieux d'atteinte à la concurrence par création d'une position dominante collective.

520. En revanche, dans l'affaire SEB/Moulinex, le Conseil d'État a considéré que la satisfaction du troisième critère n'avait pas été démontrée par le ministre qui avait autorisé l'opération. Le Conseil d'État a notamment souligné qu'« *en estimant qu'une éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex, sans reprise des actifs industriels, ne modifiait pas l'analyse, le ministre a méconnu les possibilités offertes par une telle acquisition à un opérateur désireux de pénétrer le marché français du petit électroménager, sur lequel, d'après le ministre lui-même, la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques* ». Ainsi, un scénario éventuellement moins dommageable pour la concurrence, et plus favorable aux consommateurs, que la reprise projetée pouvait être envisagé.

N. Les mesures correctives

521. Lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte, et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence.

522. Ces mesures peuvent prendre la forme, soit d'engagements pris par les parties au titre de l'article L. 430-5, II en phase 1 ou de l'article L. 430-7, II en phase 2, soit d'injonctions et de prescriptions imposées au titre de l'article L. 430-7, III. Cet article précise que l'Autorité peut autoriser l'opération « *en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».

523. Le recours aux injonctions et prescriptions est rare. De 2000 à 2008, sur 64 opérations de concentration autorisées en France sous conditions, 61 l'ont été sous réserve d'exécution d'engagements pris par les parties et seulement 3 sous réserve d'exécution d'injonctions ou prescriptions imposées par l'autorité de concurrence. En effet, les autorités de concurrence n'envisagent d'imposer des injonctions ou prescriptions que lorsque les parties refusent de proposer des engagements alors que l'opération porte significativement atteinte à la concurrence, ou que les engagements proposés sont insuffisants.

524. Ce sont les parties qui sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence et de fournir les informations nécessaires aux fins de l'appréciation de ces engagements. L'Autorité peut toutefois estimer que les engagements proposés sont insuffisants et ne permettent pas de supprimer les atteintes à la concurrence identifiées.

525. De façon plus précise, pour être acceptés, les engagements doivent répondre à plusieurs critères :

- ils doivent être efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées ;
- leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière précise, sans ambiguïté, et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées ;
- leur mise en œuvre doit être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'ils ne sont pas réalisés ;
- ils doivent être contrôlables. Pour ce faire, les parties doivent prévoir un dispositif de contrôle permettant à l'Autorité de s'assurer de leur réalisation effective dans leur lettre d'engagement.

526. Par ailleurs, l'Autorité veille à ce que :

- les mesures correctives, en particulier les injonctions, soient neutres : leur objectif est de protéger la concurrence en tant que telle, et non des concurrents spécifiques. En particulier, le pouvoir d'injonction de l'Autorité n'est pas un outil protectionniste visant à protéger des acteurs économiques nationaux ;
- les mesures correctives soient proportionnées¹⁹⁸, c'est-à-dire que les charges imposées aux entreprises, qui vont à l'encontre du principe de liberté du commerce et de l'industrie, soient strictement nécessaires pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante.

198. Cf. en particulier l'arrêt de section du 9 avril 1999 du Conseil d'État, Sté The Coca-Cola Company.

527. Dans son arrêt¹⁹⁹ Société The Coca-Cola Company, le Conseil d'État s'est ainsi prononcé sur la proportionnalité des engagements au regard de l'objectif de maintien d'une concurrence suffisante : « *Considérant, en premier lieu, que si l'entreprise requérante a [...] présenté des propositions d'engagements destinés à compenser les effets anticoncurrentiels relevés par les ministres compétents, dont la principale portait sur l'octroi à un tiers indépendant pour une durée garantie de cinq ans, d'une licence exclusive de vente et de distribution des produits "Orangina sur une partie du marché "hors foyer, de telles propositions étaient insuffisantes en l'espèce en raison de la durée trop courte de la licence envisagée et de sa portée trop limitée; que, par suite, en ne retenant pas lesdites propositions, les ministres n'ont pas procédé à une appréciation erronée; Considérant, en second lieu, que la société The Coca-Cola Company soutient qu'il incombeait aux ministres, dès lors qu'ils écartaient les propositions d'engagements formulées par elle, de définir les mesures adéquates et proportionnées susceptibles d'être imposées aux parties à l'opération de concentration et d'autoriser cette opération en l'assortissant de l'injonction de mettre en œuvre lesdites mesures; qu'il résulte toutefois des pièces du dossier qu'eu égard à la nature et à l'importance des effets anticoncurrentiels du projet de concentration et à la difficulté corrélatrice de déterminer des mesures adéquates pour les compenser, la décision prise par les ministres de s'opposer purement et simplement à l'opération projetée ne peut être regardée comme ayant porté une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie.* »

528. L'Autorité de la concurrence recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents²⁰⁰. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Dans certains cas, des mesures comportementales seules peuvent être retenues, par exemple lorsque aucun repreneur ne peut être trouvé pour les actifs qui pourraient être cédés pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés.

529. Quel que soit le type de mesure corrective retenue, la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi de leur mise en œuvre est systématiquement prévue par l'Autorité. Son rôle, les dispositions de nature à garantir son indépendance vis-à-vis des parties et les modalités selon lesquelles il rend compte de sa mission à l'Autorité sont spécifiées dans les engagements souscrits.

530. Les principales mesures correctives sont détaillées ci-dessous.

199. CE, section, 9 avril 1999, Sté The Coca-Cola Company, *AJDA* 1999, p. 611.

200. Cf. à titre d'exemple, la décision de l'Autorité 09-DCC-016 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire

1. *La cession d'activités*

a) Les caractéristiques de l'activité cédée

531. Pour qu'une cession d'activité puisse efficacement remédier aux atteintes à la concurrence, il est indispensable que l'activité cédée soit viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement.

532. Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté, dans la proposition d'engagements des parties. Les parties veilleront à détailler les immobilisations corporelles et incorporelles (marques, droits de propriété intellectuelle, savoir-faire et fonds de commerce) cédées. Elles doivent préciser quels sont les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics, nécessaires au développement de l'activité cédée, et les inclure explicitement dans le périmètre de cession. Elles doivent expliciter quels sont les contrats clients transmis. Enfin, elles doivent aussi indiquer, de manière générale, quel est le personnel transféré, y compris le personnel détaché, et mentionner les équipes ou les membres essentiels à la viabilité et la compétitivité de l'activité qu'elles s'engagent bien à transférer avec la propriété de l'activité.

533. Il est demandé aux cédants de s'engager à préserver, jusqu'à la réalisation de la cession, la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des actifs cédés, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant préjudice à leur périmètre d'activité. Par exemple, dans l'affaire Cafom/Fincar précitée, il a été demandé aux cédants de ne pas empêcher le repreneur d'établir un contrat de franchise avec la société Conforama.

534. Dans certains cas, la cession, au lieu de porter sur une activité économique autonome, peut se limiter à certains actifs, comme des brevets, des licences ou des marques, si leur cession est suffisante pour remédier aux atteintes à la concurrence identifiées.

b) Les caractéristiques de l'acquéreur approprié

535. Une cession d'activité n'est efficace que si l'acquéreur est approprié, c'est-à-dire si :

- il est indépendant des parties, d'un point de vue capitalistique et contractuel ;
- il possède les compétences et la capacité financière adéquates pour développer l'activité et concurrencer efficacement les parties ;
- l'acquisition n'est pas susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence.

536. L'identification de l'acquéreur peut se faire selon trois modalités :

- dans un délai fixé, après l'adoption de la décision, par les engagements. Dans ce cas, les parties, une fois l'acquéreur identifié, doivent en informer l'Autorité qui donne son agrément si cet acquéreur répond aux conditions ci-dessus. Cette modalité est la plus fréquente ;
- par règlement préalable : les parties peuvent proposer, au cours de l'instruction de l'opération auprès de l'Autorité de la concurrence, un acquéreur pour

- l'activité, avec lequel elles concluent un accord contraignant. Dans ce cas, l'Autorité apprécie si l'acquéreur est approprié avant de rendre sa décision ;
- enfin, la réalisation effective de l'opération peut être conditionnée à l'identification d'un acquéreur approprié. Cette solution peut être pertinente lorsque la réalisation de la cession présente de fortes incertitudes. Ces incertitudes peuvent provenir des difficultés à trouver un acquéreur approprié du fait de leur nombre réduit, des risques de dégradation de la valeur de l'activité pendant la période de transition, d'incertitudes liées à des droits de préemption détenus par des tiers ou liées à la possibilité de transférer des contrats clés ou de droits de propriété intellectuelle. Ce dispositif a, par exemple, été retenu par le ministre de l'Économie dans la décision Panzani/Lustucru²⁰¹.

c) Les délais de cession

537. Les délais de cession, dans le cas où ils sont fixés par les engagements sans que la réalisation effective de l'opération soit conditionnée à l'agrément d'un acquéreur, doivent être les plus brefs possibles. En effet, la concurrence n'est pas préservée tant que la cession n'est pas réalisée. Pour apprécier le délai de cession proposé, l'Autorité de concurrence tient compte des circonstances de l'espèce et de l'intérêt légitime des parties à protéger la valeur de leurs actifs.

538. Ce délai varie selon la complexité de la mise en œuvre de l'opération mais est généralement inférieur à un an.

539. Par ailleurs, en plus de préciser le délai de cession, les engagements des parties doivent inclure la description des modalités de transition, et démontrer qu'elles sont suffisantes pour préserver la viabilité et la compétitivité de l'activité.

d) La nomination d'un mandataire chargé de la cession

540. La recherche d'un acquéreur approprié et la négociation des conditions de la cession peuvent être confiées, soit d'emblée, soit lorsque aucun acquéreur n'a été retenu au bout d'un certain délai, à un mandataire indépendant. Dans ce cas également, l'acquéreur est approuvé par l'Autorité.

e) Exemples de mesures correctives par cessions d'activités

541. Les cessions d'activités ou d'actifs peuvent être efficaces pour résoudre aussi bien des atteintes à la concurrence par effets horizontaux, que par effets verticaux, congloméraux ou par des effets coordonnés.

542. Les atteintes à la concurrence résultant du cumul des parts de marché des entreprises parties à la concentration (concentrations horizontales), peuvent être corrigées par des cessions d'actifs, comme l'illustre, par exemple, la prise de contrôle de Socopa par Bigard dans le secteur de la viande, que le ministre de l'Économie n'a autorisée que sous réserve de la mise en œuvre de plusieurs cessions d'abat-

²⁰¹. Décision du ministre C 2002-14 du 17 mai 2002, Lustucru/Panzani.

toirs²⁰², ou encore la prise de contrôle des *Échos* par LVMH qui n'a été autorisée que sous réserve de la cession de *La Tribune*²⁰³.

543. Les cessions d'actifs peuvent aussi remédier à des atteintes à la concurrence identifiées dans des concentrations verticales ou conglomérales. Par exemple, en ce qui concerne le verrouillage de certains marchés locaux de distribution de la bière du fait de l'intégration verticale des brasseurs, le ministre de l'Économie a enjoint, par arrêtés du 25 mai 2005, aux brasseurs Heineken et Kronenbourg de céder plusieurs entrepositaires grossistes. Dans l'affaire Lustucru/Panzani²⁰⁴, la cession par Panzani de la marque Lustucru et de l'ensemble des actifs matériels et immatériels nécessaires à l'activité Pâtes sèches de Lustucru a permis au ministre de conclure que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par des effets congloméraux sous réserve de l'exécution des engagements souscrits.

544. Dans les concentrations où des effets coordonnés peuvent porter atteinte à la concurrence, le transfert d'une position de marché par cession d'actifs constitue une solution possible²⁰⁵. L'objectif est de créer ou de renforcer une dynamique concurrentielle capable de remettre en cause efficacement une éventuelle coordination. Ce type de remède a notamment été proposé dans l'affaire communautaire Air Liquide/Messer Targets²⁰⁶.

2. La suppression de liens structurels entre des concurrents

545. Dans certains cas, pour trancher le lien avec un concurrent important, les parties peuvent proposer la cession de participations minoritaires chez ce concurrent ou dans une entreprise détenue en commun.

546. Les parties peuvent aussi, à titre exceptionnel, proposer de renoncer aux droits liés à des parts minoritaires, sans céder ces parts. Le renoncement doit avoir les mêmes effets concurrentiels qu'une cession de part. Il doit être permanent et couvrir tous les droits susceptibles d'avoir une influence sur les comportements concurrentiels, tels que la représentation à un conseil d'administration, des droits de veto et des droits à l'information.

547. Des mesures correctives, visant à supprimer les liens structurels entre des concurrents, ont été mises en œuvre dans différentes opérations, comme, par exemple dans l'affaire Solvey/Montedison-Ausimont²⁰⁷ où un engagement de sortie d'une entreprise commune visait à rompre certains liens structurels susceptibles de favoriser l'adoption et la stabilité d'un comportement coordonné, ou encore dans l'affaire Nordbanken/Postgirot²⁰⁸ avec, notamment, la suppression de représentants au conseil d'administration d'une entreprise concurrente.

202. Lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi C2008-100 du 17 février 2009 au conseil de la société Bigard, relative à une concentration dans le secteur de la viande.

203. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi C2007-97 du 19 décembre 2007, aux conseils du groupe LVMH-Moët Hennessy – Louis Vuitton SA, relative à une concentration dans le secteur de la presse écrite.

204. Décision du ministre C 2002-14 du 17 mai 2002, Lustucru/Panzani.

205. Cf. à ce sujet la typologie de la Commission sur les remèdes dans les cas de position dominante collective : DG COMP, European Commission (2005), Merger Remedies Study.

206. Décision de la Commission du 15 mars 2004, COMP/M. 3314, Air Liquide/Messer Targets.

207. Décision de la Commission du 9 avril 2002, COMP/M. 2690, Solvey/Montedison-Ausimont.

208. Décision de la Commission du 8 novembre 2001, COMP/M. 2567, Nordbanken/Postgirot.

3. La création de nouvelles capacités

548. Dans l'affaire CCIP/Unibail précitée²⁰⁹, les parties notifiantes se sont engagées à pallier les effets de la création d'une situation de monopole en créant de nouvelles surfaces d'exposition en région parisienne.

4. Les mesures correctives comportementales

549. Les mesures correctives comportementales peuvent être de nature différente, en fonction des objectifs auxquels ils répondent. Par exemple, ils peuvent porter sur :

- l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente ;
- l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies ;
- un aménagement des relations tarifaires ;
- la résiliation ou la modification de contrats d'exclusivité ;
- l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit ;
- la divulgation d'informations sur une base non exclusive.

550. Les mesures comportementales peuvent être envisagées en complément de mesures structurelles. Par exemple, dans la décision du ministre de l'Économie, Lesieur/Puget²¹⁰ Lesieur s'est engagé à céder la marque d'huile d'olive « Oli » mais aussi à cesser de pratiquer des remises de gammes et d'assortiment. Autres exemples : pour plusieurs opérations sur lesquelles la Commission a conclu qu'elles portaient atteinte à la concurrence du fait de la disparition d'un concurrent potentiel, des engagements combinant cessions d'actifs et obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles ont été combinés afin de renforcer la crédibilité des concurrents potentiels restant sur le marché²¹¹.

551. Les mesures comportementales peuvent aussi être envisagées comme un substitut – temporaire ou non – à des mesures structurelles, en particulier lorsqu'une cession est difficilement envisageable. Par exemple, dans la décision rendue sur la fusion des groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne, l'Autorité a constaté que la cession d'une partie des actifs détenus par le nouveau groupe à la Réunion serait difficile au regard de la crise que connaît actuellement le secteur financier et de la gravité particulière qu'elle revêt outre-mer. Des mesures visant à maintenir l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des trois réseaux d'agence du nouveau groupe à la Réunion ont été préférées sachant que, dans l'hypothèse où leur non-respect ou inefficacité serait constaté, un engagement de cession d'actifs leur serait substitué de plein droit.

552. Des mesures correctives comportementales visant à protéger les consommateurs des effets de l'opération et à limiter les barrières à l'entrée pour de nouveaux entrants ont été mises en œuvre pour les opérations CCIP/Unibail et TPS/CanalPlus concernant

²⁰⁹. Avis du Conseil de la concurrence 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007-14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail.

²¹⁰. Décision du ministre C 2004-130, Lesieur/Puget du 18 novembre 2004.

²¹¹. Cf. les décisions Air Liquide/BOC, Telia/Telenor et EDF/EnBW citées au chapitre sur la disparition d'un concurrent potentiel.

des fusions sur des marchés en duopole²¹². Par exemple, dans l'affaire Canal + /TPS, de nombreux engagements comportementaux ont été pris par les parties afin de permettre aux concurrents qui, contrairement au nouvel ensemble, n'étaient pas présents sur l'ensemble de la chaîne de valeur, d'accéder aux contenus afin d'éviter leur éviction des marchés (cession de droits d'exploitation non linéaire de films figurant au catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en ferait la demande); engagement de mettre à disposition des distributeurs tiers sept chaînes (TPS Star, 3 chaînes de cinéma, une chaîne de sport et 2 chaînes jeunesse).

553. Des mesures comportementales peuvent aussi être envisagées pour remédier à des atteintes à la concurrence résultant d'une intégration verticale ou conglomérale. Par exemple, dans l'affaire Arc/Callens²¹³, les parties ont proposé un engagement portant sur le maintien de relations commerciales non discriminatoires avec les grossistes concurrents de la division aval, afin d'éliminer un risque de verrouillage des marchés aval. Dans l'affaire Zürfluh-Feller, les parties à l'opération se sont engagées à poursuivre la fabrication et la commercialisation des pièces qui permettent l'interopérabilité entre leurs accessoires et ceux de leurs concurrents²¹⁴ afin d'éliminer les risques d'atteinte à la concurrence par effets verticaux.

554. Dans certains cas, des atteintes à la concurrence par effets coordonnés ont été corrigées par des octrois d'une garantie d'accès, visant à renforcer des opérateurs rivaux. De telles mesures ont, par exemple, été proposées lors de l'affaire communautaire Sell/DEA²¹⁵. Elles ont également été adoptées, s'agissant du marché des viandes mariniées, lors de l'opération groupe Bigard/Socopa Viande²¹⁶. Dans ce dernier cas, l'acquéreur s'est engagé à conclure avec un tiers un contrat de licence exclusive de la marque Valtero, susceptible de faciliter son entrée sur le segment des marques de fabricants.

555. Les mesures correctives comportementales sont toujours prévues pour une durée déterminée, qui dépend du cas d'espèce.

556. Comme pour les mesures correctives structurales, l'Autorité en contrôle la bonne exécution. Pour ce faire, les parties peuvent proposer de rendre compte régulièrement à l'Autorité de l'avancement de leur mise en œuvre, soit directement, soit, dans les cas les plus complexes, par l'intermédiaire d'un mandataire spécifiquement désigné pour surveiller la réalisation de ces engagements et en rendre compte auprès de l'Autorité.

557. Le contrôle de l'Autorité s'appuie aussi sur la surveillance opérée par le marché, les acteurs pouvant informer le mandataire ou l'Autorité de la non-exécution d'un engagement. C'est pourquoi les engagements comportementaux sont toujours publiés, et les occultations limitées au strict nécessaire.

212. Décision du ministre C2006-02 du 30 août 2006; avis du Conseil de la concurrence 06-A-13 du 13 juillet 2006, TPS/Canal + et avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007-14, CCIP/Unibail du 13 novembre 2007.

213. Lettre du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C2004-86 du 24 novembre 2004 aux conseils du groupe Arc International relative à une concentration dans le secteur de la distribution en gros des produits des arts de la table.

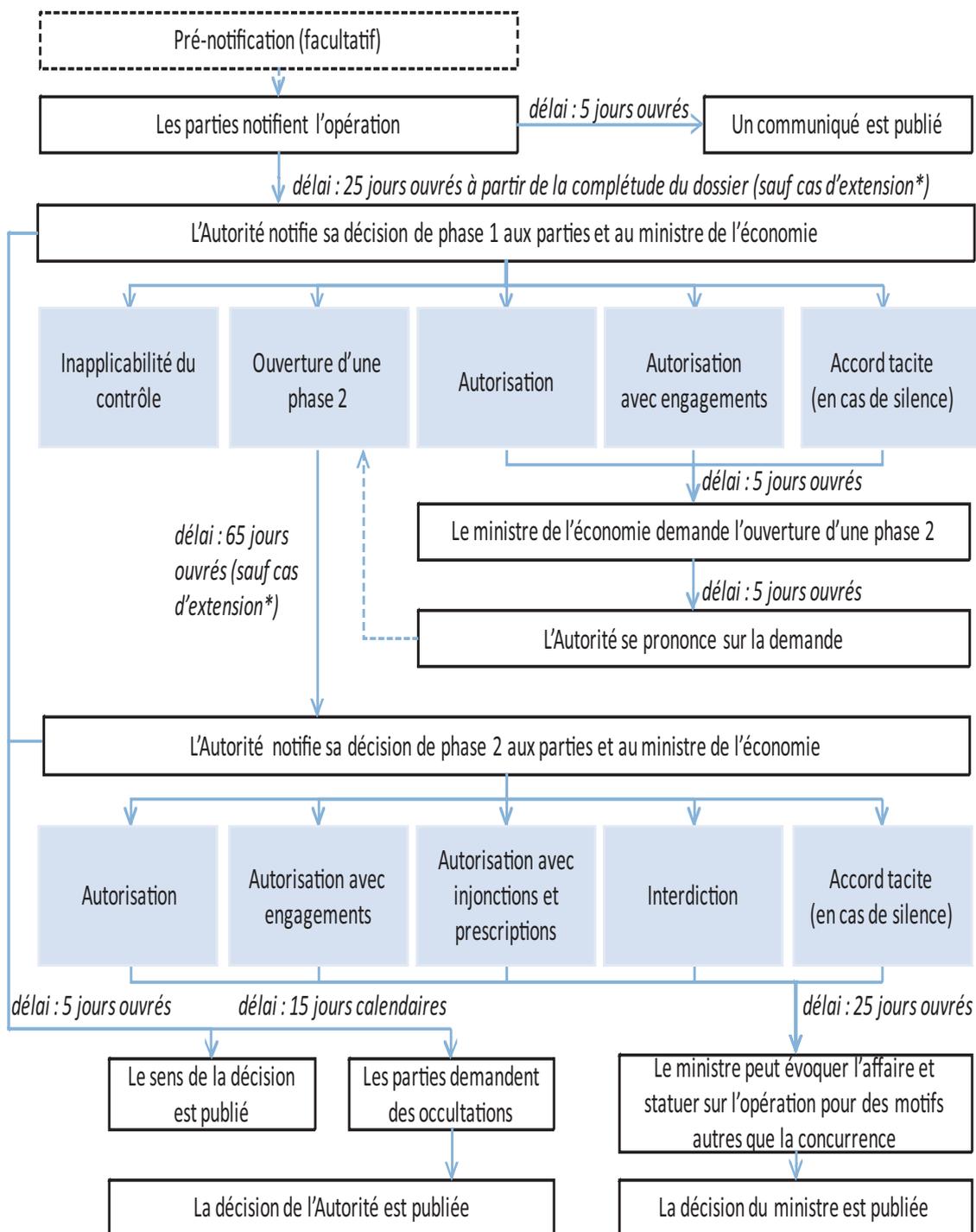
214. Avis du Conseil de la concurrence 08-A-08 du 14 mai 2008.

215. Décision de la Commission du 20 décembre 2001, COMP/M. 2389, Sell/DEA.

216. Décision du ministre groupe Bigard/Socopa Viande du 11 février 2009, parue au *BOCCRF* du 17 février 2009.

Annexes

A. Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations



* En phase 1, le délai est prolongé à 40 jours ouvrés lorsque des engagements sont déposés. Les parties peuvent aussi demander une prolongation dans la limite de 15 jours ouvrés. En phase 2, les délais sont prolongés de 20 jours ouvrés en cas de dépôt d'engagements moins de 20 jours avant le délai initialement prévu; les parties peuvent demander une prolongation (jusqu'à 20 jours); l'Autorité peut arrêter les délais lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées.

B. Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence

1. Présentation des études

558. La présente annexe formule des recommandations pour guider les entreprises et leurs conseils dans la présentation de travaux économiques, fournis à l'appui d'un dossier de notification, notamment lorsque ceux-ci reposent sur l'analyse de données statistiques. Ces recommandations visent à faciliter la communication entre les parties et les services de l'Autorité, de manière à ce que les études soumises puissent contribuer à l'instruction le plus efficacement possible.

559. Les études économiques doivent être rédigées de manière claire et transparente. Elles doivent expliciter et justifier l'ensemble des hypothèses retenues. Le service économique de l'Autorité doit être en mesure de reproduire l'ensemble des résultats présentés. Il doit donc disposer des données et de toutes les informations utiles sur les méthodes employées.

560. Les études soumises doivent, dans la mesure du possible, pouvoir être comprises indépendamment de tout document extérieur. Tous les éléments nécessaires à l'examen des raisonnements suivis et des principaux résultats présentés doivent figurer dans le corps du texte ou en annexe. Lorsqu'il n'est pas possible, pour des raisons matérielles, de joindre l'ensemble de ces éléments, les auteurs doivent inclure les références complètes et précises permettant d'y accéder facilement. Les études peuvent utilement mentionner les principaux travaux antérieurs ayant utilisé des données ou des méthodes comparables, qu'il s'agisse d'articles académiques, d'études sectorielles ou d'études économiques menées dans le cadre d'affaires de concurrence.

561. Au-delà du rappel d'arguments économiques de portée générale, les études doivent rendre compte des spécificités des marchés et des secteurs étudiés. Les méthodologies retenues doivent être adaptées au fonctionnement réel de chaque marché. Les résultats quantitatifs doivent être interprétés de façon intuitive, en illustrant de manière concrète l'ampleur des effets que l'on cherche à mesurer.

562. Les études doivent contenir un résumé écrit en langage non technique et accessible à des lecteurs non-économistes. Le résumé décrit l'objectif de l'analyse, la nature des données utilisées, la méthodologie suivie, les résultats obtenus et leur robustesse. Le corps de l'étude développe ces différents points, en insistant sur le lien entre le fonctionnement concret du marché étudié et la méthodologie utilisée. L'étude doit inclure une bibliographie contenant la liste des travaux cités avec leurs références précises. Les éléments les plus techniques peuvent être reportés en annexe.

563. Le texte de l'étude et des annexes, ainsi que, le cas échéant, les fichiers de données et de programmes (voir ci-dessous), doivent être fournis en format électronique. Pour l'étude elle-même, le format pdf est souhaitable.

564. Il est recommandé aux parties d'engager les échanges avec les services d'instruction sur la méthodologie envisagée pour leurs études économiques, dès la phase de prénotification. Ce dialogue peut conduire à modifier certaines hypothèses et, dans certains cas, à faire évoluer l'approche de manière substantielle. Des échanges approfondis entre les entreprises et l'Autorité peuvent être nécessaires pour que les études économiques contribuent efficacement à l'instruction.

565. Les services d'instruction pourront organiser des réunions techniques, afin de discuter spécifiquement des études économiques. Ces réunions sont d'autant plus utiles qu'elles interviennent en amont dans la procédure.

566. Les auteurs des études peuvent fournir les coordonnées d'une personne à contacter pour répondre à d'éventuelles questions techniques ou de clarification.

2. Contenu des études

a) Sur les études économétriques

567. Les données statistiques sont l'ingrédient essentiel des études empiriques. Pour apprécier la portée des conclusions qui pourront être tirées de leur examen, il est essentiel de montrer en quoi elles sont de nature à éclairer l'Autorité sur les enjeux de concurrence et de discuter leurs qualités et leurs limites en termes de précision, de représentativité, de niveau d'agrégation, etc.

568. Les études doivent clairement exposer la démarche suivie pour aborder les préoccupations économiques spécifiques au cas d'espèce. Elles doivent expliciter l'ensemble des hypothèses retenues et montrer pourquoi la méthodologie choisie est adaptée aux données et à la problématique de concurrence.

569. Les résultats doivent être interprétés et commentés de manière intuitive, en termes économiques, au regard des éléments concrets du cas et des caractéristiques des marchés en cause. Les études doivent discuter la qualité des modélisations économétriques utilisées et vérifier l'adéquation des modèles aux données. La présentation des résultats doit donc inclure les tests standards de qualité et d'adéquation des modèles aux données. Les études doivent discuter la robustesse des résultats vis-à-vis de la spécification des modèles, de la sélection de l'échantillon et de la définition des variables. Elles doivent permettre d'apprécier la sensibilité des résultats aux différents paramètres et hypothèses utilisés.

570. Enfin, les services d'instruction doivent être en mesure de reproduire l'ensemble des résultats des études économétriques soumises par les parties. Les études doivent donc être accompagnées des données utilisées et de l'ensemble des programmes informatiques mis en œuvre, dans un format numérique permettant aux services d'instruction de les consulter sans difficultés (bases de données et programmes compatibles avec Stata ou Excel).

571. Plus précisément, s'agissant des données, les études soumises doivent être accompagnées des données brutes et des différents échantillons de travail utilisés, en format électronique. Elles doivent décrire précisément les sources initiales

des données étudiées, ainsi que la construction des différents échantillons sur lesquels les traitements statistiques ont été effectués.

572. Les études sont accompagnées des programmes informatiques ayant permis la constitution des échantillons de travail. Les programmes doivent être commentés. Les commentaires décrivent les modifications successives apportées aux données brutes : élimination des valeurs manquantes ou aberrantes, corrections d'erreurs de saisie, correction ou redressements des données, construction de nouvelles variables, etc.

573. Les études comprennent, dans un fichier spécifique, le « catalogue » de l'ensemble des variables utilisées. Ce catalogue indique, pour chaque variable, si elle est présente dans les données brutes ou si elle a été construite par les auteurs. Il donne le nom et la définition précise de chaque variable, ainsi que, le cas échéant, son mode de construction et toute information utile, par exemple son unité de mesure (milliers d'euros, tonnes, sans unité, etc.).

574. Les études présentent des statistiques descriptives détaillées pour les principales variables d'intérêt sur les échantillons de travail et, dans la mesure du possible, sur les données brutes. Ces statistiques renseignent notamment sur la représentativité des échantillons de travail.

575. Les soumissions doivent également comprendre les programmes commentés qui ont permis les traitements statistiques et économétriques appliqués aux données. Ces programmes doivent être commentés, afin d'être compris et répliqués par les services d'instruction.

576. Les études doivent être accompagnées d'un jeu de fichiers (données brutes et retraitées, programmes informatiques, catalogue de variables) qui peut être relativement complexe. Il peut alors être utile d'inclure un « mode d'emploi », pour décrire ces différents fichiers et l'ordre dans lequel ils doivent être exécutés pour obtenir les résultats présentés dans l'étude.

b) Sur les données de sondage

577. Lorsque les études se basent sur les résultats de sondages, elles doivent décrire de manière et claire et précise :

- le questionnaire intégral avec l'ensemble des questions posées et des réponses possibles ;
- les modalités pratiques d'interrogation (face à face, téléphone, Internet, etc.) ainsi que la période (et le cas échéant, le lieu) de l'enquête ;
- la description de l'échantillon : la population visée, le plan de sondage, la taille et la méthode de constitution de l'échantillon ;
- la description des réponses obtenues : taux de non-réponse, cohérence des réponses, réponses manquantes ou exclues, etc.

578. Les résultats complets des sondages utilisés par les parties doivent être décrits et joints aux études. Celles-ci doivent discuter la représentativité des échantillons, la fiabilité de la méthode de sondage, la pertinence des questions posées, les particularités des circonstances dans lesquelles s'est déroulé le sondage.

c) Sur les revues de littérature

579. Il peut être utile, pour éclairer les problématiques en jeu, de passer la littérature économique en revue. De telles revues de littérature, sans nécessairement être exhaustives, doivent présenter fidèlement l'état actuel des connaissances, discuter les hypothèses le plus souvent retenues et apprécier leur pertinence dans le cas d'espèce. Les études soumises doivent hiérarchiser les différents effets mentionnés par la littérature en fonction de leur vraisemblance et de leur ampleur probable dans le cas d'espèce.

d) Sur le recours à la modélisation économique

580. La formalisation mathématique peut être utile lorsqu'elle permet de présenter de manière plus rigoureuse les arguments et les mécanismes économiques en jeu. Les études qui utilisent ce type de technique doivent justifier les hypothèses adoptées, discuter la robustesse des résultats, expliquer de manière intuitive les mécanismes à l'œuvre et hiérarchiser les différents effets mis en évidence.

C. Questions relatives aux contrats de distribution

581. Les contrats de distribution peuvent prendre différentes formes. Les plus couramment soumis à l'examen de l'Autorité, dans le cadre du contrôle des concentrations, sont les contrats de franchise, d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants ou les contrats de concession automobile.

582. L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail²¹⁷ entraîne un accroissement du nombre de notifications qui mettent en cause de tels contrats. En particulier, plusieurs grands réseaux de distribution, qu'il s'agisse de la grande distribution alimentaire ou spécialisée, ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des « adhérents du réseau » (concessionnaires, franchisés, coopérateurs, etc.) à une « tête de réseau » (qui peut être un concédant, un franchiseur ou une coopérative par exemple).

583. L'application du droit commun des concentrations aux relations existant au sein d'un tel réseau de distribution invite à s'intéresser à différentes questions (nature du contrôle, calcul du chiffre d'affaires, évaluation du pouvoir de marché, etc.). La présente annexe a donc pour objet de clarifier ces questions.

1. Contrat de distribution et influence déterminante

584. La seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce, que dans des cas très particuliers. Ainsi, la communication consolidée de la Commission rappelle qu'« afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par

²¹⁷. II de l'article L. 430-2 du Code de commerce.

*l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels)»²¹⁸. Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne²¹⁹.*

585. La Commission a affirmé ce principe s'agissant plus particulièrement des contrats de franchise : «*Les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur.*»²²⁰ Dans sa décision M. 940 UBS/Mister Minit du 9 juillet 1997, la Commission a estimé que les dispositions « typiques » (obligation pour le franchisé de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, préservation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, etc.) d'un accord de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix).

586. Les contrats de distribution sont cependant susceptibles, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine toutes les clauses qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent, tout ou partie, du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine si elles sont suffisantes pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son « adhérent »²²¹.

587. En particulier, il est possible qu'un accord de franchise ou d'adhésion à un réseau de commerçants indépendants s'accompagne d'une acquisition d'actifs (fonds de commerce, stocks, locaux) susceptible de donner à la tête de réseau le contrôle des actifs du franchisé ou de l'adhérent. L'opération par laquelle ces actifs sont acquis est alors susceptible de relever du droit des concentrations s'il est possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et si les seuils en chiffre d'affaires sont atteints. Dans sa décision M. 890 Blocker/Toys « R » Us, la Commission a en effet souligné que « *le simple fait que l'accord de franchise fasse*

218. § 18 de la communication consolidée de la Commission.

219. Lettre du 09-DCC-23 du 23 juillet 2009 relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Vêti vers l'enseigne Kiabi : «*Au cas d'espèce, les contrats de commission affiliation prévoient que les sociétés d'exploitation concernées seront libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer leurs tarifs, AFFIPART ayant cependant la possibilité d'indiquer à ces dernières un prix maximum conseillé. Par ailleurs, les sociétés d'exploitation assumeront les risques financiers et commerciaux liés à leur activité et devront ainsi supporter, notamment, le coût des invendus. KIABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées.*»

220. § 19 de la Communication consolidée de la Commission.

221. Cf. par exemple la décision France Télécom/CET du 4 janvier 2008 sur les accords de distribution exclusive joints à des relations de prêteurs et à la conclusion de baux commerciaux.

partie de l'opération ne saurait exempter l'ensemble de l'opération de l'application du règlement sur les concentrations».

588. De la même manière, si la tête du réseau de distribution prend au capital de l'adhérent une participation qui lui permet d'exercer un contrôle unique ou conjoint sur ce dernier, l'opération peut sans difficulté être qualifiée de concentration²²².

589. Le cas où seule une participation minoritaire est acquise est plus délicat. Une telle prise de participation peut principalement avoir pour objectif de protéger les intérêts financiers des actionnaires minoritaires en tant qu'investisseurs et ne suffit *a priori* pas, à elle seule, à conférer au franchiseur (au concédant ou à la coopérative) une influence déterminante sur le franchisé (le concessionnaire ou l'adhérent). Néanmoins, ce type d'opération peut s'accompagner d'une modification des statuts de l'entreprise concernée. L'Autorité apprécie, dans ce cas, dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent. Par exemple, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère alors que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante²²³. Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De tels statuts-dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence²²⁴.

590. En fonction des autres prérogatives sur la gestion de l'entreprise éventuellement conférées par les statuts à l'actionnaire minoritaire et des stipulations du contrat d'enseigne, le contrôle exercé par la tête de réseau sur l'adhérent peut être conjoint, les deux devant nécessairement s'entendre sur la politique commerciale du ou des points de vente, ou exclusif, la tête de réseau détenant seule la possibilité de déterminer cette politique. Lorsque la tête de réseau exerce déjà un contrôle

²²². Décisions du ministre C2006-18, Conforama/Sodice Expansion du 24 février 2006, publiée au *BOCCRF* électronique du 22 juin 2006 (Sodice Expansion, premier franchisé de Conforama) et C2006-15, Carrefour/Hamon, du 14 avril 2006 publiée au *BOCCRF* électronique du 15 septembre 2006 (les magasins étaient franchisés sous deux enseignes de Carrefour préalablement à l'opération). Par ailleurs, la situation inverse de prise de contrôle d'une tête de réseau par son principal franchisé a également déjà été examinée par le ministre : cf. la décision du 16 juillet 2006 autorisant la prise de contrôle de Sofinhor SAS, actionnaire majoritaire de la tête du réseau Jardiland, par son principal franchisé, Conte (décision C2006-77, publiée au *BOCCRF* électronique du 26 octobre 2006).

²²³. Cf. par exemple la décision de l'Autorité 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis.

²²⁴. Cf. la décision de l'Autorité 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 : « *ITM détenait une seule action de préférence de la société Mikery exploitant un point de vente à l'enseigne Intermarché mais les statuts de l'entreprise avaient été modifiés et conféraient à ITM Entreprises, pendant une durée de [supérieure à 10 ans], la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente; un droit de préférence en cas de cession du fonds de commerce à un prix calculé selon une formule prédéterminée. Enfin, après [supérieur à 10 ans], si ITM Entreprises n'a plus la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne ou de s'opposer à toute mutation d'actions, ITM Entreprises conservait un droit de préférence sur toute vente de titres pendant cinq années supplémentaires.* »

conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent.

591. Certaines prises de contrôle par la tête de réseau de sociétés exploitant des magasins de commerce de détail affiliés au réseau sont faites à titre transitoire, la tête de réseau prévoyant, à plus ou moins courte échéance, de céder tout ou partie du contrôle acquis à un repreneur indépendant. Deux cas de figure sont alors envisageables :

- lorsque ce repreneur est connu, que des actes juridiques contraignants ont été signés entre le repreneur et la tête de réseau et que la revente doit intervenir à courte échéance (moins d'un an), alors les deux opérations, celle par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif et celle par laquelle elle cède tout ou partie de ce contrôle à un tiers, peuvent être considérées comme une opération unique. Dans ce cas, les deux opérations peuvent être notifiées conjointement à l'Autorité. La première opération à caractère transitoire est dans ce cas considérée comme n'ayant pas d'effets sur la structure de la concurrence, seuls les effets de la deuxième opération faisant alors l'objet d'une analyse concurrentielle ;
- dans les autres cas, l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif du ou des points de vente doit être notifiée de façon isolée à l'Autorité qui en appréciera les effets sur la structure concurrentielle du marché.

2. Le calcul du chiffre d'affaires

592. Le chiffre d'affaires d'une tête de réseau (franchiseur, concédant, coopérative, etc.) comprend les ventes de ses succursales, les ventes à ses adhérents indépendants afin de les approvisionner et la rémunération versée par les adhérents indépendants pour toutes les prestations de services fournies par la tête de réseau. Ces services, rémunérés par une redevance ou d'autres dispositifs, peuvent prendre plusieurs formes : savoir-faire, marque, assistance, études de marché et d'assortiments, actions de formation, séminaires, etc.

593. En revanche, le chiffre d'affaires de la tête de réseau ne comprend pas les ventes au public réalisées par les adhérents indépendants dans la mesure où la tête de réseau ne dispose pas du droit de gérer les affaires de l'adhérent au sens de l'article 5 du règlement communautaire (CE) n° 139/2004 auquel renvoie explicitement l'article L. 430-2 du Code de commerce. Ce point a été établi dans la décision M. 940 UBS/Mister Minit précitée.

3. L'appréciation du pouvoir de marché

594. Les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs...), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre

pour les besoins de l'analyse concurrentielle²²⁵, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau²²⁶.

595. L'Autorité examine au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres.

4. Le contenu du dossier de notification

596. Comme indiqué ci-dessus aux paragraphes 163 et suivants, le contenu du dossier de notification est allégé pour les opérations qui ne soulèvent *a priori* pas de problèmes de concurrence :

- pour les opérations qui ne soulèvent aucune question de concurrence, l'absence de marchés affectés conduit à une notification simplifiée, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés;
- les entreprises peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce mais non du I du même article²²⁷, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises.

597. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :

- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou

²²⁵. Décision de la Commission, M. 1221 Rewe/Meinl et M. 1684 Carrefour/Promodes; avis du Conseil de la concurrence 00-A-06 et lettre du ministre C2000-03, Carrefour Promodes.

²²⁶. Ainsi, dans l'avis Carrefour/Promodes, la politique commerciale des magasins aux enseignes de la société Promodes exploités en franchise ou sous contrat d'affiliation sous les enseignes Champion, Shopi et 8 à Huit était fortement contrainte : « *Qu'en premier lieu, la société Promodes détient des participations majoritaires ou minoritaires dans le capital de plusieurs sociétés de franchisés ou d'affiliés; qu'en deuxième lieu, dans le cadre de ses contrats de franchise, la société exige de ses franchisés qu'ils s'engagent à adhérer à la politique commerciale définie par le franchiseur notamment en ce qui concerne les gammes, les promotions et la fixation des prix de vente aux consommateurs; qu'en outre, les franchisés consentent un pacte de préférence à la société Promodes, à travers ses filiales, les sociétés d'exploitation Prodim, s'agissant des enseignes Shopi ou 8 à Huit, Amidis pour l'enseigne Champion.* » En revanche, dans la même affaire, les magasins affiliés à la centrale Prodim exploités sous les enseignes Corsaire et Proxi offrent un exemple de franchisés suffisamment autonomes qui « *ne peuvent être considérés comme constituant, avec les autres magasins exploités sous les enseignes de la société Promodes, un seul et même ensemble; qu'en effet ces magasins ont souscrit un engagement d'une durée de cinq années, reconductible tacitement, leur permettant, s'ils le souhaitent, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de grande consommation et qu'ils ne sont tenus qu'au paiement des commandes; qu'ainsi, les accords passés avec la centrale ne limitent pas l'autonomie des magasins concernés dans la définition de leur politique commerciale envers le consommateur; qu'en conséquence, aucune obligation n'étant prévue en matière de politique de prix ou de gammes des produits, les magasins affiliés à cette centrale ne peuvent être considérés comme constituant, avec les autres magasins du groupe, un seul et même ensemble.* »

²²⁷. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

connexes²²⁸ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;

- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article²²⁹ et qu'elle n'entraîne pas un changement d enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés.

598. Pour ces opérations, dont il est supposé *a priori* qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe IV.3 de la partie réglementaire du Code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point 2^e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* » ;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

599. En revanche, les éléments suivants (dans le tronc commun ou, en cas de modification de ces éléments, dans chaque dossier de notification) sont indispensables pour permettre un examen rapide et complet du dossier :

- une étude détaillée des zones de chalandise concernées par l'opération. Cette étude doit être accompagnée d'une carte sur laquelle figurent la localisation et l'enseigne de chacun des magasins concurrents mais également des magasins liés (indépendants ou succursales) au réseau de distribution concerné par l'opération ;
- copie des contrats de distribution (de franchise, de concession, d'adhésion à une coopérative, etc.) ;
- copie des statuts et du règlement intérieur de la tête du réseau de distribution (franchiseur, concédant, coopérative, etc.) ;
- nom des adhérents sortis du réseau de distribution et raison de leur sortie sur les trois années précédant la date de l'opération notifiée.

D. Questions spécifiques aux fonds d'investissements

600. Le droit commun des concentrations est pleinement applicable aux opérations impliquant des fonds d'investissement. Toutefois, ces opérations soulèvent des questions spécifiques présentées ci-après.

228. L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

229. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

1. Qualification du contrôle

601. Les fonds d'investissements réunissent des investisseurs porteurs de part qui, en principe, n'exerce aucun contrôle, ni à titre personnel ni à titre collectif sur les fonds. Les fonds acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille, le contrôle étant, en règle générale, exercé par la société de gestion de portefeuille qui a créé le fonds ²³⁰.

602. Plusieurs cas d'opérations non contrôlables, relativement fréquents dans les opérations impliquant des fonds, peuvent être soulignés, même si l'analyse de la contrôlabilité dans ces cas n'a rien de spécifique aux fonds d'investissement :

- dans les cas des majorités fluctuantes (*cf.* à ce sujet le paragraphe 36);
- dans le cas d'une option d'achat, sauf si elle doit s'exercer dans un avenir proche, conformément à des accords juridiquement contraignants (*cf.* à ce sujet le paragraphe 40);
- dans le cas d'absence de changement significatif du contrôle : si une opération implique une réduction du nombre d'actionnaires exerçant un contrôle conjoint, les actionnaires restant continuant à exercer un contrôle conjoint sur l'entreprise considérée, on considérera qu'il y a absence de changement significatif du contrôle. Cette question est traitée aux points 89 et 90 de la communication consolidée de la Commission;
- de même il peut arriver, toutes choses étant égales par ailleurs, qu'un investissement réalisé par une société de gestion dans une entreprise ne lui confère aucun contrôle compte tenu de la présence d'un coactionnaire industriel (voire les fondateurs ou dirigeants de la société) qui, du fait de sa connaissance et de son expérience approfondie du secteur, est en mesure d'exercer un contrôle exclusif.

603. Certains cas de possibles contrôles conjoints peuvent être d'appréciation délicate. En cas de doutes, les opérateurs sont invités à se rapprocher du service des concentrations.

2. Le calcul du chiffre d'affaires

604. Pour déterminer le chiffre d'affaires d'un fonds acquéreur, il convient d'appliquer l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 et notamment l'article 5 (4), en considérant, en règle générale, que l'entreprise concernée est la société de gestion de portefeuille gérant le fonds acquéreur. Lorsqu'un actionnaire de la société de gestion de portefeuille répond aux critères prévus aux points b), c) ou e) de l'article 5 paragraphe 4, quelle que soit l'autonomie de gestion de la société de portefeuille vis-à-vis de lui, son chiffre d'affaires sera pris en compte. Lorsqu'une société de gestion de portefeuille appartient à un groupe bancaire, le chiffre d'affaires de l'ensemble du groupe doit donc être pris en compte.

²³⁰. La Commission rappelle au § 15 de la communication consolidée, dans des cas rares, le contrôle peut être exercé par le fonds lui-même.

3. Le contenu du dossier de notification

605. Les dispositions prévues dans le corps des présentes lignes directrices relatives aux dossiers simplifiés s'appliquent aux opérations des fonds d'investissement.

606. La question du dossier de notification ne soulève par ailleurs pas de questions spécifiques aux fonds, sauf en ce qui concerne l'application aux fonds d'investissement du point 2 (b) du dossier de notification, qui requière de fournir : « *La liste des principaux actionnaires, les pactes d'actionnaire, ainsi que la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration* », ainsi que du point 1 (b), qui requière « *une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, mentionnant, le cas échéant, le montant de l'acquisition.* »

607. Cela implique d'indiquer, pour les fonds d'investissement, dans le cas le plus courant d'une prise de contrôle par une société de portefeuille :

- la composition de l'actionnariat de la société de gestion de portefeuille ;
- les documents déterminant les règles de gouvernance de la société de gestion de portefeuille, tels que les statuts, pactes éventuels ou règlements intérieurs ;
- l'identité des principaux investisseurs du fonds avec le montant investi par chaque investisseur dans le fonds. Dans certains cas, l'identité de l'investisseur peut être difficile à déterminer, des *nominees* pouvant faire écran entre la société d'investissement et l'investisseur *in fine* dans le fonds. Dans cette hypothèse, le dossier de notification mentionnera cette difficulté et apportera tout élément utile de nature à démontrer l'impossibilité de fournir l'identité de l'investisseur ;
- le règlement intérieur du fonds ainsi que tout document contractuel régissant les relations entre la société de gestion et les investisseurs dans le fonds. Toute forme d'accord, même verbal, entre la société de gestion du fonds et les investisseurs, doit être mentionné dans le dossier de notification²³¹ ;
- la liste des participations détenues par l'ensemble des fonds gérées par une même société d'investissement, en précisant la part du capital détenue, le type de contrôle (exclusif, conjoint, absence de contrôle), le chiffre d'affaires et le secteur d'activité de l'entreprise.

608. Le dépôt de ces documents vise à permettre de vérifier le degré d'autonomie effective de la société de gestion vis-à-vis de ses actionnaires et investisseurs afin de déterminer le périmètre de l'entité fusionnée prise en compte dans l'analyse concurrentielle. Dans les cas où la société de gestion n'est pas autonome vis-à-vis d'un actionnaire ou, à titre très exceptionnel, d'un investisseur, il conviendra de fournir la liste des participations détenues, directement ou indirectement, par l'actionnaire ou l'investisseur concerné.

609. Dans le cas des fonds soumis à des législations étrangères particulières, cette question fera l'objet d'un examen au cas par cas, au vu des législations nationales applicables et des éléments d'appréciation versés au dossier de notification.

²³¹. Cf. la décision de la Commission M. 1357 Nordic Capital/Hilding Anders.

610. En ce qui concerne le point 1 (b) figurant dans la partie spécifique à chaque opération, il convient notamment de préciser, dans le cas d'un fonds d'investissement appartenant à une banque, si le montage financier de l'opération comporte des crédits accordés par la banque ou si l'entreprise objet de l'opération a ou aura recours à des crédits accordés par la dite banque. La participation de la banque liée au fonds d'investissement à un montage de type LBO, ou un passif significatif de l'entreprise objet de l'opération vis-à-vis de cette banque, pourra en effet être considéré comme un élément constitutif d'une influence déterminante.

4. Délai d'instruction du dossier

611. Les fonds d'investissement sont parfois particulièrement soucieux de pouvoir réaliser leur opération rapidement. Lorsque l'opération en cause ne soulève aucun enjeu concurrentiel, il apparaît souhaitable de pouvoir rendre une décision sans retarder inutilement l'opération. Pour tenir compte de ces contraintes de délais, la législation française a été adaptée en prévoyant à l'article L. 430-3 du Code de commerce la possibilité, pour les parties, de notifier des accords «*suffisamment aboutis*». Les parties sont donc invitées à se servir de cette faculté pour ne pas nécessairement attendre la signature d'accords irrévocables avant de soumettre l'examen de leur opération au contrôle des concentrations.

612. Il est par ailleurs possible, lorsqu'une analyse *prima facie* permet d'écartier tout risque d'atteinte à la concurrence, de demander le bénéfice d'une autorisation dans un délai de quinze jours ouvrés au lieu des vingt-cinq jours ouvrés habituels. Dans tous les cas, il appartient aux parties soucieuses de réaliser leur opération dans des délais courts de transmettre à l'administration un dossier de notification complet dès son dépôt.

5. Renvois à la Commission

613. Lorsqu'un fonds d'investissement souhaite, au titre de l'article 4-5 du règlement n° 139/2004 CE, bénéficier d'un guichet unique d'examen au niveau communautaire, il dépose une demande en ce sens auprès de la Commission européenne. L'Autorité donnera généralement une suite favorable à cette demande si l'opération est effectivement susceptible d'être contrôlée dans trois États membres.

6. Analyse concurrentielle

614. L'analyse concurrentielle d'une opération impliquant une société de gestion de portefeuille soulève des questions particulières relatives à l'appréciation de son autonomie de gestion vis-à-vis de leurs actionnaires et investisseurs dans les fonds qu'elle gère.

615. Les sociétés de gestion de portefeuille, soumises à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers²³², ont l'obligation de maintenir une politique de gestion

²³². En vertu de l'article L. 532-9 du Code monétaire et financier.

efficace des conflits d'intérêts en vertu de différentes dispositions du Code monétaire et financier, du règlement général de l'AMF, et du code de déontologie de l'Association française de la gestion financière (AFG-ASFFI) et/ou de l'Association française des investisseurs en capital (AFIC). De nombreuses réglementations étrangères prévoient des dispositions similaires sur la prévention des conflits d'intérêt. Il en résulte que les sociétés de gestion de portefeuille disposent, le plus souvent, d'une autonomie de gestion vis-à-vis de leurs actionnaires, même majoritaires, et des investisseurs dans les fonds qu'elles gèrent²³³.

616. Dans le cas de prise de contrôle par une société de gestion de portefeuille suffisamment autonome, l'entité fusionnée sur laquelle porte l'analyse concurrentielle est constituée de la société de gestion et de l'ensemble des entreprises sur lesquelles elle dispose d'une influence déterminante *via* ses fonds gérés. Dans le cas où il est démontré que la société de gestion de portefeuille ne détient aucune participation contrôlante sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse concurrentielle n'a pas besoin d'être plus poussée. Lorsque la société de gestion détient des participations sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse fournie par les parties doit permettre d'apprécier l'impact de l'opération sur la concurrence. Il arrive ainsi que des opérations impliquant des fonds d'investissement risquent de porter atteinte à la concurrence, notamment dans des cas de *build-up*²³⁴.

617. Dans les cas plus rares où la société de gestion est insuffisamment autonome vis-à-vis d'un actionnaire, ou, à titre très exceptionnel, d'un investisseur, l'analyse doit être étendue aux participations détenues par le groupe auquel elle appartient ou par le ou les investisseurs individuels exerçant une influence déterminante sur la gestion des participations de la société de gestion²³⁵.

618. En particulier, lorsque les investisseurs dans les fonds gérés par la société de gestion et ses actionnaires constituent une même entité économique, l'analyse sera étendue à l'ensemble de l'entité économique concernée : « *Ce n'est en effet que lorsque existent de possibles divergences d'intérêts entre les porteurs de parts et la maison mère de la société de gestion qu'il est envisageable de présumer une certaine autonomie de la société de gestion, dans l'intérêt des porteurs de parts du fond géré.* »²³⁶

E. Questions relatives aux coopératives agricoles et à leurs unions

619. Les coopératives agricoles ont pour objet « *l'utilisation en commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité écono-*

233. Cf. à titre d'exemple la décision du ministre de l'Économie AXA IMPEE/Cornhill du 31 juillet 2002.

234. On peut se reporter à plusieurs décisions du ministre rendues sous condition d'engagements et impliquant des fonds : C2002-14 PAI LBO Panzani/Lustucru, du 17 mai 2002; C2008-4 Vivarte SA/Défi Mode du 16 janvier 2008 et C2008-16 Vivarte/Super Sport du 30 avril 2008.

235. On peut notamment se reporter à la décision du ministre C2002-82, Astorg/Vetsoca du 20 septembre 2002.

236. Décision du ministre de l'Économie Bridgepoint/Nocibé du 10 septembre 2002.

mique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité»²³⁷. Les agriculteurs qui adhèrent à une coopérative sont obligatoirement associés de celle-ci. Les coopératives agricoles, dotées d'un régime juridique particulier codifié dans le livre V, titre II du Code rural sont, d'une manière générale, considérées comme des sociétés *sui generis*, ni civiles, ni commerciales. Leur « forme hybride » ou « semi-intégrée » leur confère une particularité rendant plus difficile leur analyse en droit de la concurrence. Elles se situent en effet entre les deux formes polaires que sont les marchés et les organisations.

620. Les coopératives se regroupent de plus en plus, notamment par la création d'unions ou par des modalités de regroupement qui ne sont pas spécifiques aux coopératives comme des fusions.

621. L'analyse des opérations de concentration impliquant des coopératives, ou des unions de coopératives, reposent sur les principes et critères généraux du contrôle des concentrations. La présente annexe a pour objectif de préciser certaines spécificités des coopératives et de leurs unions à prendre en compte afin de répondre à quatre questions :

- dans quels cas les adhérents d'une coopérative exercent-ils sur celle-ci une influence déterminante ?
- la création d'une union de coopératives constitue-t-elle une concentration au sens de l'article L. 430-1, II du Code de commerce (création d'une entreprise commune de plein exercice) ?
- comment calculer le chiffre d'affaires d'une coopérative ou d'une union de coopératives ?
- comment analyser les marchés qui mettent en présence une coopérative et ses adhérents ?

622. Pour toute autre question, comme la contrôlabilité d'une fusion entre coopératives, le lecteur est invité à se reporter aux chapitres correspondants des présentes lignes directrices.

1. Dans quels cas les adhérents d'une coopérative exercent-ils sur celle-ci une influence déterminante ?

623. Les agriculteurs sont, d'une part, associés de la coopérative en tant qu'apporteurs de capital social (souscrit en fonction de leurs apports) et, d'autre part, fournisseurs de matières premières et/ou acquéreurs de produits et services en fonction de l'objet social de la coopérative. La coopérative et ses adhérents entretiennent donc une double relation, capitalistique et économique.

624. L'adhérent à la coopérative est tout d'abord un associé de la coopérative, dont l'engagement est conclu pour une durée limitée, variant, dans les faits, de 3 à 15 ans, selon les cycles des productions traitées par la coopérative²³⁸. Les adhé-

²³⁷. Article L. 521-1 du Code rural.

²³⁸. Rappelons qu'il n'existe aucune obligation juridique d'adhérer à une coopérative. De même, lorsqu'un exploitant agricole adhère à une coopérative, il n'est pas tenu de le faire pour l'ensemble de ses productions ni des besoins de son exploitation.

rents, qui sont propriétaires de la coopérative, ne bénéficient cependant, juridiquement, d'aucun pouvoir de blocage sur ses décisions stratégiques. Les coopératives fonctionnent en effet selon le principe « une personne/une voix », avec une pondération possible des voix. Cette pondération est cependant plafonnée : un même associé ne peut ainsi disposer de plus du vingtième des voix présentes ou représentées. Dans la pratique, ces pondérations sont peu utilisées dans les coopératives mais le sont plus fréquemment dans les unions. Compte tenu de ces éléments, on peut constater qu'aucun adhérent ne bénéficie, à lui seul, d'un pouvoir de blocage de droit sur les décisions stratégiques de la coopérative.

625. Ainsi, en règle générale, aucun adhérent ou groupe d'adhérents n'exerce d'influence déterminante sur une coopérative. Cette dernière ne peut donc être considérée comme une entreprise commune et l'existence d'un marché amont entre la coopérative et ses adhérents semble logiquement en découler.

626. Toutefois, dans certains cas rares, on peut, compte tenu des prestations assurées par la coopérative au profit de ses adhérents, considérer qu'il existe des intérêts communs entre eux (puisque'ils sont, à la fois, fournisseurs, clients et associés de la coopérative), assez puissants pour qu'ils ne s'opposent pas les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits, et agissent de manière collective au sein de « l'entreprise commune » qu'est la coopérative²³⁹.

627. Dans tous les cas, la charge de la preuve du contrôle ou de l'absence de contrôle d'une coopérative par ses adhérents est supportée par les parties à l'opération. Cette démonstration est alors soumise à l'analyse de l'Autorité.

2. La création d'une union de coopératives constitue-t-elle une concentration au titre de l'article L. 430-1, II du Code de commerce ?

628. Juridiquement, une union est une coopérative de coopératives. La majorité des éléments relevés ci-dessus décrivant les coopératives agricoles, leurs statuts, leur fonctionnement et les relations qu'elles entretiennent avec leurs adhérents sont largement applicables aux unions de coopératives. Celles-ci sont en effet, elles aussi, des filiales communes à leurs coopératives fondatrices, elles fonctionnent selon les mêmes principes²⁴⁰ (personnalité juridique, agrément du Haut conseil de la coopération agricole²⁴¹, modalités de prise de décision) et répondent aux mêmes objets.

629. La création d'une union de coopératives constituera une concentration au sens de l'article L. 430-1, II du Code de commerce si, d'une part, il s'agit bien d'une entreprise commune (donc contrôlée par ses coopératives adhérentes) et, d'autre part, si elle est bien de plein exercice.

²³⁹. Cf. les § 74 et s. de la communication consolidée de la Commission sur l'exercice en commun des droits de veto et l'action collective.

²⁴⁰. À noter toutefois que les unions n'ont pas de circonscription territoriale.

²⁴¹. Le Haut conseil de la coopération agricole (HCCA) agréé les coopératives en vertu de la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006.

630. Le contrôle par les associés est plus probable dans les unions de coopératives que dans celui des coopératives. En effet, les unions peuvent, par exemple, n'être composées que de deux coopératives associées. Dans un tel cas, l'union est, en règle générale, contrôlée par ses deux associés et peut constituer une entreprise commune. L'action collective est également plus facilement envisageable dans le cas d'une union car le nombre de coopératives adhérentes est inférieur à celui des associés d'une coopérative. Dans un tel cas, la probabilité de contrôle de l'union par ses associés est plus importante.

631. Pour que la création d'une union contrôlée conjointement par ses coopératives adhérentes constitue une opération de concentration, il faut aussi que l'union soit une entreprise de plein exercice. Les critères présentés aux paragraphes 53 et suivants s'appliquent. En particulier, il convient de vérifier si l'union disposera des ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché. Par exemple, lors de l'examen de la création d'Axéreal, union détenue à parité par Agralys et Epis-Centre qui étaient elles-mêmes des unions de coopératives, le ministre de l'Économie a considéré qu'Axéreal était bien de plein exercice, compte tenu que l'entité créée aurait bien une activité sur différents marchés, et qu'elle serait bien dotée de moyens techniques, financiers et humains propres nécessaires à la réalisation de ses activités²⁴².

632. Dans tous les cas, la charge de la preuve de la contrôlabilité d'une opération consistant en la création d'une union de coopératives est supportée par les parties à l'opération.

633. S'il est démontré que l'union créée est bien une entreprise commune de plein exercice, sa création constitue alors une concentration au sens de l'article L. 430-1, II du Code de commerce. L'opération sera contrôlable si elle satisfait aux critères de chiffre d'affaires de l'article L. 430-2. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires sont précisées ci-dessous.

3. Comment calculer le chiffre d'affaires d'une coopérative ou d'une union de coopératives ?

634. L'article 5 du règlement communautaire (CE) n° 139/2004, en particulier le paragraphe 4, s'applique au calcul du chiffre d'affaires pour les coopératives et union de coopératives.

635. En règle générale, les adhérents des coopératives agricoles (ou, dans une moindre mesure, des unions de coopératives) ne disposent d'aucun des droits et pouvoirs listés au point b de l'article 5 (4) du règlement, ni isolément ni conjointement. En conséquence, le chiffre d'affaires de ces coopératives (ou unions) doit comprendre les ventes de la coopérative (ou l'union) à des tiers et les ventes de

²⁴². Cf. la lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi C2008-94 du 2 janvier 2009, aux conseils de la société Axéreal, relative à une concentration dans le secteur des céréales et des oléoprotéagineux.

la coopérative (ou l'union) à ses adhérents, mais pas les ventes réalisées par les adhérents auprès de tiers²⁴³.

636. Dans les cas rares où les adhérents disposent de l'un des droits et pouvoirs listés au point b) de l'article 5 (4) du règlement, leur chiffre d'affaires réalisé auprès de tiers doit être inclus, conformément aux points c) ou e) de cet article. En revanche, ce chiffre d'affaires ne doit pas inclure les achats et ventes réalisés entre la coopérative (ou l'union) et ses adhérents, dans la mesure où il s'agit de ventes intragroupes. Ce sera, par exemple, le cas d'une union contrôlée conjointement par deux coopératives adhérentes.

4. Comment sont analysés les marchés qui mettent en présence une coopérative et ses adhérents ?

637. Dans les cas fréquents où une coopérative n'est pas contrôlée par ses adhérents, il existera un ou plusieurs marchés amont mettant en présence la coopérative et ses adhérents (collecte des céréales par exemple). Même si les coopérateurs n'ont pas d'influence déterminante sur la coopérative, il n'en demeure pas moins que les relations entre la coopérative et ses adhérents présentent certaines particularités dont il convient de tenir compte au titre de l'analyse concurrentielle. En effet, une interdépendance relativement forte existe entre l'agriculteur²⁴⁴ et la coopérative²⁴⁵ (ainsi qu'entre les coopératives et leurs unions). Les liens juridiques (capitalistiques et contractuels) et économiques les unissant sont relativement forts et stables.

638. Ainsi, si les opérations économiques entre la coopérative et ses adhérents ne peuvent être considérées comme réalisées au sein d'une même unité juridique ou économique, elles ne peuvent pas non plus être identifiées aux liens unissant la coopérative et les tiers. Cette particularité doit être prise en compte dans l'analyse concurrentielle des opérations de concentration impliquant une ou plusieurs coopératives.

639. La Commission a abordé cette question en se prononçant sur le fonctionnement des coopératives agricoles actives au Danemark sur le marché de l'approvisionnement en animaux vivants pour l'abattage²⁴⁶. À l'occasion de l'examen de ces deux opérations, la Commission a considéré que, compte tenu de la structure et du fonctionnement des coopératives agricoles au Danemark, les agriculteurs d'une part et les coopératives d'autre part constituaient des entités juridiquement

²⁴³. Il arrive en effet que les adhérents d'une coopérative ne vendent pas la totalité de leur production à une seule et même coopérative.

²⁴⁴. Les agriculteurs, lorsqu'ils adhèrent à une coopérative, s'engagent à livrer une partie importante de leur production. Pour cette production, les agriculteurs ne sont plus présents sur le marché de la commercialisation de leur produit et ils dépendent de la coopérative.

²⁴⁵. Les coopératives ne peuvent en effet se fournir auprès de non-adhérents que de façon limitée. En pratique, le niveau de l'apport est fonction du secteur d'activité.

²⁴⁶. Décisions de la Commission du 9 mars 1999, IV/M. 1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier et du 14 février 2002, COMP/M. 2662, Danish Crown/Steff-Houlberg.

et économiquement distinctes²⁴⁷. Pour autant, la Commission a eu l'occasion de noter, au paragraphe 192 de la décision n° IV/M. 1313 précitée, 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 avaient été, dans le passé, distribués 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'acheteurs dominants, dans le sens traditionnel du terme²⁴⁸.

640. Dans le cadre de l'examen de la fusion des coopératives Limagrain et Domagri²⁴⁹, sur le marché de la collecte de céréales qui mettait en présence les coopératives parties à la fusion et leurs adhérents, l'Autorité de la concurrence a aussi relevé cette particularité structurelle du marché, tout en tenant compte, dans son appréciation, des différentes options de stockage dont disposaient les agriculteurs adhérents, le recours à la coopérative n'étant pas la seule option possible.

641. La particularité du lien qui unit la coopérative à ses adhérents doit également être prise en compte dans le cadre d'opérations d'intégration verticale. En effet, bien que, dans la plupart des cas, les agriculteurs ne contrôlent pas leur coopérative, leur adhésion leur garantit des débouchés. En cas d'acquisition, par une coopérative, d'entreprises présentes à l'aval, il existe alors un risque d'assèchement des débouchés pour des agriculteurs n'adhérant pas à cette coopérative²⁵⁰. De la même manière, la possibilité, pour les adhérents qui souhaiteraient sortir de la coopérative, de trouver d'autres débouchés doit être étudiée.

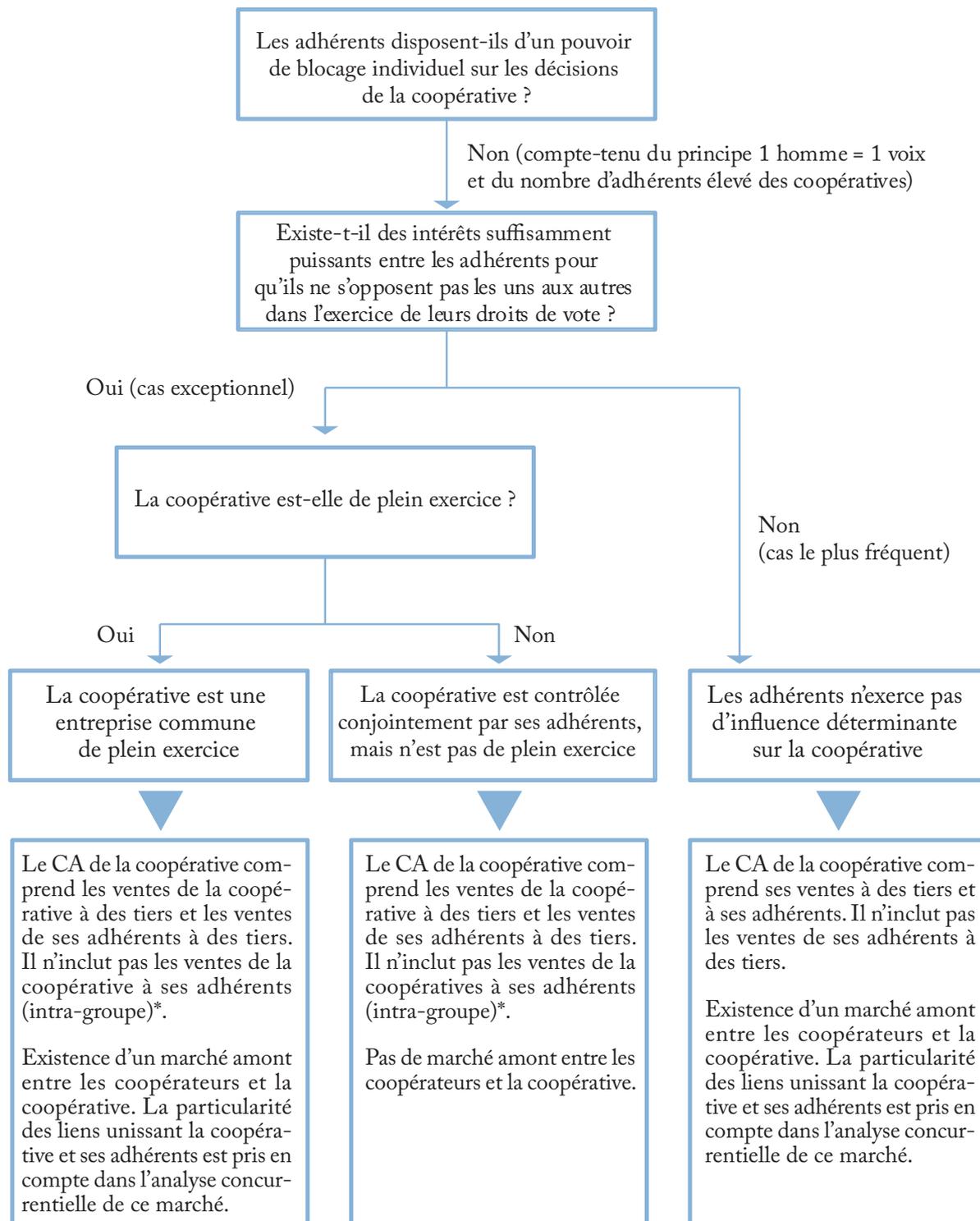
247. La Commission considère ainsi : « *Furthermore, the co-operative neither owns the individual farmer nor does it assume any liability for his operations. Hence, the individual farmers and the co-operative constitute separate legal and economic entities and thus the sale and purchase of pigs and cattle are not done internally within one group. Therefore, it is necessary for the purpose of the present assessment also to take into account the buying position of the merged entity vis-à-vis the Danish pig farmers, including co-operative members, in the assessment of the competitive impact of the transaction.* »

248. On peut lire ainsi au § 192 précité : « *The market for live pigs : as far as the upstream markets for the purchasing of live pigs are concerned it is to be noted that the parties will achieve market shares as buyers of 76 %. It is concluded that the parties will be able to act as dominant buyers on this market. However, it is also noted that the parties are owned by their members, and that the main part of the yearly profits of the slaughtering houses has in the past been distributed to the members in proportion to the deliveries by each member. Consequently, because of the co-operative structure, it is not possible for the slaughtering houses to exploit their members-suppliers in the traditional sense of a dominant purchaser.* »

249. Décision n° 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri.

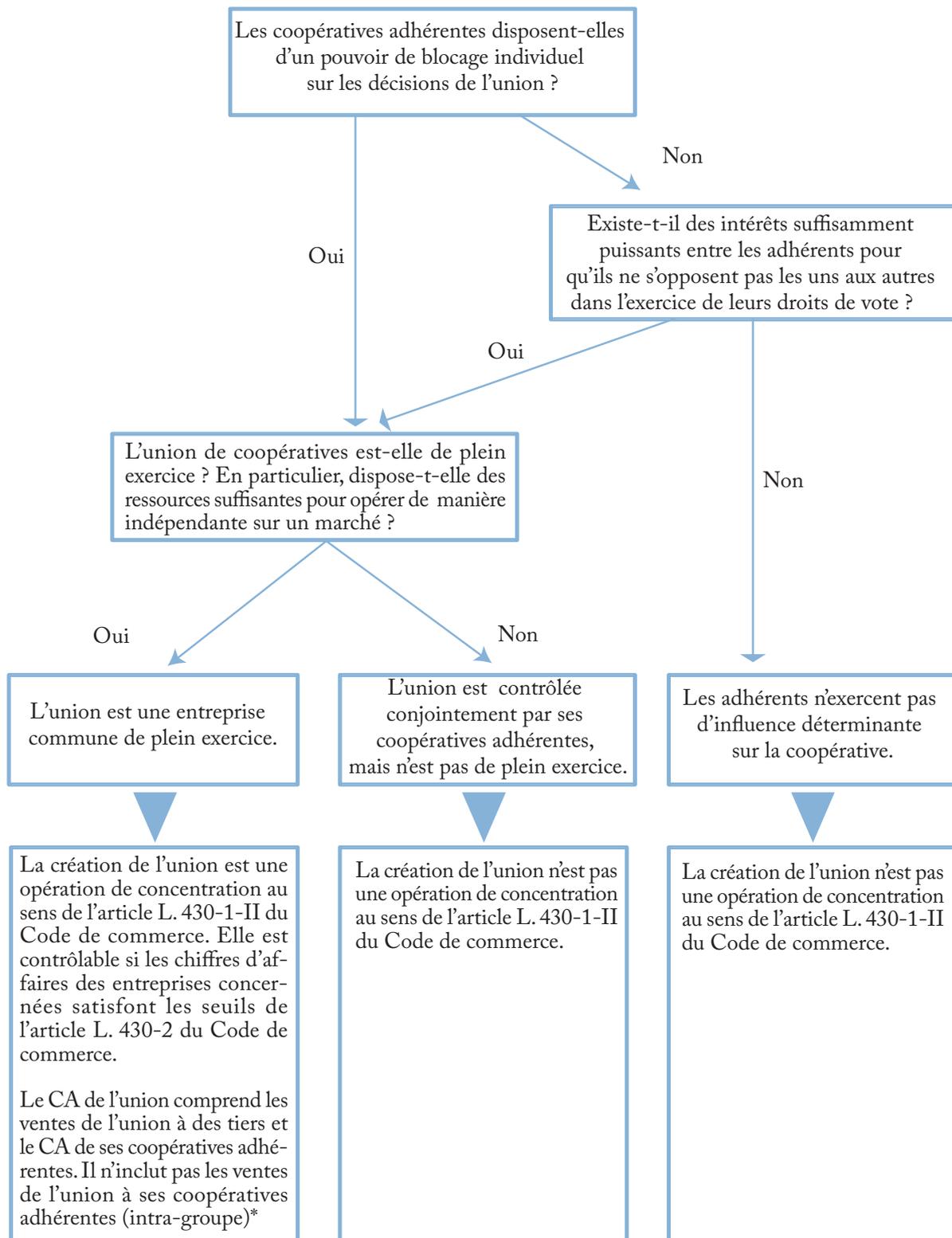
250. Cf. notamment la lettre d'autorisation de l'opération C2004-76 Agrial/CCLF en date du 6 juillet 2004 publiée au *BOCCRF* du 28 octobre 2005.

**LIENS JURIDIQUES ET ECONOMIQUES ENTRE UNE COOPERATIVE
ET SES ADHERENTS ET IMPLICATIONS POUR LE CALCUL DU CHIFFRE
D'AFFAIRES ET L'ANALYSE CONCURRENTIELLE**



* Sous réserve que les adhérents aient bien l'un des droits et pouvoirs prévus à l'article 5 (4) du Règlement, ce qui est le cas, sauf rare exception, dès l'instant où ils détiennent une influence déterminante sur la coopérative. Voir, à ce sujet, le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission.

**CONTRÔLABILITÉ DE LA CRÉATION D'UNE UNION DE COOPÉRATIVES
AU SENS DE L'ARTICLE L. 430-1-II**



* Sous réserve que les coopératives adhérentes aient bien l'un des droits et pouvoirs prévus à l'article 5 (4) du Règlement, ce qui est le cas, sauf rare exception, dès l'instant où ils détiennent une influence déterminante sur l'union. Voir, à ce sujet, le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission.

F. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives

642. Le fait qu'une opération de concentration se déroule dans le cadre d'une décision de justice, telle que l'adoption d'un plan de reprise d'une entreprise par le tribunal de commerce, ne fait pas obstacle aux compétences respectives de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la compatibilité d'une telle reprise avec le droit de la concurrence, et plus particulièrement les dispositions applicables au contrôle des concentrations. C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision du 6 février 2004 annulant au fond la décision du ministre de l'Économie autorisant la reprise de Moulinex par Seb.

643. L'expérience montre qu'une grande partie des entreprises qui se portent candidates à la reprise d'actifs, dans le cadre d'une procédure collective, ne découvrent que tardivement leurs obligations au titre du contrôle des concentrations. Celui-ci a cependant des conséquences importantes : cette procédure est en principe suspensive (si aucune dérogation n'a été explicitement demandée), et, si elle aboutit à l'identification d'une atteinte à la concurrence découlant d'un plan de reprise, des cessions peuvent être nécessaires, portant éventuellement sur le périmètre des actifs repris.

644. Il est donc très important que les candidats à la reprise d'entreprises en difficulté prennent en compte, dès le début de leur réflexion, les conséquences procédurales et de fond du contrôle des concentrations.

645. Les administrateurs judiciaires n'ont pas d'obligation légale ou réglementaire de saisir l'Autorité ou la Commission européenne si l'opération est notifiable. Cette obligation de notification incombe aux repreneurs de tout ou partie de l'entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire et faisant l'objet d'un plan de cession. Les administrateurs judiciaires peuvent cependant jouer un rôle proactif très utile pour informer les candidats repreneurs de leurs obligations, par exemple en les précisant dans le cahier des charges de l'appel d'offres remis aux candidats à la reprise.

646. Le choix d'une offre de reprise par jugement du tribunal de commerce peut entraîner son exécution immédiate. Afin d'éviter que l'acceptation d'une offre par le tribunal n'entraîne automatiquement une infraction aux dispositions applicables au contrôle des concentrations, les repreneurs concernés doivent demander une dérogation à l'effet suspensif de ce contrôle au titre de l'article L. 430-4 du Code de commerce²⁵¹.

647. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins cinq jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, incluant, a minima, une présentation des parties et de l'opération, la justifi-

²⁵¹. Cf. détail dans la partie procédure de ces lignes directrices.

cation de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

648. L'octroi d'une telle dérogation par l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un examen rapide et bénéficie d'un *a priori* favorable²⁵². Elle est cependant accordée sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à faire obstacle à la prise de mesures visant à remédier à un risque d'atteinte à la concurrence qui serait détecté au cours de l'instruction.

649. En outre, son octroi ne préjuge en rien de la suite donnée au contrôle de l'opération : l'Autorité conserve une pleine compétence au fond, et peut imposer des mesures correctives, c'est-à-dire des rétrocessions pouvant porter sur des actifs de la cible acquise ou, si le jugement l'interdit, sur des actifs du repreneur, voire interdire une opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence.

650. Les repreneurs potentiels peuvent également venir présenter au service des concentrations leur offre, en prénotification. Cet examen informel est particulièrement utile pour faciliter le déroulement de l'examen de l'opération et éviter une suspension des délais pour insuffisance d'informations dans le dossier déposé ; elle permet également d'identifier, très tôt, le cas échéant, les types de problèmes de concurrence qui pourraient résulter de la reprise. Dans ces conditions, le candidat à la reprise de l'entreprise sera en mesure d'en tirer les conséquences pour établir le périmètre de son offre de reprise.

252. Au cours de l'année 2009, l'Autorité a accordé toutes les demandes de dérogation relatives à des entreprises en procédure collective.

Organisation



Organisation

Composition du collège (depuis le 2 mars 2009)	623
Sections _____	624
Rapporteurs généraux _____	625
Commissaires du Gouvernement _____	626

Organisation

Composition du collège (depuis le 2 mars 2009)

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
Anne Perrot	Vice-présidente (professeure de sciences économiques, université Paris-I)	Nommée le 27 février 2009
Élisabeth Flüry-Hérard	Vice-présidente (ancienne membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel)	Nommée le 27 février 2009
Patrick Spilliaert	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-Bernard Drummen	Président du tribunal de commerce de Nanterre	Nommé le 27 février 2009
Noël Diricq	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
Emmanuel Combe	Professeur de sciences économiques à l'université Paris I	Nommé 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 (depuis le 2 mars 2009)

Section I A

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot, Élisabeth Flüry-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Emmanuel Combe, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Laurence Idot, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres.

Section I B

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot, Élisabeth Flüry-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

Anne Perrot, vice-présidente, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Denis Payre, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres.

Section IV

Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, Emmanuel Combe, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Pierrette Pinot, membres.

Section V

Patrick Spilliaert, vice-président, Emmanuel Combe, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Thierry Tuot, membres.

Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence

Virginie Beaumeunier, rapporteure générale (arrêté du 3 mars 2009).

Nadine Mouy, rapporteure générale adjointe (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009).

Jean-Marc Belorgey, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009).

Pierre Debrock, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009).

Éric Cuziat, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009).

Stanislas Martin, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 4 juin 2009).

Sébastien Soriano, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 4 juin 2009).

Commissaires du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence

A été nommée par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, le 3 juin 2009 :

Nathalie Homobono, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

A été nommé par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, le 30 mars 2009 :

Alain Gras, sous-directeur à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Ont été nommés par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi le 17 mars 2009 :

Francis Amand, chef du service de la régulation et de la sécurité à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

Marie-Christine Buche, directrice adjointe à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

Marie-Thérèse Marchand, sous-directrice à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

Pierre Chambu, chef de bureau à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

André Marie, chef de bureau à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

Jean-Yves Saussol, chef de bureau à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Index



Index

Index par secteur d'activité (codes NAF) _____ 631

Index par entreprise ou organisme _____ 637

Index par secteur d'activité (codes NAF)

01 – Agriculture

Élevage de bovins
09-A-48

02 – Sylviculture, exploitation forestière, services annexes

Exploitation forestière
09-A-26; 09-A-33

Services forestiers
09-A-33

Sylviculture
09-A-26; 09-A-33; 09-A-39

05 – Pêche, aquaculture, services annexes

Pisciculture, aquaculture
09-A-31

15 – Industries alimentaires

Fabrication d'aliments adaptés à l'enfant et diététiques
09-A-27

Fabrication d'aliments pour animaux de ferme
09-A-37

Fabrication de lait liquide et de produits frais
09-A-48

Transformation et conservation de légumes
09-A-11

17 – Industrie

Industrie textile
09-A-30

18 – Industrie de l'habillement et des fourrures

Fabrication de vêtements de dessous
09-A-30

Fabrication de vêtements de dessus pour femmes et fillettes
09-D-23; 09-A-30

Fabrication de vêtements de dessus pour hommes et garçonnetts
09-A-30

Fabrication d'autres vêtements et accessoires
09-D-23; 09-A-30

19 – Industrie du cuir et de la chaussure

Apprêt et tannage des cuirs
09-A-29

Fabrication d'articles de voyage et de maroquinerie
09-A-29

Fabrication de chaussures
09-A-29

20 – Travail du bois et fabrication d'articles en bois

Fabrication de charpentes et de menuiseries
09-A-06

Fabrication d'emballages en bois
09-D-33; 09-A-26

Fabrication de panneaux de bois
09-A-06; 09-A-39

21 – Industrie du papier et du carton

Fabrication de papier et de carton
09-A-10

22 – Édition, imprimerie, reproduction

Édition de journaux
09-D-02; 09-D-04

Édition de livres
09-A-01; 09-A-08; 09-A-56

Édition d'enregistrements sonores
09-A-28

Édition de revues et périodiques
09-D-02; 09-D-04; 09-A-01

Autre imprimerie
09-A-17

23 – Cokéfaction, raffinage, industries nucléaires

Raffinage de pétrole
09-A-21

24 – Industrie chimique

Fabrication de colles et gélatines
09-A-25

Fabrication de médicaments
09-D-28; 09-A-36

Fabrication de peintures et vernis
09-A-25

Fabrication de produits
agrochimiques
09-A-37

Fabrication de produits
pharmaceutiques de base
09-A-36

Fabrication d'autres produits
pharmaceutiques
09-A-36

25 – Industrie du caoutchouc et des plastiques

Fabrication de pneumatiques
09-D-12; 09-A-12

Rechapage de pneumatiques
09-D-12

26 – Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques

Fabrication d'appareils sanitaires en
céramique
09-A-07

28 – Travail des métaux

Fabrication de constructions
métalliques
09-A-20

Fabrication d'emballages métalliques
légers
09-A-11

Fabrication de menuiseries et
fermetures métalliques
09-A-24

Fabrication de serrures et de ferrures
09-A-24; 09-A-34

Fabrication d'outillage à main
09-A-24; 09-A-34

Fabrication d'outillage mécanique
09-A-24; 09-A-34

29 – Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication d'armes de chasse, de tir
et de défense
09-A-23

Fabrication d'équipements
aérauliques et frigorifiques
industriels
09-A-07

Fabrication de matériel agricole
09-A-22

Fabrication de moteurs et turbines
09-A-16

Fabrication de tracteurs agricoles
09-A-22

Réparation de matériel agricole
09-A-22

31 – Fabrication de machines et appareils électriques

Fabrication d'accumulateurs et de piles électriques

09-A-07

Fabrication d'appareils électriques autonomes de sécurité

09-A-07

Fabrication de fils et câbles isolés

09-A-07

Fabrication de lampes

09-A-07

Fabrication de moteurs, génératrices et transformateurs électriques de grande puissance

09-A-07

Fabrication de moteurs, génératrices et transformateurs électriques de petite et moyenne puissance

09-A-07

33 – Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication d'instruments d'optique et de matériel photographique

09-A-32

35 – Fabrication d'autres matériels de transport

Construction de bateaux de plaisance

09-A-16

Fabrication de motocycles

09-A-14

36 – Fabrication de meubles ; industries diverses

Fabrication d'articles de sport

09-A-38 ; 09-A-40

40 – Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution de combustibles gazeux

09-A-54

Distribution et commerce d'électricité

09-D-14 ; 09-MC-01 ; 09-A-43

Production de gaz manufacturé

09-A-54

Production d'électricité

09-D-14 ; 09-MC-01

Transport d'électricité

09-D-14 ; 09-D-21

45 – Construction

Construction de chaussées routières et de sols sportifs

09-D-13 ; 09-D-20

Construction de lignes électriques et de télécommunication

09-D-21 ; 09-D-34

Construction de voies ferrées

09-D-25

Travaux de charpente

09-A-06

Travaux de maçonnerie générale

09-A-06

Travaux d'étanchéification

09-A-06

Menuiserie bois et matières plastiques

09-A-06

Menuiserie métallique ; serrurerie

09-A-06

Miroiterie de bâtiment, vitrerie

09-A-06

Autres travaux d'installation

09-D-34

50 – Commerce et réparation automobile

Commerce de détail de carburants
09-A-21

Commerce de détail d'équipements automobiles
09-D-12; 09-A-12; 09-A-18

Commerce de gros d'équipements automobiles
09-D-12; 09-A-12; 09-A-18

Commerce de véhicules automobiles
09-A-18

Commerce et réparation automobile
09-A-21

Commerce et réparation de motocycles
09-A-14

Entretien et réparation de véhicules automobiles
09-D-08; 09-D-37

51 – Commerce de gros et intermédiaires du commerce

09-A-45

Commerce de gros de combustibles
09-A-21

Commerce de gros de fleurs et plantes
09-A-15

Commerce de gros de jouets
09-A-03

Commerce de gros de la chaussure
09-A-29

Commerce de gros de matériel agricole
09-A-22

Commerce de gros de papeterie
09-A-10

Commerce de gros de produits pharmaceutiques
09-D-28; 09-D-38

Commerce de gros de quincaillerie
09-A-02; 09-A-24; 09-A-34

Commerce de gros de textile
09-A-30

Commerce de gros d'autres produits intermédiaires
09-A-17; 09-A-36

Commerce de gros d'habillement
09-D-23; 09-A-29; 09-A-30

Intermédiaires du commerce en bois et matériaux de construction
09-A-06

Intermédiaires du commerce en combustibles, métaux, minéraux et produits chimiques
09-A-20

Intermédiaires du commerce en machines, équipements industriels, navires et avions
09-A-16

Intermédiaires du commerce en meubles, articles de ménage et quincaillerie
09-A-07

Autres commerces de gros de biens de consommation
09-A-04; 09-A-10; 09-A-32;
09-A-40; 09-A-56

Autres intermédiaires spécialisés du commerce
09-D-02; 09-D-04

52 – Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

09-A-45

Commerce de détail d'appareils électroménagers et de radio télévision
09-A-28

Commerce de détail d'articles de sport et de loisir
09-A-16; 09-A-23; 09-A-38;
09-A-40

Commerce de détail de bricolage
09-A-02; 09-A-06; 09-A-07

Commerce de détail de fleurs
09-A-15

- Commerce de détail de la chaussure
09-A-29
- Commerce de détail de livres,
journaux et papeterie
09-D-02; 09-D-04; 09-A-08;
09-A-10; 09-A-56
- Commerce de détail de
maroquinerie et d'articles de voyage
09-A-29
- Commerce de détail de produits
pharmaceutiques
09-D-17; 09-A-27; 09-A-36
- Commerce de détail de quincaillerie
09-A-02; 09-A-06; 09-A-07
- Commerce de détail d'habillement
09-D-23; 09-A-29; 09-A-30
- Commerce de détail d'horlogerie et
de bijouterie
09-A-04
- Commerce de détail divers en
magasin spécialisé
09-A-03; 09-A-10; 09-A-13;
09-A-19
- Commerce de détail de textiles
09-A-30
- Commerce de détail d'optique et de
photographie
09-A-32
- Hypermarchés
09-A-08
- Supermarchés
09-A-08
- Vente par correspondance spécialisée
09-A-10
- 60 – Transports terrestres**
- Déménagement
09-D-19
- Transport de voyageurs par taxis
09-A-51
- Transports ferroviaires
09-D-06; 09-A-55
- Transports routiers réguliers de
voyageurs
09-D-03
- Transports urbains de voyageurs
09-D-03; 09-D-18
- 61 – Transports par eau**
- Transports fluviaux
09-A-44
- Transports maritimes
09-D-10
- 63 – Services auxiliaires
des transports**
- Agences de voyage
09-D-06
- 64 – Postes et télécommunications**
- Postes nationales
09-D-09; 09-A-52
- Autres activités de courrier
09-D-09
- Télécommunications (hors
transmissions audiovisuelles)
09-D-11; 09-D-15; 09-D-24;
09-D-36; 09-MC-02; 09-A-42;
09-A-47; 09-A-53; 09-A-57
- Transmission d'émissions de radio et
de télévision
09-A-09; 09-A-42
- 65 – Intermédiation financière**
- Banques
09-A-35; 09-A-49
- 66 – Assurance**
- Assurance relevant du Code de la
mutualité
09-D-07; 09-A-46
- Assurance-vie et capitalisation
09-D-27; 09-A-49

67 – Services d’auxiliaires financiers et d’assurance

Auxiliaires financiers et d’assurance
09-D-01

71 – Location sans opérateur

Location d’autres matériels de transport terrestre
09-D-33

72 – Activités informatiques

Activités de banques de données
09-D-29

Édition de logiciels (non personnalisés)
09-D-16

Autres activités de réalisation de logiciels
09-D-16 ; 09-D-30

Traitement de données
09-D-30

74 – Services fournis principalement aux entreprises

Laboratoires techniques de développement et de tirage
09-D-32

Studios et autres activités photographiques
09-D-32

Travail temporaire
09-D-05

85 – Santé et action sociale

Accueil des personnes âgées
09-D-17

Ambulances
09-D-35

Pratique dentaire
09-D-07

90 – Assainissement, voirie et gestion des déchets

Enlèvement et traitement des ordures ménagères
09-D-22 ; 09-D-26

Traitements des autres déchets solides
09-D-40

92 – Activités récréatives, culturelles et sportives

Distribution de films cinématographiques
09-A-50

Édition et distribution vidéo
09-A-50

Production de films pour le cinéma
09-A-50

Projection de films cinématographiques
09-A-50

Autres activités sportives
09-D-31

93 – Services personnels

Activités thermales et de thalassothérapie
09-D-39

Autres services personnels
09-D-32

Pompes funèbres
09-D-27

Index par entreprise ou organisme

A

Aaction Dem
09-D-19

Adecco France
09-D-05

Adia
09-D-05

AFISB
09-A-07

Agence de mutualisation des universités
et des établissements d'enseignement
supérieur ou de recherche (AMUE)
09-D-16

Appia
09-D-20

Argelès tourisme
09-D-03

Arnaudies Dunyach
09-D-03

Asparre transports
09-D-03

Association des fabricants de couleurs
pour l'art, le loisir et l'enseignement
(AFCALE)
09-A-19

Association des industriels de la papeterie
et du bureau (AIPB)
09-A-10

Association des industriels de la poutre en
I à base de bois (APIBOIS)
09-A-06

Association des nappes à excroissance
pour parois enterrées (ANEPE)
09-A-06

Association française de promotion des
acières pour la construction (APAC)
09-A-06

Association française des distributeurs de
papier (AFDP)
09-A-17

Association française des sous-couches
acoustiques minces (AFSCAM)
09-A-06

Association pour la promotion des
produits minces réfléchissants (APPMR)
09-A-06

Association pour la promotion du
jardinage, de l'environnement et du cadre
de vie (PROMOJARDIN)
09-A-15

Association professionnelle des
armaturiers (APA)
09-A-06

Association professionnelle des systèmes
d'étanchéité liquide (APSEL)
09-A-06

Atlantique voies ferrées-travaux publics
09-D-25

Autocars Marteil-Rey
09-D-03

Autocars Rossignol
09-D-03

Autorité de la concurrence
09-D-08 ; 09-D-31
09-A-55

Autorité de régulation des
communications électroniques et des
postes (ARCEP)
09-A-09 ; 09-A-47
09-A-53 ; 09-A-57

Autoroute de liaison Seine-Sarthe
09-D-08

Autoroutes du sud de la France (ASF)
09-D-08

Autoroutes Estérel, Côte d'Azur,
Provence, Alpes (Escota)
09-D-08

Autoroutes et Tunnel du Mont-Blanc
(ATMB)
09-D-08

Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR)
09-D-08

Autoroutes Rhône-Alpes (AREA)
09-D-08

B

Beyer Simon déménagements
09-D-19

Bouygues Télécom Caraïbe
09-D-36

Business & Decision Interactive EOLAS
09-D-30

C

Capeille
09-D-03

Cars verts
09-D-03

Cayrol Roussillon voyages
09-D-03

Cégape
09-D-16

Cegedim
09-D-29

Central garage de la Côte Rocheuse
09-D-03

Centre général hospitalier Jean Marcel de
Brignoles
09-D-35

Centre national du cinéma et de l'image
animée (CNC)
09-A-50

Cerdagne voyages
09-D-03

Chambre de commerce et d'industrie de
Grenoble
09-D-30

Chambre française de l'horlogerie et des
microtechniques
09-A-04

Chambre nationale de l'artisanat, des
travaux publics, des paysagistes et des
activités annexes (CNATP)
09-A-06 ; 09-A-20

Chambre syndicale des fabricants de verre
plat (CSFVP)
09-A-06

Chambre syndicale des verreries
techniques (CSVTE)
09-A-06

Chambre syndicale des verres de lunettes
et lunetteries (CSVL)
09-A-32

Chambre syndicale du carreau céramique
de France (CSCCF)
09-A-06

Chambre syndicale du cuivre et de ses
alliages (CSCA)
09-A-07

Chambre syndicale du reraffinage
09-D-40

Chambre syndicale française de
l'étanchéité (CSFE)
09-A-06

Chambre syndicale internationale de
l'automobile et du motocycle (CSIAM)
09-A-14

Chambre syndicale nationale de la
bijouterie fantaisie, bijouterie, métaux
précieux, orfèvrerie, cadeaux
09-A-04

Chambre syndicale nationale des
armuriers (CSNA)
09-A-23

- Chambre syndicale nationale des fabricants et distributeurs d'armes, munitions, équipements et accessoires pour la chasse et le tir sportif (SNAFAM)
09-A-23
- Chambre syndicale nationale du motorcycle (CSNM)
09-A-14
- Champenoise de travaux publics et de voies ferrées
09-D-25
- Charl'Antoine déménagements logistique
09-D-19
- Chep France
09-D-33
- CirclePrinter France SA
09-A-01
- Cofiroute
09-D-08
- Colas
09-D-20
- Colas Rail
09-D-25
- Colas Rhône-Alpes
09-D-13
- Comité d'études et de services des assureurs maritimes et transports (CESAM)
09-D-01
- Comité interprofessionnel des produits de l'aquaculture (CIPA)
09-A-31
- Commission de régulation de l'énergie (CRE)
09-D-14; 09-A-54
- Commission des affaires économiques du Sénat
09-A-48
- Commissionnaires verts
09-D-19
- Compagnie française Eco Huile
09-D-40
- Compagnie méridionale de navigation (CMN)
09-D-10
- Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers et experts en bois (CNIEFEB)
09-A-39
- Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB)
09-A-06; 09-A-07
09-A-20; 09-A-24
- Confédération du négoce de bois et matériaux de construction (CNBM)
09-A-06; 09-A-20
- Confédération française de la quincaillerie (CFQ)
09-A-24
- Confédération française du commerce interentreprises (CCI)
09-A-07
- Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Charente
09-D-07
- Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes des Pyrénées-Orientales
09-D-07
- Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes du Var
09-D-07
- Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes du Vaucluse
09-D-07
- Conseil général de l'Isère
09-D-13
- Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes
09-D-07
- Conseil national des exploitants thermaux (CNETh)
09-D-39
- Conseil national des professions de l'automobile («branche deux-roues» du CNPA)
09-A-14

Conseil national des professions du cycle
(CNPC-Tous à vélo)

09-A-40

Conseil régional de l'ordre des
pharmaciens de Basse-Normandie

09-D-17

Coop de France

09-A-37

Coopérative de pompes funèbres
Coop'Mut

09-D-27

Corbières grand raid

09-D-03

CREAPLUS

09-A-19

Cybervitrine

09-D-32

D

DEG

09-D-34

Demelux

09-D-19

Déménagements Claude Heiss

09-D-19

Déménagements Lang

09-D-19

Déménagements Rollet

09-D-19

Dendrite France

09-D-29

Dijonnaise de voies ferrées

09-D-25

DKT International

09-D-26

Dometic

09-A-18

E

Éco-Emballages

09-D-22; 09-D-26

EDF

09-MC-01

EDF Énergies nouvelles (EDF EN)

09-MC-01

EDF Énergies nouvelles réparties (EDF
ENR)

09-MC-01

Egénie

09-D-25

Entreprise Jean Vaills

09-D-03

Entreprise Pichenot Bouillé

09-D-25

Entreprise spécialisée en activité
ferroviaire

09-D-25

Esri

09-D-22

Établissements Offroy

09-D-25

Ethicon SAS

09-D-38

Etudes et travaux (SET)

09-D-21

Euris

09-D-29

Euromoving

09-D-19

Européenne de travaux ferroviaires

09-D-25

Eurosima

09-A-40

Eurovia

09-D-20

Eurovia Alpes

09-D-13

Exeo Solutions

09-D-22

Expedia Inc.
09-D-06

F

Fédération de l'équipement de bureau
(FEB)
09-A-10

Fédération de l'horlogerie
09-A-04

Fédération de l'industrie du béton (FIB)
09-A-06; 09-A-20

Fédération de l'industrie française des fils
et câbles électriques et de communication
(SYCABEL)
09-A-07

Fédération des bois tranchés
09-A-06

Fédération des chambres syndicales de la
ganterie de peau de France
09-A-29

Fédération des commerces spécialisés du
jouet et des produits de l'enfant (FCJPE)
09-A-03

Fédération des coopératives d'achats pour
les artisans du bâtiment (FORCAB)
09-A-06; 09-A-07
09-A-20; 09-A-24

Fédération des enseignes de l'habillement
(FEH)
09-A-30

Fédération des entreprises du commerce
et de la distribution (FCD)
09-A-08; 09-A-30

Fédération des grossistes en matériel
électrique (FGME)
09-A-07

Fédération des industriels des peintures,
encres, couleurs, colles et adhésifs
(FIPEC)
09-A-07

Fédération des industriels du plafond
suspendu (FIPS)
09-A-06

Fédération des industries d'aliments
conservés (FIAC)
09-A-11

Fédération des industries des peintures,
encres, colles et couleurs (FIPEC)
09-A-02; 09-A-25

Fédération des industries nautiques (FIN)
09-A-16

Fédération des magasins de bricolage
(FMB)
09-A-02

Fédération des syndicats de la distribution
automobile (FEDA)
09-A-34

Fédération des syndicats pharmaceutiques
de France (FSPF)
09-A-27; 09-A-36

Fédération du e-commerce et de la vente
à distance (FEVAD)
09-A-08; 09-A-30

Fédération du négoce agricole (FNA)
09-A-37

Fédération du négoce des matériaux de
construction (FNMC)
09-A-06; 09-A-20; 09-A-24

Fédération française de football (FFF)
09-D-31

Fédération française de l'acier (FFA)
09-A-20

Fédération française de la broserie (FFB)
09-A-02; 09-A-06

Fédération française de la chaussure
09-A-29

Fédération française de la couture,
du prêt-à-porter des couturiers et des
créateurs de mode
09-A-30

Fédération française de la distribution des
métaux (FFDM)
09-A-20

Fédération française de la maroquinerie,
articles de voyage, chasse-sellerie, gainerie,
bracelets cuir
09-A-29

Fédération française de la tannerie mégisserie 09-A-29	Fédération nationale de la décoration (FND) 09-A-06
Fédération française de la tonnellerie (FFT) 09-A-26	Fédération nationale de la décoration, pour les grossistes-distributeurs en peinture et revêtements 09-A-06
Fédération française des artisans coopérateurs du bâtiment (FFACB) 09-A-06 ; 09-A-07 ; 09-A-20 ; 09-A-24	Fédération nationale des artisans et petites entreprises en milieu rural (FNAR) 09-A-22
Fédération française des constructeurs de maisons individuelles 09-A-06	Fédération nationale des chambres syndicales des horlogers, bijoutiers, joailliers et orfèvres, détaillants et artisans de France 09-A-04
Fédération française des industries du jouet-puériculture (FJP) 09-A-03	Fédération nationale des détaillants en chaussures 09-A-29
Fédération française des industries du sport et des loisirs (FIFAS) 09-A-40	Fédération nationale des détaillants en maroquinerie et voyage 09-A-29
Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisation (FNAS) 09-A-07	Fédération nationale des distributeurs de véhicules de loisirs, camping-cars, mobiles, caravanes (DICA) 09-A-18
Fédération française des producteurs de pâtes de cellulose (FFPPC) 09-A-33	Fédération nationale des métiers de la jardinerie (FNMJ) 09-A-15
Fédération française des professionnels du verre (FFPV) 09-A-06	Fédération nationale des opticiens de France (FNOF) 09-A-32
Fédération française des tuiles et briques (FFTB) 09-A-06	Fédération nationale des professionnels indépendants de l'électricité et de l'électronique (FEDELEC) 09-A-07
Fédération française du bâtiment (FFB) 09-A-06 ; 09-A-07 09-A-20 ; 09-A-24	Fédération nationale des sociétés coopératives de production du bâtiment et des travaux publics (FNSCOP BTP) 09-A-06 ; 09-A-07 09-A-20 ; 09-A-24
Fédération française du négoce de bois (FFNB) 09-A-06 ; 09-A-20 09-A-24	Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) 09-A-37
Fédération nationale artisanale des métiers d'art, de création du bijou 09-A-04	Fédération nationale des travaux publics (FNTP) 09-A-06 ; 09-A-20
Fédération nationale de l'habillement (FNH) 09-A-30	

Fédération nationale du bois (FNB)

09-A-06; 09-A-26;

09-A-33; 09-A-39

Fédération professionnelle des entreprises
du sport et des loisirs (FPS)

09-A-40

Ferroviaire de France

09-D-25

Fiat

09-A-18

Floralisa

09-A-15

Forestiers privés de France (FPF)

09-A-39

Fourchard et Renard

09-D-25

Fournitures industrielles bâtiment et
habitat (CFQ)

09-A-24

Fox Messenger

09-D-09

France Télécom

09-D-11; 09-D-15

09-D-24; 09-D-36

G

Gangloff Michel et Fils

09-D-19

Gaujacoise de voies ferrées-travaux
publics

09-D-25

Gaz et Électricité de Grenoble (GEG)

09-D-14

GDF

09-A-54

GFCC-UNICLIMA

09-A-07

GIE Pneuman

09-D-12

GISEL

09-A-07

GL e-commerce

09-D-06

GL-Expedia

09-D-06

Grafeuille

09-D-37

Groupe Adecco

09-D-05

Groupe Vedior France

09-D-05

Groupement de l'industrie française
d'articles de pêche (GIFAP)

09-A-38

Groupement des industriels de
l'appareillage électrique d'installation
et de ses applications domotiques
(DOMERGIE)

09-A-07

Groupement des industriels et fabricants
de l'optique (GIFO)

09-A-32

Groupement des métiers de l'imprimerie
(GMI)

09-A-17

Groupement infrastructure de la
Fédération des industries ferroviaires
(groupement infrastructure-FIF)

09-A-06

Groupement interprofessionnel des
fabricants d'appareils ménagers (GIFAM)

09-A-02; 09-A-07

Groupement peintures anticorrosion
(GPA)

09-A-06

Gusta Catalogne voyages

09-D-03

I

ICA Taxi ambulance

09-D-03

Ineo

09-D-34

J

Janssen-Cilag France
09-D-28

Jeunes agriculteurs (JA)
09-A-37

K

Karavel-Promovacances
09-D-06

L

La Poste
09-D-09; 09-A-52

Lastminute
09-D-06

Le commerce du bois (LCB)
09-A-06

Les Courriers Catalans
09-D-03

Les professionnels du pneumatique
09-A-12

Llabour
09-D-03

Lovest
09-D-19

LTJH
09-D-19

M

Maillols
09-D-03

Manpower France
09-D-05

Manpower France Holding
09-D-05

Manufacture française des pneumatiques
Michelin
09-D-12

Many
09-D-03

Masa
09-D-22

Meccoli
09-D-25

Mediaserv
09-D-11

Messageries lyonnaises de presse (MLP)
09-D-04

Ministre de la Culture
et de la Communication
09-A-56

Ministre de l'Économie
09-D-01; 09-D-03
09-D-05; 09-D-19
09-D-23; 09-D-25
09-D-33; 09-D-34
09-D-38; 09-D-39
09-A-01; 09-A-02
09-A-03; 09-A-04
09-A-05; 09-A-06
09-A-07; 09-A-08
09-A-10; 09-A-11
09-A-12; 09-A-13
09-A-14; 09-A-15
09-A-16; 09-A-17
09-A-18; 09-A-19
09-A-20; 09-A-22
09-A-23; 09-A-24
09-A-25; 09-A-27
09-A-28; 09-A-29
09-A-30; 09-A-31
09-A-32; 09-A-34
09-A-35; 09-A-36
09-A-37; 09-A-38
09-A-39; 09-A-40
09-A-41; 09-A-42
09-A-43; 09-A-46
09-A-50; 09-A-51
09-A-52

Montagne et transports
09-D-03

Morat Masuaute
09-D-03

Moulin TP
09-D-13; 09-D-20

Mutualité générale de santé de la
Réunion
09-D-27

N

Nouvelle des ambulances Hyéroise
09-D-35

Nouvelles messageries de la presse
parisienne (NMPP)
09-D-02; 09-D-04

O

Office national des forêts (ONF)
09-A-33; 09-A-39

Olichon
09-D-25

Omnium Ambulances
09-D-35

Orange Caraïbe
09-D-36

Orange Mayotte
09-MC-02

Orange Réunion
09-MC-02

Outremer Télécom
09-D-24; 09-D-36
09-MC-02

P

Partner Plus Services
09-D-19

PFM
09-D-27

Pharmacie de la Grâce de Dieu
09-D-17

Photomaton
09-D-32

Pneumatiques Kléber
09-D-12

Pompes funèbres Panchbahya de la ville
de Le Port
09-D-27

Pompes funèbres Panchbahya de la ville
de Saint-Pierre
09-D-27

Pompes funèbres régionales
09-D-27

Pouzens
09-D-03

Poweo
09-D-14

Promopêche
09-A-38

Punto Fa SL
09-D-23

Q

Quebecor World France SA
09-A-01

R

Raffali et Cie
09-D-34

Raffali PM
09-D-34

Ratiopharm
09-D-28

Régie des transports de Marseille (RTM)
09-D-18

RTE
09-D-21

S

SACER 09-D-20	Société d'exploitation de l'entreprise Ponsaty 09-D-03
SACER Sud-Est 09-D-13	Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) 09-D-08
Santéclair 09-D-07	Société des autoroutes Paris-Normandie (SAPN) 09-D-08
Sanz voyages 09-D-03	Société forestière de la Caisse des dépôts et consignations (SFCDC) 09-A-39
Schmid & Kahlert France 09-D-19	Société française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF) 09-D-08
SCREG 09-D-20	Société nationale des chemins de fer français (SNCF) 09-D-06; 09-A-55
SCREG Sud-Est 09-D-13	Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) 09-D-10
Secrétaire d'État à l'Outre-mer 09-A-21; 09-A-45	Société réunionnaise du radiotéléphone (SRR) 09-MC-02
Secrétaire d'État chargé de l'Industrie et de la Coopération 09-A-52	Sodesam 09-D-25
Seegmuller et Cie 09-D-19	Solaire Direct 09-MC-01
SEEHC 09-D-34	Sportfive 09-D-31
Service d'ambulances varois 09-D-35	SRRHU 09-D-40
Service départemental d'incendie et de secours du Var 09-D-35	Stamper's 09-D-09
Service départemental des ambulanciers privés 83 09-D-35	Switch 09-D-06
Sevia 09-D-40	Syndicat de l'éclairage 09-A-07
SFR 09-D-15	Syndicat de l'industrie de l'outillage (SIO) 09-A-06; 09-A-24; 09-A-34
SNTU-CFDT 09-D-18	Syndicat de la diététique et des compléments alimentaires (SDCA) 09-A-27
Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transports presse (SAEM-TP) 09-D-04	

- Syndicat de la librairie française (SLF)
09-A-08
- Syndicat de la tannerie française
09-A-29
- Syndicat départemental des ambulanciers privés 83
09-D-35
- Syndicat des accessoires manufacturés de toiture (SAMT)
09-A-06
- Syndicat des centrales d'achat au service des opticiens indépendants (CASOPI)
09-A-32
- Syndicat des composants de systèmes intégrés de chauffage et de rafraîchissements (COCHEBAT)
09-A-06; 09-A-07
- Syndicat des distributeurs de loisirs culturels (SDLC)
09-A-08; 09-A-28
- Syndicat des entreprises de commerce international de machines portatives, de matériels pneumatiques, et de machines à agraffer et à clouer (SECIMPAC)
09-A-02; 09-A-06
09-A-07; 09-A-24
- Syndicat des entreprises de génie électrique et climatique (SERCE)
09-A-06; 09-A-07
- Syndicat des fabricants de maisons à ossature bois (SYMBOB)
09-A-06
- Syndicat des fabricants d'équipements pour la protection et le support des câbles électriques et de communication (SYCACEL)
09-A-07
- Syndicat des fabricants des isolants réflecteurs minces multicouches (SFIRMM)
09-A-06
- Syndicat des importateurs d'optique et de lunetterie (SIDOL)
09-A-32
- Syndicat des industries d'équipements et d'accessoires de la remorque et de l'automobile (SIERA)
09-A-18
- Syndicat des industries françaises du fibres-ciment (SIFF)
09-A-06
- Syndicat des isolants en matériaux durs (SIMD)
09-A-06
- Syndicat des négociants spécialistes en pneumatiques « Les professionnels du pneumatique »
09-A-12
- Syndicat des opticiens sous enseignes (SYNOPE)
09-A-32
- Syndicat des réparateurs industriels de la chaussure
09-A-29
- Syndicat des transports d'Île-de-France (STIF)
09-A-44
- Syndicat des tubes et raccords en polyéthylène (STR PE)
09-A-06; 09-A-07
- Syndicat français de l'industrie cimentière (SFIC)
09-A-06
- Syndicat français des enducteurs calandriers (SFEC)
09-A-06
- Syndicat français des joints et façades (SFJF)
09-A-06
- Syndicat général des cuirs et peaux
09-A-29
- Syndicat interprofessionnel des fabricants et distributeurs de produits et animaux familiers (PRODAF)
09-A-13
- Syndicat Les entreprises du médicament (LEEM)
09-A-36

Syndicat national des écrans de sous-toiture (SNEST) 09-A-06	Syndicat national des fabricants de couches d'usure pour sols industriels (SYNFAD) 09-A-06
Syndicat national de l'édition (SNE) 09-A-08	Syndicat national des fabricants de plafonds tendus (SNAFAPT) 09-A-06
Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) 09-A-28	Syndicat national des fabricants de structures et charpentes industrialisées en bois (SCIBO) 09-A-06
Syndicat national de l'isolation (SNI) 09-A-07	Syndicat national des formulateurs de résines synthétiques (SN FORES) 09-A-06
Syndicat national de la construction des fenêtres façades et activités associées (SNFA) 09-A-06	Syndicat national des fournisseurs d'équipements pour les industries papetières et graphiques (SIPG) 09-A-17
Syndicat national de la fermeture, de la protection solaire et des professions associées (SNFPSPA) 09-A-06	Syndicat national des industries de roches ornementales et de construction (SNROC) 09-A-06
Syndicat national des adjuvants pour béton et mortiers (SYNAD) 09-A-06	Syndicat national des industries des technologies médicales (SNITEM) 09-D-38
Syndicat national des blancs de craie, marbre et dolomie (SN CRAIE) 09-A-06	Syndicat national des industries du plâtre (SNIP) 09-A-06
Syndicat national des centres d'optique mutualiste (SYNOM) 09-A-32	Syndicat national des isolants en laines minérales manufacturées (FILMM) 09-A-06
Syndicat national des dépositaires de presse (SNDP) 09-D-02	Syndicat national des mortiers industriels (SNMI) 09-A-06
Syndicat national des entreprises du froid, d'équipements de cuisine professionnelle et du conditionnement d'air (SNEFCCA) 09-A-07	Syndicat national des papetiers répartiteurs spécialisés (PRS) 09-A-10
Syndicat national des entreprises du second œuvre du bâtiment (SNSO) 09-A-06	Syndicat national des plastiques alvéolaires (SNPA) 09-A-06; 09-A-07
Syndicat national des extrudeurs plastiques (SNEP) 09-A-06	Syndicat national des tubes et raccords en PVC (STR PVC) 09-A-06; 09-A-07
Syndicat national des fabricants de boîtes métalliques (SNFBM) 09-A-11; 09-A-25	Syndicat national du béton prêt à l'emploi (SNBPE) 09-A-06

Syndicat national du bois lamellé (SNBL)
09-A-06

Syndicat national du caoutchouc et des
polymères (SNCP)
09-A-12

Syndicat national du charbon de bois
09-A-06

Syndicat national du commerce
succursaliste de la chaussure
09-A-29

Syndicat national lunettes de France
09-A-32

Syndicat Saint Eloi-Union du commerce
de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et
orfèvrerie et accessoires
09-A-04

Synoptis
09-D-22

T

Taurigna
09-D-03

TDF
09-A-09

Tenas et Fils
09-D-03

Transports Bec et Caball
09-D-03

Transports Bombardo
09-D-03

Transports Bosom
09-D-03

Transports Cerdans
09-D-03

Transports Comas
09-D-03

Transports déménagements Berg
09-D-19

Transports Gep Vidal
09-D-03

Transports Pages
09-D-03

Transports Stoeckel
09-D-19

Travaux publics et ferroviaires
09-D-25

TSO
09-D-25

TTDI
09-D-19

Tyco Healthcare France
09-D-38

U

UFC-Que Choisir
09-A-49

Union de la coopération forestière
française (UCFF)
09-A-06

Union de la filière papetière (UFIPA)
09-A-10

Union de la mégisserie française
09-A-29

Union des fabricants de contreplaqués
(UFC)
09-A-06

Union des fabricants de menuiseries
extérieures (UFME)
09-A-06

Union des industriels de l'agroéquipement
(AXEMA)
09-A-22

Union des industries des panneaux de
process (UIPP)
09-A-06; 09-A-33

Union des industries des véhicules de
loisirs (UNI VDL)
09-A-18

Union des industries du bois (UIB)
09-A-06

Union des maisons françaises (UMF)
09-A-06

Union des producteurs phonographiques
français indépendants (UPFI)
09-A-28

Union des syndicats de pharmaciens
d'officine (USPO)
09-A-27; 09-A-36

Union du grand commerce de centre-ville
(UCV)
09-A-30

Union française bijouterie, joaillerie,
orfèvrerie des pierres et des perles
09-A-04

Union française des distributeurs-
grossistes et importateurs en chaussures
09-A-29

Union française des fabricants et
entrepreneurs de parquet (UFFEP)
09-A-06

Union française des industries de
l'habillement (UFIH)
09-A-30

Union française des tapis & moquettes
(UFTM)
09-A-06

Union nationale de l'imprimerie et de la
communication (UNIC)
09-A-08; 09-A-17

Union nationale des entrepreneurs du
paysage (UNEP)
09-A-06

Union nationale des industriels
du bricolage, du jardinage et de
l'aménagement du logement (UNIBAL)
09-A-02

Union nationale des industries de
quincaillerie (UNIQ)
09-A-24

Union nationale des industries textiles
(UNIT)
09-A-30

Union nationale des pharmacies de
France (UNPF)
09-A-27; 09-A-36

Union nationale des producteurs de
granulat (UNPG)
09-A-06

Union nationale des spécialistes en
matériels de parcs et jardins (SMJ)
09-A-22

V

Valeur ajoutée système d'information
(VASI)
09-D-30

Valorplast
09-D-26

Vecchietti
09-D-25

VediorBis
09-D-05

Veolia
09-D-18

VFE-commerce
09-D-06

Volvo Construction Equipment Europe
09-D-37

Volvo Trucks France
09-D-37

Voyages-sncf.com
09-D-06

Vulco développement
09-D-12

W

Wincanton-Mondia
09-D-19

Recours devant la cour d'appel de Paris



Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2009 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (dernière mise à jour le 30 avril 2010)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
09-D-03 du 21 janvier 2009	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales	Arrêt du 5 janvier 2010 Confirmation
09-D-05 du 2 février 2009	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire	Arrêt du 26 janvier 2010* Confirmation
09-D-06 du 5 février 2009	relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne	Arrêt du 23 février 2010* Confirmation
09-D-07 du 12 février 2009	relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé	Arrêt du 19 janvier 2010* Confirmation
09-D-10 du 27 février 2009	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent	Arrêt du 9 mars 2010* Confirmation
09-D-14 du 25 mars 2009	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité	Arrêt du 23 mars 2010 Confirmation
09-D-16 du 8 avril 2009	relative des pratiques mises en œuvre dans le secteur des logiciels de gestion des données de ressources humaines et de la gestion de la paie pour les universités	Arrêt du 23 mars 2010 Confirmation
09-D-19 du 10 juin 2009	relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre à Nancy	Affaire pendante
09-D-25 du 29 juillet 2009	relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées	Affaire pendante
09-D-26 du 29 juillet 2009	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT international dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques	Arrêt du 11 septembre 2009 Confirmation
09-D-34 du 18 novembre 2009	relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse	Affaire pendante
09-D-36 du 9 décembre 2009	relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane	Affaire pendante

* Pourvois pendants devant la Cour de cassation.

Décisions 2008 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (dernière mise à jour le 30 avril 2010)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
08-D-05 du 27 mars 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des commerces sous douane des aéroports parisiens	Arrêt du 2 juillet 2008 Confirmation
08-D-06 du 2 avril 2008	relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur I	Arrêt du 18 mars 2009 Réformation
08-D-08 du 29 avril 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques	Arrêt du 23 février 2010 Confirmation
08-D-09 du 6 mai 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération	Arrêt du 31 mars 2009 Confirmation
08-D-12 du 21 mai 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué	Arrêt du 29 septembre 2009* Confirmation pour l'essentiel (analyse au fond confirmée - réduction des sanctions pour 3 entreprises)
08-D-14 du 13 juin 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la prévoyance funéraire	Arrêt du 5 mai 2009 Désistements
08-D-16 du 3 juillet 2008	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Cybervitrine à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Photomaton	Arrêt du 8 août 2008 Irrecevabilité du recours
08-D-25 du 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	Arrêt du 29 octobre 2009 Renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE
08-D-30 du 4 décembre 2008	relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion	Arrêt du 24 novembre 2009* Confirmation pour l'essentiel (sauf en ce qui concerne la formulation de l'injonction de publication)
08-D-32 du 16 décembre 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques	Arrêt du 21 janvier 2010 Confirmation des faits mais révision des sanctions
08-D-33 du 16 décembre 2008	relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar	Arrêt du 3 novembre 2009* Confirmation
Décisions (mesures conservatoires)		Arrêts cour d'appel
08-MC-01 du 17 décembre 2008	relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones	Arrêt du 4 février 2009 Confirmation

* Pourvois pendants devant la Cour de cassation.

Liste des décisions et avis



Liste des décisions et avis 2009

Décisions

Décision 09-D-01 du 12 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le CESAM dans le secteur de l'expertise des bateaux de plaisance

Décision 09-D-02 du 20 janvier 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse

Décision 09-D-03 du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales

Décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse

Décision 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire

Décision 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne

Décision 09-D-07 du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé

Décision 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

Décision 09-D-09 du 26 février 2009 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Stamper's (nom commercial Fox Messenger)

Décision 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent

Décision 09-D-11 du 18 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'internet haut-débit dans les départements d'outre-mer

Décision 09-D-12 du 18 mars 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Vulco développement et le groupement d'intérêt économique Pneuman à l'égard de pratiques des sociétés Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber

Décision 09-D-13 du 25 mars 2009 relative à une saisine du conseil général de l'Isère concernant un appel d'offres relatif à l'aménagement de deux carrefours giratoires

Décision 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité

Décision 09-D-15 du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre 'Unik')

Décision 09-D-16 du 8 avril 2009 relative des pratiques mises en œuvre dans le secteur des logiciels de gestion des données de ressources humaines et de la gestion de la paie pour les universités

Décision 09-D-17 du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie

Décision 09-D-18 du 2 juin 2009 relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille

Décision 09-D-19 du 10 juin 2009 relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre à Nancy

Décision 09-D-20 du 11 juin 2009 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des travaux de voirie et d'entretien routier en région Rhône-Alpes

Décision 09-D-21 du 23 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société RTE sur le marché de travaux de lignes aériennes haute tension

Décision 09-D-22 du 1^{er} juillet 2009 relative à la préparation d'un projet de système d'information géographique pour la collecte et le traitement des déchets par la société Eco-Emballages

Décision 09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires

Décision 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM

Décision 09-D-25 du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées

Décision 09-D-26 du 29 juillet 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT international dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques

Décision 09-D-27 du 30 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de La Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées

Décision 09-D-28 du 31 juillet 2009 relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique

Décision 09-D-29 du 31 juillet 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Euris

Décision 09-D-30 du 21 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations de services de commerce électronique pour les TPE et les PME

Décision 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football

Décision 09-D-32 du 26 octobre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton

Décision 09-D-33 du 10 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes

Décision 09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse

Décision 09-D-35 du 25 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport médical d'urgence

Décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane

Décision 09-D-37 du 10 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réparation de véhicules industriels, de moteurs de bateaux et d'engins de travaux publics

Décision 09-D-38 du 17 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Ethicon SAS, Tyco Healthcare France et le syndicat national des industries des technologies médicales

Décision 09-D-39 du 18 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil national des exploitants thermaux dans le secteur du thermalisme

Décision 09-D-40 du 22 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement des huiles usagées

Avis

Avis 09-A-01 du 6 février 2009 relatif à l'acquisition des sociétés du groupe Maury par la société CirclePrinters

Avis 09-A-02 du 20 février 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du bricolage

Avis 09-A-03 du 20 février 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du jouet

Avis 09-A-04 du 20 février 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur de l'horlogerie, la bijouterie, la joaillerie et l'orfèvrerie

Avis 09-A-05 du 2 mars 2009 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de rapporteur général de l'Autorité de la concurrence

Avis 09-A-06 du 19 mars 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement concernant les fournisseurs de bois, de matériaux, de produits et de services pour le bâtiment et les travaux publics

Avis 09-A-07 du 19 mars 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du sanitaire, du chauffage et du matériel électrique

Avis 09-A-08 du 9 avril 2009 relatif au projet de décret concernant la dérogation au délai de paiement imposé par la loi LME dans le secteur du livre

Avis 09-A-09 du 17 avril 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle

Avis 09-A-10 du 14 mai 2009 relatif au projet de décret concernant un accord dérogatoire en matière de délais de paiement dans le secteur de la papeterie, de la fourniture et de la bureautique

Avis 09-A-11 du 14 mai 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement concernant le secteur de la conserve alimentaire

Avis 09-A-12 du 14 mai 2009 relatif à un projet de décret concernant un accord dérogatoire en matière de délais de paiement dans le secteur des pneumatiques

Avis 09-A-13 du 14 mai 2009 relatif au projet de décret concernant un accord dérogatoire en matière de délais de paiement dans le secteur des animaux de compagnie

Avis 09-A-14 du 14 mai 2009 relatif au projet de décret concernant un accord dérogatoire en matière de délais de paiement dans le secteur des deux roues

Avis 09-A-15 du 2 juin 2009 relatif au projet de décret concernant un accord dérogatoire en matière de délais de paiement dans le secteur des professionnels du jardin amateur

Avis 09-A-16 du 2 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du nautisme

Avis 09-A-17 du 2 juin 2009 relatif à deux accords dérogatoires aux délais de paiement dans le secteur de l'industrie graphique

Avis 09-A-18 du 02 juin 2009 relatif aux deux accords dérogatoires aux délais de paiement dans le secteur des véhicules de loisirs

Avis 09-A-19 du 8 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des activités manuelles et artistiques

Avis 09-A-20 du 9 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des produits aciers

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

Avis 09-A-22 du 24 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des agroéquipements

Avis 09-A-23 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des armes et des munitions pour la chasse

Avis 09-A-24 du 25 juin 2009 relatif à deux accords dérogatoires aux délais de paiement dans le secteur de la quincaillerie industrielle

Avis 09-A-25 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur de la fabrication des peintures, encres, couleurs et produits assimilés

Avis 09-A-26 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur de la tonnellerie

Avis 09-A-27 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des compléments alimentaires

Avis 09-A-28 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du disque

Avis 09-A-29 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du cuir

Avis 09-A-30 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du textile habillement

Avis 09-A-31 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur de la pisciculture continentale et marine

Avis 09-A-32 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur de l'optique lunetterie

Avis 09-A-33 du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts (ONF)

Avis 09-A-34 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du commerce de gros de l'outillage automobile

Avis 09-A-35 du 26 juin 2009 portant sur le projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement

Avis 09-A-36 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des médicaments non remboursables

Avis 09-A-37 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur de l'agrofourniture

Avis 09-A-38 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur de la pêche de loisirs

Avis 09-A-39 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des bois ronds façonnés et des bois sur pied vendus à la mesure

Avis 09-A-40 du 26 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur des articles de sport

Avis 09-A-41 du 1er juillet 2009 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence

Avis 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services

Avis 09-A-43 du 27 juillet 2009 relatif à un projet de décret concernant les tarifs réglementés de vente de l'électricité

Avis n°09-A-44 du 29 juillet 2009 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris

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

Avis 09-A-46 du 9 septembre 2009 relatif aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés

Avis 09-A-47 du 22 septembre 2009 relatif au dispositif proposé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en ce qui concerne les modalités de mutualisation de la partie terminale des réseaux à très haut débit en fibre optique

Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier

Avis 09-A-49 du 7 octobre 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier

Avis 09-A-50 du 8 octobre 2009 relatif à un projet d'ordonnance modifiant certaines dispositions du code du cinéma et de l'image animée

Avis 09-A-51 du 21 octobre 2009 relatif au projet de décret modifiant le décret n° 87-238 du 6 avril 1987 réglementant les tarifs des courses de taxi

Avis 09-A-52 du 29 octobre 2009 concernant un projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales

Avis 09-A-53 du 30 octobre 2009 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 communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés des services de capacité

Avis 09-A-54 du 3 novembre 2009 relatif aux principes d'établissement de comptes séparés pour les ventes de gaz au client final de GDF

Avis 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs

Avis 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique

Avis 09-A-57 du 22 décembre 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur la montée en débit

Mesures conservatoires

Décision 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct

Décision 09-MC-02 du 16 septembre 2009 relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte