

de la **Autorité**  
concurrent



# Rapport annuel 2010

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Coralie Anadon, Gillian Arnoux, Virginie Beaumeunier, Liza Bellulo, Gaël Bernicot, Charles Bertin, Séverine Bertrand, Hélène Bourguignon, Ingalill d'Armaillé, Isabelle Douillet, Laure Durand-Viel, Jocelyne Gaumet, Laure Gauthier-Lescop, Simon Genevaz, Virginie Guin, Gaëlle Huerre, Ghislaine Jaillon, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Erwan Le Noan, Frédérique Leyme, Irène Luc, Anne Marchand, Louis-Gabriel Masson, Anne-Laure Meano, Valérie Meunier, Nadine Mouy, Alain Mouzon, Julien Neto, Thierry Poncelet, Jean Ravoire, Sybille Ronçin, Isabelle Sévajols, Jean-Marc Toublanc, Thibaud Vergé, Fabien Zivy.

Par délibération en date du 16 mars 2011, l'Autorité de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article L. 461-5 du Code de commerce, aux termes duquel l'Autorité de la concurrence établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au gouvernement et au Parlement et qui comporte en annexe, aux termes de l'article R. 462-4, les décisions prévues à l'article L. 464-8 du même code.

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> 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, 2011

ISBN : 978-2-11008576-4



Photo: Hamilton/REA

# Éditorial

Les deux années écoulées depuis la mise en place, en mars 2009, de l'Autorité de la concurrence, montrent que le nouveau système de régulation concurrentielle voulu par le Parlement et le Gouvernement a plutôt bien résisté au « stress test » de la crise.

## *Concilier la croissance des entreprises et le pouvoir d'achat des consommateurs*

Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité indépendante, qui constituait l'une des mesures phares de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, s'est fait dans la sérénité. Le contrôle préalable des projets de fusions ou d'acquisitions, qui permet à l'Autorité de s'assurer *ex ante* que le nouvel acteur ne disposera pas d'un pouvoir de marché excessif et, si c'est le cas, de résoudre en amont les problèmes de concurrence que cela pose, est en passe d'atteindre son rythme de croisière. 213 opérations ont été notifiées à l'Autorité en 2010, contre 115 en 2009. 185 décisions d'autorisation sans réserves ont été rendues dans le même temps, auxquelles il faut ajouter 7 décisions d'autorisation sous réserve d'engagements, dont 2 à l'issue d'une phase d'examen approfondi (phase II).

Mais, plutôt que ces chiffres, ce sont deux points qu'il faut, à mon sens, retenir. D'une part, la réforme a permis de réactiver le dialogue entre Bruxelles et Paris. La Commission européenne a renvoyé 3 affaires à l'autorité française, ce qui n'était plus arrivé depuis 2002, et elle l'a fait dans des affaires importantes, comme les opérations Veolia Environnement/Caisse des dépôts et consignations (dans le secteur du transport routier) et Tarmac/Eurovia (dans celui des travaux publics). L'Autorité a autorisé ces opérations sous conditions. D'autres renvois sont intervenus depuis lors.

D'autre part, un certain nombre d'opérations validées par l'Autorité sont structurantes dans leur secteur (comme la prise de contrôle de Keolis par la SNCF et la Caisse de dépôt et de placement du Québec) ou donnent naissance à des acteurs de premier plan (comme Transdev déjà citée, ou la Sferen, société de groupe d'assurance mutuelle, née du rapprochement de la Macif, de la Maif et de la Matmut dans le secteur de l'assurance mutuelle). Cela montre bien que la préservation de la concurrence et des intérêts des consommateurs ne fait pas obstacle à la création d'entités puissantes et capables de relever les défis de la mondialisation.

## *Trouver des gisements d'innovation et proposer des réformes économiques*

Dans le même temps, la mission d'expertise concurrentielle et de veille économique de l'Autorité – que le législateur avait tenu à renforcer en lui permettant d'intervenir de sa propre initiative ou à la demande du Parlement et plus seulement sur saisine du Gouvernement – a aidé à mettre la concurrence au cœur du débat public. On comprend bien pourquoi. Un bon rapport vaut mieux, dans nombre de cas, qu'une série de décisions individuelles. Une enquête sectorielle, un avis sur une question générale de concurrence, des recommandations sur un projet de réforme législative ou réglementaire peuvent alimenter la réflexion des pouvoirs publics, aider à faire face à un choc économique, fournir sans attendre une réponse globale à un problème nouveau, ou encore permettre aux acteurs économiques de prendre conscience de difficultés possibles et de les résoudre d'eux-mêmes.

L'année écoulée illustre concrètement la valeur ajoutée de ce nouvel outil. Le secteur de la distribution, qui revêt un caractère prioritaire pour l'Autorité – comme d'ailleurs pour le Parlement – a fait l'objet d'une attention particulière, avec deux avis rendus le 7 décembre 2010 au sujet des contrats d'affiliation de magasins indépendants, de l'acquisition de foncier commercial et des pratiques de management catégoriel. Le diagnostic réalisé par l'Autorité a conduit le Gouvernement à se saisir immédiatement du sujet, en mettant en chantier un projet de loi destiné à apporter davantage de transparence, de liberté et de concurrence dans la grande distribution alimentaire. Le rapport annuel de cette année consacre une étude entière à la situation concurrentielle de ce secteur, qui est au centre des préoccupations actuelles pour le pouvoir d'achat des ménages.

Au-delà de la grande distribution, la variété des recommandations et des avis rendus tout au long de l'année montre l'ampleur des gisements que les pouvoirs publics – et les acteurs économiques eux-mêmes – pourraient exploiter afin de redonner à l'économie française le souffle dont elle a besoin pour créer de la croissance, du pouvoir d'achat et de l'emploi au bénéfice de tous : publicité en ligne, sur laquelle l'autorité française a été la première à se pencher avec son enquête sectorielle et ses recommandations du 14 décembre relatives à la position qu'occupe Google sur le marché de la publicité liée aux recherches, aux responsabilités qui en découlent pour son moteur de recherche et à la « grille de lecture » pouvant être utilisée pour analyser les comportements qui lui sont reprochés ; économie numérique, avec des avis consacrés notamment au programme national « Très haut débit » (17 mars), au « cross selling » (14 juin), au déploiement de la fibre optique (27 septembre) ou encore au fonds d'aménagement numérique des territoires (29 novembre) ; professions réglementées, avec les avis sur la réorganisation de la biologie médicale (5 janvier) ou sur le contreseing d'avocat (27 mai) ...

Pris dans leur ensemble, ces avis et ces propositions témoignent du fait que la régulation concurrentielle n'est pas, comme on a pu parfois l'entendre au début de la crise, une lubie du passé ou une idéologie abstraite, mais au contraire un outil

très concret au service des entreprises et des consommateurs, « particulièrement nécessaire à notre temps » comme je l'écrivais l'an dernier.

Naturellement, une autorité de contrôle qui mettrait beaucoup d'énergie à faire de la veille, de la pédagogie et du conseil, mais qui n'aurait pas les moyens – ou le courage – d'intervenir pour rappeler les opérateurs à leurs responsabilités quand ils les oublient, manquerait à sa mission. Le législateur a réglé la question des moyens en parachevant, avec la LME, le processus de modernisation institutionnelle et procédurale enclenché plus de vingt ans auparavant (avec l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence de 1986, qui avait créé le Conseil de la concurrence) et poursuivi quinze ans plus tard (avec la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001). Mais il faut encore que la loi vive, et c'est la mission qu'il a confiée à l'Autorité, dotée pour la mener à bien d'une « boîte à outils » qui comprend également la faculté d'imposer des mesures d'urgence, des injonctions et des sanctions pécuniaires.

### *Protéger les PME et les consommateurs contre les cartels et les abus*

Les sanctions pécuniaires ont un rôle central dans cette panoplie. Elles peuvent être évitées dans certains dossiers. C'est notamment le cas quand il s'agit de pratiques qui, tout en suscitant des préoccupations de concurrence, ne sont pas de nature à porter une atteinte caractérisée à l'économie et aux consommateurs, à condition bien sûr que les entreprises en cause prennent l'engagement de modifier leur comportement pour l'avenir. Mais dans d'autres cas – à commencer par les cartels et les abus caractérisés –, les sanctions sont, sinon la seule solution, du moins la plus appropriée.

La régulation concurrentielle n'implique donc pas seulement une politique d'orientation des comportements, de pédagogie et de prévention, mais aussi de surveillance des marchés, de détection des cas d'infraction à la règle et enfin de sanction. À défaut, le marché serait livré à lui-même et la collectivité dans son ensemble serait exposée au risque d'avoir à payer le prix d'abus commis par quelques-uns.

La cour d'appel de Paris rappelle dans sa jurisprudence – de même d'ailleurs que la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne – que les sanctions visent un double objectif : punir l'entreprise ou l'organisme qui a commis une pratique anticoncurrentielle et dissuader les opérateurs économiques d'en faire de même. Le juge rappelle aussi qu'elles doivent, conformément à la loi, être individualisées, proportionnées et motivées.

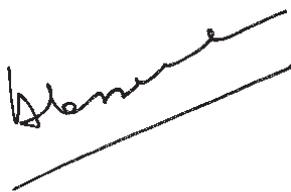
Dissuasion, individualisation, proportionnalité, motivation : ce sont les lignes directrices qui ont guidé l'Autorité tout au long du travail de réflexion et d'analyse qui l'a conduite à publier, le 17 mai 2011, un communiqué expliquant la méthode qu'elle suit pour déterminer les sanctions à l'intérieur du cadre légal prévu par l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Une autre considération s'y est ajoutée : la volonté de respecter l'obligation de mise en œuvre effective et cohérente du droit de l'Union imposée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), le règlement n° 1/2003 et la jurisprudence européenne, en tenant compte des bonnes pratiques partagées par les autorités de concurrence européennes. Ce travail de convergence a bien sûr porté exclusivement sur la façon dont l'Autorité met concrètement en œuvre les critères prévus par le Code de commerce, autrement dit sur la méthode qu'elle suit pour exercer en pratique le pouvoir d'appréciation lui permettant d'individualiser et de proportionner les sanctions au cas par cas.

Conformément à l'engagement pris avant même la réforme de 2008 / 2009, la publication de ce communiqué, dont la version finale intègre sur de nombreux points les suggestions faites par les intéressés pendant la consultation publique organisée par l'Autorité de janvier à mars 2011, permet aux entreprises de connaître à l'avance la façon dont l'Autorité fixe les sanctions. Elle leur fournit aussi un « standard » par rapport auquel évaluer les décisions prises au cas par cas.

La publication de ces « lignes directrices » – dont l'Autorité peut bien entendu toujours s'écarter à l'issue de l'examen *in concreto* auquel elle procède dans chaque affaire en expliquant pourquoi – est donc de nature à renforcer sensiblement la transparence et à enrichir la discussion contradictoire, en amont de la prise de décision par le collège. Mais il faudra, pour que cette perspective se concrétise, que les entreprises et leurs conseils – juridiques et économiques – se saisissent de ce nouvel outil. Je ne peux que souhaiter qu'ils contribuent, ce faisant, à la mise en œuvre des règles de concurrence.

Nous leur donnerons au cours des prochains mois une nouvelle opportunité de se mobiliser en ce sens, en lançant une consultation publique sur deux nouveaux projets : un communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs, qui décrira de façon complète et transparente les modalités suivant lesquelles les entreprises peuvent bénéficier d'une réduction de sanction en coopérant à l'instruction et à la résolution des dossiers de pratiques anticoncurrentielles, et un document-cadre destiné à stimuler les efforts de prévention des infractions et la mise en conformité volontaire avec la règle de droit. Notre objectif est, en fin de compte, que tout le monde comprenne qu'il est non seulement nécessaire, mais aussi, tout simplement, normal de faire fonctionner l'économie au bénéfice de tous les Français.



Bruno Lasserre  
Président de l'Autorité de la concurrence

# Sommaire général

|  |     |
|--|-----|
| Rapport d'activité _____                         | 5   |
| Étude thématique _____                           | 53  |
| Pratique de l'Autorité de la concurrence _____   | 139 |
| Suivi de l'exécution des décisions _____         | 379 |
| Jurisprudence des juridictions de contrôle _____ | 395 |
| Rapport annuel du conseiller auditeur _____      | 505 |
| Textes _____                                     | 515 |
| Organisation _____                               | 535 |
| Index _____                                      | 543 |
| Recours devant la cour d'appel de Paris _____    | 557 |
| Liste des décisions et avis _____                | 561 |



# Rapport d'activité





# Rapport d'activité

|   |    |
|---|----|
| <b>Actualité institutionnelle : le communiqué sur la méthode de détermination des sanctions</b> | 9  |
| <b>Le fruit de plusieurs années de gestation</b>  | 9  |
| <b>Une méthode transparente et pragmatique</b>  | 10 |
| <b>Un document final enrichi grâce à la consultation publique</b>                               | 11 |
| <b>Activité en 2010</b>   | 12 |
| <b>L'origine de l'activité</b>  | 12 |
| Les saisines externes   | 12 |
| Les demandes d'avis   | 13 |
| Les autosaisines  | 14 |
| Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne          | 15 |
| <b>Les investigations</b>   | 15 |
| Les enquêtes transmises par la DGCCRF   | 15 |
| Les enquêtes avec demande d'autorisation judiciaire   | 17 |
| Le contentieux des opérations de visite et saisie (OVS)   | 18 |
| <b>Les décisions et avis</b>  | 19 |
| Les secteurs économiques concernés  | 19 |
| Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles                         | 21 |
| Les décisions en matière de contrôle des concentrations   | 24 |
| Les avis  | 25 |
| <b>Stock</b>  | 25 |
| L'activité contentieuse et consultative   | 25 |
| Les opérations de concentration   | 27 |

|   |    |
|---|----|
| <b>Bilan des recours contre les décisions de l'Autorité</b>                             | 27 |
| Contrôle des pratiques anticoncurrentielles   | 27 |
| Contrôle des concentrations   | 29 |
| <b>Organisation et fonctionnement</b>   | 30 |
| <b>Évolution de l'organisation</b>  | 30 |
| Les services d'instruction  | 30 |
| Le service juridique  | 30 |
| <b>Effectifs</b>  | 31 |
| <b>Budget</b>   | 31 |
| <b>Recouvrement des sanctions</b>   | 31 |
| <b>L'Autorité française de la concurrence dans le Réseau européen de la concurrence</b> | 32 |
| <b>Activité générale</b>  | 32 |
| Le pilotage du REC  | 33 |
| La modernisation des règlements d'exemption et les lignes directrices                   | 34 |
| Les groupes d'experts « horizontaux »   | 38 |
| Développements sectoriels   | 40 |
| <b>Activité relative à l'instruction des cas</b>  | 45 |
| Activité liée aux cas instruits par l'Autorité  | 45 |
| Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne                            | 48 |
| Activité liée à l'assistance au sein du Réseau européen de la concurrence               | 49 |

# Rapport d'activité

## Actualité institutionnelle : le communiqué sur la méthode de détermination des sanctions

Le communiqué qui a été publié le 17 mai 2011 sur le site internet de l'Autorité ([www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)) vise deux objectifs :

- accroître la transparence sur la façon dont sont fixées les sanctions encourues en cas d'entente ou d'abus de position dominante, et
- enrichir la discussion avec les entreprises mises en cause avant la prise de décision par le collège.

Ce document, qui engage l'Autorité, explique la méthode qu'elle suit en pratique pour proportionner les sanctions au cas par cas, en application des critères prévus par la loi, c'est-à-dire en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation individuelle de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient et de la réitération.

Par ailleurs, le communiqué tient compte, à l'intérieur du cadre fixé par le Code de commerce, des « principes de convergence » partagés par les autres autorités de concurrence européennes, dans le but de garantir la mise en œuvre cohérente et effective des règles de concurrence de l'Union.

## Le fruit de plusieurs années de gestation

Dès 2006, l'Autorité de la concurrence avait annoncé sa volonté de publier des lignes directrices sur les sanctions qu'elle peut imposer pour réprimer les infractions aux règles de concurrence et dissuader les opérateurs économiques de se livrer à de telles pratiques.

Dans un premier temps, elle a proposé à la Commission européenne et aux 26 autres autorités nationales de concurrence de dégager des bonnes pratiques communes, afin d'accroître la cohérence de leurs approches. Un groupe de travail institué dans ce but et que l'Autorité a co-piloté avec l'autorité de la concurrence

italienne, a ainsi publié en mai 2008<sup>1</sup> des « principes de convergence », après deux années de travail.

Ultérieurement, en septembre 2010, une mission mise en place par la ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a exprimé son soutien à ce projet de lignes directrices<sup>2</sup> compte tenu de la valeur ajoutée d'un tel outil. Les parlementaires ont eux aussi exprimé à plusieurs reprises leur appui à ce projet<sup>3</sup>.

Le 17 janvier 2011<sup>4</sup>, l'Autorité a publié un projet de communiqué décrivant la méthode qu'elle suit pour fixer les sanctions, et lancé une vaste consultation publique sur ce document. La consultation, qui a pris fin le 11 mars 2011, a permis de recueillir vingt-deux contributions d'origines très variées.

Cette phase de débat public s'est achevée le 30 mars, avec l'organisation par l'Autorité d'une table ronde publique, au cours de laquelle les intéressés ont pu discuter des principales observations formulées dans le cadre de la consultation<sup>5</sup>.

## Une méthode transparente et pragmatique

Le communiqué explique les différentes étapes de la méthode suivie par l'Autorité pour appliquer les critères prévus par le Code de commerce<sup>6</sup>. Il intègre aussi les principaux enseignements de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence en matière de sanctions.

Par ailleurs, il tient compte, à l'intérieur du cadre fixé par le Code de commerce, des bonnes pratiques partagées par l'ensemble des autorités de concurrence européennes pour assurer la mise en œuvre cohérente et effective du droit de l'Union.

En pratique, l'Autorité apprécie, dans un premier temps, la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie. Pour donner une traduction chiffrée à cette appréciation, elle retient, pour chaque entreprise ou organisme en cause, une proportion de la valeur des produits ou services en relation avec l'infraction, vendus pendant une année de référence qui est généralement le dernier exercice complet de participation à l'infraction. Cette proportion est définie au cas par cas, dans une fourchette comprise entre 0 et 30 %<sup>7</sup>. L'Autorité tient ensuite compte de la durée de l'infraction.

1. *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence, principes de convergence*, document publié par l'ECA (association des autorités de concurrence d'Europe) en mai 2008 disponible sur le site de l'Autorité.

2. Rapport du 20 septembre 2010, *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, de MM. Jean-Martin Folz, ancien président de PSA, Christian Raysseguier, premier avocat général à la Cour de cassation et Alexander Schaub, avocat.

3. Voir notamment le rapport d'information n° 2925 de l'Assemblée nationale du 28 octobre 2010, *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du parlement*, fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques par MM. René Dosière et Christian Vanneste, députés (pages 120 et 121).

4. Voir le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 17 janvier 2011.

5. Les actes de ce *Rendez-vous* sont disponibles sur le site Internet de l'Autorité : [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/rdv.php?id\\_rub=392](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/rdv.php?id_rub=392).

6. I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

7. Pour les cartels, pratiques anticoncurrentielles considérées comme les plus graves notamment par l'OCDE, par la jurisprudence française et européenne ainsi que par les économistes spécialisés, cette proportion sera comprise entre 15 et 30 % en considération de l'importance du dommage causé à l'économie.

Dans un deuxième temps, le montant de base ainsi obtenu peut être modulé, aussi bien à la baisse qu'à la hausse, pour tenir compte du comportement de chaque contrevenant et de sa situation individuelle. Des circonstances atténuantes ou aggravantes peuvent être prises en compte, ainsi que d'autres éléments d'individualisation, comme le fait que l'entreprise concernée n'opère que sur un seul secteur (entreprise « mono-produit »), qu'elle est puissante ou de grande taille, ou qu'elle appartient à un groupe. La réitération est elle aussi prise en considération. Enfin, l'Autorité s'assure que le montant final n'excède pas le maximum légal<sup>8</sup> avant d'intégrer les réductions accordées au titre des procédures de clémence<sup>9</sup> et de non-contestation des griefs<sup>10</sup> et, si les entreprises le demandent, d'examiner si des difficultés financières particulières affectent leur capacité contributive. Le communiqué, qui engage l'Autorité sans se substituer à l'appréciation à laquelle elle doit procéder dans chaque affaire, lui permet donc de proportionner et d'individualiser la sanction, de façon transparente et pragmatique, en fonction des circonstances propres à chaque infraction et à chaque entreprise.

### Un document final enrichi grâce à la consultation publique

Au vu des observations et des suggestions formulées par les intéressés, le communiqué final a été enrichi sur de nombreux points par rapport au projet soumis à consultation publique.

En particulier, compte tenu du large consensus constaté à cet égard :

- le statut du communiqué est explicité : il engage l'Autorité et lui est donc opposable ;
- des mesures sont prises pour stimuler la discussion contradictoire sur les principaux éléments susceptibles d'influer sur la sanction, en amont de la prise de position du collège ;
- une définition claire de l'assiette de départ de la sanction (valeur des produits ou services en relation avec l'infraction) est introduite dans le document ;
- le communiqué clarifie les conditions dans lesquelles il peut être tenu compte d'études économiques relatives à l'importance du dommage causé à l'économie ;
- de nombreuses précisions sont, par ailleurs, apportées sur les éléments pouvant être pris en compte aux différents stades de l'analyse ;
- enfin, le texte précise qu'il est tenu compte des réductions accordées au titre de la clémence et de la non-contestation des griefs après vérification du maximum légal, pour garantir dans tous les cas aux intéressés le bénéfice effectif de ces réductions.

8. I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

9. IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

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

## Activité en 2010

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

### L'origine de l'activité

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

#### *Les saisines externes*

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

#### Les saisines au fond

En 2010, le nombre de saisines au fond externes se situe à un niveau comparable à celui des années 2008 et 2009. Le nombre de saisines émanant des entreprises baisse en 2010 après plusieurs années de hausse, tandis que le nombre de saisines des organisations professionnelles est en nette augmentation.

**Tableau 1 : Origine des saisines au fond**

|                                       | 2004      | 2005      | 2006      | 2007      | 2008      | 2009      | 2010      |
|---------------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| <b>Entreprises</b>                    | 31        | 23        | 29        | 32        | 36        | 39        | 32        |
| <b>Organisations professionnelles</b> | 1         | 6         | 0         | 2         | 1         | 2         | 7         |
| <b>Associations de consommateurs</b>  | 0         | 1         | 0         | 3         | 0         | 0         | 0         |
| <b>Ministre chargé de l'Économie</b>  | 10        | 15        | 17        | 13        | 6         | 4         | 2         |
| <b>Collectivités territoriales</b>    | 0         | 1         | 3         | 1         | 0         | 0         | 1         |
| <b>Autres</b>                         | 0         | 1         | 2         | 3         | 1         | 1         | 0         |
| <b>Respect d'injonction</b>           | 5         | 0         | 0         | 2         | 1         | 1         | 4         |
| <b>Total</b>                          | <b>47</b> | <b>47</b> | <b>51</b> | <b>56</b> | <b>45</b> | <b>47</b> | <b>46</b> |

#### Les demandes de mesures conservatoires

Comme en 2009, le nombre de demandes de mesures conservatoires reste soutenu en 2010 et se situe 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 | 2010 |
|------|------|------|------|------|------|------|
| 17   | 14   | 15   | 13   | 21   | 15   | 16   |

## Les demandes d'avis

Les demandes d'avis de l'Autorité se maintiennent à un niveau élevé en 2010 (32 au total), l'année 2009 ayant été particulière (la moitié environ des demandes d'avis concernait les accords dérogatoires aux délais de paiement). L'expertise de l'Autorité, renforcée par la loi LME, est régulièrement sollicitée, notamment par les pouvoirs publics. Les demandes de clémence sont, quant à elles, en hausse (7 demandes déposées en 2010, contre 5 en 2009).

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

- **1** avis sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 83-86 du 9 février 1983 modifié (nomination du médiateur du cinéma) ;
- **4** à la demande des régulateurs sectoriels : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et Commission de régulation de l'énergie (CRE) ;
- **2** 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 ;
- **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 leurs compétences ;
- **15** 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. 462-2 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée sur les projets de textes restreignant la concurrence ;
- **7** 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 ;
- **1** sur le fondement de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche (accord interprofessionnel).

**Tableau 3 : Évolution des demandes d'avis par catégorie**

| Nature des demandes d'avis  | 2007      | 2008      | 2009      | 2010      |
|---|-----------|-----------|-----------|-----------|
| sur des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 410-2; L. 462-2)      | 4         | 8         | 39        | 3         |
| sur des questions générales de concurrence (L. 462-1)                             | 5         | 13        | 13        | 15        |
| sur saisine de commissions parlementaires (L. 461-5)                              | -         | -         | 1         | 1         |
| sur saisines de régulateurs sectoriels  | 2         | 2         | 5         | 4         |
| sur saisines de juridictions (L. 462-3)   | 2         | -         | -         | -         |
| sur des demandes de clémence (L. 464-2, IV)                                       | 1         | 18        | 5         | 7         |
| saisines diverses (décret 83-86, art. 1 <sup>er</sup> , art. L. 632-4 Code rural) | 6         | 4         | 2         | 2         |
| <b>Total</b>  | <b>20</b> | <b>45</b> | <b>65</b> | <b>32</b> |

Les demandes d'avis sur des questions générales de concurrence ont été particulièrement soutenues en 2010. Elles ont souvent porté sur des questions structurantes pour l'avenir, telles que le déploiement des réseaux très haut débit (avis 10-A-07 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministre chargé de l'Industrie, sur le programme national « très haut débit ») ou encore les sujets liés au développement des infrastructures de transport (avis 10-A-04 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures [AMCRI] sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français ; avis 10-A-20 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris ; avis 10-A-24 relatif à un projet de fonds commun de titrisation destiné au refinancement de contrats de partenariat public privé).

S'agissant des avis rendus sur des projets de loi ou de décret, l'Autorité est intervenue en 2010 sur des sujets cruciaux en termes d'enjeux économiques tels que la loi relative à la nouvelle organisation du marché de l'électricité qui a notamment pour objectif de donner accès aux opérateurs alternatifs à l'électricité nucléaire de base produite par EDF afin de favoriser la concurrence (avis 10-A-08). Il faut noter également une nouvelle compétence pour avis de l'Autorité dans le secteur agricole en application de la loi de modernisation agricole du 27 juillet 2010 : l'Autorité a été amenée à rendre un avis sur deux projets de décret rendant obligatoire la contractualisation dans les filières laitière et des fruits et légumes (avis 10-A-28). Cette activité devrait se poursuivre en 2011.

### *Les autosaisines*

En 2010, dans la logique de la réforme issue de la loi de modernisation de l'économie, l'Autorité de la concurrence a fortement accru le nombre de ses autosaisines qui ont porté sur 13 dossiers individuels de pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles, contre 8 en 2009, chiffre qui traduisait déjà une montée en puissance de son rôle de veille concurrentielle.

Par ailleurs, disposant également 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 trois reprises en 2010 : deux fois sur des questions intéressant le secteur de la grande distribution, identifié comme une priorité de l'Autorité (contrats d'affiliation des magasins indépendants et management catégoriel) et une fois pour examiner le fonctionnement du secteur des jeux et paris en ligne, nouvellement ouvert à la concurrence. Ces saisines d'initiative permettent à l'Autorité d'assurer sa mission de pédagogie en matière de concurrence, en émettant des 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

|                                      | 2009 | 2010 |
|--------------------------------------|------|------|
| Autosaisines en matière contentieuse | 8    | 13   |
| Autosaisines en matière consultative | 2    | 3    |

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

Tableau 5 : Notifications reçues entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2010

|  |            |
|--|------------|
| Notifications 2010 ayant abouti à une décision en 2010 * | 180        |
| Notifications retirées au 31 décembre 2010               | 5          |
| Notifications en cours d'examen au 31 décembre 2010      | 28         |
| <b>Total</b>   | <b>213</b> |

\*dont 3 renvois de la Commission européenne.

L'Autorité de la concurrence a reçu, entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2010, 213 notifications d'opérations de concentration. En comparaison, l'Autorité avait reçu 115 notifications entre le 2 mars (date de création de l'Autorité de la concurrence) et le 31 décembre 2009. Le nombre de notifications reçues est donc en augmentation sensible par rapport à l'année précédente.

On notera que trois opérations ont été renvoyées par la Commission européenne devant l'Autorité de la concurrence en application de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations, à savoir :

- prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia (10-DCC-98) ;
- prise de contrôle exclusif d'Eurochem par Univar (dossier retiré par les parties) ;
- la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations (10-DCC-198).

## 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 compétences entre l'Autorité de la concurrence, qui dispose du pouvoir général d'enquête en matière de concurrence, et les services du ministre de l'Économie (DGCCRF), recentrés sur les pratiques d'importance strictement locale qui ne présentent pas d'enjeux méritant une prise en charge par l'Autorité. Cette nouvelle répartition des rôles a atteint son rythme de croisière.

### Les projets d'enquête

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 (7 enquêtes ouvertes à ce titre en 2010). Les 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 un délai de trente-cinq jours, la DGCCRF peut procéder elle-même aux investigations (article D. 450-3, I du Code de commerce).

Au sein des services d'instruction de l'Autorité, 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 – notamment la dimension des pratiques (locale, nationale, communautaire), l'importance des entreprises, l'intérêt jurisprudentiel, le plan de charge de l'Autorité – 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 projets d'enquête que lui a adressés la DGCCRF au cours de l'année 2010 (avec pour mémoire celles de 2009).

**Tableau 6 : Projets d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2010)**

| Année | Total des affaires transmises | Affaires non retenues par l'Autorité | Affaires à l'étude | Affaires retenues par l'Autorité      |
|-------|-------------------------------|--------------------------------------|--------------------|---------------------------------------|
| 2009  | 81                            | 48                                   | 3                  | 30<br>soit 38 % des dossiers analysés |
| 2010  | 77                            | 49                                   | 5                  | 23<br>soit 32 % des dossiers analysés |

Le nombre d'affaires transmises par la DGCCRF se situe à un niveau comparable à celui de 2009. Le nombre d'affaires retenues par l'Autorité a légèrement baissé, ce qui peut s'expliquer par la portée locale de certaines affaires transmises et le plan de charge de l'Autorité.

## Les rapports d'enquête

L'article D. 450-3 II du Code de commerce prévoit également que le rapporteur général doit être informé du résultat des enquêtes menées par les services du ministre. Le rapporteur général dispose alors d'un délai de deux mois pour informer le ministre de sa décision de proposer une saisine d'office au collège ; dans le cas inverse ou à défaut de réponse dans un délai de soixante-cinq jours, le ministre peut 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 chiffres 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 rapports transmis par le ministre à l'Autorité au cours de l'année 2010 (avec pour mémoire celles de 2009).

**Tableau 7 : Suites données aux résultats d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2010)**

| Année | Total des rapports transmis | Rapports 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                    |
|-------|-----------------------------|---|--------------------------------------|--------------------|---|
| 2009  | 45                          | 20  | 16                                   | 3                  | 5 + 1 autosaisine sur le même secteur soit 27 % des dossiers analysés |
| 2010  | 43                          | 25  | 12                                   | 2                  | <sup>4</sup> soit 22 % des dossiers analysés                          |

Le nombre de rapports d'enquête transmis par la DGCCRF se situe à un niveau comparable à celui de 2009, tout comme le nombre de saisines d'office de l'Autorité. Le dispositif de collaboration entre l'Autorité et la DGCCRF donne ainsi satisfaction et permet de donner une bonne effectivité au nouveau partage des rôles.

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

#### Les enquêtes selon la procédure nationale

Les investigations, et notamment les opérations de visite et saisie (article L. 450-4) 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).

Pour les opérations de visite et saisie (ci-après OVS), 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.

Au cours de l'année 2010, 5 affaires ont nécessité le recours à ce dispositif (6 en 2009), ce qui traduit une utilisation ciblée des dispositions de l'article L. 450-4

et modérée eu égard au nombre de dossiers constituant le portefeuille de l'Autorité. Ces opérations ont concerné 40 sites en 2010 et mobilisé 148 rapporteurs et 29 enquêteurs DGCCRF (un même rapporteur ou enquêteur pouvant participer à plusieurs OVS).

L'Autorité a également poursuivi la mise à niveau de ses moyens matériels et humains pour la réalisation des investigations sur les systèmes informatiques des entreprises visitées ainsi que sa participation aux travaux du réseau européen Forensic IT, mis en place en 2002 et qui rassemble les services d'enquête des autorités nationales de concurrence spécialisés dans les investigations informatiques.

### **L'assistance aux inspections de la Commission européenne**

Dans le cadre des inspections réalisées par la Commission européenne sur le territoire national sur la base des dispositions de l'article 20 du règlement (CE) n° 1/2003, l'Autorité prête assistance aux agents de la Commission ; cette mission était exercée par les services du ministre avant la réforme du Code de commerce introduite par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

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 »*. Ainsi, dans le cas de l'autorité de 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 4 reprises dans le cadre d'inspections menées par la Commission. Ces opérations ont concerné 21 sites et mobilisé 44 rapporteurs.

### ***Le contentieux des opérations de visite et saisie (OVS)***

Les OVS 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.

En 2010, 47 recours ont été déposés (26 en contestation de la légalité de l'ordonnance d'autorisation et 21 en contestation du déroulement des opérations), pour leur plus grande part devant 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 2010, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative.

En 2010, l'Autorité de la concurrence, a continué de fortement investir le secteur des télécommunications (13 décisions et avis), le déploiement en cours de la fibre optique et du très haut débit ayant naturellement soulevé un certain nombre de questions concurrentielles. Le secteur de la santé s'est également distingué (12 décisions et avis) et poursuit sa progression, ce qui est en ligne avec sa part dans le PIB (les dépenses de santé représentent 11,7 % du PIB en 2009) et les enjeux de rationalisation des dépenses. Les secteurs du BTP, des transports, des médias se partagent également le haut du tableau. On peut noter aussi une activité soutenue de l'Autorité dans le secteur de la distribution, prioritaire pour le pouvoir d'achat des ménages et structurant pour l'économie dans son ensemble, avec notamment deux avis importants, rendus à l'issue d'une enquête sectorielle, concernant les contrats d'affiliation et le management catégoriel. L'activité a également été dense dans le secteur des services, notamment bancaires, avec une importante décision intervenue à l'automne.

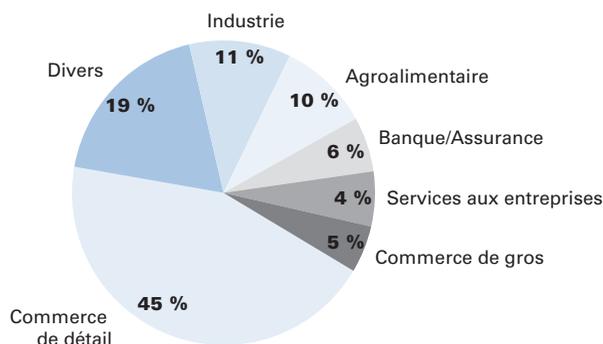
**Tableau 8 : Ventilation des décisions et avis par secteurs économiques**

| Secteurs économiques          | Nombre d'avis et décisions | Références des avis et décisions  |
|-------------------------------|----------------------------|---|
| <b>Télécoms/Poste</b>         | 13                         | 10-D-01 Distribution iPhone<br>10-D-09 Diffusion numérique par voie hertzienne<br>10-D-21 Non-respect d'engagements pris dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs dans le secteur postal<br>10-D-30 Publicité sur Internet<br>10-D-31 Services de capacité<br>10-D-34 Gestion des droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles<br>10-D-38 Annuaire en ligne<br>10-A-07 Programme national « très haut débit »<br>10-A-12 Terminaison d'appel SMS<br>10-A-13 Utilisation croisée des bases de clientèle<br>10-A-17 Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des DOM<br>10-A-18 Fibre optique en zones très denses<br>10-A-23 Aides du fonds d'aménagement numérique du territoire |
| <b>Santé</b>                  | 12                         | 10-D-02 Héparines à bas poids moléculaire<br>10-D-04 Tables d'opération *<br>10-D-11 Renouvellement lunettes de vue<br>10-D-16 Commercialisation de médicaments génériques<br>10-D-18 Analyses vétérinaires<br>10-D-23 Mutualité sociale agricole de Gironde<br>10-D-25 Scanner/IRM hôpital d'Arcachon<br>10-D-37 Cétirizine<br>10-A-01 Biologie médicale<br>10-A-11 Conseil interprofessionnel de l'optique<br>10-A-15 Missions des pharmaciens d'officine<br>10-A-21 Déchets d'activités de soins à risques infectieux  |
| <b>BTP/Construction</b>       | 7                          | 10-D-03 Profilage des fossés *<br>10-D-10 Travaux paysagers *<br>10-D-26 Travaux électriques<br>10-D-39 Panneaux de signalisation *<br>10-A-20 Grand Paris<br>10-A-22 Tramway Bordeaux<br>10-A-24 Contrats de partenariat public-privé  |
| <b>Transports</b>             | 6                          | 10-D-05 Transports sanitaires dans les Deux-Sèvres *<br>10-D-06 Téléphériques<br>10-D-13 Manutention au port du Havre<br>10-D-15 Taxis d'Amiens<br>10-D-22 Transports sanitaires en Seine-Maritime *<br>10-A-04 Privatisation des aéroports   |
| <b>Édition/Médias/ Presse</b> | 6                          | 10-D-32 Télévision payante<br>10-A-02 Numérisation des salles de cinéma<br>10-A-06 Nomination du médiateur du cinéma<br>10-A-09 Application de dispositions du Code du cinéma<br>10-A-19 Cartes abonnement cinéma<br>10-A-29 Publicité en ligne   |
| <b>Distribution</b>           | 5                          | 10-D-07 Titres cadeaux<br>10-D-08 Commerces de proximité<br>10-D-20 Coupons de réduction électronique<br>10-A-25 Management catégoriel<br>10-A-26 Contrats affiliation magasins indépendants  |
| <b>Véhicules</b>              | 5                          | 10-D-12 Lavage haute pression<br>10-D-27 Pneus<br>10-D-35 Électrodes de soudure<br>10-A-03 Prix carburants DOM<br>10-A-16 Prix carburants DOM   |
| <b>Services</b>               | 5                          | 10-D-28 Commissions interbancaires sur les chèques<br>10-D-29 Reprise et valorisation des déchets<br>10-D-33 Location de linge<br>10-A-10 Contre-seing d'avocat des actes sous seing privé<br>10-A-14 Huissiers   |
| <b>Énergie</b>                | 4                          | 10-D-14 Valorisation électrique biogaz<br>10-D-19 Chauffage<br>10-D-36 Gaz en bouteilles<br>10-A-08 Loi NOME  |
| <b>Agriculture</b>            | 2                          | 10-A-05 Chambre syndicale des améliorants organiques<br>10-A-28 Contractualisation dans le secteur agricole   |

\* Décisions concernant des marchés publics.

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

**Tableau 9 : Répartition des décisions de concentration par secteur d'activité en 2010 (en pourcentage)**



45 % des décisions rendues concernent le commerce de détail, 11 % l'industrie, 10 % l'agroalimentaire, 6 % la banque et l'assurance, le solde étant réparti entre les autres secteurs.

Comme pour l'année 2009, la prédominance du commerce de détail s'explique par l'abaissement des seuils de contrôlabilité dans le secteur. La grande majorité des décisions en la matière (soit 62 décisions) concerne le commerce de détail à dominante alimentaire et de distribution automobile.

Par ailleurs, le service des concentrations s'est considérablement investi dans les secteurs du transport et des médias, à l'occasion de l'examen approfondi d'opérations soumises à son contrôle.

### *Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles*

#### La nature des décisions contentieuses

**Tableau 10 : Décisions contentieuses**

| Décisions              | 2006      | 2007      | 2008      | 2009      | 2010      |
|------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Affaires instruites    | 40        | 50        | 34        | 40        | 39 *      |
| Mesures conservatoires | 3         | 6         | 1         | 2         | 1         |
| Désistement/classement | 34        | 26        | 25        | 21        | 34        |
| <b>Total 1</b>         | <b>77</b> | <b>82</b> | <b>66</b> | <b>63</b> | <b>74</b> |
| Sursis à statuer       | 4         | 2         | 1         | 4         | 1         |
| <b>Total 2</b>         | <b>81</b> | <b>84</b> | <b>67</b> | <b>67</b> | <b>75</b> |

\* Affaires instruites = 12 décisions de sanctions + 9 décisions de non-lieu + 9 irrecevabilités/rejets + 7 décisions d'engagements + 1 renvoi à l'instruction + 1 clôture de saisine d'office.

En 2010, l'Autorité a rendu 39 décisions au fond, un chiffre en ligne avec celui de 2009 et supérieur à celui de 2008.

## Les sanctions

### *Les décisions de sanctions pécuniaires en 2010*

**Tableau 11 : Sanctions pécuniaires prononcées**

| Numéro décision | Date décision | Libellé  | Sanctions en €       |
|-----------------|---------------|--|----------------------|
| 10-D-03         | 20/01/10      | Profilage des fossés (communauté urbaine de Lille) | 92 500               |
| 10-D-04         | 26/01/10      | Tables d'opération                                 | 1 500 000            |
| 10-D-05         | 27/01/10      | Ambulances Deux-Sèvres                             | 22 000               |
| 10-D-10         | 10/03/10      | Travaux paysagers Alpes-Maritimes                  | 80 000               |
| 10-D-11         | 24/03/10      | Renouvellement lunettes de vue sans ordonnance     | 50 000               |
| 10-D-13         | 15/04/10      | Port du Havre                                      | 625 000              |
| 10-D-15         | 11/05/10      | Taxis Amiens                                       | 30 000               |
| 10-D-21         | 30/06/10      | Affranchissement postal                            | 200 000              |
| 10-D-22         | 22/07/10      | Ambulances de Rouen                                | 22 900               |
| 10-D-28         | 20/09/10      | Banques  | 3 849 200 000        |
| 10-D-35         | 15/12/10      | Électrodes de soudure                              | 101 000              |
| 10-D-39         | 22/12/10      | Signalisation routière                             | 5 494 100            |
| <b>Total</b>    |               |  | <b>4 425 844 000</b> |

L'Autorité de la concurrence a prononcé 12 décisions de sanctions en 2010 pour un montant total de 442,5 millions d'euros. C'est un chiffre relativement élevé comparativement aux années précédentes, si l'on met de côté l'année 2008 (cartel de l'acier) et l'année 2005 (entente dans le secteur de la téléphonie mobile). Il confirme toutefois sur longue période la tendance engagée avec la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, par laquelle le législateur avait donné un signal fort pour renforcer le caractère dissuasif des sanctions prononcées par l'Autorité à l'encontre des auteurs de pratiques anticoncurrentielles qui pèsent négativement sur la croissance économique et le pouvoir d'achat des consommateurs. En 2010, deux affaires représentent l'essentiel du montant des sanctions : d'une part la décision 10-D-28 relative à l'entente entre les banques pour la mise en place d'une commission d'échange image chèque, d'autre part le cartel dans le secteur de la signalisation routière (10-D-39).

### *L'évolution des sanctions sur longue période*

**Tableau 12 : Évolution des sanctions pécuniaires depuis 2005**

|  | 2005                     | 2006         | 2007       | 2008                     | 2009         | 2010                     |
|--|--------------------------|--------------|------------|--------------------------|--------------|--------------------------|
| <b>Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires</b>  | 31                       | 13           | 24         | 16                       | 15           | 12                       |
| <b>Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés</b> | 131                      | 162          | 82         | 65                       | 49           | 50                       |
| <b>Montant des sanctions (en M€)</b>                             | 754,1                    | 127,9        | 220,4      | 630,3                    | 205,5        | 439,5                    |
| <b>Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées</b>      | 6                        | 16           | 12         | 17                       | 9            | 2                        |
| <b>Montant des sanctions (en M€)</b>                             | 0,26                     | 0,38         | 0,6        | 1                        | 1,1          | 3                        |
| <b>Montant total des sanctions (en M€)</b>                       | <b>754,4<sup>1</sup></b> | <b>128,2</b> | <b>221</b> | <b>631,3<sup>2</sup></b> | <b>206,6</b> | <b>442,5<sup>3</sup></b> |

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Dont 384,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 10-D-28 relative aux commissions interbancaires sur les chèques.

### *Les pratiques sanctionnées en 2010*

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par l'Autorité en 2010, en fonction d'une typologie classique : abus de position dominante, ententes et non-respect d'injonctions ou d'engagements.

**Tableau 13 : Nature des pratiques sanctionnées**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Abus de position dominante</b>  | -         |
| <b>Ententes</b>  | 10        |
| <b>Décisions mixtes (entente + abus de position dominante)</b>                                     | 1         |
| <b>Non-respect d'engagements pris dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs</b> | 1         |
| <b>Total décisions de sanctions</b>  | <b>12</b> |

En 2010, les pratiques sanctionnées ont pratiquement toutes été des ententes. À noter, une décision de non-respect d'engagement à la suite d'une procédure de non-contestation des griefs. L'Autorité entend vérifier précisément que les entreprises se conforment bien aux engagements qu'elles ont pris ou aux injonctions qui leur sont imposées.

### *La non-contestation des griefs*

En 2010, l'Autorité de la concurrence a rendu deux décisions dans lesquelles elle a appliqué la procédure de non-contestation des griefs (10-D-35 et 10-D-39).

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

|                                    | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|------------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| <b>Non-contestation des griefs</b> | 2    | 4    | 2    | 1    | 6    | 6    | 6    | 2    |

## La clémence

L'année 2010 se situe sur une tendance identique aux années précédentes, l'année 2008 ayant été exceptionnelle.

**Tableau 15 : Évolution du nombre de demandes de clémence**

|                             | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007* | 2008* | 2009* | 2010* | Total     |
|-----------------------------|------|------|------|------|------|-------|-------|-------|-------|-----------|
| <b>Demandes de clémence</b> | 1    | 2    | 5    | 6    | 8    | 1     | 18    | 5     | 7     | <b>51</b> |

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

## Les engagements

En 2010, l'Autorité a lancé à six reprises des tests de marché dans le cadre de procédures d'engagements (analyses vétérinaires, coupons de réduction électroniques, distribution de pneus en France, revente et contrôle du recyclage des déchets plastiques triés, publicité en ligne, cartes cadeaux).

**Tableau 16 : Évolution du nombre de procédures d'engagements**

|                      | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|----------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| <b>Engagements *</b> | 0    | 0    | 6    | 6    | 8    | 7    | 3    | 6    |

\* 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 2010**

|  |            |
|--|------------|
| <b>Autorisations</b>   | 185        |
| <b>Autorisations sous réserve de mise en œuvre d'engagements</b> | 7*         |
| <b>Décisions d'inapplicabilité du contrôle</b>                   | 6          |
| <b>Total</b>   | <b>198</b> |

\* 5 décisions en phase 1 et 2 décisions en phase 2.

L'Autorité a rendu, en 2010, 198 décisions relatives à des opérations de concentration, dont six décisions d'inapplicabilité du contrôle, 190 décisions d'autorisation en phase 1 et 2 décisions d'autorisation en phase 2.

Parmi les décisions d'autorisation en phase 1, cinq autorisations ont été données sous réserve de la mise en œuvre des engagements proposés par les parties :

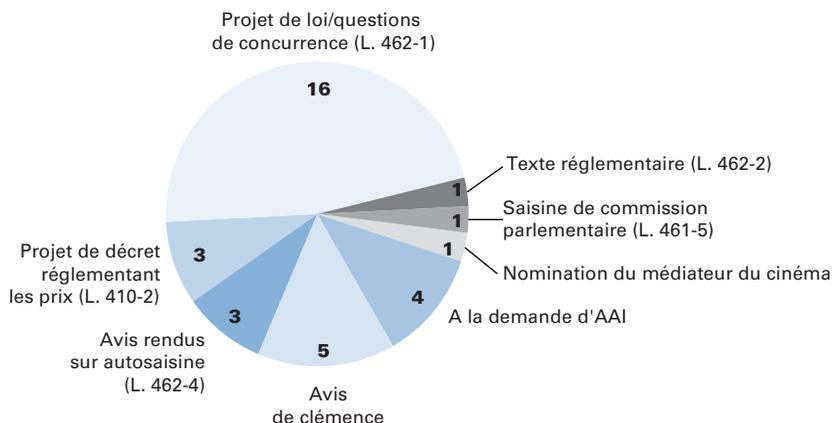
- la décision 10-DCC-01 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle ;
- la décision 10-DCC-02 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec ;
- la décision 10-DCC-25 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution (groupe Hoio) ;
- la décision 10-DCC-51 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos ;
- la décision 10-DCC-98 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

Les deux décisions en phase 2 ont autorisé les concentrations concernées sous réserve de la mise en œuvre d'engagements :

- la décision 10-DCC-11 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB) ;
- la décision 10-DCC-198 relative à la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

## Les avis

L'Autorité a rendu 34 avis qui se répartissent de la manière suivante.



Comme en 2009, l'activité consultative a été soutenue en 2010. Parmi les avis rendus, trois l'ont été à l'initiative de l'Autorité dans les secteurs des télécoms (utilisation croisée des bases de clientèle) et de la distribution (management catégoriel et contrats d'affiliation des magasins indépendants). L'Autorité entend faire vivre cette nouvelle possibilité qui permet d'établir, de manière générale, le « bilan concurrentiel » de certains secteurs ou pratiques et de formuler des recommandations afin de promouvoir la pédagogie et la culture de la concurrence et de prévenir d'éventuels contentieux.

## Stock

### L'activité contentieuse et consultative

#### État du stock au 31 décembre 2010

En 2010, comme en 2009, le nombre d'affaires terminées a été supérieur au nombre d'affaires nouvelles, ce qui a conduit à une diminution du stock, qui passe de 169 affaires à 153.

Tableau 18 : Évolution du stock

|                         | Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2009 | 2010               |                 | Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2010 |
|-------------------------|--|--------------------|-----------------|--|
|                         |  | Affaires nouvelles | Affaires closes |  |
| <b>Affaires au fond</b> | 140  | 55                 | 66              | 129  |
| Mesures conservatoires  | 9  | 16                 | 20              | 5  |
| Respect d'injonction    | 2  | 4                  | 1               | 5  |
| Avis                    | 18   | 35                 | 39              | 14   |
| <b>Total</b>            | <b>169</b>                                     | <b>110</b>         | <b>126</b>      | <b>153</b>                                     |

## Évolution du stock sur longue période

Pour sa première année de pleine activité, l'Autorité a poursuivi en 2010 le rythme de diminution du stock d'affaires engagé depuis 2001 et qui s'est accéléré à partir de 2005. Elle atteint ainsi son plus bas niveau de stock depuis près de quinze ans.

**Tableau 19 : Évolution du stock sur plusieurs années**

|  | 2000       | 2001       | 2002       | 2003       | 2004       | 2005       | 2006       | 2007       | 2008       | 2009       | 2010       |
|--|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| <b>Stock au 1<sup>er</sup> janvier</b> | 404        | 417        | 381        | 335        | 296        | 254        | 198        | 180        | 155        | 176        | 169        |
| <b>Affaires nouvelles</b>              | 144        | 127        | 108        | 97         | 100        | 105        | 103        | 92         | 117        | 137        | 110        |
| <b>Affaires terminées</b>              | 131        | 163        | 154        | 136        | 142        | 161        | 121        | 117        | 96         | 145        | 126        |
| <b>Variation du stock</b>              | + 13       | - 36       | - 46       | - 39       | - 42       | - 56       | - 18       | - 25       | + 21       | - 8        | - 16       |
| <b>Stock au 31 décembre</b>            | <b>417</b> | <b>381</b> | <b>335</b> | <b>296</b> | <b>254</b> | <b>198</b> | <b>180</b> | <b>155</b> | <b>176</b> | <b>169</b> | <b>153</b> |

## Indicateur d'évolution du stock

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

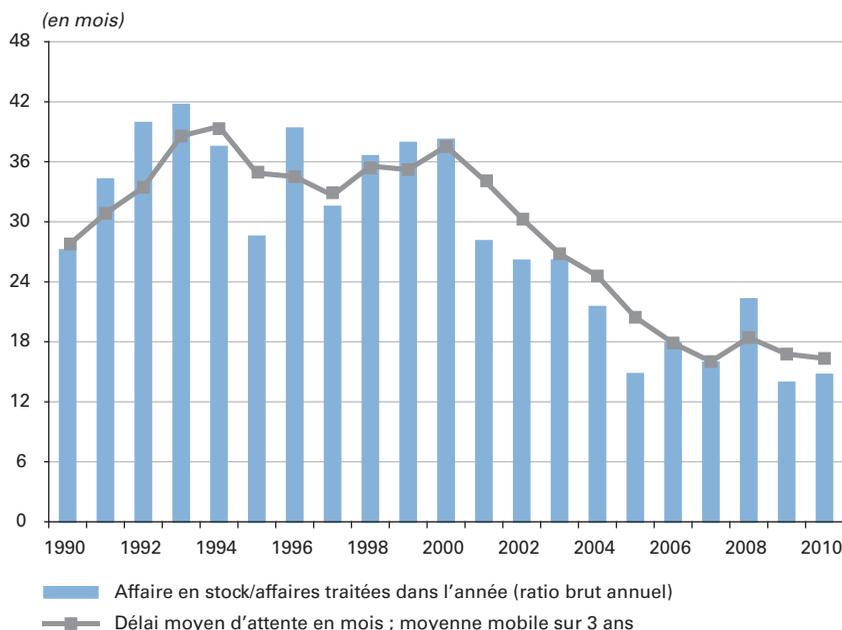
Il s'agit d'un indicateur « *prospectif* » et non d'un indicateur de durée de traitement des affaires réellement constaté. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée de traitement des dossiers.

Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente prévisionnel, on peut lisser les écarts annuels par un calcul de type « *moyenne mobile* » dans lequel la productivité de l'institution (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur trois ans.

Pour 2010, ce délai est de 16,3 mois. Il s'agit du délai le plus court depuis la création du Conseil de la concurrence le 1<sup>er</sup> janvier 1987, qui témoigne de la volonté avec laquelle l'institution s'est attachée à réduire le délai moyen d'attente.

Ce niveau est probablement proche du plancher, compte tenu des délais de procédure prévus par la loi, de la nature économique et juridique complexe des dossiers de concurrence, du nombre de dossiers traités chaque année par l'Autorité et des moyens dont elle dispose.

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



### Les opérations de concentration

Au 31 décembre 2010, 28 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 2010, 8 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 40 décisions rendues (39 décisions de fond et 1 mesure conservatoire), ce qui représente un taux de recours de 20 %. Ce taux est pour la troisième année consécutive en baisse, comme le montre le tableau ci-après.

**Tableau 20 : Taux de recours**

|   | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|---|------|------|------|------|------|------|
| <b>Nombre total de décisions (D + MC)</b> | 75   | 43   | 56   | 35   | 42   | 40   |
| <b>Nombre de recours</b>                  | 28   | 15   | 25   | 12   | 12   | 8    |
| <b>Taux de recours (en %)</b>             | 37   | 35   | 45   | 34   | 29   | 20   |

## Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2010 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 (état au 7 février 2011)**

|  | 2005           | 2006           | 2007           | 2008           | 2009           | 2010      |
|--|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|-----------|
| <b>Nombre de recours introduits</b>                  | 28             | 15             | 25             | 12             | 12             | 8         |
| <b>Nombre de décisions confirmées :</b>              | 23             | 11             | 18             | 10             | 11             | 4         |
| – arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements    | 16             | 9              | 16             | 7              | 9              | 4         |
| – réformation partielle/confirmation au fond         | 7 <sup>1</sup> | 2 <sup>2</sup> | 2 <sup>3</sup> | 3 <sup>4</sup> | 2 <sup>5</sup> |           |
| <b>Total recours examinés</b>                        | 28             | 15             | 25             | 12             | 12             | 5         |
| <b>Affaires pendantes</b>                            | 0              | 0              | 0              | 0              | 0              | 3         |
| <b>% décisions confirmées/total recours examinés</b> | <b>82</b>      | <b>73</b>      | <b>72</b>      | <b>83</b>      | <b>91</b>      | <b>NS</b> |

<sup>1</sup> Décisions 05-D-19; 05-D-26; 05-D-43; 05-D-58; 05-D-66; 05-D-67 et 05-D-75.

<sup>2</sup> Décisions 06-D-03 et 06-D-13.

<sup>3</sup> Décisions 07-D-15 et 07-D-50.

<sup>4</sup> Décisions 08-D-12, 08-D-30 et 08-D-32.

<sup>5</sup> Décisions 09-D-19 et 09-D-36.

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 2010, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2010 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 2009.

**Tableau 22 : État des sanctions 2009 après passage en cour d'appel (au 2 mai 2011)**

| N° décision | Libellé décision                          | Sanctions avant CA (en €) | Référence cour d'appel  | Sanctions post-CA (en €) |
|-------------|---|---------------------------|---|--------------------------|
| 09-D-03     | Autocars Pyrénées-Orientales              | 357 000                   | Arrêt du 5 janvier 2009 : rejet   | 357 000                  |
| 09-D-04     | Messageries de presse                     | 3 050 000                 | Pas d'appel   | 3 050 000                |
| 09-D-05     | Travail temporaire                        | 94 400 000                | Arrêt du 26 janvier 2010 : rejet*   | 94 400 000               |
| 09-D-06     | Voyages SNCF                              | 5 500 000                 | Arrêt du 23 février 2010 : rejet*   | 5 500 000                |
| 09-D-07     | Santclair                                 | 78 250                    | Arrêt du 19 janvier 2010 : rejet*   | 78 250                   |
| 09-D-10     | SNCM                                      | 300 000                   | Arrêt du 9 mars 2010 : rejet*   | 300 000                  |
| 09-D-14     | Fourniture électricité Grenoble (Poweo)   | 320 000                   | Arrêt du 23 mars 2010 : rejet   | 320 000                  |
| 09-D-17     | Pharmacie Basse-Normandie                 | 5 000                     | Pas d'appel   | 5 000                    |
| 09-D-19     | Déménagements militaires Est              | 618 250                   | Arrêt du 11 mai 2010 : réformation partielle                                  | 508 250                  |
| 09-D-24     | Internet DOM                              | 27 600 000                | Pas d'appel   | 27 600 000               |
| 09-D-25     | Travaux voies ferrées                     | 4 200 000                 | Arrêt du 29 juin 2010 : rejet – réformation partielle – annulation partielle* | 4 010 000                |
| 09-D-31     | Droits du foot                            | 690 000                   | Pas d'appel   | 690 000                  |
| 09-D-34     | Travaux électrification en Corse          | 169 000                   | Arrêt du 16 septembre 2010 : rejet  | 169 000                  |
| 09-D-36     | Orange Caraïbe/FT                         | 63 000 000                | Arrêt du 23 septembre 2010 : annulation partielle – réformation partielle *   | 60 000 000               |
| 09-D-39     | Conseil national des exploitants thermaux | 140 000                   | Pas d'appel   | 140 000                  |
|             |   | <b>206 637 500</b>        |   | <b>203 337 500</b>       |

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

Sur plus longue période, on constate que l'approche de la cour d'appel sur les sanctions antitrust est cohérente avec celle de l'Autorité, ce qui se traduit par un taux de réformation des sanctions généralement modéré.

**Tableau 23 : Taux de confirmation du montant des sanctions 2005, 2006, 2007, 2008 et 2009**

| Années | Sanctions prononcées (en €) | Sanctions après passage en cour d'appel (en €) | Montant confirmé (en %) |
|--------|-----------------------------|--|-------------------------|
| 2005   | 754 396 914                 | 740 341 915                                    | 98                      |
| 2006   | 128 269 000                 | 115 167 000                                    | 89,7                    |
| 2007   | 221 070 750                 | 197 202 950                                    | 89,2                    |
| 2008   | 631 320 490                 | 127 032 690                                    | 20 *                    |
| 2009   | 206 637 500                 | 203 337 500                                    | 98,4                    |

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

En 2010, deux décisions de l’Autorité ont fait l’objet de recours devant le Conseil d’État, sur un total de 198 décisions rendues, ce qui représente un taux de recours de 1 %.

Parmi ces recours, trois requêtes en référé aux fins d’obtenir la suspension des décisions 10-DCC-01 et 10-DCC-11 ont été rejetées. Les recours au fond concernant ces deux décisions ont également été rejetés par le Conseil d’État.

**Tableau 24 : État des recours de 2010 contre des décisions relevant du contrôle des concentrations**

| N° décision | Nature du recours | Référence Conseil d’État                          |
|-------------|-------------------|---|
| 10-DCC-01   | Référé            | Ordonnance du 26 mai 2010 (Mr. Bricolage) : rejet |
|             | Référé            | Ordonnance du 26 mai 2010 (Bric’Oléron) : rejet   |
|             | Fond              | Arrêt 23 décembre 2010 : rejet                    |
| 10-DCC-11   | Référé            | Ordonnance du 22 avril 2010 : rejet               |
|             | Fond              | Arrêt du 30 décembre 2010 : rejet                 |

## Organisation et fonctionnement

### Évolution de l’organisation

Plusieurs changements sont intervenus en 2010 dans les services de l’Autorité de la concurrence (un organigramme est disponible en fin d’ouvrage – partie « Organisation »).

#### *Les services d’instruction*

Les services d’instruction ont vu le départ de deux rapporteurs généraux adjoints, Jean-Marc Belorgey et Stanislas Martin. Ils ont été remplacés respectivement par Étienne Pfister, auparavant chef économiste adjoint à l’Autorité et Carole Champalaune, venue du tribunal de grande instance de Strasbourg où elle était première vice-présidente, chargée de la direction et de l’animation du service commercial.

Pour répondre au développement de son activité, le service des concentrations s’est renforcé. Simon Genevaz et Gwenaëlle Nouët, précédemment rapporteurs à l’Autorité, ont été nommés adjoints au chef du service.

Enfin, au sein du service économique, Valérie Meunier a été nommée chef économiste adjointe en remplacement d’Étienne Pfister. Elle était économiste à l’Autorité depuis 2007.

#### *Le service juridique*

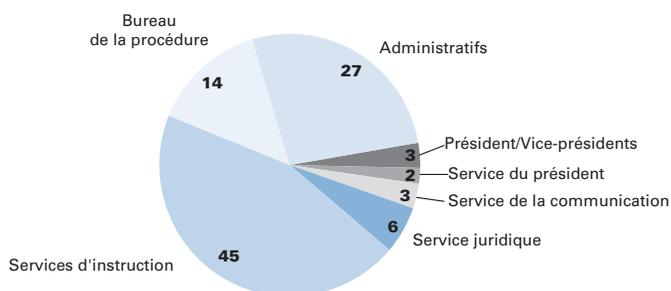
Au sein du service juridique, Isabelle Douillet et Laure Gauthier-Lescop ont été nommées adjointes au chef de service et Anne Krenzer conseillère juridique principale.

## Effectifs

Le tableau et le graphique ci-après présentent la répartition des effectifs au 31 décembre 2010.

**Tableau 25 : Répartition de l'effectif physique par grandes fonctions**

| Services                     | Nombre     | %            |
|------------------------------|------------|--------------|
| Direction                    | 5          | 3            |
| Service du président         | 4          | 2            |
| Communication                | 5          | 3            |
| Juridique                    | 11         | 6            |
| Instruction                  | 78         | 45           |
| dont :                       |            |              |
| – rapporteurs                | 51         | 29           |
| – service des investigations | 8          | 5            |
| – service des concentrations | 13         | 7            |
| – service économique         | 6          | 3            |
| Procédure                    | 24         | 14           |
| Administratif                | 47         | 27           |
| Conseiller auditeur          | 1          |              |
| <b>Total</b>                 | <b>175</b> | <b>100 %</b> |



Les effectifs sont stables par rapport à 2009.

Au cours de l'année 2011, 12 recrutements supplémentaires sont prévus pour atteindre le plafond d'emplois actuellement fixé à 187 postes (en équivalent temps plein travaillé).

## Budget

En 2010, le budget de l'Autorité s'est élevé à 20,4 millions d'euros dont 15 millions d'euros pour les dépenses de personnel et 5,4 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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.

Pour l'année 2010, le montant net des titres de perception émis s'est élevé à 387 682 400 euros et le montant effectivement recouvré à 387 672 400 euros, soit un taux de recouvrement de presque 100 %.

Ce taux est bien meilleur que celui qui avait été constaté au 31 décembre 2009 (16,50 %) et qui s'expliquait par les délais de paiement accordés aux entreprises par les services de la DGFIP. Au 31 décembre 2010, le taux de recouvrement de l'année 2009 est de 91,03 %, ce qui confirme, comme les années précédentes, que les sanctions sont presque entièrement recouvrées.

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

### Activité générale

En 2010, l'Autorité de la concurrence a continué à participer activement aux travaux européens en matière de concurrence.

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

La première partie expose les grandes lignes de l'action menée par la Commission et les autorités nationales de concurrence (ci-après les « ANC ») au sein du REC pour renforcer le développement et l'application générale des règles de concurrence. La seconde partie détaille, dans certains secteurs prioritaires, la manière dont ces mesures ont été concrètement appliquées par la Commission, en concertation avec les ANC au sein du REC.

Le rôle de pilotage du REC a continué à se développer en 2010. Quatre règlements d'exemption ou lignes directrices ont en outre été adoptés par la Commission. Par ailleurs, les travaux horizontaux de réflexion et d'organisation concrète des

activités des autorités européennes de concurrence au sein du REC (groupes de travail dits « *horizontaux* ») se sont poursuivis.

### *Le pilotage du REC*

Le pilotage du REC est assuré par la réunion des directeurs généraux qui est préparée par les réunions plénières du REC.

#### **La réunion des directeurs généraux**

Les réunions des « *directeurs généraux* », traditionnellement chargées de définir les priorités du REC, se sont tenues à Bruxelles le 1<sup>er</sup> juin ainsi que les 16 et 17 novembre 2010.

Lors de la réunion du 1<sup>er</sup> juin, le nouveau directeur général, Alexander Italianer, a annoncé son souhait de renforcer encore davantage le rôle de pilotage des activités du REC par la réunion des directeurs généraux. Celle-ci valide le programme de travail de l'ensemble des sous-groupes horizontaux et sectoriels et pourrait être conduite à adopter en tant que de besoin des résolutions sur certains sujets généraux ou d'actualité. Elle constitue d'ores et déjà un forum approprié pour permettre aux présidents et directeurs des autorités nationales de concurrence au sens de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003 d'évoquer des problématiques d'intérêt commun liées à la mise en œuvre des règles de concurrence.

La réunion du 1<sup>er</sup> juin a par ailleurs permis de discuter du projet de bonnes pratiques procédurales de la Commission en matière de conduite des affaires de pratiques anticoncurrentielles et de dresser un premier bilan comparé des différentes approches suivies par les ANC, ainsi que des initiatives récentes prises par certaines d'entre elles en la matière.

Lors de la réunion des 16 et 17 novembre 2010, les directeurs généraux ont adopté deux résolutions, qui ont été rendues publiques sur la page Internet du REC ([http://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html)). La première porte sur la nécessité d'accorder aux ANC les ressources nécessaires pour qu'elles puissent mener à bien leurs missions de régulation concurrentielle au service des consommateurs, y compris en temps de crise. La seconde dresse le bilan des travaux effectués par le REC pour clarifier l'application des règles de concurrence à la politique agricole commune, en identifiant notamment les inefficiences liées à certaines formes de coopération horizontale et verticale et analyse à cette aune les propositions du groupe à haut niveau sur le lait en vue d'une modification du règlement (CE) n° 1234/2007 (règlement dit « *OCM unique* »). Cette réunion a également fixé des objectifs pour 2011 en matière de coopération entre ANC lors de l'établissement du bilan concurrentiel des concentrations transfrontalières.

#### **Les réunions plénières du REC**

La Commission a organisé en 2010 deux réunions plénières réunissant les experts nationaux des ANC.

La réunion du 6 mai 2010 a été essentiellement consacrée à la préparation de la réunion des directeurs généraux du 1<sup>er</sup> juin 2010, au dialogue de la Commission et des ANC avec les juridictions nationales en vue de contribuer à assurer la mise en œuvre cohérente des règles européennes de concurrence, à la poursuite des réflexions sur le bilan d'application du règlement (CE) n° 1/2003 et à la contribution des ANC à la consultation lancée par la Commission au sujet du fonctionnement de la chaîne de distribution (« *Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020* »).

La réunion du 22 octobre 2010 a fait le point sur les initiatives en cours (bonnes pratiques procédurales en matière de conduite des affaires de pratiques anticoncurrentielles) ou à venir de la Commission européenne (consultation relative aux actions en réparation) et la jurisprudence récente de la Cour de justice. Les ANC ont également évoqué la question de l'application du droit de la concurrence aux cartels de crise.

### ***La modernisation des règlements d'exemption et les lignes directrices***

La Commission a adopté en 2010 quatre nouveaux textes : le règlement d'exemption relatif aux restrictions verticales, le règlement d'exemption relatif aux véhicules automobiles, le règlement d'exemption relatif aux assurances et les lignes directrices relatives aux accords horizontaux.

#### **Le règlement d'exemption relatif aux restrictions verticales**

En 2010, les travaux se sont poursuivis sur les textes destinés à remplacer 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 CE (devenu l'article 101 du TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, et la communication n° 2000/C 291/01 de la Commission du 13 octobre 2000, Lignes directrices sur les restrictions verticales, qui venaient à expiration le 31 mai.

Le comité consultatif du 2 février 2010 s'est penché sur une nouvelle version du texte tenant compte de la large consultation publique qui s'était tenue l'automne précédent, à laquelle l'Autorité avait contribué. À cette occasion, l'Autorité est intervenue plus particulièrement sur deux sujets.

D'une part, elle a soutenu l'option consistant à prendre en compte la part de marché des distributeurs sur le seul marché de l'approvisionnement, et non sur l'ensemble des marchés affectés par l'accord. En effet, cette approche aidera à concentrer l'analyse sur les risques prioritaires de verrouillage et sera plus simple à mettre en œuvre par l'ensemble des intéressés, à l'issue de la période de transition prévue par le texte.

D'autre part, elle s'est intéressée à la vente en ligne. Elle se félicite que la Commission ait assuré, comme elle l'y avait invitée, un équilibre entre les différentes stratégies de distribution susceptibles de bénéficier aux consommateurs. Le texte final

donne ainsi différents outils aidant les fournisseurs opérant un réseau de distribution sélective à en assurer le bon fonctionnement. Il leur permet par exemple de subordonner l'entrée d'un distributeur dans leur réseau à la détention d'une ou plusieurs boutiques physiques, dans le but d'assurer une contribution adéquate et équilibrée de chacun de leurs distributeurs aux coûts nécessaires à la bonne exploitation de leur marque. Pour autant, le règlement rappelle qu'un fournisseur ne peut interdire, de façon générale et absolue, aux distributeurs membres de son réseau de pratiquer la vente en ligne, et ne peut imposer le prix de vente aux membres de son réseau (principe du *brick and click*).

Les nouveaux textes (règlement [UE] n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 et lignes directrices de la Commission du 19 mai 2010 sur les restrictions verticales) ont été adoptés par le collège des commissaires le 20 avril 2010.

Ce nouveau cadre juridique dote l'Union européenne d'une réglementation adaptée aux enjeux commerciaux du XXI<sup>e</sup> siècle. Cette réglementation, fondée sur une analyse économique solide des accords de distribution, est cohérente avec la pratique décisionnelle de l'Autorité. Elle stimulera la concurrence au bénéfice des consommateurs, tout en garantissant la prévisibilité dont les entreprises ont besoin pour construire des stratégies de distribution proconcurrentielles dans la durée.

Le REC continuera à veiller à ce que les conditions de recours à la distribution sélective, fixées de longue date par la Cour de justice de l'Union européenne, soient respectées.

### **Le règlement d'exemption relatif aux véhicules automobiles**

Concomitamment à la révision du régime général applicable aux restrictions verticales, les travaux sur la modernisation du régime applicable aux restrictions verticales dans le secteur automobile se sont poursuivis en 2010, le règlement (CE) n° 1400/2002 relatif à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE (devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE) à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le secteur automobile arrivant à échéance le 31 mai 2010.

Après avoir formulé par écrit ses observations sur les nouveaux projets de textes le 10 février 2010, l'Autorité de la concurrence a participé au second comité consultatif du 11 mars 2010, qui a précédé l'adoption des nouveaux textes. Sur la base des évolutions constatées par la Commission européenne depuis 2002 et des effets positifs produits par le règlement (CE) n° 1400/2002 sur le secteur automobile, la modernisation de ce dernier règlement a été très substantielle.

D'un point de vue formel, le régime applicable aux restrictions verticales dans le secteur automobile se compose du nouveau règlement d'exemption par catégorie, complété par un jeu de lignes directrices fournissant, selon la logique d'évaluation des accords commerciaux introduite suite à l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003, un guide d'évaluation aux entreprises actives dans le secteur automobile.

Sur le fond, compte tenu des degrés de concurrence très différents constatés sur les marchés de la vente de véhicules neufs et de l'après-vente (maintenance et

réparation), ces deux types d'activités sont désormais régis par deux jeux de règles distincts.

Les activités de vente de véhicules neufs ne sont plus soumises à un règlement d'exemption par catégorie spécifique, mais ont été réintégrées dans le droit commun des restrictions verticales (règlement [UE] n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées). Pour faciliter la transition vers ce droit commun, deux mesures ont été prises. Une période transitoire a été prévue jusqu'au 31 mai 2013. Une section spécifique a par ailleurs été insérée dans les lignes directrices applicables au secteur automobile pour guider tant les distributeurs que les constructeurs pendant cette transition.

De leur côté, les activités d'après-vente (maintenance et réparation) dans le secteur automobile sont soumises à un règlement d'exemption par catégorie (règlement [UE] n° 461/2010 du 27 mai 2010). À côté des restrictions caractérisées prévues par le droit commun, ce règlement prévoit quatre restrictions caractérisées particulières, de façon à assurer une circulation non discriminatoire des pièces détachées au profit des réparateurs, qu'ils soient agréés ou indépendants. À l'image de la vente de véhicules neufs, ce règlement d'exemption par catégorie est expliqué par une section spécifique des nouvelles lignes directrices applicables aux restrictions verticales dans le secteur automobile, qui détaille la portée des quatre restrictions caractérisées spécifiques prévues par le règlement et les conditions dans lesquelles certaines pratiques commerciales seront tenues pour restrictives de concurrence, comme les refus d'accès à des informations techniques essentielles pour effectuer des opérations de réparation. À la différence de ce qui est prévu pour la vente de véhicules neufs, ce nouveau régime spécifique pour les activités d'après-vente est applicable depuis le 1<sup>er</sup> juin 2010.

### **Le règlement d'exemption relatif aux assurances**

En 2010, les travaux se sont poursuivis sur le projet de règlement destiné à remplacer le règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission du 27 février 2003 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, qui expirait le 31 mars 2010.

Le comité consultatif du 16 février 2010 s'est penché sur une nouvelle version du texte tenant compte de la large consultation publique qui s'était tenue l'automne précédent, en prévoyant notamment une période de transition et la suppression de l'interdiction de participer à plus d'un pool sur le même marché pertinent, en contrepartie de l'alignement du mode de calcul de leurs parts de marché sur les autres règlements d'exemption.

L'Autorité a soutenu le nouveau texte, qui tenait compte de ses principales observations et suggestions.

L'Autorité a notamment exprimé son accord à l'élargissement du champ des personnes susceptibles d'obtenir communication des résultats des études actuarielles

en contrepartie d'une rémunération, en incluant, outre les entreprises d'assurances qui en formulent la demande, les organisations de consommateurs, dans des conditions permettant de prendre en compte d'autres impératifs d'intérêt général, tels que la sécurité publique.

Il faut noter que la suppression de l'exemption des contrats types prévue par le règlement antérieur n'équivaut pas à leur interdiction, dans la mesure où ils ne posent pas de difficulté au regard des règles de concurrence, ou sont admissibles au bénéfice d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE.

Le nouveau règlement a été adopté par le collège des commissaires le 24 mars 2010.

Il fournit un encadrement adapté à certaines pratiques propres au secteur de l'assurance qui sont objectivement porteuses d'efficacités économiques, en particulier la conduite en commun d'études actuarielles.

### **La révision du régime applicable aux accords de coopération horizontale**

L'un des principaux chantiers de l'année 2010, au niveau européen, a été la modernisation du régime applicable aux accords de coopération horizontale. En effet, sont arrivés à expiration, le 31 décembre 2010, les deux règlements d'exemption par catégorie, l'un relatif aux accords de recherche et développement en commun (règlement [CE] n° 2659/2000 du 29 novembre 2000) et l'autre concernant les accords de spécialisation et de production en commun (règlement [CE] n° 2658/2000 du 29 novembre 2000). Ces deux règlements étaient accompagnés de lignes directrices de portée plus générale, relatives au traitement concurrentiel des accords de coopération horizontale, qui dataient du 6 janvier 2001.

Les travaux sur les projets de texte, qui se sont poursuivis tout au long de l'année, ont fait l'objet d'un suivi attentif de l'Autorité de la concurrence, qui possède une expérience significative en matière d'échanges d'informations, et qui s'est notamment prononcée par un avis informel, daté du 25 juin 2010, sur les grandes lignes de cette révision. L'Autorité de la concurrence a aussi participé à la réunion des experts des différentes ANC du REC destinée à lancer ce processus de révision, qui s'est tenue le 2 février 2010 à Bruxelles, ainsi qu'à deux comités consultatifs (14 avril et 30 novembre 2010), au cours desquels elle a formulé de nombreuses observations.

Par rapport aux textes de 2000, les avancées les plus notables concernent les lignes directrices, qui consacrent pour la première fois d'importants développements aux échanges d'informations entre concurrents et clarifient le traitement concurrentiel à réserver aux accords de standardisation, notamment ceux mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle. Dans ce dernier cas, les lignes directrices consacrent une nouvelle zone de sécurité permettant aux organismes de standardisation d'évaluer en amont, au regard des éléments décrits dans les lignes directrices, si les standards qu'elles produisent sont compatibles avec les règles de concurrence.

Concernant les échanges d'informations entre concurrents au regard de l'article 101 TFUE, le texte des lignes directrices révisées présente une grille de lecture claire et détaillée aidant à en apprécier la licéité au regard des règles de concurrence. Cette grille de lecture est cohérente avec la pratique développée par l'Autorité dans ses décisions et avis à ce sujet.

L'Autorité de la concurrence a approuvé l'approche « *graduée* » retenue dans les lignes directrices, qui permet un traitement fin de ces pratiques complexes, à apprécier en dissociant trois types d'échanges anticoncurrentiels, en fonction de l'examen qui peut en être fait au cas par cas : (1) les échanges d'informations anticoncurrentiels par objet car accessoires à des pratiques de cartels (2) les échanges anticoncurrentiels autonomes dont l'objet peut être tenu pour restrictif de concurrence, comme des échanges portant sur des intentions de prix, et, enfin (3) les échanges pouvant être considérés comme restrictifs de concurrence en raison de leurs effets, actuels ou potentiels, en fonction de la structure des marchés en cause, ainsi que leurs caractéristiques et modalités conformément à la jurisprudence « *John Deere* » de la Cour de justice<sup>11</sup>.

Les nouveaux textes ont été approuvés par le collège des commissaires le 14 décembre 2010 et les nouveaux règlements d'exemption par catégorie sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

### ***Les groupes d'experts « horizontaux »***

#### **Le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales**

Ce groupe de travail réunit les représentants des ANC pour examiner des questions relatives aux méthodes de travail des autorités de concurrence. Il vise à identifier les points importants sur lesquels un échange et le cas échéant une convergence sont utiles pour assurer la mise en œuvre cohérente et effective des règles de concurrence.

Son champ d'activité, qui avait été étendu une première fois pour couvrir l'ensemble des questions de fond pouvant être soulevées en relation avec la coopération entre autorités, l'a été une nouvelle fois en 2010, suite à une décision des directeurs généraux, pour englober également les questions de procédure.

Deux premiers projets notables ont été initiés dans ce cadre :

- une étude comparative a été lancée en janvier 2010 sur les pouvoirs d'enquête (inspections, auditions et demandes de renseignements) et leur mise en œuvre par les différents membres du REC ;
- une étude similaire a été initiée sur les processus décisionnels (conduisant à des sanctions ou à des mesures alternatives, comme dans le cas de l'acceptation d'engagements) au sein du REC.

<sup>11</sup>. CJCE, 28 mai 1998, *John Deere c/Commission*, C-7/95P, *Rec.* p. I-3111.

En parallèle de ces deux projets qui, compte tenu de leur champ se prolongeront sur l'année 2011, les membres du groupe de travail ont évoqué des sujets plus ciblés comme la coordination entre autorités en cas de procédures parallèles portant sur des faits similaires.

### **Le groupe de travail sur la lutte anticartels**

Le 21 janvier 2010, le groupe de travail du REC sur la lutte anticartels s'est réuni pour la première fois. Constitué à partir de l'ancien groupe de travail sur la clémence, ce groupe s'est vu confier un double mandat. D'une part, il vise à permettre de continuer à croiser les points de vue sur des thèmes relatifs à la clémence et d'échanger sur les meilleures pratiques en la matière. D'autre part, il a pour but d'aider à réfléchir à la mise en œuvre d'une véritable politique européenne de lutte contre les cartels, en partageant les expériences sur les autres outils prévus à cet effet et en faisant converger les approches sur la façon de procéder en pratique pour atteindre les résultats escomptés en matière de détection et de dissuasion de ces pratiques, qualifiées d'« *injustifiables* » par l'OCDE.

Trois réunions du groupe ont eu lieu en 2010 (janvier, mai et octobre). Ce rythme devrait être maintenu pour l'année 2011. L'Autorité de la concurrence, qui a été l'une des ANC à l'origine de sa constitution, y assume un rôle particulièrement actif. Elle a organisé, dans ses locaux, la deuxième réunion du groupe le 28 mai 2010.

À côté des problématiques d'ordre pratique concernant la clémence qui continuent d'occuper une place importante dans l'ordre du jour, ce groupe de travail a eu l'occasion de lancer des pistes de réflexion sur divers sujets qui sont traités de façon très différente par les membres du REC, comme les procédures de transaction ou la coopération entre autorités, en cas de demandes de clémence multiples.

Deux projets notables ont été initiés en 2010. D'une part, sur la base des conclusions de l'état des lieux dressé à la suite de la mise en place du programme modèle de clémence du REC (corédigé en 2006 par la France et le Royaume-Uni), les moyens d'assurer une cohérence plus poussée en matière de clémence sont à l'étude. D'autre part, un examen de la façon dont pourrait être améliorée l'articulation entre les sanctions imposées aux entreprises et les sanctions individuelles a été entamé. Ces deux projets de fond se prolongeront sur l'année 2011.

### **Le groupe de travail sur les concentrations**

Le groupe de travail sur les concentrations, créé en 2010, s'est réuni les 29 janvier, 24 juin et 27 octobre 2010. Il poursuit un double objectif.

D'une part, il constitue un réseau d'experts permettant l'échange et la diffusion de bonnes pratiques en matière d'examen des projets de concentration (contrôlabilité des opérations, délimitation des marchés, effets unilatéraux, effets verticaux, effets congloméraux, critères de détermination des remèdes appropriés, etc.).

D'autre part, il stimule et favorise la coopération au cas par cas entre autorités de concurrence compétentes pour examiner une même opération, qu'il s'agisse d'autorités nationales uniquement ou d'autorités nationales en lien avec la Commission

européenne. Après avoir dressé un bilan des outils existants et des expériences pratiques à ce jour, il a été décidé de rédiger des bonnes pratiques visant à encourager la participation des parties aux opérations et à la coopération entre autorités. L'utilité d'un tel groupe de travail apparaît clairement au regard du bilan de l'activité décisionnelle de l'Autorité et de la multiplication des renvois de la Commission européenne vers la France, au nombre de quatre en 2009-2010 sur le fondement de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 (SNCF-CDPQ/Keolis-Effia ; Tarmac/Eurovia ; Univar/Eurochem et Veolia/Transdev), alors que le dernier renvoi concernant une opération d'ampleur datait de 2001 et qu'aucune décision de renvoi n'avait été prise depuis 2002.

## *Développements sectoriels*

En 2010, les cas individuels de pratiques anticoncurrentielles et les travaux relatifs à la mise en œuvre des règles de concurrence se sont concentrés sur sept principaux secteurs : le secteur agroalimentaire, les services financiers, l'énergie, les produits pharmaceutiques et de santé, les télécommunications, les transports et l'environnement.

### **Agroalimentaire**

Des travaux avaient été engagés en 2009 au sein du REC pour apporter une expertise en droit de la concurrence au groupe à haut niveau sur le lait, créé à l'initiative du commissaire en charge de l'agriculture. En novembre 2009, l'Autorité de la concurrence avait été élue, conjointement avec le Bundeskartellamt, afin de représenter les ANC aux côtés de la DG Concurrence dans le cadre de ces réflexions. À ce titre, l'Autorité a été invitée aux réunions du Groupe à haut niveau sur le lait, qui réunit les ministères de l'agriculture sous l'égide de la DG Agriculture de la Commission, les 23 février et 16 mars 2010.

Des travaux permettant de dresser le bilan de l'application des règles de concurrence au secteur agricole et, notamment, des flexibilités que celui-ci offre pour permettre de renforcer le pouvoir de négociation des éleveurs vis-à-vis des transformateurs, ont été menés dans ce cadre. Ils ont conduit à la rédaction d'un document de travail technique et d'une brochure destinée au grand public, qui ont été rendus publics ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/documents\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/documents_en.html)).

Ces textes permettent de clarifier la façon dont les autorités de concurrence conduisent leur analyse concurrentielle dans leurs fonctions contentieuses. Ils rappellent ainsi que, indépendamment de la fin des quotas, les producteurs peuvent, sous certaines conditions de parts de marché, se regrouper pour commercialiser des produits en commun, utiliser des équipements communs (notamment pour la collecte), produire en commun ou vendre leur production sous la même marque, voire pour transformer eux-mêmes leurs produits en commun. Ces coopérations peuvent couvrir tout ou partie des différentes étapes de la chaîne. Elles peuvent aussi utiliser, ou non, le modèle coopératif et s'accompagner, ou non, selon certaines

conditions, d'un transfert de propriété entre le producteur et l'organe commun. Par exemple, une structure de négociation commerciale créée par des producteurs pourrait agir sur mandat de ces derniers, afin de négocier au mieux les prix et les conditions contractuelles avec différents transformateurs.

Ces textes confirment donc l'analyse qu'avait menée l'Autorité dans son avis sur le secteur du lait du 2 octobre 2009, qui avait ouvert la voie en analysant le fonctionnement du secteur laitier à la demande de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat. D'autres ANC avaient ensuite conduit leur propre enquête sectorielle, en particulier le Conseil de la concurrence roumain, le NMa (Pays-Bas), la Comisión nacional de competencia (Espagne), le Bundeskartellamt (Allemagne), l'Autoridade da concorrência (Portugal) et la Commission pour la protection de la concurrence (Bulgarie).

Lors de sa réunion du 13 juillet 2010, le sous-groupe du REC compétent en la matière a fait le point sur ces travaux et sur le projet de conclusions du Groupe à haut niveau sur le lait. Ces analyses ont débouché sur la résolution qui a été adoptée par la réunion des directeurs généraux des 16 et 17 novembre 2010 (voir *supra*).

### Services financiers

En matière de services financiers, les travaux relatifs aux services de paiement se sont poursuivis et un nouveau groupe de travail sur les services financiers a été créé, compte tenu des affaires individuelles concernant ce secteur.

La création d'un espace unifié des paiements au sein du marché intérieur ne passe pas seulement par l'harmonisation des règles applicables aux opérations de paiement, telles que fixés dans la directive n° 2007/64/CE et le règlement (CE) n° 924/2009 du 16 septembre 2009, mais également par l'analyse des pratiques constatées dans le secteur des moyens de paiement et des services financiers, ainsi que l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, à moins que celles-ci ne soient susceptibles d'être exemptées au regard de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE.

L'application des règles de concurrence se concentre autour de deux principaux thèmes : 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, commerçants et consommateurs.

Lors des groupes de travail des 2 juin et 7 octobre 2010, les experts ont présenté les affaires traitées au niveau des ANC (dont la décision 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement). Ils ont également évoqué le suivi des mesures prises par Mastercard en vue de l'exécution de l'injonction prononcée par la Commission à son encontre le 19 décembre 2007 et échangé sur l'évolution des discussions entre la Commission européenne et Visa Europe en vue de la conclusion de la procédure ouverte en

2009 par une décision validant des engagements, sur le fondement de l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003. S'agissant du dernier point, les discussions relatives au test d'indifférence du commerçant, qui peut être un moyen d'aider à déterminer le niveau de CMI adéquat de façon à ce que les commissions de service n'excèdent pas, en moyenne, les avantages transactionnels que les commerçants retirent de l'acceptation des cartes de paiement, dans le cadre de l'examen du respect des conditions résultant de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE se sont ainsi poursuivies. À la suite de ces échanges, la Commission européenne a obtenu, à l'issue d'un test de marché, l'avis positif du comité consultatif sur son projet de valider les engagements proposés par Visa Europe pour se conformer à l'article 101 du TFUE en matière d'opérations de paiement transfrontalières réalisées par cartes de débit immédiat. Ces engagements prévoient un plafonnement à 20 points de base de la moyenne pondérée annuelle de certaines CMI, qui a été évalué à l'aune du test d'indifférence du commerçant, des mesures de transparence et de publicité, le maintien de l'interdiction du *blending*, c'est-à-dire l'interdiction de différencier le CMI selon les différentes cartes faisant partie du système Visa, ainsi que l'engagement de poursuivre l'abstention d'inclusion de clause d'exclusivité dans les contrats conclus avec les commerçants.

Le nouveau groupe de travail sur les services financiers s'est, pour sa part, réuni les 3 juin et 8 octobre 2010.

La première réunion a été consacrée aux marchés de gros, et en particulier à la présentation des futures initiatives de la Commission européenne, aux études sectorielles conduites par différents membres du REC sur différents thèmes (marges bancaires, ventes liées, syndication de prêts, cumul des rôles de conseil et de prestataire de service financier, effets sur la concurrence de la croissance des marchés de gré à gré, échange d'informations confidentielles entre concurrents du fait de participations croisées minoritaires) et à la détection de possibles pratiques anti-concurrentielles, qu'il s'agisse de pratiques concertées ou unilatérales.

La seconde réunion s'est intéressée aux marchés de détail. Les experts ont échangé leurs analyses sur les décisions en matière d'échanges d'informations stratégiques et confidentielles sur les clients entre établissements bancaires, la délimitation des marchés de détail en matière de concentrations, ainsi que leurs activités d'enquête sectorielle et de recommandation aux gouvernements en matière de ventes liées et de mobilité bancaire.

L'Autorité a présenté à ce titre ses deux récentes décisions en matière de concentrations bancaires (décisions 09-DCC-016 du 22 juin 2009, relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire et 10-DCC-116 du 10 septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la banque Société Marseillaise de Crédit par le groupe Société Générale-Crédit du Nord), ainsi que les suites données par le législateur, avec l'adoption de l'article 21 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 à l'avis 09-A-49 du 7 octobre 2009 relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier, qui recommandait de séparer les offres de prêt et d'assurance et de mettre en place

un mécanisme assurant à un emprunteur qu'il pourra faire accepter au prêteur un contrat d'assurance souscrit auprès d'un autre établissement.

### Énergie

La consolidation du marché intérieur de l'énergie assurée par les règlements (CE) n<sup>os</sup> 713/714 et 715/2009 et par les mesures de transposition des nouvelles directives n<sup>os</sup> 2009/72 et 73/CE du 14 août 2009, doit être accompagnée, dans les cas où c'est nécessaire, par des décisions individuelles en matière de mise en œuvre des règles de concurrence.

Quatre affaires se sont conclues, à l'issue d'un test de marché, par la validation d'engagements en application de l'article 9 du règlement (CE) n<sup>o</sup> 1/2003.

La première décision en date du 14 avril 2010 concernait le transport d'électricité. La Commission européenne a accepté des engagements de la Svenska Kraftnät permettant de résoudre des préoccupations de concurrence relatives à une possible discrimination dans l'allocation de capacités de transport d'électricité à des fins d'exportation de la Suède vers le Danemark, et, indirectement, vers la zone du Nord Pool (incluant la Norvège et la Finlande). De nouveaux mécanismes de marché ont été mis en place pour établir des signaux de prix permettant d'améliorer le fonctionnement des interconnexions transfrontalières. À compter de la date de la notification de la décision, la Svenska Kraftnät s'est engagée à accroître le *counter trade* (négociation directe entre la Svenska Kraftnät, les autres gestionnaires de réseaux et les grands comptes de contreparties tarifaires à une réduction ponctuelle de leur consommation pour réduire les flux en cas de congestion sur les interconnecteurs), et à partir de novembre 2011, à, d'une part, établir une partition de la Suède en au moins deux zones tarifaires flexibles visant à créer des signaux de prix favorisant l'augmentation des quantités d'électricité injectées sur le réseau ou, inversement, la réduction de la consommation, et, d'autre part, à construire et exploiter une nouvelle ligne de transport de 400 kV entre Stenkullen et Strömme-Lindome en raison de contraintes techniques propres à cette zone.

Les trois autres décisions portent sur le transport de gaz.

Dans ses décisions du 17 mars et du 4 mai 2010, la Commission européenne a validé des engagements d'EDF et d'E.ON visant à répondre à des préoccupations de concurrence relatives au possible verrouillage de capacités de transport de gaz. Chacun de ces opérateurs s'est engagé à remettre chaque année sur le marché des capacités de transport sous la surveillance du régulateur sectoriel compétent et à diminuer la part des capacités globales qu'il a réservées à son profit sur son propre réseau, éventuellement au moyen d'investissements visant à augmenter la capacité totale du réseau. Ils autorisent ainsi les opérateurs concurrents à acquérir et acheminer effectivement les volumes de gaz achetés auprès de producteurs étrangers.

Dans sa décision ENI du 29 septembre 2010, la Commission européenne a accepté les engagements d'ENI de cession à des tiers de participations dans des gazoducs internationaux assurant le transit vers l'Allemagne, la Suisse et l'Autriche afin de répondre à des préoccupations de concurrence portant sur de possibles pratiques

de refus de libération de capacités de transport à la demande de concurrents, de sous-évaluation des capacités disponibles sur le réseau, de dégradation de la qualité de la capacité offerte aux expéditeurs de gaz tiers et de limitation stratégique d'investissements.

Par ailleurs, le groupe de travail en matière d'énergie s'est réuni le 14 décembre 2010 à l'issue d'ateliers préparatoires ayant permis de dégager des enseignements de la pratique décisionnelle et d'enquêtes sectorielles de la Commission européenne et des ANC sur l'application de l'article 102 du TFUE en matière de verrouillage de l'accès aux réseaux de transport de gaz, de fourniture d'électricité et de stockage du gaz.

## Produits pharmaceutiques et santé

À la suite de l'enquête sectorielle de la Commission européenne sur la pénétration des médicaments génériques sur les marchés de l'Union européenne et de l'étude des transactions conclues entre les laboratoires princeps et les génériqueurs, le sous-groupe sectoriel spécialisé dans ces matières s'est réuni en juin 2010 pour poursuivre ses travaux relatifs aux méthodes de délimitation des marchés et de détection des pratiques unilatérales, notamment de dénigrement, d'élévation des barrières à l'entrée et de manipulation des systèmes de protection de la propriété industrielle.

## Télécommunications

Comme pendant les années précédentes, le groupe des experts du REC en matière de technologies et de réseaux de télécommunications a donné lieu à une réunion, le 7 mai 2010. Il a permis d'échanger sur des sujets d'actualité partagés par plusieurs de ses membres. Deux thèmes, qui touchent tant l'activité contentieuse au sens strict que l'activité consultative et d'*advocacy* relative à la politique de concurrence, ont principalement été abordés.

Premièrement, le groupe de travail s'est attaché à faire un point panoramique sur les pratiques restrictives de concurrence récemment sanctionnées dans le secteur de la téléphonie mobile. Les échanges ont plus particulièrement porté sur les pratiques de discrimination entre les tarifs *on-net* (appels ou messages textuels au sein du réseau d'un même opérateur) et les tarifs *off-net* (appels ou messages textuels à destination du réseau d'un opérateur concurrent). Ces pratiques, notamment sanctionnées en France dans la décision 09-D-36 du 9 décembre 2009, ont été relevées par de nombreuses ANC à travers l'Europe et ont potentiellement pour effet d'artificiallement favoriser la position d'un opérateur dominant par des « *effets clubs* ». Ainsi, l'Autorité de la concurrence française, le Conseil de la concurrence belge et l'ANC danoise, qui, chacune, ont rendu des décisions d'infraction sur ce sujet, ont pu utilement comparer leurs méthodes d'analyse pour qualifier ces types d'infractions, mais aussi partager leur expérience respective avec les autres ANC, qui connaissent ou pourront avoir à connaître de ce type de pratiques dans le futur.

Deuxièmement, des échanges plus prospectifs ont eu lieu sur la question du déploiement et de l'accès aux réseaux de nouvelle génération dans le secteur des télécoms, comme la fibre optique actuellement en cours de déploiement en France. Dans ce cadre, les ANC ont eu l'opportunité de discuter de la recommandation de la Commission européenne, encore en projet à l'époque, sur le déploiement de ces types de réseaux, afin d'éviter la reconstitution de goulots d'étranglement artificiels, mais aussi de formuler des propositions informelles d'amélioration pour rendre ce texte le plus solide et cohérent possible. Ce fut également l'occasion pour les ANC s'étant déjà prononcées sur ces questions au niveau national, comme le Bundeskartellamt ou l'Autorité de la concurrence, d'apporter leurs retours d'expérience et d'insister sur les actions qu'elles mènent actuellement sur ce sujet.

### Transports

Suite à une décision de la réunion des directeurs généraux de fusionner les groupes de travail « *transport maritime* » et « *transport ferroviaire* » en un groupe unique étendu à l'ensemble des moyens de transport, la première réunion du nouveau groupe de travail « *transports* » a eu lieu le 27 octobre 2010.

Cette première réunion avait pour but d'identifier un possible programme de travail. Elle a permis d'identifier de nombreuses problématiques d'intérêt commun dans le secteur ferroviaire, notamment sur le fret et la gestion des gares, sur laquelle l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de présenter son premier avis rendu sur autosaisine.

L'année 2011 devrait donner lieu à plusieurs réunions dédiées à ces différents modes de transport. Sur la base de son activité récente, et notamment de sa contribution qu'elle a fait parvenir à la *DG Move* dans le cadre de sa consultation publique sur l'allocation des créneaux aéroportuaires dans l'Union, l'Autorité devrait être particulièrement active dans les réunions dédiées aux transports aérien et ferroviaire.

## Activité relative à l'instruction des cas

### *Activité liée aux cas instruits par l'Autorité*

Le règlement (CE) 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 TFUE (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 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 (CE) n° 1/2003 (ci-après « 11 § 3 ») dispose que « *les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres* ».

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

L'élément qui déclenche la mise sur le réseau d'une affaire réside dans la possible application du droit de l'Union des pratiques anticoncurrentielles et donc dans la potentielle affectation sensible du commerce entre États membres. Cet examen est effectué *prima facie* par les services d'instruction aux seules fins de l'information du réseau dans le délai prévu par le règlement, sans préjudice de l'appréciation ultérieure lors de l'enquête, et, *a fortiori*, de l'appréciation du collège lors de la prise de décision finale.

Concernant la mise sur le réseau des fiches 11 § 3, l'Autorité a diffusé 21 fiches 11 § 3 sur le réseau en 2010, ce qui double presque le nombre de fiches diffusées en 2009 (11).

Parmi les 27 États membres de l'Union européenne, en 2010, la France reste le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches 11 § 3 sur le réseau. Entre le 1<sup>er</sup> mai 2004 et le 30 novembre 2010, les autorités françaises de concurrence ont mis 192 cas sur le réseau (dont 129 pour l'Autorité de la concurrence), suivies par le Bundeskartellamt de l'Allemagne (130), l'AGCM de l'Italie (84) et le GVH de Hongrie (81).

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 (CE) 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 (CE) 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* ».

Cette obligation d'informer la Commission est limitée aux décisions ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission et des autres ANC est facultative.

Compte tenu de la séparation des fonctions d'instruction et de décision pour les décisions susceptibles d'aboutir à une sanction ou une injonction, l'Autorité communie à la Commission, dans cette hypothèse, au titre de ses obligations prévues à l'article 11, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 (fiche « 11 § 4 ») non pas un « projet de décision », mais la notification des griefs et le rapport établis par le rapporteur en charge de l'affaire.

En 2010, l'Autorité de la concurrence a mis 12 « fiches 11 § 4 » sur le réseau (contre 7 en 2009). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence garde la tête en nombre de cas « 11 § 4 » mis sur le réseau. Entre le 1<sup>er</sup> mai 2004 et le 30 novembre 2010, l'Autorité de la concurrence a diffusé 71 cas « 11 § 4 » sur le réseau, suivi à nombre égal (61) par le Bundeskartellamt et l'autorité italienne.

Afin de permettre un suivi global des affaires traitées par les autorités de concurrence, le règlement (CE) n° 1/2003 a également prévu la fiche type dite de « *closed case* ». Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du réseau de l'issue de leurs procédures. L'Autorité de la concurrence a opté pour une information systématique des membres du réseau à ce stade. Elle a communiqué 18 cas de ce type en 2010 (contre 16 en 2009).

### Le dessaisissement (article 11 § 6)

Le règlement (CE) 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 de l'Union européenne.

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

## *Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne*

### **Les auditions (article 27)**

L'article 27 du règlement (CE) n° 1/2003 prévoit les règles applicables aux auditions. C'est le règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 du TFUE) qui régit le droit à être entendu des parties : « *La Commission donne aux parties auxquelles elle a adressé une communication des griefs l'occasion de développer leurs arguments lors d'une audition, si elles en font la demande dans leurs observations écrites.* » La Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

Les représentants des autorités de concurrence des États membres peuvent assister 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. L'Autorité de la concurrence participe systématiquement à toutes les auditions portant sur des pratiques anticoncurrentielles.

### **Le comité consultatif antitrust (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 (CE) 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 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.

En ce qui concerne les comités consultatifs portant sur des affaires contentieuses, l'année 2010 a été marquée par les premières mises en œuvre de la procédure de transaction de la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence, précurseur en ce genre de procédure, a étroitement suivies.

### **Le comité consultatif en matière de concentrations**

De façon identique à l'article 14 du règlement (CE) n° 1/2003 pour les cas antitrust individuels, l'article 19 du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises prévoit un mécanisme de consultation des autorités nationales compétentes en matière de concentrations. Ce mécanisme est néanmoins d'application plus limitée que celui prévu par l'article 14 du règlement (CE) n° 1/2003, car il ne s'applique pas à la majorité des décisions prises en matière de concentrations par la Commission européenne, mais concerne

uniquement les opérations les plus problématiques, qui donnent lieu à l'ouverture d'une phase 2 d'examen approfondi dans les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, sous c) du règlement (CE) n° 139/2004. Ces comités consultatifs, à l'occasion desquels la Commission européenne recueille l'avis de l'ensemble des autorités compétentes des États membres, portent tant sur les décisions d'autorisation, simples ou sous conditions, que sur les décisions d'interdiction.

Compétente pour connaître du contrôle des concentrations en France depuis le 2 mars 2009, l'Autorité a été désignée pour participer à ces comités consultatifs et y détient le droit de vote. En pratique, elle s'est investie activement, notamment par le biais des rapporteurs spécialisés du service des concentrations, pour participer à ces réunions en suivant chaque dossier de concentration soumis à une phase 2 communautaire depuis cette date. Ceci implique un travail significatif en amont dès l'ouverture de la phase 2 et la participation aux éventuelles auditions tenues à Bruxelles à la demande de la ou des parties notifiantes.

L'année 2010 a été marquée par la tenue de trois comités consultatifs, suite au passage en phase 2 de concentrations (une en 2009 et deux en 2010) portant sur des marchés pertinents variés. L'Autorité a suivi chacun de ces dossiers pour contribuer à renforcer la qualité de la décision finale, en collaboration avec la Commission européenne. Ces opérations ont donné lieu à une décision d'autorisation simple et à deux décisions d'autorisation sous conditions.

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

#### Les enquêtes (article 22)

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 101 et 102 du TFUE, le règlement (CE) n° 1/2003 a conféré aux autorités de concurrence la possibilité de s'assister mutuellement pour la réalisation d'enquêtes et de visites et saisies.

En effet, les membres du réseau ayant la responsabilité d'assurer de manière efficace la division du travail entre eux et une application cohérente des articles 101 et 102 du TFUE, il est apparu indispensable de leur donner une base juridique uniforme pour mettre en œuvre une assistance réciproque au stade de l'enquête.

L'article 22, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 offre donc la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toutes enquêtes et visites et saisies pour le compte de l'autorité d'un autre État membre. Ces enquêtes sont effectuées en application du droit national de l'autorité qui réalise effectivement les investigations.

Les mesures d'assistance peuvent aller, d'une simple audition de parties ayant leur siège social dans un autre État membre que celui auquel appartient l'autorité demanderesse, à des visites et saisies. Lorsque le droit national de l'autorité enquêtrice le permet, les agents de l'autorité demanderesse peuvent assister

passivement aux mesures d'enquête. Cela a notamment été le cas dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné ayant abouti à la décision 10-D-36 du 17 décembre 2010, à l'occasion de laquelle les autorités françaises ont sollicité l'assistance simultanée de deux autorités homologues, l'autorité tchèque et l'autorité autrichienne, et ont mandaté des agents afin d'assister passivement à des auditions conduites par l'autorité autrichienne.

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

Depuis que lui ont été confiés les pouvoirs de visites et saisies, l'Autorité de la concurrence n'a pas encore été sollicitée par une autre autorité nationale de concurrence sur le fondement de l'article 22, paragraphe 1.

Les articles 20 et 22, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 concernent les mesures d'enquête demandées par la Commission européenne. Comme en 2009, les agents de l'Autorité ont assisté la Commission européenne à trois reprises en 2010 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 membres du réseau. Aucune base légale ne conférait ces moyens d'action aux autorités de concurrence avant le 1<sup>er</sup> mai 2004. 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 (CE) 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 moyen de preuve, des informations qu'elles ont collecté 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 traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) peuvent circuler entre les membres du réseau, de manière verticale et horizontale, et être utilisées par chacun d'eux en tant que preuve, sous les réserves prévues par l'article 12 concernant l'utilisation des informations pour sanctionner une personne physique.

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 et 4, du règlement (CE) n° 1/2003, qu'en ce qui concerne les échanges opérés sur la base volontaire des dispositions de l'article 12.

En pratique, l'Autorité a utilisé l'article 12 formellement pour échanger des informations et des documents avec son homologue allemand à trois reprises ainsi qu'avec ses homologues britannique, espagnol et européen à, respectivement, une reprise en 2010.

Début 2010, l'équipe responsable de la gestion du réseau au sein du service juridique de l'Autorité de la concurrence a été renforcée. À cette occasion, le service juridique a pris en charge la rédaction de la plupart des réponses aux questions relatives à l'application du droit de l'Union européenne dans les États membres que les autorités de concurrence peuvent soumettre au réseau, indépendamment de cas concrets. Ces questions portent sur une grande variété de secteurs économiques et procédures du droit de la concurrence. L'Autorité de la concurrence reçoit annuellement une cinquantaine de questions de ce type, dont les deux tiers en provenance des pays de l'Est et des pays baltes.



# Étude thématique





# Étude thématique : concurrence et distribution

|   |    |
|---|----|
| <b>Introduction</b>   | 57 |
| Un secteur économique structurant   | 57 |
| L'investissement de l'Autorité  | 60 |
| <b>Les barrières à l'implantation de nouveaux établissements</b>  | 63 |
| <b>Les barrières réglementaires</b>   | 63 |
| Les barrières réglementaires liées à la législation sur l'urbanisme commercial                              | 63 |
| Les barrières réglementaires dans les départements d'outre-mer  | 69 |
| <b>Des barrières non réglementaires liées à certaines pratiques de gestion du foncier commercial</b>        | 71 |
| Le diagnostic général   | 71 |
| Les recommandations   | 74 |
| <b>Organisation des acteurs de la distribution et pouvoir de marché</b>                                     | 74 |
| <b>Analyse des relations au sein des réseaux de distribution</b>  | 75 |
| Gestion du foncier commercial   | 77 |
| Étanchéité des réseaux de distribution  | 78 |
| Les propositions formulées par l'Autorité   | 82 |
| <b>Le contrôle des concentrations</b>   | 84 |
| La question des seuils de contrôlabilité  | 85 |
| La question du niveau d'indépendance des magasins dans le cadre du contrôle                                 | 91 |
| Les délimitations des marchés pertinents et l'importance des parts de marché dans l'analyse concurrentielle | 96 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>Relations fournisseurs – distributeurs</b>  | 101 |
| <b>La puissance d'achat des distributeurs</b>  | 101 |
| Les sources de la puissance d'achat  | 103 |
| Les effets de la puissance d'achat sont souvent positifs pour les consommateurs                              | 105 |
| Les constats de pratiques anticoncurrentielles fondées sur la puissance d'achat demeurent relativement rares | 110 |
| Les effets ambigus de la puissance d'achat sur les producteurs et sur l'amont                                | 112 |
| Les effets ambigus de la puissance d'achat sur la concurrence entre distributeurs                            | 119 |
| <b>Distribution exclusive et sélective</b>   | 121 |
| La distribution exclusive  | 124 |
| La distribution sélective  | 127 |
| Commerce en ligne et réseau de distribution sélective ou exclusive   | 128 |
| <b>Le management catégoriel : analyse d'une nouvelle pratique</b>  | 133 |
| Une pratique nouvelle et relativement peu formalisée   | 134 |
| Les risques identifiés   | 134 |
| La mise en place d'une grille d'analyse  | 136 |
| <b>Conclusion</b>  | 137 |

# Étude thématique : concurrence et distribution

## Introduction

La distribution peut se définir comme la « *fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation* »<sup>1</sup>. Elle est l'une des incarnations de la notion économique de « marché », lieu de rencontre de l'offre et de la demande. Ainsi, le principe fondamental de la liberté d'entreprendre doit y prévaloir. Mais cette liberté s'exerce dans les limites posées par la loi. Dans ce contexte, la distribution entre dans le champ d'application du droit de la concurrence, lequel a pour mission de veiller à l'égalité des conditions d'accès aux marchés des entreprises tout en contribuant à protéger les intérêts des consommateurs et à satisfaire ainsi l'équilibre économique général. Les entreprises opérant dans ce secteur ont donc toute latitude d'organiser comme elles l'entendent leur réseau, leur stratégie, leurs contrats, pour autant qu'elles ne portent ce faisant atteinte à la concurrence. L'Autorité de la concurrence, qui est compétente pour y veiller comme en tout autre secteur, a fait de celui-ci une priorité compte tenu de son importance pour l'économie et de son incidence sur le bien-être et le pouvoir d'achat des Français. Elle s'est penchée au cours des trois dernières années sur de très nombreux aspects du fonctionnement concurrentiel, que ce soit en examinant au cas par cas des dossiers individuels (de concentration ou de pratique anticoncurrentielle alléguée) ou en effectuant un travail plus général de veille et, en tant que de besoin, d'alerte et de recommandation, travail qui ne se substitue en aucun cas au contentieux au cas par cas, mais permet de le replacer dans une perspective plus générale d'explication et d'expertise au bénéfice des acteurs eux-mêmes et des autres intéressés.

## *Un secteur économique structurant*

La distribution, qui fait le lien entre les activités économiques menées en amont et en aval, joue un rôle déterminant pour permettre aux producteurs d'accéder au marché aval, grâce aux distributeurs qui sont en relation directe avec les consommateurs. Le secteur de la distribution exerce une influence majeure sur la qualité de vie des citoyens car il conditionne l'accès à un large choix de biens, parmi lesquels

1. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

des produits de première nécessité. En amont, les distributeurs interagissent avec une grande variété d'acteurs, notamment des fournisseurs, mais également des entreprises de transport, des sociétés de logistique ou encore des fournisseurs d'énergie ou des collecteurs de déchets.

Toute mesure impactant le fonctionnement de ce secteur transversal a ainsi une incidence sur d'autres activités économiques et leurs acteurs respectifs. Les réponses apportées à un problème identifié doivent donc prendre en compte l'influence qu'elles auront également tout au long de la chaîne économique.

Les évolutions qu'a connu ces dernières décennies le secteur de la distribution, avec notamment l'émergence de la grande distribution et des magasins de *discount*, ont offert aux consommateurs un choix plus large mais ont surtout participé activement à la lutte contre les hausses de prix, y compris en période de crise. Les consommateurs ont ainsi pu disposer d'une part plus importante de leur revenu pour la consommation d'un éventail plus large de biens et de services, ce qui a stimulé en retour l'innovation et la croissance de l'économie.

Par ailleurs, la combinaison de la concentration et de l'intégration verticale a donné à certains distributeurs une puissance d'achat qui leur permet de négocier des conditions d'achat avantageuses. Ce pouvoir de négociation a induit une restructuration des activités des fournisseurs, lesquels cherchent une flexibilité et un pouvoir de négociation équivalents dans leurs chaînes d'approvisionnement respectives pour répondre aux exigences des distributeurs.

Même si elles ont contribué à l'augmentation de la concurrence, de la pression sur les marges et de la compétitivité de la chaîne économique, ces évolutions n'ont pas été sans effets sur les petits magasins indépendants, les producteurs de matières premières agricoles, les PME industrielles ou encore certaines catégories de consommateurs. Le secteur de la distribution, enjeu central des économies libérales, cristallise ainsi beaucoup d'attentes tant de la part des pouvoirs publics que des acteurs de la chaîne économique.

Un exemple en a été donné ces dernières années dans les importantes fluctuations de prix qu'a connues le secteur agro-alimentaire. Entre 2007 et 2008, les prix de plusieurs produits agricoles se sont ainsi fortement accrus, ce qui a entraîné une augmentation des prix des denrées alimentaires pour les consommateurs. Une nouvelle évolution en ce sens s'amorce depuis l'automne 2010. De nombreuses questions sont ainsi posées quant au fonctionnement de la chaîne agro-alimentaire.

Ces interrogations ne sont pas nouvelles. Elles ont fait l'objet de plusieurs rapports, dont le celui remis par Guy Canivet en octobre 2004, intitulé *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*<sup>2</sup>, le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française du 23 janvier 2008, rédigé sous la présidence de M. Jacques Attali<sup>3</sup>

2. G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », octobre 2004.

3. J. Attali, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », janvier 2008.

ou encore le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente remis par M<sup>me</sup> Marie-Dominique Hagelsteen le 12 février 2008<sup>4</sup>. Les parlementaires sont également particulièrement actifs dans ce domaine, comme l'ont montré les débats ayant précédé l'adoption de la loi de modernisation de l'économie.

Cette attention portée au secteur de la distribution n'est pas propre à la France. Ce secteur a fait l'objet d'enquêtes sectorielles dans de nombreux États membres de l'Union européenne comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas, les pays nordiques, l'Irlande, l'Espagne, le Portugal ou la Roumanie. En Allemagne, le Bundeskartellamt vient d'annoncer le lancement d'une enquête sectorielle qui visera à examiner les conditions de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement dans le secteur des produits alimentaires.

Au niveau de l'Union européenne, les questions liées à la distribution sont aussi particulièrement débattues. Ainsi, le Parlement européen s'est-il déclaré sur « *la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation* » (déclaration du 19 février 2008<sup>5</sup>). L'adoption de cette déclaration a recueilli la signature de plus de 430 parlementaires. Ce document témoigne d'une certaine méfiance vis-à-vis des « *grands supermarchés* » et de leurs « *supercentrales européennes* », accusés d'abuser de leur position dominante en portant atteinte tout à la fois aux fournisseurs, à l'emploi et à l'environnement, entraînant, en outre, « *une diminution de la palette de produits proposés [...] un appauvrissement du patrimoine culturel représenté et [...] une diminution du nombre de points de vente* ».

La Commission européenne, quant à elle, a publié le 9 décembre 2008 une communication sur les « *prix des denrées alimentaires en Europe* ». Cette communication, adoptée dans le contexte de la hausse des prix des denrées alimentaires, porte sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Dans ce document, la Commission a constaté un phénomène de consolidation concernant aussi bien les fournisseurs que les distributeurs. Elle a observé que ce mouvement de concentration pouvait conduire à des gains d'efficacité grâce à des économies d'envergure et d'échelle, notamment par le biais de la baisse des coûts logistiques, ce qui peut entraîner des pressions à la baisse sur les prix. Elle a néanmoins relevé un certain nombre de pratiques susceptibles de poser des problèmes de concurrence, comme les accords d'achats en commun, les prix de ventes imposés, mais également la commercialisation de produits sous marque de distributeurs, les ventes liées ou les accords d'approvisionnement. La communication de la Commission a ainsi dressé un bilan nuancé, s'agissant notamment de la question des centrales d'achat, qui peuvent avoir des effets positifs ou négatifs pour la concurrence selon les circonstances et nécessitent donc une analyse au cas par cas.

La Commission européenne a également adopté le 5 juillet 2010 un rapport intitulé *Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la*

4. M.-D. Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », février 2008.

5. Publié au JOUE du 6 août 2009, 2009/C 184 E/04.

*distribution à l'horizon 2020*. Le rapport et le document de travail des services de la Commission qui l'accompagne fournissent une analyse factuelle du secteur visant à identifier les éventuels dysfonctionnements de ce marché. Dans ces documents, la Commission analyse le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement, des fournisseurs aux consommateurs, identifiant une série de problèmes susceptibles de nuire au fonctionnement concurrentiel du secteur de la distribution, comme la complexité des règles sur l'urbanisme commercial. La Commission a aussi fait le constat d'un manque de règles ou de mise en œuvre efficace des règles régissant les pratiques commerciales déloyales et les relations contractuelles entre les différents acteurs.

Enfin, la Commission a adopté récemment le règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>6</sup>, en application duquel il faut désormais tenir compte, dans l'examen des accords verticaux, non seulement de la part de marché du fournisseur, comme c'était le cas sous l'empire du précédent règlement (CE) n° 2790/99, mais également de la puissance d'achat des distributeurs.

### ***L'investissement de l'Autorité***

Les interactions, parfois conflictuelles, de la distribution avec les opérateurs présents aux divers stades du processus de production peuvent ainsi induire des comportements susceptibles d'être appréhendés par le droit de la concurrence. L'activité du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence, en matière consultative comme en matière contentieuse, reflète la diversité et l'abondance de ces problématiques concurrentielles.

Les relations de distribution peuvent, d'abord, conduire certaines entreprises à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, d'entente ou d'abus de position dominante. Ainsi, certains producteurs ou certains distributeurs peuvent s'entendre horizontalement – avec un ou plusieurs de leurs concurrents – sur les prix qu'ils pratiquent ou sur la répartition de certains marchés géographiques ou de certains clients. Des opérateurs, figurant à des niveaux différents du processus de production, peuvent aussi s'entendre verticalement, afin de s'abstraire du jeu de la concurrence. Enfin, des opérateurs en situation de position dominante peuvent, par certaines de leurs actions, abuser de cette position pour s'affranchir du jeu concurrentiel. Certaines de ces pratiques peuvent néanmoins s'avérer justifiées, au cas par cas, par des gains d'efficacité dont une partie équitable est retransmise aux consommateurs.

Outre l'examen des pratiques individuelles des opérateurs, l'Autorité a pour attribution d'appréhender des questions structurelles, notamment dans le cadre du contrôle des concentrations, les opérations de croissance externe des entreprises cherchant parfois à accroître ainsi leur pouvoir de marché.

<sup>6</sup>. JOUE n° L 102, 23 avril 2010.

Si ces problématiques et d'autres, comme l'incidence des réglementations applicables ou la montée en puissance du commerce en ligne, valent quel que soit le secteur économique concerné, elles se posent avec une acuité particulière dans le cas du commerce et de la distribution alimentaire, dont la dynamique concurrentielle est aujourd'hui fragile à certains égards.

En France, les barrières à l'entrée, notamment réglementaires, sont peut-être plus importantes que dans le reste de l'Union européenne. L'existence d'une réglementation telle que par exemple la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite «loi Galland», qui visait à rendre effective l'interdiction de la revente à perte en imposant une définition du seuil de revente à perte, a eu, en pratique, pour effet de faciliter le déplacement des négociations commerciales du prix unitaire facturé vers les réductions de prix hors factures et les accords de coopération commerciale, c'est-à-dire en faveur de l'augmentation des « marges arrière ». La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a montré que la loi Galland avait pu constituer le terreau de pratiques d'ententes et d'abus de position dominante.

Une autre particularité du secteur de la distribution en France est sa forte concentration. L'Autorité a ainsi relevé dans un récent avis sur les contrats d'affiliation<sup>7</sup> qu'en 2008, les grandes surfaces d'alimentation générale (hypermarchés, supermarchés et magasins de *hard discount*) fournissaient plus des deux tiers du marché des produits alimentaires, l'alimentation spécialisée et l'artisanat commercial (boulangeries, boucheries, charcuteries) environ un sixième, les petites surfaces d'alimentation générale et les magasins de produits surgelés ne représentant que moins d'un dixième du marché. Les grandes surfaces d'alimentation générale se partagent en deux formats principaux : les supermarchés représentaient 41 % du chiffre d'affaires du secteur et les hypermarchés 56 %. Au premier semestre 2009, les six principaux groupes de distribution à dominante alimentaire, tous d'origine française (Auchan, Carrefour, Casino, E. Leclerc, ITM Entreprises et Système U), détenaient près de 85 % de parts de marché.

Au niveau des zones de chalandise, une même configuration semble exister, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité, comme le montrent les données récoltées durant l'enquête sectorielle menée par l'Autorité dans le cadre de l'avis précité. Ainsi, s'agissant des hypermarchés, au moins 40 % des zones de chalandise où étaient présents les distributeurs ayant répondu à l'enquête peuvent être considérées comme concentrées. S'agissant du commerce de proximité, la concentration y est élevée dans plus de 85 % des communes échantillonnées et 65 % des communes de plus de 100 000 habitants. Le cas de Paris est particulièrement révélateur à cet égard puisqu'un opérateur (le groupe Casino) y détient, soit par le biais de magasins intégrés, soit par le biais de magasins affiliés, plus de 60 % des surfaces de vente, son suiveur immédiat en détenant moins de 20 % (le groupe Carrefour).

7. Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010.

Avant sa transformation en Autorité, le Conseil de la concurrence avait consacré de nombreuses ressources au secteur de la distribution. Il avait ainsi publié plusieurs avis notables comme l'avis 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, l'avis 00-A-02 du 4 février 2000 relatif à une demande d'avis sur un projet de réforme de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, l'avis 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée ou encore l'avis 07-A-12 concernant la législation relative à l'équipement commercial.

Le secteur de la distribution figure également au premier rang des priorités de la politique de concurrence de l'Autorité. En effet, c'est compte tenu du caractère prioritaire de ce secteur que l'Autorité a mis en œuvre, dès le premier semestre 2010, son nouveau pouvoir d'intervenir de sa propre initiative en matière consultative. Ainsi, le 25 février 2010, elle a décidé de procéder à une enquête sectorielle concernant les contrats d'affiliation des magasins indépendants et les modalités de gestion du foncier commercial. Le 19 mars 2010, elle a également lancé une enquête sectorielle concernant les contrats de « management par catégorie » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs. Ces deux enquêtes ont débouché sur deux avis rendus le 7 décembre 2010<sup>8</sup>. Ces avis s'inscrivent dans la continuité des analyses antérieures de l'institution.

Par son rôle consultatif, l'Autorité peut s'exprimer sur toute question de concurrence et, le cas échéant, faire des propositions dans ses avis. À la différence d'une décision contentieuse, ces avis, visant à fournir des grilles d'analyse et nourrir la réflexion, ne comportent pas de qualification juridique ni ne mettent en cause des pratiques qui pourraient être individuellement reprochées à tel ou tel acteur. Ils s'appuient simplement sur des premières analyses, fouillées mais nécessairement moins individualisées que celles qui seraient effectuées dans le cadre d'affaires individuelles, pour en tirer des enseignements sur le fonctionnement d'un secteur, sur les enjeux concurrentiels d'un type de pratique donné, etc. Ces enseignements, non contraignants pour les intéressés, peuvent néanmoins les éclairer, les guider et, dans certains cas, les faire réfléchir à l'opportunité de faire évoluer leur comportement s'ils l'estiment approprié. Ils peuvent aussi, en particulier lorsqu'ils sont assortis de recommandations, inspirer des réflexions, voire des réformes, aux pouvoirs publics.

Au cours de la période récente, l'Autorité a ainsi pleinement utilisé ses fonctions de recommandation aux pouvoirs publics et d'étude sectorielle. Son expérience en la matière rejoint les conclusions de la Commission européenne relatives à l'urbanisme commercial et à l'interdiction de la revente à perte, et les complète sur d'autres questions, comme celle du commerce en ligne. L'avis qu'elle a rendu sur les relations contractuelles entre groupes de distribution et magasins affiliés devrait contribuer à affiner l'analyse de la concurrence au niveau local et de la gestion du foncier commercial.

---

8. Avis 10-A-25 et 10-A-26 du 7 décembre 2010.

La présente étude a pour objet de dresser un bilan concurrentiel du secteur à travers les principales problématiques rencontrées par le Conseil puis par l'Autorité au cours des dernières années.

Dans sa première partie, elle présente les facteurs, liés tant à l'environnement qu'aux pratiques des différents acteurs, qui peuvent entraver l'implantation de nouveaux établissements. Dans sa deuxième partie, elle s'intéresse à la façon dont les opérateurs du secteur structurent leurs organisations, tant du point de vue interne que par le biais d'acquisitions, éventuellement susceptibles d'être examinées sous l'angle de l'outil spécifique du contrôle des concentrations. Dans une dernière partie, elle aborde les principales problématiques verticales du secteur.

## Les barrières à l'implantation de nouveaux établissements

En France, la croissance rapide de la grande distribution dès les années 1960 a suscité des craintes relatives à l'affaiblissement du petit commerce. Le législateur a cherché, par le contrôle du développement des grandes surfaces alimentaires, à concilier les objectifs de protection du petit commerce et de promotion d'une offre variée et de prix aussi concurrentiels que possible pour les consommateurs. Il a ainsi introduit des dispositions visant à réguler les implantations commerciales. Toutefois, cet environnement réglementaire, qui renforce la difficulté intrinsèque de trouver des emplacements adaptés à l'implantation d'une grande surface, tend parfois à freiner le libre jeu de la concurrence, au détriment des consommateurs.

A ces barrières à l'entrée de source réglementaire semblent s'en ajouter d'autres, qui sont dues à certaines pratiques de gestion du foncier commercial par les opérateurs eux-mêmes. Ainsi, sur l'ensemble du territoire français, de nombreuses contraintes limitent les possibilités d'implantation de nouveaux établissements.

### Les barrières réglementaires

#### *Les barrières réglementaires liées à la législation sur l'urbanisme commercial*

Le foncier commercial destiné à accueillir un commerce alimentaire ou à dominante alimentaire doit répondre à des critères en termes de surface (par exemple, en périphérie, le foncier nécessaire à l'implantation d'une surface est quatre à six fois plus important que la surface de vente), de localisation (de façon à être facilement accessible, situé à proximité des principaux bassins de vie et des axes de circulation), d'agencement (par exemple, pour le commerce de proximité, il est préférable que les locaux soient de plain-pied), et enfin de conformité au regard des plans locaux d'urbanisme, des schémas de cohérence territoriale et des plans d'occupation des sols.

Dès lors, les terrains ou immeubles permettant l'implantation d'une surface commerciale suffisamment étendue pour être attractive sont rares.

Le 12 décembre 2006, la Commission européenne adressait à la France un avis motivé dans lequel elle mettait en cause la législation relative à l'urbanisme commercial. La Commission estimait que certains aspects de la législation française étaient contraires aux principes de liberté d'établissement et de prestation de services, ainsi qu'à la directive n° 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive Services ».

Dans ce contexte, le gouvernement a mis en place une Commission de modernisation de l'équipement commercial, chargée de proposer une réforme de la législation. Cette commission a fait une liste de propositions, sur lesquelles le gouvernement a souhaité obtenir l'avis du Conseil de la concurrence.

Ainsi, dans l'avis 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation sur l'équipement commercial, le Conseil a examiné l'impact sur la concurrence des dispositions qui étaient alors en vigueur. Au vu d'un bilan concurrentiel qui s'est avéré négatif, il a formulé au gouvernement plusieurs propositions ayant induit certaines modifications législatives.

### **Le cadre législatif de l'urbanisme commercial**

À la date de la saisine du Conseil, la législation sur l'équipement commercial consistait en un régime d'autorisation préalable des ouvertures et extensions de surfaces commerciales. Ce régime d'autorisation résultait de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « loi Royer ».

La loi Royer avait pour objectif d'encadrer le développement de la grande distribution, en vue d'assurer un développement équilibré des différentes formes de commerce et, en particulier, de préserver les petits commerces de proximité en centre-ville. À cette fin, elle avait défini quatre orientations :

- l'affirmation de la liberté d'entreprendre dans le cadre d'une concurrence saine et loyale ;
- la récapitulation des objectifs caractéristiques du commerce (animation de la vie sociale, contribution à la compétitivité de l'économie nationale et à la qualité de vie) ;
- l'interdiction de l'écrasement de la petite entreprise et du gaspillage des équipements commerciaux ;
- la préservation des activités commerciales en centre-ville et dans les zones rurales.

En vue d'atteindre ces objectifs, la loi avait transformé la procédure d'examen préalable à la délivrance du permis de construire, instaurée par la loi n° 69-1263 du 31 décembre 1969 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, pour les commerces de plus de 3 000 m<sup>2</sup>, en procédure d'autorisation d'ordre économique, distincte du droit de l'urbanisme.

Initialement, la loi Royer exigeait une autorisation pour toute création ou extension de plus de 200 m<sup>2</sup> de commerces de plus de 1 000 m<sup>2</sup> dans les communes de

moins de 40 000 habitants et de plus de 1 500 m<sup>2</sup> dans les communes de plus de 40 000 habitants. Les autorisations étaient délivrées par des commissions départementales d'urbanisme commercial. Ces commissions statuaient essentiellement au regard du principe d'interdiction de l'écrasement de la petite entreprise, la mise en œuvre des trois autres orientations étant, dans les faits, passée au second plan. Par la suite, la loi Royer avait été modifiée par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, dite « loi Raffarin ». Cette dernière avait abaissé le seuil d'autorisation de 1 000 à 300 m<sup>2</sup> et avait transformé les commissions départementales d'urbanisme commercial en commissions départementales d'équipement commercial.

La loi Royer avait également été amendée par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », et la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite « loi SRU ». Ces lois avaient élargi le champ d'application de la loi Royer aux hôtels et équipements cinématographiques, institué une instance d'appel au niveau national et introduit de nouveaux critères à prendre en considération, de nature économique, environnementale, urbanistique ou encore tenant à la politique des transports.

L'application de la législation relative à l'équipement commercial pouvait ainsi paraître contestable en raison de son bilan concurrentiel négatif.

### Un bilan concurrentiel négatif

Dans son avis 07-A-12, le Conseil a dressé le bilan de la législation relative à l'urbanisme commercial.

Il a d'abord relevé que le régime d'autorisation préalable des ouvertures et extensions de surfaces commerciales n'avait qu'imparfaitement atteint son objectif principal de maintien d'un équilibre entre les différentes formes de commerce. Ce succès mitigé devait être mis en balance avec les effets sur la concurrence du régime d'autorisation préalable.

En effet, en instaurant une autorisation spécifique pour les surfaces de plus de 1 000 m<sup>2</sup>, la loi Royer avait institué une barrière réglementaire à l'entrée sur le marché et en durcissant les conditions d'obtention de cette autorisation, la loi Raffarin avait renforcé cette barrière.

À cet égard, la France était dans une situation extrême par rapport aux autres États pour lesquels des données étaient disponibles, ainsi que l'avait constaté l'OCDE<sup>9</sup>. En effet, dans l'ensemble des États étudiés, le secteur de la distribution se caractérisait par ses nombreuses barrières à l'entrée relatives, notamment, à la disponibilité et au prix du foncier. Mais, en France, l'obligation d'obtenir une autorisation administrative préalable, en fonction d'autres critères que ceux relevant de l'économie de l'installation envisagée, constituait un obstacle supplémentaire.

9. V. O. Boylaud et G. Nicoletti, « La réforme de la réglementation dans le commerce de détail », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 32, 2001, pp. 282-305.

De plus, cette barrière pesait sur les opérateurs de façon inégale en raison, d'une part, de l'existence d'un seuil et, d'autre part, d'un biais constaté dans l'attribution des autorisations en faveur des projets d'extension. Ainsi, le seuil exprimé en mètres carrés incitait les opérateurs à privilégier les petits formats, quand de plus grands formats auraient pu être plus efficaces. Tel a notamment été le cas s'agissant des ouvertures de maxi-discomptes. De plus, les commissions départementales d'équipement commercial étaient davantage disposées à accorder des autorisations d'extension que des autorisations d'ouverture, ce qui a favorisé les opérateurs en place.

Le régime d'autorisation préalable a donc engendré des distorsions de concurrence et modifié les incitations des opérateurs dans un sens qui n'était pas toujours celui recherché ni même anticipé par le législateur.

Cette barrière à l'entrée était plus importante encore pour les opérateurs étrangers car, pour ces derniers, la constitution du dossier de demande d'autorisation était complexe et la probabilité de se voir accorder une autorisation plus faible.

*In fine*, le régime d'autorisation préalable a eu des effets distorsifs sur le nombre d'opérateurs et sur les choix de ces derniers en matière d'investissement, de localisation, de mode de développement et, en définitive, sur la structure concurrentielle du marché. En particulier, il a limité les possibilités de croissance interne et, ce faisant, incité les opérateurs à se développer par croissance externe, favorisant alors la concentration du secteur et contribuant à renforcer la position des distributeurs en place dans leurs relations avec les fournisseurs.

Cette concentration du secteur et la consolidation de la puissance financière des principaux groupes de distribution qui en a résulté ont, en retour, pu contribuer à renforcer les barrières à l'entrée sur le marché pour les plus petits opérateurs et pour les nouveaux entrants. En effet, certains groupes ont pu acquérir la maîtrise foncière des zones éligibles à l'implantation d'équipements commerciaux, ce qui a abouti à faire obstacle à l'implantation de concurrents potentiels.

Au niveau local, la concentration du secteur s'est manifestée par l'existence de zones dans lesquelles seules une ou deux enseignes d'hypermarchés étaient présentes. La prise en compte des conditions d'exercice de la concurrence parmi les objectifs poursuivis par la législation sur l'équipement commercial n'a donc pas permis d'éviter l'apparition de zones dans lesquelles l'intensité de la concurrence est insuffisante.

Cette pénurie de concurrence a pu avoir un effet négatif sur les prix et sur l'emploi, en engendrant des hausses tarifaires défavorables aux consommateurs et en pénalisant les créations d'emplois.

En définitive, le régime d'autorisation préalable avait créé et renforcé des barrières à l'entrée sur le marché. Dès lors, le bilan en demi-teinte, s'agissant de l'objectif principal d'équilibre entre les différentes formes de commerce, et négatif, s'agissant de la concurrence, militait en faveur d'une réforme en profondeur.

### Les propositions formulées par le Conseil

Le Conseil a estimé que le régime d'autorisation administrative préalable s'était avéré insuffisant pour freiner le déclin du petit commerce, la dévitalisation des centres-villes et la désertification des zones rurales, lesquels avaient d'autres causes que le développement incontrôlé des grandes surfaces et pouvaient être résolus autrement, notamment grâce à l'attribution d'aides directes, par exemple, dans le cadre d'une politique d'aménagement du territoire.

En outre, l'exemple des autres États européens montrait qu'il était possible de ne soumettre l'implantation des surfaces commerciales qu'à une seule autorisation, sur la base de documents d'urbanisme, sans pour autant renoncer aux objectifs poursuivis par la législation française.

Aussi, à titre principal, le Conseil a recommandé, d'une part, de supprimer le dispositif de consultation des commissions départementales d'équipement commercial et, d'autre part, de réduire l'examen des projets d'installation et d'extension de surfaces commerciales à la seule instruction du permis de construire au regard du droit commun de l'urbanisme et des documents d'urbanisme de portée générale.

Néanmoins, une telle suppression présentait des risques, compte tenu du poids du passé et des caractéristiques propres à la grande distribution. En particulier, la présence d'opérateurs disposant d'une puissance financière importante et l'existence de positions dominantes locales pouvaient priver les consommateurs d'une partie des bénéfices attendus d'une telle réforme.

Le Conseil a donc préconisé d'accompagner la suppression du régime d'autorisation préalable par des mesures de nature à assurer un meilleur contrôle des risques liés à la constitution de positions dominantes. Il a ainsi recommandé d'abaisser les seuils du contrôle des concentrations pour tenir compte des intérêts des consommateurs et des enjeux de concurrence sur les zones de chalandise, spécifiques au secteur de la distribution. Il a également appelé de ses vœux la mise en place d'un dispositif permettant d'imposer des remèdes structurels, pour remettre en cause, en cas d'abus, les positions dominantes acquises, lorsque les seuls remèdes comportementaux se révéleraient insuffisamment efficaces.

Toutefois, dans l'hypothèse où le législateur opérerait plutôt pour un aménagement de la législation, le Conseil a proposé des améliorations de nature à réduire les atteintes à la concurrence. À tout le moins, il a donc préconisé de :

- rehausser les seuils d'autorisation, en rétablissant, *a minima*, le niveau antérieur à celui de la loi Raffarin ;
- supprimer les critères de nature économique en ce que ces critères tendaient à se substituer au marché en formulant des anticipations sur l'évolution de la demande et en portant un jugement sur la capacité d'un projet à satisfaire cette demande ;
- revoir la composition des commissions départementales d'équipement commercial ;
- abaisser le seuil d'examen des concentrations dans le commerce de détail, afin de mieux prévenir la constitution ou le renforcement de positions dominantes locales et de contrôler l'incidence des changements d'enseigne.

Ces recommandations ont été confortées par les propositions de la Commission pour la libération de la croissance, présidée par M. Jacques Attali, qui a remis son rapport au président de la République en janvier 2008. Dès le 1<sup>er</sup> février 2008, le Premier ministre et le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi ont annoncé le dépôt d'un projet de loi de modernisation de l'économie destiné à stimuler la croissance, le pouvoir d'achat et l'emploi, grâce à un ensemble de mesures concernant, notamment, l'équipement commercial. Ces annonces ont été concrétisées dans le projet de loi de modernisation de l'économie déposé aux assemblées dans les semaines qui ont suivi.

S'agissant de la modification de la législation sur l'urbanisme commercial, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « LME », a finalement repris la seconde série de préconisations du Conseil de la concurrence<sup>10</sup>.

Elle a ainsi :

- relevé le seuil d'autorisation de 300 à 1 000 m<sup>2</sup> ;
- supprimé les critères de nature économique, les commissions départementales devant se prononcer sur les effets du projet en matière d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs ;
- transformé les commissions départementales d'équipement commercial et la commission nationale d'équipement commercial, respectivement, en commission départementale d'aménagement commercial et en commission nationale d'aménagement commercial, et modifié leur composition.

S'agissant plus spécifiquement du droit de la concurrence, la LME a abaissé les seuils de notification des opérations de concentration dans le secteur de la distribution, offrant ainsi à l'Autorité la possibilité d'assurer un contrôle plus vigilant<sup>11</sup>.

Parallèlement, elle a fourni à l'Autorité un outil lui permettant de traiter les abus rendus possibles en raison de positions dominantes acquises par le passé, que ce soit par le biais d'une concentration ou d'une ouverture d'enseigne<sup>12</sup>. Cet outil autorise l'Autorité à imposer des injonctions structurelles quand les autres outils disponibles ont échoué à assurer le rétablissement de l'ordre concurrentiel.

Toutefois, la LME ne devait être qu'une étape de la réforme de la législation sur l'équipement commercial. En effet, le Premier ministre a confié à M. Jean-Paul Charié, qui était rapporteur de la LME, la préparation d'une réforme de plus grande ampleur. Dans son rapport présenté le 2 janvier 2009, M. Charié préconisait l'abrogation des dispositions légales encadrant l'implantation des grandes surfaces de vente<sup>13</sup>.

À l'initiative de M. Charié, la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a, depuis lors, engagé une réflexion en vue d'une intégration du droit de

10. Art. 102 de la LME. Voir art. L. 750-1 et s. du Code de commerce.

11. Art. L. 430-2 II du Code de commerce. Voir partie « Le contrôle des concentrations » de cette étude.

12. Art. L. 752-26 du Code de commerce.

13. J.-P. Charié, député, *Pas de cité réussie sans commerce, pas de vitalité sans intérêt général – Avec le commerce, mieux vivre ensemble*, Paris, La Documentation française, 2009.

l'urbanisme commercial dans le droit commun et d'une suppression du pouvoir d'avis conforme des commissions départementales d'aménagement commercial<sup>14</sup>.

Ainsi, en juin 2010, une proposition de loi de MM. Ollier et Piron a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et transmise au Sénat<sup>15</sup>. Le principe directeur de cette proposition de loi, qui se concentre essentiellement sur certaines zones du centre-ville, est d'intégrer l'urbanisme commercial au droit commun de l'urbanisme. Si cette proposition était adoptée, une seule autorisation serait nécessaire : le permis de construire.

### *Les barrières réglementaires dans les départements d'outre-mer*

Le cas particulier des départements d'outre-mer (DOM) mérite une analyse spécifique. En effet, l'isolement et l'exiguïté de ces marchés ne suffisent pas à eux seuls à expliquer les fortes différences de prix constatées par rapport à la métropole et, là encore, le contexte réglementaire local joue un rôle défavorable pour la concurrence. Si des objectifs tels que l'aménagement du territoire ou le développement local peuvent appeler des réponses adaptées au moyen d'outils *ad hoc*, une réglementation trop intrusive, aux effets mal anticipés, pourrait s'avérer parfois contre-productive. La meilleure forme de régulation de la distribution, en métropole comme outre-mer, est celle qui permet de fluidifier le jeu concurrentiel, afin de stimuler la compétitivité des entreprises.

L'Autorité de la concurrence, dont la création a coïncidé avec la crise de 2009 dans les départements d'outre-mer (ci-après « DOM »), a fait de la question du pouvoir d'achat dans les DOM une de ses priorités<sup>16</sup>.

En particulier, saisie pour avis par le secrétaire d'État à l'outre-mer de la situation de la concurrence dans les DOM, elle a rendu un avis 09-D-45 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les DOM. Cet avis constituait le second volet de son intervention consultative dans les DOM, après l'avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les DOM.

Tout en prenant en compte la situation spécifique des DOM et les particularités du contexte réglementaire local, l'Autorité a souligné, dans l'avis 09-A-45, qu'une approche interventionniste par la régulation des prix était contre-productive, le développement de la concurrence étant le meilleur moyen de promouvoir une économie locale moins dépendante et plus compétitive, au bénéfice de la collectivité tout entière.

14. P. Ollier, J. Gaubert, députés, *Rapport d'information n° 2312 sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, 18 février 2010.

15. AN, proposition de loi relative à l'urbanisme commercial, n° 2490, 3 mai 2010. Voir M. Piron, député, *Rapport n° 2566 fait, au nom de la Commission des affaires économiques, sur la proposition de loi relative à l'urbanisme commercial*, 1<sup>er</sup> juin 2010, ainsi que D. Braye, sénateur, *Rapport n° 180, fait au nom de la Commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative à l'urbanisme commercial*, 15 déc. 2010.

16. Voir Autorité de la concurrence, *Outre-mer. Dynamiser la concurrence au service de tous*, Paris, La Documentation française, coll. « Déclic », 2011, 157 p.

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. Aux surcoûts qui en résultent, s'ajoute la taxe d'octroi de mer qui accroît mécaniquement les prix de vente aux consommateurs<sup>17</sup>.

L'Autorité a donc préconisé de réexaminer les dispositifs d'aides aux entreprises implantées dans les DOM, qu'il s'agisse de l'octroi de mer, des exonérations de charges ou encore des subventions versées aux industriels locaux. De telles mesures n'apparaissent 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.

À ce stade, les éléments recueillis ont enseigné que ces mesures d'aide étaient peu incitatives à l'amélioration de la compétitivité des entreprises locales, voire encourageaient des prix élevés. À titre d'illustration, les marges et les prix des yaourts, du café ou de l'eau de source produits localement sont parfois plus élevés que ceux des produits importés ou vendus en métropole, en dépit des aides et protections dont bénéficiaient les producteurs locaux.

Ces exemples pourraient conduire 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.

De manière générale, l'Autorité a recommandé de faciliter le jeu concurrentiel en supprimant les barrières réglementaires à l'entrée et en améliorant l'information des consommateurs. Plus précisément, elle a recommandé 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.

À cet égard, elle a considéré que, outre les réformes déjà engagées dans le cadre de la LME, la suppression du contrôle exercé par les commissions départementales d'aménagement commercial sur les projets d'implantation de plus de 1 000 m<sup>2</sup> et la diminution des seuils de notification pour les opérations de concentration impliquant des grandes surfaces implantées dans les DOM étaient de nature à promouvoir une structure du marché de la distribution de détail plus concurrentielle.

Le législateur, dont le diagnostic a rejoint ces recommandations, a d'ores et déjà abaissé le seuil de notification des opérations de concentration de 15 à 7,5 millions d'euros, pour les opérations relatives au commerce de détail outre-mer.

Par ailleurs, l'Autorité a souligné que le contrôle des prix ne pouvait pas constituer 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, la réglementation des prix 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. À défaut, une telle mesure pourrait aggraver le déficit de concurrence

17. Depuis la loi n° 84-747 du 2 août 1984, le régime de l'octroi de mer autorise les conseils régionaux à lever des taxes sur les produits introduits ou produits dans les départements d'outre-mer. Les biens produits localement peuvent bénéficier d'exonération pour des motifs de développement économique local.

déjà constaté dans les DOM sans pour autant parvenir à faire diminuer les prix de façon durable.

En parallèle de son intervention en faveur de l'abaissement des barrières réglementaires à l'implantation de nouveaux établissements en métropole comme dans les départements d'outre-mer, l'Autorité a également identifié des barrières non réglementaires. Elle a ainsi pu constater que certains comportements mis en œuvre par les opérateurs en place et reposant, en partie, sur la rareté du foncier commercial, pouvaient entraver les nouvelles implantations.

### **Des barrières non réglementaires liées à certaines pratiques de gestion du foncier commercial**

Dans son avis 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, l'Autorité a observé que le niveau de concentration de certaines zones de chalandise, s'agissant des hypermarchés et du commerce de proximité, paraissait figé à un niveau élevé en raison de barrières à l'entrée, en partie liées à certains comportements des opérateurs, à l'adresse desquels elle a formulé des observations.

#### ***Le diagnostic général***

Le régime d'autorisation administrative préalable, qui forme en tant que tel un premier obstacle à l'entrée, peut se doubler d'une seconde barrière lorsque de nombreux recours sont exercés contre les autorisations d'implantation et les permis de construire. En effet, les autorisations sont fréquemment contestées devant les tribunaux administratifs et les permis de construire font également l'objet de recours, formés tant par les concurrents que par des associations, notamment environnementales.

Ces recours ne sont pas *a priori* abusifs en eux-mêmes. Néanmoins, ils accroissent sensiblement le coût et la longueur des procédures d'autorisation et rendent incertaine l'issue des processus d'implantation.

Ces incertitudes conduisent les opérateurs à assortir les actes d'acquisition de foncier commercial de conditions suspensives liées à l'obtention des différents permis et autorisations. La durée de ces clauses suspensives est en général de dix-huit mois et n'excède trente-six mois qu'exceptionnellement.

Globalement, la durée nécessaire à l'implantation d'un hypermarché, entre la recherche du foncier commercial et la finalisation du projet, peut prendre entre sept à dix ans. Certains projets peuvent même être abandonnés lorsque la durée des différentes procédures administratives excède les délais permis par les conditions suspensives.

En plus de ces difficultés procédurales, l'Autorité a exprimé des préoccupations à l'égard de certains types de comportements en matière de foncier commercial.

Trois types de pratiques ont retenu l'attention dans la mesure où elles sont susceptibles de constituer, par leur objet ou par leurs effets, une barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs :

- la détention de foncier inexploité ;
- la saturation de zones de chalandise par l'implantation de plusieurs magasins sur une même zone ;
- l'insertion de clauses de non-concurrence dans les contrats de cession et d'acquisition du foncier commercial.

La détention de foncier inexploité repose fréquemment sur des justifications *a priori* raisonnables, telles que le projet d'agrandissement d'un magasin, l'attente d'un permis de construire ou d'une autorisation administrative, etc. Elle peut toutefois traduire, dans certains cas, des stratégies anticoncurrentielles. Ainsi, pour un opérateur souhaitant empêcher l'entrée d'un concurrent, des stratégies consistant, soit en la revente d'un site accompagnée d'une clause de non-concurrence ou de préférence, soit en la location d'un site à des opérateurs non concurrents, sont moins onéreuses qu'un gel du foncier commercial.

De même, l'implantation, dans une même zone de chalandise, de plusieurs magasins d'une même enseigne ou d'enseignes différentes appartenant à un même groupe, pourrait être qualifiée d'abus de position dominante, si elle s'inscrit dans une stratégie d'exclusion des entrants potentiels.

Pour leur part, les pratiques consistant à assortir la revente de terrains bâtis ou non bâtis de clauses de non-concurrence d'une durée pouvant aller jusqu'à cinquante ans, pour celles de ces clauses qui comportent une limitation de durée, et transmises lors des opérations de revente ultérieures, contribuent à accroître les barrières à l'entrée sur le marché de la distribution à dominante alimentaire et pourraient constituer, dans certains cas, des pratiques anticoncurrentielles.

Il en est de même de la présence, dans certains contrats de vente, de droits de priorité pouvant durer jusqu'à cinquante ans et donnant un avantage concurrentiel important au bénéficiaire en lui permettant d'avoir connaissance des offres faites par des acquéreurs potentiels et d'anticiper, voire d'empêcher l'arrivée d'un concurrent en faisant jouer son droit de priorité.

Les opérateurs avancent généralement trois justifications à ces clauses de non-concurrence :

- les clauses de non-concurrence tendraient d'abord à préserver la diversité commerciale et l'attractivité d'une zone commerciale, en empêchant qu'un second magasin alimentaire ne vienne s'installer en lieu et place d'un magasin de vêtements, de bricolage, etc. ;
- les clauses de non-concurrence viseraient ensuite à empêcher l'implantation de magasins susceptibles d'agir en passager clandestin. Souvent, l'enseigne alimentaire, par ses opérations publicitaires, par le nombre de ses clients et par sa compétitivité, engendre des flux de clientèle et donc des externalités positives pour les autres magasins de la zone commerciale. Les clauses de non-concurrence

- auraient alors pour but de protéger cette enseigne en raison de son rôle moteur dans le dynamisme de la zone ;
- enfin, les clauses de non-concurrence permettraient de préserver la rentabilité d'un nouveau magasin en cas de transfert ou d'agrandissement. Un opérateur peut, en effet, être amené à fermer un magasin pour se réinstaller plus loin, soit à la demande d'une collectivité territoriale ou d'une administration, soit de sa propre initiative. Une telle opération entraînant un coût significatif, les opérateurs auraient donc recours aux clauses de non-concurrence pour garantir la profitabilité du nouveau magasin. Cependant, dans ces situations, les opérateurs eux-mêmes indiquent que les clauses de non-concurrence ne sont pas utiles car, le plus souvent, l'acheteur du terrain est une municipalité ou un promoteur souhaitant y bâtir des logements.

Dans son avis, l'Autorité a estimé que ces justifications n'étaient pas *a priori* toutes également convaincantes, en particulier celles relatives à la protection des investissements. En effet, les investissements réalisés dans le secteur de la distribution ne sont pas particulièrement risqués, au dire même des opérateurs. En outre, une large proportion des investissements effectués ne sont pas des actifs spécifiques, si bien que l'entrée d'un concurrent ne cause pas de dommage irréversible aux concurrents déjà implantés, qui peuvent, s'ils le désirent, revendre leur foncier bâti et non bâti.

De même, les externalités positives engendrées par l'implantation d'un commerce alimentaire sur une zone de chalandise peuvent être monétisées (*via* une hausse des loyers ou du prix de vente du foncier disponible sur la zone après l'installation d'une grande surface alimentaire, par exemple) par le propriétaire des terrains voisins et rétrocédées au commerce alimentaire, qui paierait moins cher son installation initiale, dès lors que le vendeur du terrain détient encore du foncier commercial à proximité des terrains vendus.

Enfin, l'argument tiré de la protection de la diversité des commerces est à relativiser dans la mesure où il s'agit d'un intérêt déjà protégé par le droit de l'urbanisme : d'une part, d'importants obstacles, notamment administratifs, existent déjà à l'entrée de commerces alimentaires et, d'autre part, il revient aux consommateurs par leurs actes d'achat, de déterminer le niveau souhaitable de diversité commerciale (magasins alimentaires, de vêtements, de bricolage, etc.). Du reste, ces derniers pourraient préférer disposer de davantage de magasins alimentaires dans la même zone de chalandise, si cela accroît la concurrence et diminue les prix.

Dès lors, les clauses de non-concurrence ne semblent pas pouvoir être justifiées de manière générale et abstraite, sur la base des analyses effectuées à ce stade par l'Autorité, alors même qu'elles présentent des risques notables pour la concurrence. L'Autorité a donc formulé un certain nombre de recommandations à cet égard.

## Les recommandations

Dans son avis 10-A-26, l'Autorité a formulé des propositions afin de faciliter l'implantation de nouveaux magasins.

S'agissant en particulier du foncier commercial, elle a proposé de supprimer les clauses de non-concurrence et de droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial. Plusieurs options ont été examinées dans l'avis. Il pourrait, par exemple, être envisagé de ne supprimer les clauses de non-concurrence et les droits de priorité que dans les zones où le degré de concentration dépasse un certain seuil. Une autre possibilité consisterait à autoriser des clauses de non-concurrence limitées dans le temps et relatives à des surfaces foncières peu susceptibles d'accueillir un nouvel opérateur.

L'Autorité a relevé que ces deux solutions présenteraient un certain nombre de difficultés de mise en œuvre. Dans ces conditions, elle a suggéré, en l'état, que la solution la plus adaptée serait de supprimer les clauses de non-concurrence tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés.

L'analyse de l'Autorité rejoint celle de la Competition Commission britannique. En effet, cette dernière a souligné la portée anticoncurrentielle des clauses restrictives d'exploitation par lesquelles un groupe de distribution vendant un terrain interdit à l'acheteur d'exploiter ce terrain pour une activité de distribution ou de revendre ce terrain à un autre groupe de distribution (*restrictive covenant*). Elle a également considéré que la durée de certaines exclusivités territoriales par lesquelles un distributeur se protège de l'implantation de distributeurs concurrents était excessive<sup>18</sup>.

La mise en œuvre des recommandations de l'Autorité est entre les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par l'avis. Une intervention du législateur pourrait cependant s'avérer, par ailleurs, opportune pour assurer durablement la fluidité du secteur.

## Organisation des acteurs de la distribution et pouvoir de marché

La liberté, pour un distributeur, de choisir son mode d'organisation interne, est essentielle au fonctionnement concurrentiel des marchés. Ainsi, un distributeur peut choisir un modèle intégré, dans lequel la tête de réseau est propriétaire des magasins, ou bien préférer s'appuyer sur un réseau de commerçants franchisés ou affiliés auxquels il transmet son enseigne et son savoir-faire. Les différents modèles d'organisation ont chacun leur justification en termes d'efficacité économique, et il n'appartient pas à une autorité de concurrence de marquer une préférence pour

18. Voir Competition Commission, «The supply of groceries in the UK market investigation», 2008 (disponible sur le site Internet de la Competition Commission : <http://www.competition-commission.org.uk>).

l'un ou pour l'autre, mais seulement de déterminer dans quelle mesure ces structures fonctionnent de façon concurrentielle, à partir de leurs données propres.

Pour autant, compte tenu du contexte défavorable aux implantations nouvelles, évoquées dans la première partie de cette étude, il est important de permettre une mobilité interenseignes en faisant en sorte que la compétition entre les différents groupes de distribution attire des magasins affiliés à des enseignes concurrentes qui souhaitent pénétrer dans les zones de chalandise auxquelles ils n'ont pas accès. La préservation de la concurrence passe donc par la capacité d'une mobilité effective, et conforme à leur statut juridique, des magasins indépendants, qu'ils soient franchisés de grands groupes intégrés ou adhérents d'un groupement coopératif. L'Autorité de la concurrence a donc porté une attention particulière aux modalités des relations contractuelles entre magasins indépendants et groupes de distribution. Cette analyse de l'organisation interne des grands réseaux de distribution est complémentaire de l'examen des opérations de croissance externe des opérateurs, éventuellement susceptibles d'être examinées sous l'angle de l'outil spécifique du contrôle des concentrations.

### Analyse des relations au sein des réseaux de distribution

Dans son avis 10-A-26 précité, l'Autorité a regroupé sous les termes « magasins indépendants » ou « magasins affiliés » l'ensemble des magasins exploités par des commerçants indépendants et affiliés soit à l'un des groupements coopératifs (tels que les groupes E. Leclerc, ITM Entreprises, Système U), soit à l'un des groupes intégrés (tels que Casino, Carrefour, Auchan) par un contrat de franchise ou autre contrat assimilé.

Alors que les magasins intégrés sont détenus et gérés directement par un groupe de distribution, qui décide de la politique commerciale des magasins en s'appuyant sur ses salariés pour la mettre en œuvre, les magasins indépendants disposent d'une certaine liberté commerciale, dans les limites de la politique commerciale fixée par la tête de réseau et spécifiée dans les statuts et les règles de fonctionnement. En France, les magasins indépendants sont majoritaires dans l'ensemble des hypermarchés, supermarchés et commerces de proximité.

Cette situation peut s'expliquer par l'intérêt que trouve un groupe de distribution à déléguer à un opérateur indépendant la responsabilité de développer l'activité d'un commerce plutôt que de la confier à un salarié. Le groupe peut ainsi limiter sa prise de risque et s'appuyer sur des commerçants ayant une connaissance détaillée des caractéristiques des marchés locaux. L'opérateur autonome, quant à lui, a tout intérêt à développer son activité commerciale, puisqu'il conserve les revenus qui en résultent, après versement des paiements dus au groupe auquel il est affilié.

Comme le souligne l'avis 10-A-26, si, en théorie, les magasins indépendants affiliés à un même groupe de distribution sont à même de se concurrencer les uns les autres en exploitant leur autonomie en matière de définition de leur politique commerciale, plusieurs facteurs sont susceptibles de limiter l'intensité de cette concurrence.

Tout d'abord, la tête de réseau peut exercer une influence significative sur la stratégie commerciale des magasins indépendants, par exemple, en termes d'assortiment de produits. La tête de réseau peut en effet définir un assortiment minimum commun à tous les magasins exploités sous la même enseigne (en particulier en ce qui concerne les « marques propres »), et ce afin de maintenir l'image et l'identité de l'enseigne. La capacité des linéaires étant limitée, les magasins indépendants voient donc leur liberté d'approvisionnement considérablement réduite. La politique commerciale en matière de marques de distributeurs est particulièrement contraignante, car elle impose non seulement un assortiment commun à tous les magasins de l'enseigne, mais aussi prévoit que ceux-ci ne puissent pas référencer de produits sous marques de distributeurs concurrents.

Ensuite, la liberté tarifaire des magasins indépendants peut être contrainte par au moins deux facteurs. D'une part, les groupements coopératifs peuvent pratiquer des prix communs toute l'année, en vertu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE », qui permet « la réalisation d'opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs ». D'autre part, dès lors que les magasins indépendants s'approvisionnent principalement auprès de la centrale d'achat du groupe dont ils dépendent, le groupe de distribution peut maîtriser les prix d'achat d'une importante proportion des produits vendus par les magasins indépendants, et limiter ainsi leur aptitude à concurrencer les autres magasins détenus par ou affiliés à la même tête de réseau.

Pour ces différentes raisons, l'Autorité peut, comme elle l'a fait dans son avis 10-A-26, appréhender la concentration des marchés de détail au niveau du groupe de distribution, dans la mesure où les magasins indépendants affiliés à un même groupe n'exercent pas les uns sur les autres la même pression concurrentielle que des magasins indépendants ou des magasins intégrés de groupes de distribution concurrents. À cet égard, l'avis a conclu qu'une proportion significative des zones de chalandise françaises était caractérisée par un degré de concentration élevé, notamment dans le cas des hypermarchés et du commerce de proximité.

Le degré de concentration élevé de certaines zones de chalandise découle pour partie de la moindre demande qui peut, fréquemment, y être constatée, mais provient également du fait que, dans une proportion très significative de zones de chalandise, les groupes de distribution détiennent ou affilient plus d'un magasin. Il s'explique notamment par l'absence ou la très faible présence de certains groupes de distribution dans certaines zones ou sur certains formats. Ainsi, le commerce de proximité demeure majoritairement concentré autour des opérateurs Casino et Carrefour. Sur le format des hypermarchés et, à un degré moindre, des supermarchés, il demeure très fréquent qu'un groupe de distribution ne soit confronté qu'à la concurrence de deux ou trois opérateurs.

Plusieurs barrières à l'entrée et au développement de magasins, quel que soit le format retenu pour s'implanter dans une zone de chalandise donnée, ont été relevées par l'Autorité. Celles-ci résultent principalement de la réglementation entourant l'exercice de l'activité de commerce alimentaire et des difficultés liées à l'acquisition de foncier commercial, ainsi que de l'étanchéité des différents réseaux de distribution.

### *Gestion du foncier commercial*

Les contraintes administratives liées à l'implantation de magasins de surface supérieure à 1 000 m<sup>2</sup> ont été exposées dans la première partie de cette étude, et expliquent en partie les niveaux de concentration élevés de certaines zones de chalandise.

En centre-ville, d'autres contraintes opérationnelles et économiques s'ajoutent aux obligations réglementaires pour rendre également délicates de nouvelles implantations, notamment celles supérieures à 400 m<sup>2</sup>. D'une part, les immeubles permettant l'implantation d'une surface commerciale suffisamment étendue pour être attractive demeurent relativement rares. D'autre part, pour l'obtention de ces locaux, les opérateurs de la distribution alimentaire sont en concurrence avec des sociétés d'autres secteurs dont les marges supérieures leur permettent fréquemment de surenchérir sur les offres des groupes de distribution alimentaire.

L'Autorité s'est intéressée dans son avis 10-A-26 à certaines stratégies pouvant être mises en œuvre par des groupes de la grande distribution, relatives au foncier commercial, telles que le gel de foncier commercial et les clauses de non-concurrence introduites dans les contrats de cession et d'acquisition de terrains ou d'équipements commerciaux conclus avec des partenaires extérieurs au groupe. De telles clauses de non-concurrence ou de priorité peuvent en effet contribuer à accroître les barrières à l'installation de nouveaux magasins.

S'agissant des contrats de vente de foncier entre une tête de réseau et un magasin affilié qu'elle a pu analyser, l'Autorité a constaté que certains incluaient des clauses similaires de priorité au profit du groupe en cas de revente du terrain ou des équipements commerciaux.

Les deux types de droit de priorité observés sont, d'une part, le droit de préférence, qui donne au réseau d'origine le privilège de la première offre de rachat, et, d'autre part, le droit de préemption qui permet au réseau d'origine de s'aligner sur l'offre de rachat formulée par un groupe concurrent. Dans la plupart des contrats analysés par l'Autorité pour son avis 10-A-26, le droit de priorité survit même après le terme du contrat, pour des durées allant d'un à quinze ans. Il est en outre souvent assorti d'un droit d'agrément prévoyant que si le groupe renonce à son droit de priorité, il conserve un droit de regard en exigeant la possibilité d'agrèer ou non le repreneur.

Les opérateurs justifient l'insertion de tels droits par la nécessité de préserver leurs réseaux de magasins affiliés et d'en pérenniser le parc. Mais comme l'Autorité l'a souligné, ces droits viennent alors s'ajouter aux durées d'engagement déjà longues et aux clauses de non-réaffiliation, qui répondent aux mêmes justifications de protection des réseaux, de savoir-faire et d'image.

L'Autorité a considéré que les droits de préemption pouvaient par ailleurs donner un avantage concurrentiel important au groupe bénéficiaire en l'informant des offres faites par des acquéreurs potentiels, lui permettant d'anticiper, voire d'empêcher, l'implantation d'un concurrent. Elle a estimé que ce type de clauses pouvait dans cette mesure contribuer à dissuader les groupes de distribution concurrents

d'entrer en négociation avec le propriétaire souhaitant vendre son magasin. En effet, leurs offres de rachat ont peu de chance d'aboutir, compte tenu des droits de priorité pouvant les suppléer à conditions et termes équivalents dans la conclusion du contrat de vente. En outre, l'absence d'incitation des groupes concurrents à formuler des offres de rachat diminue le pouvoir de négociation du propriétaire du magasin relativement à celui de la tête de réseau, qui peut alors, à moindre coût, assurer la pérennité de son réseau.

L'Autorité a également souligné les préoccupations de concurrence que faisaient naître les droits de préférence qui obligent l'affilié à proposer en priorité la vente de son magasin à sa tête de réseau. De telles obligations imposent au propriétaire de proposer son bien à la vente à sa tête de réseau, préalablement à toute mise en concurrence avec d'autres acheteurs potentiels. Le magasin mis en vente n'est donc pas soumis aux règles du marché, sa valorisation étant prévue soit dans le contrat initial, soit à dire d'expert. L'Autorité a conclu que cette méthode était de nature à minorer la valeur du magasin et à favoriser la tête de réseau bénéficiaire du magasin, en lui permettant de maintenir des magasins dans son réseau à moindre coût.

Enfin, la rareté du foncier, conjuguée aux différentes clauses introduites dans les contrats de vente du foncier visant à limiter la cession des terrains ou des équipements commerciaux, constituent autant de barrières à l'implantation de nouveaux magasins et au développement de groupes de distribution concurrents des opérateurs déjà bien implantés.

Si des obstacles empêchent l'implantation de magasins par un nouvel opérateur, celui-ci dispose néanmoins de la possibilité d'attirer à lui des magasins déjà affiliés auprès d'autres groupes de distribution. Ce raisonnement, qui est valable aussi bien au niveau national qu'à celui de la zone de chalandise, contraste toutefois avec le constat d'une très faible mobilité des magasins.

### *Étanchéité des réseaux de distribution*

L'Autorité a remarqué dans son avis 10-A-26 que l'étanchéité entre les différents réseaux de distribution alimentaire résultait, d'une part, de la relation de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs affiliés, et, d'autre part, de la faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes.

En effet, il apparaît que depuis 2005, les taux de rotation des magasins indépendants, entendus comme les magasins gérés par des sociétés indépendantes des groupes de distribution ou associées à ces derniers, sont relativement faibles. Selon les enseignes, les taux de départ (nombre de magasins indépendants ayant quitté le réseau entre 2005 et 2009 rapporté au nombre de magasins indépendants en 2005) sont compris entre 0 et 1 % pour les hypermarchés, 4 et 15 % pour les supermarchés, 2 et 4 % pour la proximité et 4 et 5 % pour les maxi-discompteurs. À titre de comparaison, une durée indicative des relations contractuelles entre le magasin et sa tête de réseau de cinq ans permet, potentiellement, un renouvellement complet du parc de magasins affiliés tous les cinq ans, soit un taux de départ

potentiel de 100 % très largement supérieur aux taux effectivement constatés sur les différents formats de distribution.

L'Autorité a souligné que l'absence de mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents ne résultait pas particulièrement d'une réticence des groupes de distribution à accueillir des magasins indépendants, mais plutôt de l'absence de volonté ou des difficultés que rencontrent les magasins indépendants à changer de réseau. La stabilité des opérateurs indépendants peut être liée à l'attachement qu'ils portent à leur enseigne mais aussi au risque commercial que représente un changement d'enseigne. En effet, le gérant d'un magasin ne peut avoir la certitude que sa clientèle restera fidèle à son magasin plutôt qu'à son enseigne. En outre, tout changement d'enseigne implique une modification du mode de gestion (modalités d'approvisionnement, système informatique, etc.), et de l'agencement du magasin, ainsi que de l'assortiment et des prix, tant à l'achat qu'à la revente, des marchandises.

Sur la base des travaux menés à ce stade, l'Autorité a exprimé l'avis que l'absence de mobilité des magasins indépendants semblait notamment trouver son explication dans les relations contractuelles qu'entretiennent les groupes de distribution alimentaires avec leurs magasins affiliés.

### **L'approvisionnement quasi exclusif des magasins auprès de leur tête de réseau**

La plupart des opérateurs indépendants sur la situation desquels l'Autorité a pu se pencher sont tenus par une obligation de non-concurrence pendant toute la durée de la relation avec le groupe de distribution auquel ils sont affiliés, leur interdisant d'exercer une activité de commerce alimentaire autre que dans le magasin en cause et de s'affilier à une enseigne concurrente.

En outre, si relativement peu de réseaux exigent de leurs magasins affiliés une exclusivité d'approvisionnement auprès de leur centrale, le taux de fidélité des magasins (c'est-à-dire la proportion des achats effectuée par un magasin indépendant affilié à un groupe auprès de la centrale d'achat de ce groupe) paraît particulièrement élevé, le plus souvent égal ou supérieur à 80 %, les autres achats concernant principalement des produits d'origine locale, les produits de boucherie et les produits frais (légumes, fruits).

Plusieurs caractéristiques des modalités d'approvisionnement des magasins peuvent expliquer l'importance de ces taux de fidélité. Premièrement, la quasi-totalité des opérateurs exigent de leurs magasins indépendants une exclusivité d'approvisionnement pour ce qui concerne les produits vendus sous marque du distributeur. Ceux-ci tendant à représenter 30 à 40 % de l'assortiment défini par les groupes de distribution, les magasins sont donc dans l'obligation de s'approvisionner auprès de leur centrale pour une part importante de leurs achats. Deuxièmement, certains contrats comprennent également des clauses d'approvisionnement minimum ou prioritaire qui accroissent encore le taux d'approvisionnement des magasins indépendants auprès de la centrale de leur groupe.

Troisièmement, les coûts logistiques associés à un approvisionnement diversifié, le droit de regard de certains franchiseurs sur les achats libres de leurs franchisés, les remises de quantité incluses dans certains contrats d'approvisionnement et les réticences de la plupart des centrales à livrer des magasins affiliés à un réseau concurrent conduisent les magasins indépendants à privilégier pour leur approvisionnement la centrale d'achat de leur réseau.

Cette quasi-exclusivité d'approvisionnement des magasins indépendants auprès des centrales d'achat de leurs têtes de réseau constitue un obstacle à l'entrée de tout nouvel opérateur de distribution, contraint d'ouvrir ses propres magasins pour commercialiser ses produits.

### **Les relations contractuelles entre magasins indépendants et tête de réseau**

Les relations entre un magasin indépendant et la tête de réseau sont formalisées par de multiples documents contractuels : contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'approvisionnement, contrat de licence de marque, contrat de location-gérance, statuts, règlement intérieur, etc. Du fait de la complexité et de l'enchevêtrement des différents engagements auxquels il doit souscrire, le candidat à l'affiliation, ou l'affilié arrivé à échéance de son contrat, pourrait hésiter à mettre en concurrence les différentes enseignes, ce qui contribuerait à freiner la mobilité des magasins affiliés entre les différents réseaux.

Dans son avis, l'Autorité s'est donc penchée sur l'économie des contrats liant les magasins indépendants aux groupes auxquels ils sont affiliés et leurs conséquences sur la mobilité des opérateurs présents sur les marchés aval de la distribution. Elle a relevé plusieurs dispositifs contractuels qui pouvaient avoir pour conséquence de restreindre la mobilité des commerçants indépendants entre les différents groupes de la distribution, en dissuadant les affiliés de sortir d'un réseau. Ces dispositifs concernent les durées relativement longues des engagements, les décalages des échéances des différents contrats liant un même commerçant au groupe auquel il est affilié, des droits d'entrée à paiement différé qui s'apparentent finalement à des coûts de sortie pouvant être réductibles, des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence postcontractuelles qui pèsent sur le commerçant affilié, et les droits de priorité au profit des têtes de réseau.

S'agissant des liens contractuels entre magasins affiliés et groupe de distribution, l'Autorité a constaté que leurs durées relativement longues, supérieures à cinq ans dans de nombreux cas, ne paraissaient pas toujours justifiées et soulevaient des préoccupations de concurrence. Elle a constaté en particulier que certains contrats présentaient une durée très longue pouvant atteindre trente années. D'autres contrats peuvent être de durées plus courtes mais sont souvent tacitement reconductibles pour une durée équivalente à la durée initiale. La résiliation de ces contrats reste possible mais est rendue coûteuse par l'existence de clauses d'indemnisation en cas de rupture anticipée de l'engagement.

En outre, les différents contrats entre les groupes de distribution et leurs affiliés peuvent être de durées différentes, la résiliation de l'un d'eux n'entraînant pas automatiquement la rupture des autres. Dans cette configuration, la durée de l'engagement contractuel entre les parties peut être artificiellement prolongée, et dissuader le magasin de rompre les relations avec le groupe auquel il est affilié.

D'autres caractéristiques des contrats observées par l'Autorité conduisent à augmenter significativement les coûts que supporterait un opérateur s'il décidait de quitter le réseau auquel il est affilié. Ces coûts peuvent être directs, tels que le paiement différé de droits d'entrée, mais aussi indirects, tels que les droits de priorité conférés à la tête de réseau sur la vente du magasin affilié ou les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence postcontractuelles.

Des droits d'entrée sont prévus par certains réseaux de distribution, correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel du magasin affilié. Lorsque les contrats prévoient le paiement différé de ces droits, le magasin affilié ne doit les verser que lorsqu'il décide de quitter le réseau. En définitive, ces droits représentent un « droit de sortie », qui s'ajoute aux autres clauses contractuelles pour dissuader l'affilié de rompre sa relation avec le réseau, alors que des versements échelonnés pendant la durée d'engagement seraient plus soutenables pour l'affilié.

### **Clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation postcontractuelles**

L'Autorité a relevé dans son avis 10-A-26 la présence, dans la plupart des contrats d'affiliation examinés, de clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence postcontractuelles. Une clause de non-réaffiliation fait interdiction à l'affilié, une fois rompu le contrat avec le groupe de distribution, de poursuivre une activité commerciale en s'affiliant à un groupe concurrent. En principe, l'opérateur indépendant est seulement restreint dans sa liberté d'affiliation à un autre réseau. Une clause de non-concurrence est plus restrictive, dans la mesure où elle interdit l'exercice par l'affilié d'une activité similaire à celle du réseau qu'il quitte.

Ces clauses postcontractuelles sont le plus souvent d'une durée d'un an. Leurs conditions d'application varient, certaines ne s'appliquant qu'en cas de rupture anticipée du contrat, d'autres indifféremment suivant que le contrat arrive à échéance ou est rompu avant son terme, et portent sur des périmètres différents selon les enseignes et selon la densité de population dans les zones concernées. Ainsi, ces clauses peuvent concerner un territoire étendu d'un rayon de 30 km en zone rurale, ou d'un rayon de 5 à 20 km en zone urbaine.

Les opérateurs justifient ces restrictions postcontractuelles par la nécessité de protéger le savoir-faire transmis aux magasins affiliés qui décident de quitter le réseau, en limitant la possibilité qu'auraient les affiliés de détourner le savoir-faire spécifique acquis auprès de l'enseigne qu'ils quittent à leur seul profit ou au profit d'un autre réseau.

L'avis 10-A-26 de l'Autorité présente la grille d'analyse de ces clauses au regard des règles de concurrence, qui prévoient leur exemption dans la mesure où elles sont

véritablement nécessaires à la protection du savoir-faire, à l'identité commune et à la réputation du réseau, et où elles sont proportionnées aux objectifs poursuivis. En l'état, le savoir-faire qui pourrait être l'objet d'une protection par des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble finalement limité, ces clauses ne paraissant pas remplir, par ailleurs, les conditions de nécessité et de proportionnalité prévues par le droit de la concurrence.

Ces analyses sont à rapprocher de l'approche établie de l'Autorité, et avant elle du Conseil de la concurrence, sur les préoccupations que peuvent faire naître des contrats de durées longues ou de portées particulièrement restrictives entre partenaires commerciaux. L'étude thématique sur l'exclusivité et les contrats de long terme<sup>19</sup>, ainsi que l'avis 10-A-26, synthétisent l'analyse économique de ces clauses contractuelles et l'approche juridique des autorités de concurrence à leur égard. Si ces engagements peuvent être nécessaires pour stimuler les investissements spécifiques à l'activité concernée, pour les prémunir contre certaines formes de parasitisme et pour préserver l'image et la stabilité d'un réseau de distribution, ils peuvent aussi avoir des effets restrictifs de concurrence lorsqu'ils ne sont pas proportionnés aux objectifs poursuivis.

### *Les propositions formulées par l'Autorité*

L'Autorité, ayant constaté qu'une proportion substantielle de l'ensemble des magasins indépendants était affiliée à des groupes de distribution auxquels il paraissait artificiellement coûteux de se séparer, a suggéré plusieurs mesures permettant d'améliorer la fluidité des réseaux de distribution.

#### **Des conditions d'affiliation plus transparentes**

La multiplicité des documents contractuels nécessaires à la formalisation des relations entre un magasin indépendant et le groupe de distribution auquel il s'affilie peut être une source d'opacité et d'insécurité juridique. La mise en concurrence des conditions proposées par différents groupes de distribution peut s'en trouver gênée, et peut conduire les opérateurs indépendants à s'engager contractuellement auprès d'un groupe sans parfaitement réaliser les conséquences que ces contrats impliquent.

Pour prévenir ces risques, l'Autorité a recommandé dans son avis 10-A-26 que les opérateurs formalisent, au sein d'un accord-cadre unique, les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau, en le complétant le cas échéant de contrats d'application. Cet accord-cadre unique pourrait notamment regrouper les dispositions communes aux différents volets de la relation telles la clause de durée, les conditions de résiliation, les conditions de résolution des litiges ou encore les clauses attributives de juridiction. Il aurait ainsi l'avantage de rendre les termes de la relation plus transparents et limiterait la présence de clauses contradictoires et l'insécurité juridique afférente.

<sup>19</sup>. Cons. conc., *Rapport annuel 2007*, Paris, La Documentation française.

L'Autorité a aussi recommandé que cet accord-cadre unique soit communiqué le plus en amont possible des négociations. En effet, le processus d'affiliation à une enseigne peut s'avérer très long et implique souvent des investissements importants, tant humains que financiers, de la part du candidat à l'affiliation. Lorsqu'arrivent la dernière phase de négociation et celle de la signature du contrat, le candidat est donc peu disposé à contester ou tenter de négocier les conditions d'affiliation qui lui sont alors transmises. En outre, en l'état, la comparaison des conditions d'affiliation avec celles des groupes concurrents est trop tardive car le candidat ne peut que difficilement renoncer à son projet d'affiliation, sauf à renoncer aux investissements d'ores et déjà fournis et à entamer un nouveau processus d'affiliation auprès d'un autre groupe de distribution. Dans ces conditions, il apparaît donc important que le candidat à l'affiliation ait communication, le plus en amont possible, du projet d'accord cadre unique et de ses éventuels contrats d'application.

L'Autorité a également recommandé que soit renforcée l'information précontractuelle à l'attention des candidats à l'affiliation. Elle préconise que les opérateurs fournissent les informations concernant la durée des engagements, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, pour l'intégralité de la relation contractuelle qui, comme on l'a vu, peut être formalisée par divers documents (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, contrat de location-gérance, statuts de la société d'exploitation, pacte d'associés, etc.). De plus, il serait utile que les opérateurs fassent figurer parmi les informations données à ce stade, la présence de clauses restreignant la liberté de l'affilié lors de la rupture ou à l'échéance de la relation contractuelle, clauses concernant entre autres, les éventuels droits de priorité au profit de la tête de réseau, les clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence postcontractuelles.

### **Des engagements moins longs et une harmonisation des conditions de résiliation**

L'Autorité a relevé dans l'avis 10-A-26 les durées relativement longues des contrats d'affiliation, ayant constaté que ces derniers pouvaient aller de trois à trente ans. Elle a aussi souligné que ces durées d'engagement étaient *a priori* bien plus longues que celles qui paraissaient nécessaires, compte tenu des explications fournies, à l'amortissement des investissements spécifiques engagés par les parties. Ces investissements paraissant en outre peu risqués et peu susceptibles d'être la proie de parasitisme, elle a suggéré aux opérateurs de limiter la durée des engagements contractuels prévus entre les têtes de réseau et leurs magasins affiliés. Elle a recommandé que ces contrats ne soient pas de durées supérieures à cinq ans et qu'ils ne soient pas tacitement reconductibles, de manière à inciter les parties à entrer en négociations sur les termes d'un éventuel renouvellement.

En outre, l'Autorité a recommandé que les opérateurs unifient la durée et le mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation entre un groupe de distribution et un magasin affilié, ceci étant facilité par le regroupement des différents contrats dans un accord-cadre unique. Cette harmonisation permettrait

d'éviter que les relations contractuelles ne soient artificiellement prolongées et faciliterait la mobilité des opérateurs indépendants entre les groupes de distribution. Concernant les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence postcontractuelles, et au regard du règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales, l'Autorité a suggéré que leur durée pourrait être limitée à un an et au seul magasin faisant l'objet du contrat.

Enfin, et conformément aux préconisations émises par le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi pour venir en aide aux PME, l'Autorité a recommandé que les clauses prévoyant le paiement différé des droits d'entrée soient supprimées, y compris dans les contrats en cours d'exécution, et que leur soit substituée la possibilité d'étaler sur une durée suffisamment courte le paiement du droit d'entrée.

Tout en soulignant la liberté, pour les groupes du secteur de la distribution, de choisir le mode d'organisation interne le plus efficace et de structurer leurs contrats de façon à promouvoir l'investissement et la stabilité de leur réseau, l'Autorité s'est donc attachée, par son travail de veille et de conseil, à donner aux opérateurs les moyens de s'assurer que dans tous les cas où c'est possible et opportun, les engagements souscrits restent proportionnés aux objectifs et n'emportent pas d'objet ou d'effets restrictifs de concurrence. Cette approche équilibrée est également celle qu'adopte l'Autorité face aux stratégies de croissance externe des opérateurs, lorsqu'il s'agit d'examiner des opérations de concentration.

## Le contrôle des concentrations

La LME a transféré la responsabilité du contrôle des concentrations du ministre de l'Économie à l'Autorité, laquelle s'est donné trois objectifs : accélérer les délais de traitement des dossiers pour correspondre au rythme de la vie économique, faciliter le dialogue et la résolution des affaires par des engagements, et accroître la transparence. Sur ce dernier point, l'Autorité a publié, le 16 décembre 2009, des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, au terme d'une consultation publique<sup>20</sup>.

Le rôle de l'Autorité dans l'examen des concentrations s'est renforcé dans le secteur du commerce de détail, notamment grâce à l'abaissement des seuils de notification obligatoire. L'Autorité a également récemment affiné son approche de la prise en compte des franchisés dans le cadre de ce contrôle. Enfin, sur le plan structurel, l'analyse du secteur de la distribution est dorénavant bien établie, tant sous l'angle de la délimitation des marchés pertinents que de l'appréciation concurrentielle proprement dite.

D'une manière générale, le contrôle des concentrations permet d'empêcher des rapprochements qui limiteraient substantiellement la concurrence, par exemple par la création ou le renforcement de positions dominantes au niveau local. L'Autorité peut ainsi être amenée à accepter des engagements de la part des parties afin de

<sup>20</sup>. Autorité de la concurrence, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, publiées le 16 décembre 2009.

limiter les niveaux de concentration locale par le biais de cessions de magasins. Depuis la création de l'Autorité, deux opérations, dans le commerce de détail, ont fait l'objet d'engagements de cession : l'opération Mr. Bricolage/Passerelle<sup>21</sup> et la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution<sup>22</sup>. Par ailleurs, le contrôle des concentrations, dans le secteur de la distribution, permet souvent de jouer un rôle de dissuasion pour des opérations susceptibles de réduire la concurrence, les entreprises pouvant renoncer d'elles-mêmes à ces dernières. Enfin, le contrôle des concentrations permet à l'Autorité de renforcer sa connaissance générale des marchés, notamment à l'échelle locale.

Le contrôle s'applique aussi bien aux effets horizontaux que certaines opérations sont susceptibles de produire, tels qu'une augmentation des prix au détriment des consommateurs (qui peuvent aussi pâtir d'une diminution dans la diversité des produits proposés), qu'aux risques de renforcement de la puissance d'achat, qui font l'objet d'un développement spécifique dans la troisième partie de la présente étude. Est aussi pris en compte le rôle de contre-pouvoir que peut jouer la grande distribution dans le cas de concentrations de producteurs de biens de grande consommation. En France, la grande distribution peut en effet représenter, dans certains cas, un pouvoir de négociation très significatif vis-à-vis des fabricants, notamment du fait de l'essor continu des marques de distributeurs.

### *La question des seuils de contrôlabilité*

#### **La nécessité de seuils spécifiques dans le commerce de détail**

Le constat d'une concentration préoccupante de la grande distribution alimentaire est régulièrement fait depuis quelques années, mais jusqu'en mars 2009 de nombreuses opérations, comme la reprise sur le plan local d'un ou de quelques magasins, ne faisaient pas l'objet d'un examen préalable par les autorités de concurrence, parce que de dimension inférieure aux seuils de contrôlabilité en vigueur. Cette situation était peu satisfaisante dans la mesure où l'évolution de la structure concurrentielle de ces marchés passe précisément, le plus souvent, par des opérations de prise de contrôle de magasins isolés, opérations qui sont peu perceptibles à l'échelle nationale, mais susceptibles de conduire à de très forts niveaux de concentration locale et d'affaiblir la concurrence au détriment des consommateurs des zones concernées. Seules les opérations les plus importantes, telles que, par exemple, la prise de contrôle de Promodès par Carrefour en 2000, la prise de contrôle de Monoprix par Casino cette même année, ou le rachat d'acteurs de taille moyenne par les principaux acteurs du secteur, ont ainsi pu être contrôlées<sup>23</sup>.

21. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010.

22. Décision 10-DCC-025 du 19 mars 2010.

23. Si le contrôle des opérations notifiées a accompagné le mouvement de concentration, il ne l'a néanmoins guère ralenti. En 1996, Auchan a acquis Docks de France (75 hypermarchés anciennement à l'enseigne « Mammouth ») ainsi que les supermarchés ATAC. De même, la fusion de la société Carrefour et de la société Promodès a ajouté 119 hypermarchés à l'enseigne « Continent » ou « Champion » aux 156 hypermarchés à l'enseigne « Carrefour » (l'opération a de plus donné au groupe Carrefour, qui détenait déjà 961 supermarchés et maxi-discompteurs des enseignes Stoc, Comod, Marché Plus et Ed, le contrôle de 976 supermarchés des enseignes Champion, Shopi, Codec, 8 à Huit, Provençia et Score).

Déjà, dans un avis du 14 mars 1985 relatif aux centrales d'achat et à leurs regroupements, la Commission de la concurrence soulignait le caractère trop élevé des seuils d'applicabilité du contrôle des concentrations, qui rendait celui-ci inefficace pour faire face à la concentration des distributeurs.

Au cours des dernières années, plusieurs rapports ont appelé l'attention des pouvoirs publics sur cette question. Le rapport Canivet déplorait ainsi que le relèvement des seuils de notification après 2004 rendait non contrôlable la plupart des petites opérations de prise de contrôle de supermarchés et pouvait conduire à la constitution de positions dominantes locales. Dans le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, rédigé sous la présidence de M. Jacques Attali, il était ainsi préconisé « *d'abaisser les seuils de notification ex ante des opérations de concentration touchant le secteur de la distribution et du commerce de détail* » (décision 206). Ce rapport faisait le constat que ces seuils de contrôlabilité étaient à l'époque très élevés par rapport au chiffre d'affaires moyen d'un magasin indépendant et que le rachat d'un tel magasin, y compris par un groupe de distribution important, pouvait donc échapper au contrôle des concentrations. Enfin, le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente remis par M<sup>me</sup> Marie-Dominique Hagelsteen a souligné que le renforcement des mécanismes de contrôle des concentrations au niveau local était nécessaire au transfert vers les consommateurs des gains attendus de la négociabilité des tarifs.

Ces constats étaient d'autant plus prégnants dans le contexte de l'application des lois Royer et Raffarin qui avaient instauré de très fortes barrières à l'entrée sur les marchés. Le Conseil de la concurrence avait alerté sur ce point les pouvoirs publics, notamment dans son avis 07-A-12 sur la réforme de la réglementation sur l'équipement commercial. Dans cet avis, le Conseil avait notamment indiqué que : « [...] *La loi Royer et la loi Raffarin ont plutôt encouragé qu'empêché la constitution de ces groupes et renforcé les positions dominantes locales. Parallèlement, le contrôle des concentrations, dont le rôle est justement d'éviter notamment la création ou le renforcement de positions dominantes, s'est révélé en partie inadapté compte tenu des spécificités du secteur de la distribution, en dépit des réformes mises en place avec la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. Ainsi, les changements d'enseignes de magasins indépendants ne sont pas contrôlables. De même, l'acquisition, par un grand groupe intégré, d'un magasin indépendant n'est pas soumise au contrôle prévu aux articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce si la cible acquise a un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros. Or le chiffre d'affaires moyen des magasins de 400 m<sup>2</sup> et plus était en 2004 de 5,9 millions d'euros et si les 100 plus grands hypermarchés réalisent chacun plus de 140 millions d'euros de chiffre d'affaires, les plus petits hypermarchés peuvent se situer en dessous de ce seuil. Pourtant, sur une zone de chalandise donnée, ces opérations peuvent être de nature à conférer à une enseigne une position dominante.* »

Le passage d'un seuil de 300 à 1 000 m<sup>2</sup> pour le contrôle de l'ouverture de nouvelles surfaces a fait craindre que la concentration locale ne s'accroisse encore.

Dans l'avis sur l'équipement commercial ci-dessus mentionné, le Conseil préconisait ainsi l'abaissement des seuils de notification de concentration<sup>24</sup>.

Au surplus, il faut relever que les simples changements d'enseigne ne sont généralement pas contrôlables : les magasins indépendants liés par un contrat de franchise ou un contrat d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants ne font *de facto* pas l'objet d'un contrôle au titre des concentrations lorsqu'ils changent par exemple de tête de réseau.

Prenant acte de ces difficultés, la LME a ainsi procédé à une réduction très significative des seuils du contrôle des concentrations.

Le II de l'article L. 430-2 du Code de commerce précise les nouveaux 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. »

Cette nouvelle disposition vise ainsi à mieux prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise, en permettant d'examiner des opérations qui ne sont pas soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils du I de l'article L. 430-2 du Code de commerce<sup>25</sup>.

L'abaissement des seuils a ainsi conduit l'Autorité à contrôler de très nombreuses opérations dans le secteur de la distribution. Entre sa création le 2 mars 2009, et le 31 décembre 2010, 101 décisions ont été rendues dans le secteur du commerce de détail (code INSEE 52), sans compter les 28 décisions rendues dans le secteur du commerce et de la réparation automobile (code INSEE 50). Sur les

24. Au § 114 de l'avis, le Conseil relevait ainsi : « Les seuils actuels de contrôle des concentrations sont peu adaptés aux enjeux de concurrence sur les zones de chalandise et pourraient être abaissés pour tenir compte de cette spécificité de la distribution et des intérêts des consommateurs. »

25. Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations précisent que 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 ailleurs, 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. Les seuils prévus à l'article L. 430-2-II du Code de commerce 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.

292 décisions de l'Autorité en matière de concentrations, près de 35 % ont ainsi concerné le secteur du commerce (44 % en incluant le commerce et la réparation automobile).

Si, depuis la création de l'Autorité, seules deux opérations ont donné lieu à des engagements de cessions de magasins, il ne faut pas négliger le rôle dissuasif et pédagogique d'un contrôle plus étroit, du fait de la baisse des seuils, certains acteurs préférant renoncer à engager des frais pour des opérations susceptibles d'être interdites.

## Des seuils spécifiques pour les DOM

Compte tenu de la spécificité des marchés dans les collectivités territoriales d'outre-mer, l'Autorité a plaidé, dans son avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les DOM, en faveur de l'institution d'un seuil encore plus bas sur ces territoires, en établissant, comme en métropole, un seuil dérogatoire pour le commerce de détail.

Avant l'entrée en vigueur de la LME, l'article L. 430-2 du Code de commerce avait déjà introduit une notification facultative limitée au secteur du commerce de détail à dominante alimentaire, notamment lorsque la part de marché de la nouvelle entité dépassait 25 %. Le contrôle des concentrations dans les DOM ne constituait qu'une faculté pour le ministre qui pouvait l'exercer dans un délai de trois mois après l'opération et la notification n'était obligatoire que sur décision de ce dernier. Par ailleurs, ces opérations emportaient une dérogation au principe de suspension de l'opération visé à l'article L. 430-4 du Code de commerce.

Devant l'accroissement du nombre des concentrations outre-mer, hors du commerce de détail alimentaire, la LME a aligné les seuils dans les DOM et collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy<sup>26</sup> sur les nouveaux seuils prévus pour les entreprises de distribution, en ajoutant un III à l'article L. 430-2 du Code de commerce et en l'étendant à tous les secteurs économiques.

L'article 41 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services a abaissé le second seuil de contrôle à 7,5 millions d'euros de chiffre d'affaires s'agissant du commerce de détail. Le III de l'article L. 430-2 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 :*

<sup>26</sup>. La Polynésie française et Wallis-et-Futuna, également collectivités d'outre-mer, ne sont pas visées par le texte.

- 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, ou à 7,5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail ;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité.»

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.

Deux illustrations d'opérations domiennes ayant fait l'objet d'un contrôle de l'Autorité ou, précédemment, du Conseil, méritent ici d'être évoquées.

Tout d'abord, l'Autorité a récemment examiné l'acquisition par le groupe Hoio de certaines sociétés du groupe Louis Delhaize<sup>27</sup>. Ces deux groupes étaient notamment présents dans le secteur de la distribution de détail à dominante alimentaire en Guyane, à la Martinique et à la Guadeloupe. Le groupe Hoio souhaitait acquérir auprès du groupe Delhaize l'hypermarché Cora de Cayenne, une cinquantaine de magasins de proximité à l'enseigne Ecomax situés en Guyane, à la Martinique et en Guadeloupe, ainsi que la société Propadis, grossiste alimentaire situé en Guyane. Le groupe Hoio n'était pas présent, antérieurement à l'opération, sur les marchés de la distribution de détail à dominante alimentaire de la Guyane et de la Guadeloupe. En revanche, il exploitait à la Martinique des supérettes sous sa propre enseigne, Super H, ainsi que des supermarchés sous enseigne Casino et des hypermarchés sous enseigne Géant. L'Autorité a donc examiné les effets de l'opération sur les différentes zones de chalandise de l'île : plaine foyaisaise, zones du Marin, du François, de Ducos, du Robert, de Sainte-Marie, et du Lorrain. Sur cette dernière zone, l'Autorité a considéré que l'acquisition d'un magasin Ecomax renforcerait la position dominante que le groupe Hoio détenait déjà avec l'exploitation d'un Casino et d'un Super H. Sur les autres zones, l'Autorité a constaté que la présence de plusieurs autres groupes de distribution permettait le maintien d'une concurrence suffisante. Elle a ainsi finalement autorisé l'opération, sous réserve de l'engagement pris par le groupe Hoio de céder à un tiers le magasin acquis sur la zone du Lorrain.

En 2007, le Conseil de la concurrence avait également analysé en détail un dossier concernant le secteur de la vente d'équipements de la maison<sup>28</sup>. Compte tenu des parts de marché des parties à l'opération et de leurs concurrents, le Conseil a estimé que des problèmes sérieux quant au maintien d'une concurrence suffisante étaient posés en Guadeloupe, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement ; en Guyane, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement, ainsi que

27. Décision 10-DCC-025 du 19 mars 2010.

28. Avis 07-A-06 du 16 juillet 2007.

sur chacun des trois marchés de la distribution de produits électrodomestiques ; en Martinique, sur le marché de la distribution de produits d'ameublement. Le calcul d'indices de concentration Herfindahl-Hirschman (HHI) conduisait également à des valeurs, en niveau postconcentration et en variation, largement supérieures aux seuils signalant la présence de risques concurrentiels. De plus, les magasins But et Conforama exploités par les parties étaient, parmi les acteurs dont la présence avait été constatée sur les marchés concernés, les plus proches substituts (taille, produits, services et gammes de prix similaires). Sur tous ces marchés, le reste de la concurrence était particulièrement atomisé, la part du premier concurrent ne dépassant pas dans le meilleur des cas le cinquième de celles de But et Conforama réunis. L'analyse des effets unilatéraux de cette opération laissait donc craindre une réduction substantielle de la concurrence, la nouvelle entité pouvant notamment être incitée à augmenter sensiblement les prix de l'une des enseignes après l'opération, puisque les risques de baisse des ventes de la nouvelle structure étaient relativement limités, les consommateurs perdus suite à la hausse de prix se reportant prioritairement vers la seconde enseigne du nouveau groupe. De plus, le Conseil a relevé que la nouvelle entité disposerait d'une avance considérable sur ses concurrents en termes d'assortiments des produits proposés, de notoriété, de publicité et de puissance d'achat. Enfin, le Conseil a relevé qu'en raison de la taille restreinte des marchés et de leur insularité, les barrières à l'entrée étaient élevées. Il a aussi estimé que les gains d'efficacité liés à l'opération mis en avant par les parties notifiantes n'étaient pas suffisamment justifiés et certains pour contrebalancer ces atteintes à la concurrence, notamment parce que la transmission, au bénéfice du consommateur, des économies de coûts projetées était peu probable. En conséquence, le Conseil a considéré que seuls des engagements structurels pourraient permettre de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées. Le ministre de l'Économie, dans sa décision finale, a en partie suivi les préconisations du Conseil en ce qui concerne les magasins qui devaient être cédés au titre des engagements pris par l'acquéreur.

Ces deux exemples illustrent notamment la manière dont le contrôle des concentrations peut protéger le consommateur final, dont la voix, face aux regroupements d'entreprises, est trop souvent peu perceptible.

## La contrôlabilité de la création des centrales d'achat

Au-delà de la problématique des seuils, il convient également d'évoquer la question de la contrôlabilité, en droit des concentrations, des centrales d'achat. Cet examen nécessite en effet une analyse très détaillée de la structure créée, qui ne relève du contrôle des concentrations que si elle fonctionne de manière durable.

Par exemple, dans sa décision relative à l'opération Opéra, le Conseil d'État<sup>29</sup> 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 "réfèrencement" des fournisseurs de

29. CE, 31 mai 2000, n° 213161, Société Cora.

*ses maisons mères pour une gamme importante de produits et de négocier les conditions 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.»*

La création de cette centrale d'achat n'était donc pas contrôlable.

Toutefois, une éventuelle absence de contrôlabilité de la création de centrales d'achat ne préjuge en rien de son examen sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans sa décision 05-D-62 du 10 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale Lucie, le Conseil, sur saisine du ministre de l'Économie, a analysé, au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce, le rapprochement des puissances d'achat de Leclerc et Système U, en concluant toutefois au non-établissement des pratiques<sup>30</sup>.

### ***La question du niveau d'indépendance des magasins dans le cadre du contrôle***

L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail entraîne une augmentation du nombre des opérations notifiées. Ces affaires concernent souvent des contrats de franchise, d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants ou encore des contrats de concession automobile. En effet, plusieurs grands réseaux de distribution à dominante alimentaire ou spécialisée ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des affiliés ou adhérents, franchisés notamment, à une tête de réseau. Se pose ainsi la question de l'application du droit des concentrations aux relations existant au sein de tels réseaux, en termes de nature du contrôle, de calcul du chiffre d'affaires ou encore d'évaluation du pouvoir de marché.

Dans ses lignes directrices, l'Autorité a indiqué que la seule conclusion d'un contrat de distribution n'était susceptible de conférer une influence déterminante, au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce, que dans des cas très particuliers<sup>31</sup>.

30. Voir not. décisions 93-D-21 du 8 juin 1993, 95-D-34 du 9 mai 1995 ou 03-D-11 du 21 février 2003.

31. Dans sa communication consolidée du 21 février 2009 en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, la Commission rappelle également que « 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 contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels) ».

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'enseigne<sup>32</sup>.

La Commission européenne a également réaffirmé ce principe s'agissant 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.* »<sup>33</sup>

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 ainsi 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. Elle détermine alors si ces clauses sont suffisantes pour conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur l'entreprise de son adhérent.

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<sup>34</sup>. 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

32. Dans sa décision 09-DCC-23 du 23 juillet 2009, l'Autorité relevait : « *Au cas d'espèce, les contrats de commission d'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. KLABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées.* »

33. Communication consolidée du 21 février 2009 précitée. Dans sa décision M. 940 du 9 juillet 1997, la Commission avait également 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).

34. Dans sa décision M. 890 du 26 juin 1997, la Commission a de même souligné que « *le simple fait que l'accord de franchise fasse partie de l'opération ne saurait exempter l'ensemble de l'opération de l'application du règlement sur les concentrations* ».

contrôle unique ou conjoint sur ce dernier, l'opération peut sans difficulté être qualifiée de concentration<sup>35</sup>.

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 une influence déterminante sur le franchisé. Néanmoins, ce type d'opération peut s'accompagner d'une modification des statuts de l'entreprise concernée et l'Autorité apprécie au cas par cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent<sup>36</sup>.

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 également 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 conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent.

Il faut souligner que les notions d'influence déterminante, au titre de la contrôlabilité, et de pouvoir de marché, qui forme le cœur de l'analyse concurrentielle proprement dite, 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, etc.), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau. L'Autorité examine ainsi 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.

35. Cependant, dans son récent avis 10-A-26 du 7 décembre 2010, l'Autorité relevait que « ces prises de participations constituent le plus souvent des opérations de concentration mais, dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils de notification applicables au commerce de détail (L. 430-2-II du Code de commerce) ou qu'elles ont été effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie et l'abaissement des seuils de notification appliqués au commerce de détail, elles n'ont pas vocation à être contrôlées par le droit de la concurrence ». L'Autorité, constatant que ces pratiques pouvaient produire un effet de verrouillage des magasins, nécessitaient d'être encadrées : « Cet encadrement des prises de participations pourrait notamment consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes d'associés des sociétés d'exploitation. En effet, ces clauses qui confèrent un droit de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin en cause, empêchent le cas échéant l'affilié de changer de réseau à l'arrivée à terme du contrat. »

36. Les lignes directrices précisent par exemple que « [...] 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 déterminante. 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), voir même de la détention d'une seule action de préférence ».

La récente opération Mr. Bricolage/Passerelle<sup>37</sup> a permis de faire un point détaillé sur la prise en compte des franchisés dans l'analyse de la concentration. Cette affaire est d'autant plus intéressante qu'elle a fait l'objet d'une procédure contentieuse devant le Conseil d'État.

Dans cette affaire, l'Autorité a procédé à l'examen de l'acquisition par le groupe Mr. Bricolage du groupe Passerelle, tous deux actifs dans le secteur de la distribution d'articles de bricolage, de décoration et de jardinage. Si l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement, l'Autorité a en revanche constaté qu'elle renforçait de façon significative la présence du groupe Mr. Bricolage sur certaines zones de chalandise. L'Autorité a finalement autorisé l'opération sous réserve d'engagements sur huit zones<sup>38</sup>, permettant de remédier aux problèmes concurrentiels identifiés dans certaines zones de chalandise, dans lesquelles le nombre de magasins contrôlés par le groupe devra être réduit.

Les réseaux de Mr. Bricolage et du groupe Passerelle comportent des magasins détenus en propre, mais également exploités par des adhérents. Dans sa décision, l'Autorité a appliqué de manière rigoureuse les critères développés dans ses lignes directrices :

*«[...] Le pouvoir de marché d'un groupe de distribution doit s'apprécier en tenant compte des magasins détenus en propre et de ceux exploités en franchise, quel que soit leur statut juridique, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport au franchiseur.*

*En l'espèce, différents types de magasins franchisés doivent être distingués, à savoir : les membres acheteurs du réseau Le Club, les magasins Mr. Bricolage et Catena, les magasins Le Club sous enseigne "Les Briconautes" et les magasins Le Club sans enseigne.*

*S'agissant des membres acheteurs du réseau Le Club, ceux-ci sont totalement autonomes en matière de politique commerciale vis-à-vis de la tête de réseau. En effet, ces magasins ont uniquement donné à la centrale Le Club un mandat à l'achat leur permettant, s'ils le souhaitent, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de bricolage et jardinage et ce, sans aucune obligation de volume d'approvisionnement. Ces magasins ne sont tenus à aucune autre obligation vis-à-vis de la centrale que le paiement des commandes. Par conséquent, ils ne doivent pas être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité.*

*S'agissant des magasins Mr. Bricolage et Catena/Super Catena, les contrats intitulés "Charte de l'adhérent à l'enseigne Mr. Bricolage", d'une durée de [...], imposent aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Mr. Bricolage en matière de communication publicitaire, une exclusivité d'approvisionnement à hauteur de [ $> 50\%$ ] de leurs achats ([ $> 80\%$ ] pour les produits développés en marque de*

37. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010.

38. Afin d'éviter que l'opération ne porte atteinte à la concurrence, Mr. Bricolage a pris deux types d'engagements de nature à réduire ou supprimer le cumul de parts de marché. Il s'est engagé d'une part, sur sept zones de chalandise (La Bresse, Lannion, Paimpol, Coulommiers, Auch, Saint-Girons, Oléron) à ne pas renouveler les contrats conclus avec certains de ses adhérents et, d'autre part, sur une zone de chalandise, à céder l'un de ses magasins (Mende).

distributeur) et leur interdit de modifier leur point de vente sans l'accord de la tête de réseau. Les contrats contiennent également des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit de Mr. Bricolage en cas de cession de leur magasin.

Les magasins Le Club sous enseigne "Les Briconautes" sont exploités par des adhérents, dans le cadre de contrats d'adhésion d'un an renouvelables tacitement. Ces adhérents se sont engagés à utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, participer à [...] opérations promotionnelles par an, durant lesquelles ils doivent mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires, et à référencer [>50 %] des lignes de produits Le Club. De plus, Le Club se réserve la possibilité de fixer des prix maximums et une partie des adhérents est tenue de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du Club en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial.

Il convient donc de prendre en compte tant les magasins Mr. Bricolage et Catena/Super Catena que ceux sous enseigne Les Briconautes pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité.

Concernant les magasins le Club sans enseigne, on peut relever que ceux-ci sont relativement indépendants : ces magasins, exploités dans le cadre de contrat d'adhésion [confidentiel], ne sont pas soumis à une politique d'enseigne, [confidentiel]; en revanche, ils recourent à des campagnes de publicité opérées par le groupe, mais sans aucune obligation d'y participer. De plus, le contrat donne la possibilité au Club d'instituer des prix maximums.»

Les sociétés Mr. Bricolage et Bric'Oléron ont demandé l'annulation de la décision de l'Autorité pour excès de pouvoir. Dans un arrêt du 23 décembre 2010, le Conseil d'État a rejeté ces requêtes, confirmant en tous points la décision de l'Autorité<sup>39</sup>.

L'approche de l'Autorité est donc dorénavant bien assise s'agissant de la prise en compte des franchisés, que ce soit dans l'analyse de la contrôlabilité ou dans l'analyse concurrentielle. Il en va de même des approches en termes de délimitation des marchés pertinents, qui, à l'issue de plusieurs années d'exercice du contrôle, sont relativement stabilisées.

39. CE, 23 décembre 2010, n° 337533, Mr. Bricolage. Le Conseil d'État a relevé notamment : « [...] L'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, qui est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante [...] exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome [...]; qu'en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière, de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé [...] l'Autorité de la concurrence n'a pas non plus commis d'erreur de droit.»

## *Les délimitations des marchés pertinents et l'importance des parts de marché dans l'analyse concurrentielle*

La pratique tant nationale<sup>40</sup> que communautaire<sup>41</sup> distingue deux catégories de marchés : ceux qui mettent en présence les entreprises du commerce de détail et les consommateurs pour la vente des biens de consommation (les marchés en aval) et ceux de l'approvisionnement en ces mêmes biens (les marchés en amont). Ces deux marchés sont évidemment liés, le comportement des intervenants sur le marché de l'approvisionnement étant dépendant de la demande finale des consommateurs.

### **Les marchés en aval**

En matière de contrôle des concentrations, le type de produit vendu est l'un des critères les plus importants pour délimiter les marchés dans le domaine du commerce de détail. Ainsi, classiquement, lorsque plus d'un tiers du chiffre d'affaires d'un magasin provient de produits alimentaires, le commerce est réputé à dominante alimentaire. Cette distinction sur la base d'un seuil de chiffre d'affaires a déjà été retenue par le Conseil de la concurrence, notamment dans son avis 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution. De même, au sein du commerce de détail non alimentaire, une distinction est généralement opérée entre le commerce non spécialisé et le commerce spécialisé, c'est-à-dire, selon la classification de l'INSEE, les commerces qui réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires sur une seule gamme de produits.

Le format et la taille du magasin constituent également des critères importants de délimitation des marchés en ce que, notamment, il en découle l'aptitude du point de vente considéré à commercialiser un plus ou moins grand nombre de produits ou à offrir certains services (parkings, galeries marchandes, etc.). Dans plusieurs secteurs, tels que le bricolage ou la jardinerie, des marchés spécifiques ont ainsi été identifiés pour les grandes surfaces spécialisées (GSS), distincts de ceux des grandes surfaces alimentaires (GSA) et du commerce de proximité. Pour délimiter les marchés dans ce type d'affaires, l'Autorité procède généralement en suivant la pratique décisionnelle « Blokker/Toys'r'Us »<sup>42</sup> qui, dans le domaine de la distribution de jouets, a retenu un marché pertinent de la distribution de produits opérée *via* des points de vente proposant au consommateur final un assortiment complet de produits tout au long de l'année<sup>43</sup>. Il est apparu en effet que de telles grandes surfaces spécialisées proposaient des gammes de produits et assortiments plus étendus, ainsi que des services d'accueil et de conseils aux consommateurs. De plus, le petit commerce ne représente généralement qu'une part marginale des

40. Voir not. avis 97-A-14 du 1<sup>er</sup> juillet 1997, 98-A-06 du 5 mai 1998 et 00-A-06 du 3 mai 2000. Voir également avis 97-A-04 du 21 janvier 1997.

41. Voir not. décisions de la Commission dans les affaires M. 1221 du 3 février 1999, M. 1684 du 25 janvier 2000 et M. 2115 du 28 septembre 2000.

42. Décision n° M. 890 (CE) de la Commission, 26 juin 1997.

43. Dans l'affaire Cafom/Fincar précitée, cette approche a notamment amené le Conseil à ne pas inclure dans le marché du meuble les grandes surfaces alimentaires qui ne commercialisent que de manière ponctuelle quelques meubles en kit ou des meubles de jardin.

achats, remplissant essentiellement une fonction de dépannage ou ne s'adressant qu'à une fraction de clientèle (personnes non motorisées, etc.).

En se référant à ces deux critères, à savoir le type de produit vendu et la taille des magasins, les autorités de concurrence ont ainsi pu délimiter avec précision les marchés de produits pertinents dans les secteurs du bricolage, des jardineries, de l'habillement, de l'équipement de la maison, des articles de sports, des jouets, des articles de culture et loisirs, de l'automobile ou encore des stations-service.

Par ailleurs, s'agissant plus spécifiquement du commerce de détail à dominante alimentaire, ont été distingués six marchés en utilisant plusieurs critères, notamment la taille des magasins, leurs techniques de ventes, leur accessibilité, la nature du service rendu et l'ampleur des gammes de produits proposés : les hypermarchés, les supermarchés, le commerce spécialisé, le petit commerce de détail, les maxi-discompteurs, la vente par correspondance.

Toutefois, il est tenu compte du fait que, dans certaines configurations géographiques et pour certains produits de consommation courante, la demande des consommateurs peut être partiellement satisfaite par les hypermarchés, les supermarchés, les supérettes, les maxi-discompteurs et les rayons alimentaires des grands magasins dits « populaires ». De même, la demande pour produits non alimentaires peut être, dans certaines situations, satisfaite indifféremment par les hypermarchés et les grandes surfaces spécialisées dans le sport, l'électroménager, l'électroacoustique, le mobilier, le bricolage, les vêtements ou les chaussures.

De plus, si le service rendu globalement par les hypermarchés (diversité des produits, profondeur des gammes, accessibilité, prix bas) est spécifique et n'est rendu par aucune autre forme de commerce, le critère de taille qui détermine, entre les supermarchés et les hypermarchés, l'étendue de l'assortiment des gammes, doit être utilisé dans chaque cas avec précaution, des magasins dont la surface est située à proximité du seuil qui sert à les distinguer (2 500 m<sup>2</sup>), soit en dessous, soit au-dessus, pouvant se trouver, dans les faits, en concurrence directe. Sont donc prises en considération les conditions dans lesquelles le marché fonctionne effectivement, notamment le fait que, dans un certain nombre de configurations géographiques, un hypermarché peut être habituellement utilisé par certains consommateurs comme un magasin de proximité, en substitution d'un supermarché. En revanche, la réciproque n'est presque jamais vérifiée et l'est d'autant moins que la taille de l'hypermarché en question est importante.

S'agissant des marchés aval de la distribution, l'analyse de la dimension géographique est fondée sur les temps de déplacement des clients des magasins généralement constatés. Selon la taille des magasins, ils sont compris entre 10 et 15 minutes en voiture pour les supermarchés et 15 à 30 minutes pour les hypermarchés mais l'attractivité de magasins de même format peut varier selon la densité de l'équipement commercial d'une zone. En particulier, lorsqu'ils sont situés dans des zones où l'équipement en hypermarchés reste limité, par exemple dans les zones rurales, les hypermarchés peuvent exercer une attractivité très forte sur les populations résidant dans des communes éloignées.

Dans ses décisions récentes<sup>44</sup> relatives à des opérations de concentration concernant des hypermarchés ou des supermarchés, l'Autorité a rappelé que, selon le type de magasins concernés, les conditions de la concurrence devaient s'apprécier sur deux zones différentes :

- une première zone où se rencontrent la demande des consommateurs d'une zone et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès en moins de 30 minutes de déplacement en voiture ;
- une seconde zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et des autres formes de commerce équivalentes, situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture, ces dernières formes de commerce pouvant comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés et les magasins discompteurs.

Enfin, dans sa décision 10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, l'Autorité a délimité un marché pertinent du commerce d'alimentation générale de proximité incluant l'ensemble des magasins d'une surface inférieure à 1 000 m<sup>2</sup> et les magasins de maxi-discompte<sup>45</sup>.

## Les marchés en amont

L'analyse de l'impact d'une concentration entre distributeurs sur les marchés de l'approvisionnement est une des spécificités du secteur de la distribution en contrôle des concentrations. Cette originalité tient au caractère particulièrement important de la prise en compte de la puissance d'achat de certains groupes du commerce de détail.

La délimitation des marchés de l'approvisionnement s'opère généralement du point de vue du fournisseur. À ce titre, le degré de flexibilité dans la modification de l'offre des fournisseurs est un des éléments importants de l'analyse. D'une manière générale, les producteurs fabriquent des produits ou groupes de produits particuliers et ne sont pas en mesure de se reconvertir facilement dans la fabrication d'autres produits. Un fabricant de produits d'épicerie sèche, par exemple, ne peut pas commencer à fabriquer des boissons alcoolisées sans des investissements considérables et l'acquisition d'un savoir-faire supplémentaire.

L'Autorité a constaté à plusieurs reprises qu'au niveau de l'approvisionnement, il existait autant de marchés que de familles de produits sur lesquels porte la négociation, chaque distributeur mettant en concurrence les divers fournisseurs sur chacun de ces marchés<sup>46</sup>. Cette analyse a été suivie par la Commission européenne, notamment dans l'affaire « Carrefour/Promodès »<sup>47</sup>.

44. Voir not. décision 10-DCC-124 du 6 octobre 2010, § 11.

45. D'autres critères peuvent néanmoins être pris en compte pour évaluer l'impact d'une concentration sur la situation de la concurrence sur les marchés de la distribution de détail, ce qui peut conduire à affiner les délimitations usuelles présentées *supra*. En particulier, la distinction entre les trois formats, à savoir hypermarché, supermarché et magasin de proximité, n'est donc pas toujours aisément appréhendable à partir des seules indications de surfaces commerciales.

46. Voir not. avis 97-A-04 du 21 janvier 1997.

47. Décision n° M. 1684 (CE) de la Commission, 25 janvier 2000.

Les marchés de l'approvisionnement comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises (par exemple les cafés/hôtels/restaurants).

Dans l'affaire Carrefour/Promodès citée ci-dessus, vingt-trois groupes de produits ont ainsi été retenus<sup>48</sup>. Ces délimitations en termes de groupes de produits peuvent être affinées au cas par cas, notamment dans le cadre de l'examen de concentrations dans le commerce spécialisé. Par exemple, alors que la décision Carrefour ne retenait qu'un groupe «bricolage», la décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, relative à l'acquisition par le groupe Mr. Bricolage du groupe Passerelle, reprenant la pratique tant nationale que communautaire en matière de fusion d'acteur de distribution de produits de ce secteur, en listait onze<sup>49</sup>.

Enfin, même si elle a jusqu'à présent été laissée ouverte par les autorités de concurrence, la question d'une délimitation plus fine encore en fonction des canaux de distribution peut se poser (commerce de détail à dominante alimentaire, magasins spécialisés, libres services de gros, secteur de la restauration, etc.). En effet, pour certains producteurs, les différents débouchés ne sont pas facilement interchangeables. Des différences dans la taille des contenants, la présentation et le conditionnement (qui nécessitent parfois des machines spéciales ou d'autres moyens de production), des stratégies de ventes différentes (par exemple, pour le commerce de détail à dominante alimentaire et la restauration), la nécessité d'avoir des connaissances et des contacts différents pour les divers canaux de distribution, et de disposer d'une logistique différente, rendent plus difficile tout passage à un autre débouché.

### Le critère de la part de marché

La part de marché détenue par les principaux intervenants est la mesure la plus courante du degré de concentration sur un marché. Ainsi, lorsque les marchés aval sont analysés, il est considéré qu'une zone est fortement concentrée si un petit nombre d'entreprises détient une part importante du marché. Mais un degré élevé de concentration peut correspondre à des situations très contrastées; ainsi, une forte concentration peut résulter de la présence d'un faible nombre d'intervenants sur le marché ou de la coexistence de quelques entreprises de grande taille et d'un nombre élevé d'entreprises de taille réduite. Quant aux marchés amont, les autorités de concurrence ont également dégagé au fil des instructions successives des critères en termes de seuils de sensibilité des parts de marché.

**48. Produits de Grande Consommation (PGC):** (1) Liquides; (2) Droguerie; (3) Parfumerie/hygiène; (4) Épicerie sèche; (5) Parapharmacie; (6) Produits périssables en libre-service. **Frais traditionnel:** (7) Charcuterie; (8) Poissonnerie; (9) Fruits et légumes; (10) Pain et pâtisserie fraîche; (11) Boucherie. **Bazar:** (12) Bricolage; (13) Maison; (14) Culture; (15) Jouets/loisir/détente; (16) Jardin; (17) Automobile. **Électroménager/Photo/Cinéma/Son:** (18) Gros Électroménager; (19) Petit Électroménager; (20) Photo/Ciné; (21) Hi-fi/Son; (22) TV/Vidéo. **Textile:** (23) Textile, chaussures.

**49.** Décoration, revêtements de murs, sols, carrelage, outillage, quincaillerie et rangement, électricité et luminaires, équipements sanitaires, matériaux de construction, menuiserie, jardinage.

### *S'agissant des marchés aval*

Si le chiffre d'affaires est généralement le critère retenu pour évaluer la part de marché, il est néanmoins fréquent, compte tenu de la difficulté d'obtenir ces éléments lors du test de marché réalisé dans les délais contraints du contrôle des concentrations, qu'à défaut, ou en complément, la surface de vente soit utilisée comme un indicateur significatif, dans la mesure où il existe une corrélation entre la surface de vente et le chiffre d'affaires. Lorsqu'elle utilise cet indicateur seul, il est tenu compte du fait que le chiffre d'affaires au mètre carré croît avec la taille des magasins. En effet, les hypermarchés ont une productivité plus élevée au mètre carré que les magasins de taille plus modeste en raison de conditions d'approvisionnement favorables, de taux de rotation élevés des produits alimentaires et de l'importance croissante de la part des produits non alimentaires, généralement nettement plus chers que ces derniers.

Le constat d'une concentration excessive dans la grande distribution est largement partagé. Néanmoins, s'agissant d'opérations de grande ampleur, comme Carrefour/Promodès, l'analyse concurrentielle peut-être délicate compte tenu des délais contraints de la procédure, lorsque de très nombreuses zones de chalandise sont potentiellement affectées. L'application, en première analyse, d'un seuil d'alerte de 50 % des parts de marché de la nouvelle entité peut ainsi servir de critère « d'écrémage ». C'est d'ailleurs souvent en utilisant dans son analyse un tel seuil de parts de marché que la Commission européenne procède, d'une manière générale, lorsqu'elle décide de renvoyer une affaire à un État membre au titre de l'article 9 du règlement « concentrations »<sup>50</sup>. Au-delà de ce seuil, la position des parties sur la zone concernée doit être ainsi appréciée plus avant (parts des autres concurrents, entrées potentielles, etc.).

### *S'agissant des marchés amont*

Il existe une interdépendance étroite entre le marché de la distribution et le marché de l'approvisionnement. Ce sont les volumes vendus par les sociétés de distribution sur les marchés aval – et donc leurs parts de marché – qui déterminent le volume de leurs achats, qui sera d'autant plus grand que la part détenue par le détaillant sur le marché de la vente est élevée. Or, plus le volume des achats est important, plus les conditions d'achat accordées à la société de distribution par ses fournisseurs sont, en règle générale, favorables.

Dès 1985, dans son avis relatif aux « super-centrales », la Commission de la concurrence avait esquissé une réflexion à partir des seuils que connaissait la législation relative aux concentrations. Cet avis mentionne que si une concentration dans un secteur de la distribution atteint 20 % d'un marché, « *tout producteur, lors même qu'il a pris soin, en bon gestionnaire, de diversifier ses débouchés et les risques correspondants, est dans une situation de dépendance économique qui justifie non pas l'interdiction de*

50. Régl. (CE) n° 139/2004 du Conseil, 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. L'article 9 de ce règlement est relatif à la procédure de renvoi vers les États membres d'un dossier de dimension communautaire.

*toute nouvelle concentration de la demande par la distribution, mais la possibilité de la contrôler, de l'assortir de certaines conditions, voire d'y faire obstacle si un bilan économique prévisionnel apparaît alors négatif».*

Dans sa décision « Carrefour/Promodès », la Commission européenne a estimé que ce « taux de menace » pourrait être atteint lorsqu'un fournisseur réalise plus de 22 % de son chiffre d'affaires avec un même distributeur. Ce pourcentage provient d'une moyenne des réponses obtenues lors du test de marché, les services de la Commission ayant demandé à plusieurs centaines de fournisseurs d'indiquer à partir de quel pourcentage de leur chiffre d'affaires ils considéraient que la perte d'un client représenterait une menace pour l'existence même de leur entreprise. Il englobe néanmoins tous les groupes de produits, les réponses recueillies faisant apparaître des différences selon les catégories considérées. Mais il est intéressant de souligner qu'au terme de son instruction, un tel résultat d'un seuil de 22 % avait également été obtenu lors du test de marché dans l'affaire Rewe/Meinl. Cependant, ce seuil de part de marché à partir duquel une présomption de domination/dépendance pourrait apparaître ne saurait constituer un chiffre « coupe-ret ». Ce premier constat doit être affiné.

L'analyse de la puissance d'achat effectuée dans le cadre du contrôle des concentrations repose sur des principes qui sont développés dans la troisième partie de cette étude, consacrée aux relations entre fournisseurs et distributeurs.

## Relations fournisseurs – distributeurs

La puissance d'achat de la grande distribution soulève parfois des craintes relatives, notamment, à la fragilisation des fournisseurs, même si le bilan tiré par l'Autorité est nuancé à ce stade. Les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs peuvent également soulever des préoccupations de concurrence liées aux restrictions apportées à la concurrence intramarque ou intermarque au moyen de clauses d'exclusivité ou d'accords de distribution sélective. Enfin, dans un contexte d'évolution rapide des techniques de distribution et des outils marketing, l'Autorité est vigilante face à l'apparition de nouvelles pratiques dont l'impact concurrentiel est encore mal connu, comme c'est le cas pour le management catégoriel.

### La puissance d'achat des distributeurs

Comme on l'a vu dans la deuxième partie de cette étude, la tendance à la concentration dans le secteur de la distribution peut soulever des préoccupations relatives à la réduction de la concurrence sur les marchés aval, et à une possible dégradation de la situation des consommateurs dans les zones de chalandise concernées. Cette concentration suscite également un deuxième type de craintes, concernant un déséquilibre accru dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, le renforcement de la grande distribution lui permettant d'exiger des

petits fournisseurs des concessions qui pourraient affaiblir considérablement ces derniers, voire les faire disparaître. Le Parlement européen a ainsi adopté en 2008 une déclaration « sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation »<sup>51</sup>, affirmant « que les grands supermarchés abusent de leur pouvoir d'achat pour contraindre les fournisseurs [...] à baisser leurs prix jusqu'à des niveaux intenable, et pour leur imposer des conditions déloyales », et invitant la Commission européenne à enquêter sur les conséquences de la concentration du secteur européen de la grande distribution et en particulier à évaluer tout abus de puissance d'achat résultant de cette concentration.

La pratique du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence révèle un tableau plus nuancé. La puissance d'achat acquise par les grands distributeurs ne paraît pas constituer, dans de nombreux cas, une menace pour le fonctionnement concurrentiel des marchés<sup>52</sup>. Une vigilance reste cependant de mise face à certaines configurations (voir *infra*).

D'un point de vue théorique, les effets de la puissance d'achat peuvent souvent être pro concurrentiels : le transfert de profits entre fournisseurs et distributeurs n'est pas en soi un problème pour les consommateurs (même s'il peut l'être pour les acteurs concernés), et la puissance d'achat peut être bénéfique si la concurrence en aval permet de répercuter les baisses de prix aux consommateurs. Par ailleurs, les constats de pratiques anticoncurrentielles s'appuyant sur la puissance d'achat sont restés relativement rares à ce stade. Ainsi, les cas d'abus de dépendance économique ayant donné lieu à une condamnation sont exceptionnels et il s'agit essentiellement d'abus commis par des fournisseurs vis-à-vis d'acheteurs en situation de dépendance, mais jamais par des opérateurs de la grande distribution. Cela ne veut pas dire que des déséquilibres entre producteurs et distributeurs ne sont pas problématiques, mais que la solution à ces problèmes consiste moins à appliquer les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles qu'à mobiliser d'autres outils comme ceux relatifs aux pratiques restrictives de concurrence du titre IV du livre IV du Code de commerce.

La liberté, pour un producteur, de choisir son mode de distribution, et par la suite, la liberté, pour des partenaires commerciaux, de négocier les termes de leur relation contractuelle, sont des ressorts essentiels du fonctionnement concurrentiel des marchés. Il peut apparaître opportun d'intervenir directement, par le biais de la régulation, sur le partage des profits dans la chaîne de valeur lorsque ce partage paraît trop déséquilibré, notamment, en faveur de la grande distribution. Toutefois, lorsque le législateur choisit cette option, il existe un risque de contournement des dispositions adoptées, par les stratégies des acteurs, finalement au détriment des consommateurs. Cela a été le cas pour la loi Galland, destinée à protéger les fournisseurs et les petits concurrents de la grande distribution en précisant les

51. Parlement européen, 19 février 2008, Déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation (précitée), publiée au JOUE le 6 août 2008.

52. Avis 00-A-02 du 4 février 2000.

modalités de l'interdiction de la revente à perte. D'une part, comme l'a expliqué le Conseil de la concurrence dans son avis 04-A-18<sup>53</sup>, cette loi a favorisé le déplacement des négociations commerciales vers les marges arrière. Les avantages commerciaux obtenus en amont ne pouvant être répercutés en aval, les conséquences de cette loi ont été défavorables aux consommateurs. D'autre part, la définition du seuil de revente à perte résultant de la loi Galland a servi de mécanisme facilitateur à des pratiques anticoncurrentielles de fixation des prix de revente<sup>54</sup>, sanctionnées par le Conseil dans plusieurs décisions<sup>55</sup>.

Globalement, si une régulation de la puissance d'achat s'avérait nécessaire, elle devrait surtout s'attacher à renforcer la concurrence sur le marché aval, par un contrôle structurel sur le degré de concentration du marché, afin de garantir que la puissance d'achat s'exerce dans un sens favorable aux consommateurs : « *Sur le marché aval, la puissance d'achat des entreprises de la grande distribution est en général considérée comme favorable aux consommateurs dès lors que la concurrence qui s'exerce en aval conduit les distributeurs à répercuter dans les prix de détail les concessions qu'ils obtiendront de leurs fournisseurs.* »<sup>56</sup>

### ***Les sources de la puissance d'achat***

Lors des négociations entre un fournisseur et un client (par exemple un distributeur), chaque partie peut obtenir des conditions d'autant plus avantageuses qu'elle dispose d'une alternative crédible en cas d'échec des négociations. La puissance d'achat résulte de l'asymétrie entre les « points de menace » du fournisseur et du distributeur. En effet, il est généralement moins difficile pour un opérateur de la grande distribution de se passer d'un de ses fournisseurs que l'inverse. Certes, il peut être difficile pour un distributeur de remplacer à brève échéance un fournisseur qui représentait des volumes importants, mais les distributeurs ont souvent la possibilité de s'intégrer verticalement ou de favoriser l'apparition d'un nouvel entrant en lui garantissant un volume d'achats suffisant. Ces alternatives sont crédibles, comme en témoigne l'essor important des marques de distributeurs. Réciproquement, il peut être tout aussi difficile pour un fournisseur de réorienter des volumes de ventes importants vers des débouchés alternatifs. Ainsi, un fournisseur menacé de déréférencement risque de perdre une partie significative de ses profits. Les consommateurs étant souvent plus fidèles à leur magasin qu'à une marque en particulier, le déréférencement risque d'entraîner une perte de profits plus importante pour le fournisseur que pour le distributeur, dont les clients se

53. Avis 04-A-18 du 18 octobre 2004.

54. Le fournisseur pouvait en effet fixer, dans ses conditions générales de vente, le prix facturé déterminant le seuil de revente à perte, tarif public qui devait être identique pour tous ses distributeurs en raison du principe de non-discrimination, et ensuite, négocier avec chaque distributeur le montant des marges arrière. La déconnexion entre le prix facturé et le prix unitaire effectif (net des marges arrière) permettait ainsi au producteur de fixer un prix plancher uniforme à ses distributeurs.

55. Décisions 05-D-70 du 19 décembre 2005 et 07-D-50 du 20 décembre 2007.

56. Avis 00-A-02 du 4 février 2000.

reporteront probablement vers les produits de fournisseurs concurrents<sup>57</sup> : les marchés des produits de grande consommation n'étant généralement pas caractérisés par une forte concentration, il existe des solutions d'approvisionnement alternatives (marques de producteurs concurrentes ou marques de distributeurs). Le fournisseur risque donc d'être dans l'impossibilité, à court terme, de maintenir son niveau de production. Dans le cas de petites entreprises qui ne peuvent pas rapidement ajuster leur outil de production pour réduire leurs coûts fixes, la perte d'un gros contrat peut entraîner de graves difficultés financières.

Pour évaluer la puissance d'achat d'un acheteur vis-à-vis d'un ou plusieurs fournisseurs, le principal critère à prendre en compte est la proportion des ventes du (ou des) fournisseur(s) que cet acheteur représente, que l'on pourra comparer à la proportion des ventes de l'acheteur que représente le fournisseur. Un acheteur disposera d'une puissance d'achat significative s'il représente une part suffisante du marché de l'approvisionnement en un certain type de produits pour menacer d'infliger des pertes significatives à ses fournisseurs, parce que ceux-ci ne disposent pas à brève échéance de réelles alternatives, et qu'en retour, ces fournisseurs ne représentent pas une part prépondérante de son chiffre d'affaires ou que le distributeur peut aisément leur substituer d'autres partenaires, de sorte que la menace de déréférencement est crédible. Ainsi, lorsque les achats d'un distributeur atteignent un certain seuil de chiffre d'affaires d'un fournisseur, ce dernier peut être dans l'impossibilité de trouver rapidement des débouchés alternatifs pour des volumes aussi importants, et le distributeur est donc un partenaire indispensable.

Comme indiqué précédemment, la Commission européenne a identifié à plusieurs reprises, sur la base de déclarations des fournisseurs, un seuil correspondant en moyenne à 22 % de leur chiffre d'affaires<sup>58</sup>.

Notons que l'existence d'une puissance d'achat significative n'implique pas nécessairement la détention d'une position dominante. Un fournisseur peut ainsi être en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un de ses distributeurs sans que celui-ci soit en position dominante sur le marché de l'approvisionnement. C'est notamment pour cette raison que l'article L. 420-2 du Code de commerce relatif aux abus de position dominante a été complété dès 1986 par une disposition relative aux abus de dépendance économique, permettant de contrôler le comportement d'opérateurs qui, sans nécessairement être en position dominante, sont en raison de leur poids sur le marché des partenaires obligés, soit de leurs fournisseurs, soit de leurs clients.

Les critères retenus par la jurisprudence pour caractériser de façon générale une situation de dépendance économique peuvent être utilisés comme indicateurs de la puissance d'achat d'un opérateur de la grande distribution : forte notoriété de

57. Pour la France, les données recueillies en avril 1998 dans une étude de l'INSEE montrent que les clients des grandes surfaces ont tendance à limiter le nombre d'enseignes qu'ils fréquentent : 35 % n'en visitent régulièrement qu'une seule, 40 % deux, et 25 % trois ou plus. En raison de leur préférence pour des approvisionnements peu fréquents dans un seul lieu, les consommateurs ne vont pas nécessairement changer d enseigne parce que leur magasin aura retiré de la vente une de leurs marques préférées ou un petit nombre d'entre elles.

58. Commission européenne, décisions M. 1221 du 3 février 1999, Rewe/Meinl; M. 1684 du 25 janvier 2000 Carrefour/Promodès; M. 5047 du 23 juin 2008 Rewe/Adeg.

l'opérateur vis-à-vis duquel le plaignant est en situation de dépendance ; part de marché importante de cet opérateur ; part importante dans le chiffre d'affaires du dépendant ; enfin et surtout, impossibilité, pour le dépendant, de trouver un partenaire alternatif en cas de rupture de la relation contractuelle. Dans le cas de la grande distribution, il convient donc d'évaluer la capacité des fournisseurs à substituer à ce distributeur d'autres enseignes ou canaux de distribution, et les coûts de report qu'une telle substitution entraînerait<sup>59</sup>.

### *Les effets de la puissance d'achat sont souvent positifs pour les consommateurs*

#### **Des économies de coûts qui peuvent profiter aux consommateurs**

Indépendamment de la structure concurrentielle, la puissance d'achat d'un distributeur est généralement d'autant plus grande que les volumes qu'il achète sont importants. Il peut ainsi bénéficier d'économies d'échelle ou de gamme engendrées par ses volumes de commandes. Il peut aussi réduire ses coûts d'approvisionnement – notamment en obtenant des rabais supplémentaires – si, de par sa taille et son expérience du secteur, il est capable de s'intégrer vers l'amont, de faciliter l'entrée de nouveaux producteurs ou de faire appel à des producteurs concurrents existants, de mettre en place des procédures d'achat compétitives (mécanismes d'enchères par exemple), ou d'être mieux informé des évolutions des coûts et de la demande.

Lorsqu'elle s'exerce par le biais de négociations bilatérales et qu'elle conduit des fabricants disposant d'un certain pouvoir de marché à diminuer leurs prix, la puissance d'achat joue dans le sens de l'efficacité économique. Elle devient un « contre-pouvoir de marché » qui incite les producteurs à réduire, à court terme, leurs marges et, à plus long terme, leurs coûts de production. Si les marchés amont sont peu concurrentiels, la puissance d'achat a des effets positifs puisqu'en empêchant le producteur de fixer un prix de vente élevé, elle atténue le phénomène de double marginalisation et profite au consommateur, et ce même lorsque l'intensité de la concurrence en aval est limitée. Enfin, la puissance d'achat est susceptible de déjouer des pratiques anticoncurrentielles, par exemple en permettant à un acheteur de déstabiliser une entente entre producteurs par des achats importants.

Ces effets de la puissance d'achat sur les prix peuvent ensuite s'étendre sur le marché aval, au bénéfice des consommateurs finaux. L'intensité de la concurrence sur ce marché aval influence fortement l'ampleur des gains que tirent les consommateurs de l'exercice de la puissance d'achat. D'abord, plus la concurrence sur le marché aval est forte, plus le taux de répercussion des rabais est élevé. Ainsi, si la puissance d'achat résulte d'une opération de concentration entre des acheteurs, la

59. Dans un arrêt du 15 octobre 2008, SCEA Vergers de la Motte, la cour d'appel de Paris a précisé que « l'état de dépendance économique se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'ensuit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

diminution des prix d'achat qui pourrait en résulter doit être mise en balance avec l'accroissement du pouvoir de marché des acheteurs sur le marché aval. Ensuite, une concurrence importante entre les acheteurs sur le marché aval évite que la puissance d'achat et les gains qu'elle génère ne permettent aux acheteurs qui en bénéficient de diminuer leur productivité sur d'autres aspects de leur chaîne de valeur. L'ampleur de la répercussion des rabais aux consommateurs finaux joue un rôle important dans le bilan concurrentiel de l'exercice de la puissance d'achat. En effet, comme on le verra plus en détail, les effets de la puissance d'achat sur l'investissement des producteurs ou sur la concurrence entre les acheteurs sont théoriquement ambigus. Il est donc préférable que le détenteur de la puissance d'achat soit incité à répercuter au consommateur les rabais obtenus, afin de compenser d'éventuels effets négatifs sur d'autres aspects du fonctionnement des marchés.

### **Puissance d'achat et contrôle des concentrations**

Cette approche se retrouve dans le contrôle des opérations de concentration, comme il a déjà été évoqué dans la deuxième partie de la présente étude, qu'il s'agisse de concentrations entre opérateurs du marché amont ou entre acteurs de la distribution.

Dans le cas d'une concentration entre producteurs, le contre-pouvoir des acheteurs peut atténuer les risques liés au renforcement du pouvoir de marché en amont. À plusieurs reprises, l'Autorité – ou avant elle le Conseil de la concurrence – a en effet estimé qu'une opération était peu susceptible de produire des effets défavorables à la concurrence lorsque les entreprises clientes disposaient d'une puissance d'achat compensatoire à même de contrer une augmentation unilatérale des prix ou des comportements d'éviction<sup>60</sup>. Les grandes enseignes de vente au détail sont réputées disposer d'une puissance d'achat potentiellement importante en raison de leur poids dans le chiffre d'affaires de leurs fournisseurs et de la concentration de ce secteur. Pour évaluer ensuite si cette puissance d'achat peut effectivement être exercée envers les fabricants d'une catégorie de produits donnée, l'Autorité tient notamment compte du poids de la grande distribution dans le chiffre d'affaires de l'entité fusionnée et, inversement, du poids de l'entité fusionnée dans le chiffre d'affaires de ces enseignes, de l'attachement du consommateur final aux marques de l'entité fusionnée, de la variété des référencements sur les linéaires pour la catégorie de produits étudiés, et de la concurrence à laquelle sont soumises ces enseignes, qui les inciterait à changer de fournisseur en cas de hausse des prix.

Lorsqu'il s'agit d'une opération de concentration concernant des distributeurs, les gains d'efficacité éventuellement induits par le renforcement de la puissance d'achat doivent être mis en regard de la possible réduction de la concurrence sur le marché aval. Tout d'abord, le pouvoir de marché accru de la nouvelle entité sur le marché aval réduit les gains que les consommateurs peuvent espérer tirer de l'accroissement de la puissance d'achat. En outre, les modalités d'exercice de la puissance d'achat, qui peuvent prendre d'autres formes qu'une réduction des

<sup>60</sup>. Voir avis 98-A-09 du 29 juillet 1998, 04-A-20 du 22 octobre 2004 et 04-A-16 du 28 juillet 2004.

prix (octroi de « marges arrières » ou d'exclusivités par exemple), et l'ampleur des rabais éventuellement obtenus sont inconnues au moment de l'opération. À titre d'exemple, lors de l'examen de l'opération Cafom/Fincar<sup>61</sup>, le Conseil a évalué la possibilité d'obtention d'avantages tarifaires (compte tenu notamment du pouvoir de négociation des offreurs), la forme que peuvent prendre ces avantages (les baisses de prix unitaires ayant plus de chances d'être rétrocédées aux consommateurs qu'un abaissement des coûts fixes du distributeur par le biais de droits de référencement accrus), le maintien d'une concurrence suffisante entre les entreprises clientes (pour que le consommateur final bénéficie effectivement de ces rabais), et la nécessité de l'opération pour la réalisation des gains allégués (la création d'une centrale d'achat commune, qui n'entraîne pas de restriction de concurrence sur le marché aval, étant également à même d'accroître la puissance d'achat des distributeurs). Sur ces différents critères, les circonstances ne permettaient pas, en l'espèce, de démontrer de manière définitive un accroissement de la puissance d'achat susceptible de bénéficier au consommateur et les gains d'efficacité allégués n'ont été pris en compte ni dans l'avis final, ni dans la définition des remèdes.

### Le cas particulier des centrales d'achat et de référencement

Dans le secteur de la grande distribution, les centrales d'achat ne sont pas le propre des groupes intégrés : les regroupements d'indépendants disposent généralement eux aussi de centrales d'achat au niveau national ou régional, qui leur permettent de se fédérer dans le but de négocier plus efficacement avec les fournisseurs et faire baisser les prix. Une tendance récente est le regroupement de grandes chaînes de supermarchés au sein de « supercentrales européennes », complémentaires aux alliances nationales, dont les adhérents peuvent être actifs sur des marchés géographiques nationaux distincts.

Le regroupement d'entreprises indépendantes, éventuellement concurrentes les unes des autres, en vue d'achats en commun fait l'objet d'une section spécifique des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité aux accords de coopération horizontale<sup>62</sup>. Selon la Commission, « *les accords d'achat groupé visent généralement à créer une puissance d'achat susceptible de conduire à une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs. Toutefois, la puissance d'achat peut aussi, dans certains cas, poser des problèmes de concurrence* ». Plusieurs problèmes potentiels sont ainsi identifiés. Sur le marché aval, la concurrence pourrait être réduite si, du fait d'un approvisionnement commun pour une grande partie des produits, les entreprises sont moins incitées à se faire concurrence en prix. Par ailleurs, une puissance d'achat accrue pourrait avoir des effets négatifs sur les incitations des fournisseurs à développer la qualité de leurs produits et l'innovation. Enfin, la puissance d'achat des parties à l'accord d'achat groupé pourrait être utilisée pour fermer le marché aux acheteurs concurrents

61. Avis 07-A-06 du 16 juillet 2007.

62. Commission européenne, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE n° C11, 14 janvier 2011.

en limitant leur accès aux fournisseurs efficaces, surtout si les fournisseurs sont en nombre limité et qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché en amont.

La Commission préconise donc dans un premier temps d'examiner un tel regroupement en tant qu'accord de coopération horizontale. L'accord pourra généralement être exempté au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à condition que la part de marché cumulée des parties n'excède pas 15 % tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente. Dans le cadre de la révision de ces lignes directrices en 2010, l'Autorité s'est montrée favorable au maintien de ce seuil, plutôt qu'à son assouplissement un temps envisagé par la Commission et par d'autres autorités de la concurrence en Europe, afin de pouvoir continuer à contrôler finement, par le biais d'une analyse détaillée des effets pro et anticoncurrentiels, un renforcement de la puissance d'achat par le biais d'accords, comme elle le fait dans le cadre du contrôle des concentrations. En France, compte tenu du poids des centrales d'achat, le maintien d'un seuil à 15 % était nécessaire pour préserver la possibilité de contrôler l'impact sur la concurrence d'un éventuel renforcement de leur puissance d'achat. Cette position de l'Autorité, qui rejoint les préoccupations des parlementaires, a été entendue par la Commission, le seuil restant finalement inchangé.

Par ailleurs, s'il y a coopération entre des acheteurs concurrents n'opérant pas sur le même marché aval (par exemple des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne peuvent être considérés comme des concurrents potentiels), les lignes directrices précisent qu'il est peu probable que l'accord d'achat groupé ait des effets restrictifs sur la concurrence, à moins que les parties ne bénéficient, sur les marchés d'achat, d'une position qui pourrait être utilisée pour éroder la position concurrentielle d'autres opérateurs sur leurs marchés de vente respectifs.

Lorsque cette première évaluation ne fait pas apparaître de problème de concurrence, il convient d'apprécier les accords verticaux pertinents entre l'alliance et ses membres ou entre l'alliance et des fournisseurs (par exemple, exclusivités d'approvisionnement, primes de référencement, rabais rétroactifs). Ces accords, s'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées, sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 relatif aux restrictions verticales, à condition que les parts de marché du fournisseur et du distributeur soient toutes deux inférieures à 30 %<sup>63</sup>. Alors que ce seuil ne concernait auparavant que le fournisseur (sauf dans le cas d'accord de fourniture exclusive), depuis l'adoption du nouveau règlement sur les accords verticaux, il concerne à la fois le fournisseur et le distributeur, parties à l'accord. Si la part de marché du fournisseur doit bien être calculée sur le marché sur lequel il vend les produits considérés, celle du distributeur

63. Le règlement d'exemption ne présume nullement de l'illégalité des accords conclus entre des entreprises dont une au moins possède une part de marché supérieure à 30 %. Au-delà de ce seuil, il convient seulement, en l'absence de toute présomption de légalité ou d'illégalité, de mener une analyse économique individualisée, en fonction de paramètres tels que la nécessité d'amortissement des investissements, le partage du risque, les modes de reconduction et de résiliation des contrats ou encore la dispersion de la demande.

doit être calculée sur le marché sur lequel il se fournit et non sur celui ou ceux où il revend les produits considérés.

En ce qui concerne les centrales d'achat ou de référencement, le Conseil de la concurrence a rappelé dans son avis 97-A-04<sup>64</sup> les grands principes dégagés dans sa pratique antérieure : « *Les centrales d'achat et de référencement ont une mission qui ne se limite pas à la seule négociation de rabais et de remise mais contribuent à rationaliser l'approvisionnement des magasins dans l'intérêt des producteurs comme des distributeurs. D'une manière générale, les restrictions de concurrence inhérentes à l'existence même d'une centrale comme celles qui peuvent résulter de l'effet cumulatif de ces centrales sur un marché doivent être appréciées au regard de l'amélioration de l'efficacité de la distribution et des services rendus aux fournisseurs, qui peuvent avoir pour effet d'aviver la concurrence ou d'accroître l'efficacité économique des producteurs.* »

Dans cet avis, le Conseil avait notamment souligné que la mise à la disposition collective de services commerciaux peut contribuer à améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises de la distribution et être favorable à l'exercice de la concurrence. Il avait ainsi évoqué l'adhésion à la centrale Paridoc de groupes d'influence régionale aux côtés d'un distributeur important au plan national, ce qui avait permis aux premiers de subsister en bénéficiant de conditions tarifaires et de la logistique du second. Plus généralement, les associations de coopératives d'achat ou les regroupements d'entreprises individuelles peuvent constituer un contrepoids à la puissance contractuelle des producteurs les plus importants et des grands distributeurs et contribuer au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché aval.

Une particularité du secteur de la grande distribution en France, par rapport aux autres pays européens, est le poids des groupements coopératifs réunissant des distributeurs indépendants les uns des autres, qui développent des centrales d'achat ou de référencement communes<sup>65</sup> dont l'usage est réservé à leurs adhérents. Si le magasin indépendant bénéficie des conditions commerciales négociées par sa centrale d'achat auprès des fournisseurs, il garde sa liberté de décision en matière de politique commerciale (prix, assortiment, opérations promotionnelles), dans les limites de la politique commerciale décidée par le groupement. Les centrales d'achat constituées par des groupements de magasins indépendants semblent *a priori* avoir un bilan concurrentiel positif puisqu'elles combinent une puissance d'achat accrue sur le marché amont avec le maintien d'une concurrence entre leurs adhérents sur le marché aval.

L'Autorité a cependant nuancé cette analyse dans son avis 10-A-26 précité<sup>66</sup>. Si, théoriquement, les magasins indépendants opérant sous une même enseigne sont à même de se concurrencer les uns les autres, leur politique commerciale est cependant, pour les raisons qui ont été évoquées précédemment, en grande partie

64. Avis 97-A-04 du 21 janvier 1997.

65. Contrairement à la centrale d'achat, la centrale de référencement n'achète pas les produits, mais sélectionne seulement des produits ou des fournisseurs auprès desquels les membres du réseau peuvent acheter à des prix convenus.

66. Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010.

déterminée par la tête de réseau. De ce fait, l'intensité de la concurrence qu'ils exercent les uns sur les autres est en pratique relativement limitée.

### ***Les constats de pratiques anticoncurrentielles fondées sur la puissance d'achat demeurent relativement rares***

Si diverses formes d'exercice de la puissance d'achat telles que les déréférences ou menaces de déréferencement peuvent éventuellement être sanctionnées en tant qu'abus de position dominante ou de dépendance économique, ou encore en tant que pratiques concertées, de tels cas sont relativement rares dans la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité de la concurrence. En effet, ne peuvent être sanctionnées au regard du droit de la concurrence que les pratiques de déréferencement ou de renégociation ayant pour objet ou pour effet réel ou potentiel de restreindre la concurrence de façon sensible. De tels cas n'ont que rarement été portés à la connaissance de l'Autorité au cours des dernières années.

### **Abus de position dominante et de dépendance économique**

Selon les termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce, « *la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* », caractérisées notamment par l'absence de contreparties offertes à la renégociation de conditions commerciales, peut constituer un abus de position dominante. Toutefois, le distributeur le plus important d'un marché dispose rarement d'une part de marché, telle qu'il puisse être qualifié de dominant, sauf lorsque ce marché est étroitement cloisonné, sur une base géographique par exemple. Quant aux abus de dépendance économique, selon l'article L. 420-2 du Code de commerce, ils requièrent trois conditions cumulatives : l'existence d'une situation de dépendance économique, une exploitation abusive de cette situation et une affectation, réelle ou potentielle, du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le marché. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en accords de gamme, en pratiques abusives ou déloyales (en matière de prix, de délais de paiement ou de modalités de vente ou d'achat) telles que celles visées à l'article L. 442-6 du Code de commerce, mais les pratiques les plus fréquemment relevées dans la pratique décisionnelle du Conseil puis de l'Autorité ont consisté en une rupture brutale des relations commerciales, par le biais notamment d'une forte hausse ou baisse des prix d'achat ou de vente.

À titre d'illustration, dans l'affaire 07-D-18, un producteur de pommes à cidre saisissait le Conseil des pratiques de renégociation des accords d'approvisionnement d'un important cidrier. Le Conseil a relevé toutefois qu'en dépit du fort pouvoir de négociation dont disposaient les cidriers à la suite de multiples opérations de concentration, le producteur de pommes à cidre disposait de solutions alternatives équivalentes, telles que les coopératives de collecte ou les exportations *via* des négociateurs indépendants. En outre, aucun abus, sous la forme d'une rupture brutale et unilatérale des relations contractuelles, n'avait pu être

constaté, les contrats signés entre le groupe cidrier et le plaignant ayant été exécutés jusqu'à leur échéance.

Plus généralement, une certaine prudence s'est imposée dans le recours à la qualification d'abus de dépendance économique qui, sur un total d'une quarantaine de saisines, n'a finalement été retenue qu'à moins de dix reprises<sup>67</sup>. En effet, au regard de la jurisprudence, cette disposition tend à accorder à une entreprise en situation de dépendance un droit particulier à une plus grande stabilité dans ses relations commerciales, et ce alors même que les renégociations des accords commerciaux participent du fonctionnement efficace et concurrentiel d'un marché et d'une économie. Par conséquent, lorsqu'elle est saisie d'un abus de dépendance économique, l'Autorité veille à vérifier, d'une part, qu'il existe bien une atteinte à la concurrence, par exemple lorsque la pratique en cause est susceptible de porter atteinte à la survie économique du dépendant ou de générer des désavantages significatifs dans la concurrence, et, d'autre part, que le plaignant ne dispose d'aucune autre solution alternative que celle proposée par l'entreprise dont il allègue être dépendant – situations qui, en pratique, demeurent rares. De fait, les abus de dépendance allégués mettent plus fréquemment en cause les fournisseurs que les distributeurs – et n'ont même jamais concerné un opérateur de la grande distribution – dans la mesure où un distributeur particulier est rarement un débouché indispensable à un fournisseur.

### Pratiques concertées

Les distributeurs peuvent choisir de combiner leur puissance d'achat aux fins d'obtenir des conditions de vente plus avantageuses de la part de leurs fournisseurs. De tels regroupements, par exemple au sein d'une centrale de référencement ou d'achat, ne sont pas en eux-mêmes prohibés. En revanche, les négociations qui sont alors conduites ne doivent pas s'appuyer sur des pratiques ayant pour objet ou pour effet potentiel de restreindre le jeu de la concurrence. En particulier, les « boycotts » constituent des actions concertées limitant artificiellement l'accès des fournisseurs visés au marché final et la fixation des prix par le libre jeu du marché. Ainsi, dans deux affaires de boycott organisés par des centrales d'achat ou de référencement de distributeurs indépendants<sup>68</sup>, le Conseil de la concurrence a dû rappeler que les distributeurs indépendants membres d'une centrale doivent demeurer libres de s'approvisionner en produits auprès de fournisseurs non référencés.

Le Conseil de la concurrence a en revanche conclu à des non-lieux dans deux autres affaires invoquant également une entente entre des distributeurs visant à

67. Voir les décisions 96-D-44 du 18 juin 1996, 96-D-51 du 3 septembre 1996, 04-D-26 du 30 juin 2004 et 04-D-44 du 15 septembre 2004.

68. Décisions 99-D-01 du 5 janvier 1999 et 94-D-60 du 13 décembre 1994.

opérer un transfert de marges de l'amont vers l'aval de la filière<sup>69</sup>. Les pratiques alléguées revêtaient la forme d'exigences de renégociations de contrats de commercialisation et de ristournes supplémentaires suite à la création d'une union de coopératives ou d'une centrale de référencement commune à deux grands distributeurs. Sans se prononcer sur la licéité de ces pratiques au regard de certaines dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce pour l'application desquelles il n'est pas compétent, le Conseil a estimé qu'en l'absence de tentative de boycott et d'alignement des conditions commerciales des membres des groupements de cette union, ces pratiques de renégociation participaient d'un fonctionnement concurrentiel du marché, compte tenu notamment des informations progressivement obtenues par chacun des opérateurs sur les conditions accordées aux fournisseurs et aux distributeurs concurrents. En outre, au vu des parts de marché des distributeurs concernés<sup>70</sup>, de la notoriété des marques des fournisseurs concernés par ces négociations, de la fréquente obtention de contreparties par les fournisseurs en échange des ristournes accordées et du caractère limité des déréférencements observés, le Conseil a estimé que les distributeurs concernés n'avaient pas restreint l'accès de leurs fournisseurs concernés au marché aval.

### *Les effets ambigus de la puissance d'achat sur les producteurs et sur l'amont*

#### **Les risques liés au déséquilibre des pouvoirs de négociation : fragilisation des producteurs et réduction des investissements**

Comme la Commission de la concurrence l'indiquait déjà dans un avis du 14 mars 1985, « *le libre choix de l'acheteur est un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix.* » Il en résulte que la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis ou au contraire le refus de référencer, comme le déréférencement, ne constituent pas, en eux-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence précisait dans son avis 97-A-04 précité que « *[l]es accords de référencement sont fréquemment l'objet de renégociations conduisant à une modification des accords initiaux. En effet pour un distributeur l'intérêt économique*

69. Décisions 03-D-11 du 21 février 2003 et 05-D-62 du 10 novembre 2005. Dans la décision 95-D-34, le Conseil a été saisi de pratiques similaires (renégociation des conditions de vente et demandes de participation publicitaires faites à l'occasion de cette opération de concentration) sous le grief d'ententes entre le distributeur et ses fournisseurs. Toutefois, ce grief n'a pas été retenu par le Conseil, la première pratique n'ayant pas revêtu un caractère général suffisant et la seconde ayant été assortie de contreparties réelles. Cette décision a été réformée par la cour d'appel de Paris, qui dans son arrêt, considère « *qu'à la différence d'une négociation bilatérale qui, sauf hypothèses d'abus de position dominante ou de dépendance économique non visées en l'espèce, doit être considérée comme l'exercice normal d'une négociation commerciale entre un vendeur et un acheteur, la généralisation à tous les fournisseurs ou à une partie substantielle d'entre eux, d'une offre indifférenciée de conditions de renégociation, a pour objet ou pour effet d'entraîner leur adhésion à une harmonisation des pratiques et à une uniformisation des conditions de vente, partant, de neutraliser ou d'affaiblir le risque concurrentiel.* » Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 avril 1998, au motif qu'il n'était pas établi que les parties avaient librement consenti à l'entente en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence (pouvoi n° 96-13.735).

70. 15 % du marché de l'approvisionnement pour Lucie et 11 % à 14 %, selon les catégories, dans le cas d'Opera.

*d'un accord avec un fournisseur dépend pour partie des conditions que ce même fournisseur aura accordées à d'autres distributeurs, conditions qui ne sont pas connues avec précision lors de la négociation de l'accord mais qui peuvent apparaître en cours d'application de celui-ci*». Le Conseil concluait que « *le référencement comme le déréférencement ne sont pas a priori illicites et les difficultés certaines qu'ils peuvent faire subir au producteur en cause ne sauraient en elles-mêmes être qualifiées d'abus* ».

De fait, le partage des profits entre les opérateurs amont et aval ne relève pas *a priori* des règles de concurrence : lorsque l'exercice de la puissance d'achat au travers de négociations bilatérales a pour seule conséquence un transfert de profit des fournisseurs vers les distributeurs, le surplus collectif et le bien-être des consommateurs en particulier ne sont pas affectés, et il n'y a pas d'impact sur l'intensité de la concurrence. Si, du fait de l'évolution des techniques, des produits et des goûts des consommateurs, certains fournisseurs font preuve d'une moindre capacité d'innovation et d'adaptation et peuvent être amenés à connaître des difficultés financières et même à disparaître, à mesure que les distributeurs leur substituent des concurrents plus performants, ce processus relève du fonctionnement concurrentiel des marchés et ne nuit pas, en principe, aux consommateurs. D'un point de vue théorique, il n'est en effet pas certain qu'il existe des motivations rationnelles qui conduiraient un distributeur à exiger des conditions commerciales incompatibles avec la survie d'un nombre significatif de fournisseurs de façon à ce que la concurrence diminue sur le marché amont concerné, puisque ceci se ferait finalement à son détriment. De plus, c'est lorsque le marché d'approvisionnement réunit de nombreux offreurs de petite taille que le risque de situation de dépendance est le plus élevé ; or, la probabilité est alors très faible de voir l'intensité concurrentielle de ce marché diminuer du fait que, par un comportement d'achat trop sévère, les distributeurs auraient fait disparaître certains producteurs. Enfin, pour de nombreux marchés d'approvisionnement, la faiblesse des barrières à l'entrée ou la facilité des importations diminuent encore la probabilité d'une disparition de la concurrence.

Toutefois, dans son avis 08-A-07 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes<sup>71</sup>, le Conseil de la concurrence a estimé que si la politique de concurrence n'a pas pour vocation d'intervenir dans la répartition des surplus entre les opérateurs, « *la fragilisation du secteur amont via le pouvoir de marché proche de l'oligopsonne de l'aval est susceptible, à moyen terme, d'entraîner une réduction de l'offre ou de sa diversité, nuisible au bien-être collectif. De plus, en s'octroyant une très forte part du profit de la chaîne économique, les distributeurs pourraient réduire la part de leurs fournisseurs jusqu'à limiter les investissements amont en deçà du niveau nécessaire au bon fonctionnement de la filière* ». Cette analyse rejoint le constat plus général formulé dans l'avis 00-A-02 relatif à un projet de réforme de la régulation des relations commerciales : « *Le sens actuel de l'évolution des rapports entre producteurs et distributeurs et le déséquilibre croissant des forces en présence pourraient conduire à des abus de nature à compromettre la rentabilité d'entreprises qui en seraient victimes,*

71. Avis 08-A-07 du 7 mai 2008.

*à les contraindre à réduire leurs dépenses d'investissement, de recherche et de développement, à réduire leur capacité d'innovation et, par conséquent, de nature à restreindre à terme la concurrence.»*

Les effets de la puissance d'achat des entreprises clientes sur l'investissement des producteurs, et donc sur la qualité et la variété de leurs produits ou sur leurs coûts de production, sont ambigus. D'un point de vue empirique, ces effets sont mal connus, et selon la théorie économique, ils peuvent jouer en sens contraires. Leur impact net dépend notamment de l'intensité de la concurrence en amont et en aval. Si le marché amont est peu concurrentiel, on peut présumer que la puissance d'achat des distributeurs, qui mettent leurs fournisseurs en concurrence, peut inciter ces derniers à investir afin de regagner un certain pouvoir de négociation vis-à-vis des distributeurs. Sur un marché amont concurrentiel, en revanche, les effets de la puissance d'achat peuvent s'avérer plus ambigus. La diminution des marges et de la capacité de financement des producteurs peut rendre des dépenses d'investissement importantes difficilement envisageables. Tel pourrait notamment être le cas si la volatilité des prix ou la concurrence entre les producteurs atténue déjà les marges de ces derniers, comme dans certaines filières agricoles. Le degré de concurrence en aval joue lui aussi un rôle déterminant sur les incitations des distributeurs à promouvoir l'investissement de leurs fournisseurs. En effet, si la concurrence en aval est suffisamment forte, l'investissement réalisé par les fournisseurs d'une enseigne peut constituer un élément important de sa compétitivité (à condition que cet investissement bénéficie effectivement à ce distributeur plutôt qu'à ses concurrents). Les grands distributeurs auraient d'autant plus d'intérêt à promouvoir l'investissement des producteurs que leur puissance d'achat leur permet de s'attribuer une part importante du surplus généré par ces investissements. Cependant, un risque de *hold-up* peut exister dans le cas d'investissements spécifiques – c'est-à-dire qui n'ont pas de valeur en dehors de la relation avec un distributeur particulier : si les distributeurs disposent d'un fort pouvoir de négociation et peuvent renégocier les contrats à leur avantage, la rémunération de ces investissements n'est pas assurée, ce qui pourrait décourager les producteurs de les entreprendre. Ceci peut être problématique pour les petites et moyennes entreprises, notamment celles qui commercialisent leurs produits sous marques de distributeurs.

L'Autorité suit donc avec une particulière attention les rapports producteurs/distributeurs. Ainsi qu'il sera développé plus loin, elle a déjà rendu plusieurs avis sur des filières agricoles comme les fruits et légumes, le lait ou les ovins. Elle pourra utiliser à l'avenir son pouvoir d'intervenir de sa propre initiative en matière consultative afin d'établir un diagnostic du fonctionnement concurrentiel dans tel ou tel secteur et de procéder à un certain nombre de recommandations à destination des acteurs économiques, du gouvernement ou de la représentation nationale. Comme déjà mentionné, elle s'est saisie à deux reprises de la question de la grande distribution. Par ailleurs, la loi de modernisation de l'économie l'a aussi dotée de nouveaux outils permettant de prévenir une concentration excessive des entreprises et de dissuader ou de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, visant

par exemple à l'éviction de fournisseurs. Enfin, il faut souligner que les solutions que l'Autorité peut apporter sont sans préjudice des autres outils pouvant être mobilisés en faveur des producteurs. D'une part, le ministre de l'Économie peut, comme il l'a fait récemment, faire un usage plus fréquent des dispositions sur la loyauté des relations commerciales. D'autre part, si des manques étaient constatés dans le dispositif existant, il pourrait y avoir lieu, pour le législateur, d'adapter la législation en conséquence.

### Le rôle des marques de distributeurs

La commercialisation de produits sous marques de distributeurs est une tendance croissante dans le secteur de la grande distribution. Dans certains formats de distribution, comme les magasins maxi-discount, ces produits représentent même la majorité des références proposées. La loi NRE définit précisément les marques de distributeur dans son article 62 : « *Est considéré comme produit vendu sous marque de distributeur le produit dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui en assure la vente au détail et qui est le propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu.* » Ces produits sont généralement fabriqués par des fournisseurs indépendants du distributeur, qui acceptent de se soumettre à un cahier des charges plus ou moins détaillé et qui renoncent à apposer leur marque propre sur ces produits.

À première vue, les marques de distributeurs accroissent la variété des produits proposés aux consommateurs et leur développement est donc positif pour la concurrence. Toutefois, les effets du développement des marques de distributeurs sur la structure concurrentielle des marchés amont sont ambigus. La détention de marques de distributeurs est pour les acheteurs un moyen privilégié d'améliorer leur position vis-à-vis de leurs fournisseurs lors des négociations commerciales, et ceci, d'autant plus que ces marques de distributeurs sont proches des marques nationales et représentent donc une réelle alternative à celles-ci. L'intégration verticale des acheteurs et des offreurs pourrait donc accroître les problèmes de débouchés pour les offreurs amont indépendants, et à l'extrême, entraîner des risques d'éviction. Toutefois, le Conseil de la concurrence a rencontré, dans certaines affaires qui lui ont été soumises, des cas où la concentration dans la grande distribution a facilité le développement de petites et moyennes entreprises qui, jusqu'alors, ne disposaient pas des moyens commerciaux d'accroître leurs débouchés. Il en avait notamment fait la remarque dans ses avis 97-A-04 et 98-A-06. Le développement des marques de distributeurs a ainsi permis à de nombreuses petites et moyennes entreprises de s'adresser à une clientèle qu'elles n'auraient pu autrement atteindre.

En ce qui concerne l'incitation des producteurs à innover, l'impact des marques de distributeurs est ambivalent. La collaboration entre les fournisseurs de marques de distributeurs et les chaînes de grande distribution peut permettre aux premiers d'améliorer leur offre et de mieux l'adapter aux attentes des consommateurs. Mais ces producteurs doivent souvent entreprendre des investissements spécifiques pour répondre au cahier des charges défini par le distributeur, ce qui les soumet

au risque de voir les bénéfices résultant de ces investissements captés par le distributeur. Quant aux autres producteurs, ils peuvent être découragés d'investir si leurs innovations sont imitées rapidement par les marques de distributeurs, la grande distribution ayant accès à des informations privilégiées aussi bien sur les nouveaux produits disponibles que sur leur succès auprès des consommateurs.

## Le cas spécifique des filières agroalimentaires

La chaîne d'approvisionnement alimentaire relie trois secteurs importants pour l'économie : le secteur agricole, l'industrie agroalimentaire et le secteur de la distribution. Ces secteurs représentent 6 % de la valeur ajoutée de l'UE et 12 % de l'emploi dans l'UE. Or les spécificités du secteur agricole engendrent une forte instabilité qui est à l'origine de crises récurrentes. Cette situation particulière est reconnue explicitement par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui permet des dérogations à l'application du droit de la concurrence dans le domaine agricole<sup>72</sup>. Le Conseil a ainsi adopté un règlement<sup>73</sup> qui fait de l'application des règles de concurrence au secteur agricole le principe général. Toutefois, il en exempte les accords mis en œuvre par des organisations de producteurs (OP) ou associations les regroupant (AOP) « dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles », à condition de ne pas éliminer la concurrence.

Les organisations de producteurs, dont la vocation est de renforcer la position des producteurs sur le marché en regroupant davantage l'offre, ont pour rôle d'assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en quantité et en qualité, de promouvoir la concentration de l'offre et la mise en marché de la production des membres, de réduire les coûts de production et de régulariser les prix à la production. Cependant, elles ne sont pas autorisées à fixer des prix de vente, ce qui constituerait une entente anticoncurrentielle. Comme le soulignait déjà le rapport Canivet, une approche trop globalisante, et par les prix, des relations entre acteurs de la filière, parfois résumées à un simple affrontement entre production et distribution, est réductrice. D'autres solutions moins restrictives de concurrence, comme la contractualisation, semblent plus appropriées pour assurer une meilleure stabilité des revenus des producteurs.

Dans une communication du 28 octobre 2009 intitulée « Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe », la Commission européenne souligne que « le manque de transparence sur le marché, les inégalités des rapports de forces et les pratiques anticoncurrentielles ont conduit à des distorsions sur le marché, avec des effets négatifs sur la compétitivité de l'ensemble de la chaîne alimentaire ». Elle s'appuyait sur les conclusions du Groupe de haut niveau sur la compétitivité

72. L'article 42 du TFUE précise que « les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévue à l'article 43, paragraphe 2, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 ».

73. Initialement le règlement (CEE) n° 26/62, aujourd'hui codifié dans le règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006.

de l'industrie agroalimentaire, créé en 2008 sous l'égide de la Commission, réunissant des États membres ainsi que des responsables de l'industrie agroalimentaire, de la société civile et des associations professionnelles, qui étaient chargés de dresser l'inventaire des principaux défis à relever par l'industrie alimentaire européenne. Ses travaux ont notamment abouti, en 2009, à la formulation de trente recommandations, portant entre autres sur l'amélioration du pouvoir de négociation des producteurs grâce à leur regroupement en coopératives, la création d'un forum de haut niveau pour promouvoir les meilleures pratiques contractuelles entre producteurs, transformateurs et distributeurs, et l'étude de l'impact des marques de distributeurs sur la compétitivité des petites et moyennes entreprises agroalimentaires<sup>74</sup>.

La spécificité du secteur agricole est que les biens produits sont très souvent périssables, ce qui a une double conséquence. D'une part, à court terme l'offre est plus inélastique que dans d'autres secteurs puisqu'elle ne peut être lissée par la gestion des stocks. La volatilité des cours que cette inélasticité engendre peut alors créer pour les agriculteurs des problèmes de trésorerie importants. Du fait de la difficulté d'obtenir des financements adéquats, certains agriculteurs peuvent être acculés à la faillite ou tout au moins empêchés d'entreprendre les investissements nécessaires à la pérennité de leurs exploitations. D'autre part, un problème de *hold-up* se pose en des termes particulièrement aigus, par exemple parce qu'un producteur n'a que très peu de temps pour trouver un acheteur alternatif lorsque la grande surface avec laquelle il avait un accord refuse la livraison.

Dans l'avis 08-A-07 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes<sup>75</sup>, le Conseil a souligné que face à une demande très concentrée et aléatoire, le caractère atomisé de l'offre, son caractère aléatoire et sa faible élasticité à court terme entraînaient un rapport de force déséquilibré entre l'amont et l'aval et une forte volatilité des prix à même de réduire le bon fonctionnement de la filière. Tout en rappelant que cette situation appelle un renforcement de la concurrence entre les enseignes, le Conseil a également estimé qu'*« il peut s'avérer bénéfique d'encourager les producteurs à se regrouper afin de peser davantage dans les relations commerciales, ce que permettent les AOP (associations d'organisations de producteurs) de commercialisation »*. Ce regroupement doit cependant se faire dans le respect du droit de la concurrence, afin de s'opérer dans des conditions qui, tout en étant bénéfiques aux producteurs et facteurs de renforcement du secteur et de son efficacité économique, ne finissent pas par porter atteinte au pouvoir d'achat des ménages. Le Conseil a notamment rappelé qu'une AOP ne peut être reconnue par un État membre que *« si l'association ne détient pas une position dominante sur un marché déterminé, à moins que cela ne soit nécessaire à la poursuite des objectifs visés à l'article 33 du traité »*<sup>76</sup>, en précisant que cette dernière possibilité ne doit être utilisée que de manière exceptionnelle.

74. Recommandations 14 à 16.

75. Avis 08-A-07 du 7 mai 2008.

76. Règlement (CE) n° 1182/2007 du Conseil du 26 septembre 2007, établissant des règles spécifiques pour le secteur des fruits et légumes, art. 5.

De même, tout en considérant que ces AOP de commercialisation restent la solution la plus simple au déséquilibre des pouvoirs de négociation, le Conseil a estimé que des échanges d'informations au sein d'«AOP de gouvernance» ayant pour objet de limiter le caractère aléatoire de l'offre contribueraient également à rééquilibrer le pouvoir de négociation avec l'aval. Compte tenu du caractère atomisé de l'offre, des difficultés que rencontrerait une AOP de gouvernance à être reconnue si elle était en position dominante, de l'absence de barrière à l'entrée, et de l'existence d'un service de diffusion d'informations précises en accès libre, le Conseil a en effet estimé que de tels échanges d'informations entre entreprises ne seraient pas générateurs d'effets anticoncurrentiels, dès lors qu'ils ne visent pas à diffuser des prix recommandés ou obligatoires.

Par ailleurs, dans un contexte de crise de la filière laitière à l'échelle européenne et de chute brutale des prix à la production, l'Autorité a été sollicitée par la commission des affaires économiques du Sénat pour rendre un avis sur le fonctionnement de ce secteur<sup>77</sup>. L'Autorité a souligné dans son avis 09-A-48 que, dans une industrie marquée par une forte volatilité des prix, le déséquilibre des relations producteurs-collecteurs<sup>78</sup> pèse sur les investissements et sur la viabilité même des entreprises productrices de lait. Ce déséquilibre du 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 de producteurs puisque ces derniers en sont actionnaires. Mais en France, à peine 50 % de la collecte est assurée par des coopératives (qui ne représentent que 35 % du chiffre d'affaires des produits transformés), le reste étant le fait d'industriels privés.

Selon l'Autorité, une réponse appropriée aux difficultés que traverse la filière est le développement de contrats pluriannuels, entre les producteurs et leurs acheteurs, qui définiraient des volumes, des prix et les conditions de leur évolution à moyen terme et des éléments de qualité, ce qui garantirait aux producteurs une meilleure visibilité, et aux transformateurs, une meilleure prévisibilité de leurs approvisionnements et de leurs coûts. L'une des difficultés de la contractualisation réside dans la multiplicité de fournisseurs qu'ont les grands industriels privés. Si une négociation concertée des prix de l'ensemble des acteurs au niveau national serait contraire au droit de la concurrence, 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. L'Autorité a préconisé notamment de tenir compte

77. Avis 09-A-48 du 2 octobre 2009.

78. 70 % des producteurs se trouvent dans une situation où leur acheteur s'approvisionne auprès d'au moins 500 autres producteurs.

des gains d'efficacité dont peuvent, dans certaines conditions, être porteuses les coopérations entre éleveurs.

Suite aux deux avis de l'Autorité mentionnés ci-dessus, la loi a prévu le développement de la contractualisation entre les producteurs de lait et de fruits et légumes et leurs acheteurs. Saisie par le ministre de l'Économie d'une demande d'avis, l'Autorité, tout en se félicitant de la promotion de la contractualisation, a souligné dans son avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 que l'effectivité de cette démarche dépendrait fortement de l'adhésion des acteurs au dispositif retenu. Elle a par ailleurs recommandé de conserver une certaine souplesse dans la durée des contrats avec l'utilisation de clauses de rendez-vous, et a mis en garde contre les risques d'utilisation anticoncurrentielle des clauses de prix, qui pourraient permettre aux producteurs ou aux acheteurs de se coordonner de manière à réduire la concurrence aux dépens des consommateurs.

Par ailleurs, l'Autorité s'est félicitée, dans un avis rendu le 15 février 2011, de l'introduction de la contractualisation dans la filière ovine<sup>79</sup>. Toutefois, comme l'accord interprofessionnel portait uniquement sur les transactions passées entre les éleveurs et les acheteurs intermédiaires, l'Autorité a recommandé, pour une pleine efficacité du dispositif, que la contractualisation implique l'ensemble des maillons de la filière : éleveurs, intermédiaires mais aussi distributeurs.

### *Les effets ambigus de la puissance d'achat sur la concurrence entre distributeurs*

Les effets de la puissance d'achat sur le degré de concurrence entre les distributeurs sont ambigus, en particulier dans le cas où il existe des asymétries entre réseaux de distribution. Grâce à leurs prix d'achat préférentiels, les acheteurs dotés d'une puissance d'achat pourraient être susceptibles, à long terme, d'évincer leurs concurrents moins puissants du marché aval et donc d'y diminuer l'intensité de la concurrence. La Commission a identifié un tel « effet de spirale » dans les fusions Rewe/Meinl<sup>80</sup> et Carrefour/Promodès<sup>81</sup>, concernant chacune deux opérateurs majeurs de la grande distribution sur leur marché national. Comme indiqué dans la deuxième partie de la présente étude, dans l'une comme dans l'autre de ces fusions, un test de marché a révélé que le « point de menace » au-delà duquel un fournisseur risquait la faillite en cas de déréférencement correspondait en moyenne à 22 % de son chiffre d'affaires. La concentration pouvait donc accroître le pouvoir de négociation de la nouvelle entité au point de lui permettre d'exiger des rabais bien plus importants que ceux accordés aux autres distributeurs. La nouvelle entité pourrait alors utiliser ces conditions d'achat favorables pour améliorer sa position sur le marché de la distribution, ce qui entraînerait une nouvelle amélioration de ses conditions d'achat, et la spirale ainsi décrite pourrait conduire à une

79. Avis 11-A-03 du 15 février 2011.

80. Décision n° M. 1221 (CE) de la Commission, Rewe/Meinl.

81. Décision n° M. 1684 (CE) de la Commission, Carrefour/Promodès.

concentration tant sur le marché de la distribution que de l'approvisionnement, ce qui nuirait *in fine* aux consommateurs.

Cet effet d'éviction serait d'autant plus à prendre au sérieux que les rabais obtenus par certaines entreprises clientes peuvent avoir pour corollaire une augmentation des prix d'achat de leurs concurrents moins puissants, selon la théorie du *waterbed effect*. D'une part, les exigences de prix bas peuvent accroître la concentration sur le marché des producteurs, donc leur pouvoir de marché, ce qui conduirait à une augmentation des prix amont dont souffriraient plus particulièrement les acheteurs moins puissants. D'autre part, les distributeurs concurrents de ceux dotés d'une forte puissance d'achat voient leur pouvoir de négociation se réduire du fait de la diminution de leur chiffre d'affaires sur le marché aval. Ainsi, même à court terme, l'effet de la puissance d'achat sur le niveau des prix de revente est ambivalent, certains consommateurs pâtissant de hausses de prix, d'autres (les clients des distributeurs puissants) bénéficiant de baisses. Toutefois, l'impact négatif peut être particulièrement sensible pour les consommateurs les plus vulnérables, s'ils n'ont pas accès aux enseignes de la grande distribution, parce qu'ils sont trop isolés ou qu'ils ne peuvent pas se déplacer.

Il demeure néanmoins que les rabais sélectifs (accordés par les fournisseurs à certains de leurs clients seulement) peuvent s'avérer favorables à l'efficacité économique et intensifier la concurrence entre les entreprises clientes. En premier lieu, les rabais préférentiels peuvent découler, pour une part significative, de la plus grande efficacité productive permise par les volumes importants achetés par certaines entreprises clientes. Par ailleurs, en déstabilisant des ententes entre producteurs et, plus généralement, en accroissant la concurrence sur les marchés amont, la puissance d'achat peut engendrer une diminution des prix d'achat qui bénéficie à tous les distributeurs. En outre, les distorsions induites à long terme par une différenciation croissante des prix d'achat doivent être comparées à l'intensification de la concurrence à court terme.

Les rabais octroyés à certains distributeurs profitent au consommateur final, directement, puisque l'entreprise qui en bénéficie va diminuer son prix, et indirectement, puisque les différentes entreprises clientes vont chercher à améliorer leur part de marché sur le marché aval en regroupant leurs achats, en investissant, en diminuant leurs prix, pour augmenter leurs volumes d'achats afin de bénéficier de rabais. Enfin, si les rabais ne sont octroyés qu'aux distributeurs les plus efficaces, la diminution des prix d'achat qui en résulte est susceptible de profiter à de nombreux consommateurs tandis que la croissance des parts de marché de ces distributeurs accroît l'efficacité productive.

Pour conclure, il manque à ces différentes considérations théoriques des analyses empiriques validant soit les hypothèses retenues, soit les résultats obtenus. À l'heure actuelle, la seule étude ayant considéré l'impact des différentiels de prix d'achat est celle de la Competition Commission britannique<sup>82</sup>, qui a globalement

---

82. Voir Competition Commission, « Groceries market investigation, Final report » précité.

estimé qu'ils n'avaient pas induit de distorsions de concurrence sur le secteur de la distribution de détail.

L'Autorité rappelle donc que, si la puissance d'achat des distributeurs peut servir de support à certaines pratiques anticoncurrentielles, qui doivent naturellement être sanctionnées, la détention, par un acheteur, d'un fort pouvoir de négociation vis-à-vis de ses fournisseurs n'est pas en soi nuisible au fonctionnement concurrentiel des marchés. Ce dernier implique en effet la liberté, pour l'acheteur, de mettre en concurrence ses fournisseurs afin de s'efforcer d'obtenir les meilleures conditions d'approvisionnement. Plus généralement, les autorités de concurrence évitent, autant que possible, de s'immiscer dans les négociations contractuelles entre partenaires commerciaux. Toutefois, certaines clauses contractuelles peuvent s'avérer restrictives de concurrence. Ainsi, en ce qui concerne la distribution sélective et exclusive, les détails des accords verticaux entre fournisseurs et distributeurs font l'objet d'une analyse fine visant à identifier les possibles risques pour la concurrence, tout en reconnaissant l'impact généralement pro concurrentiel de la plupart des restrictions de ce type.

### Distribution exclusive et sélective

La deuxième partie de cette étude a montré comment les clauses contractuelles régissant les rapports entre les groupes de distribution et les magasins leur étant affiliés pouvaient contribuer à restreindre la mobilité de ces derniers et ainsi à limiter la concurrence sur les marchés de la grande distribution.

De façon plus générale, dans les secteurs de la distribution au sens large, les relations entre les fournisseurs et les distributeurs sont souvent caractérisées par des engagements contractuels limitatifs destinés à organiser la distribution de biens ou de services.

Compte tenu de la nature de certains des produits en cause, les fabricants peuvent légitimement vouloir en réserver la commercialisation à des distributeurs sélectionnés par eux dans le cadre d'un réseau sélectif ou exclusif. Un tel choix vise à améliorer les services rendus aux consommateurs, sous forme de présentation, de valorisation et d'exposition des produits, de conseils prodigués aux acheteurs et éventuellement de services après-vente. Dès lors que ces services sont coûteux, il peut être économiquement efficace de vouloir permettre aux distributeurs qui offrent ces services de préserver leurs incitations à les offrir. La mise en place de réseaux de distribution sélective et/ou exclusive vise alors à inciter les distributeurs sélectionnés à investir dans des services à la vente de qualité ou à consentir des investissements spécifiques sans craindre le parasitisme d'autres distributeurs qui, n'ayant pas à supporter les coûts induits par ces investissements, pourraient vendre les produits à des prix inférieurs et ainsi attirer les consommateurs.

Dans la mesure où ces services commerciaux sont valorisés par les consommateurs, les restrictions verticales destinées à en encourager l'offre peuvent avoir un caractère pro concurrentiel, même si elles limitent l'intensité concurrentielle en

restreignant le nombre de distributeurs aptes à distribuer le produit ou bien en limitant la liberté commerciale par d'autres biais (territoires exclusifs, distribution exclusive, contrainte sur la gamme des produits distribués).

La Commission européenne estime que certaines restrictions verticales ne sont pas en soi préjudiciables et peuvent améliorer l'efficacité économique, dès lors que la concurrence est suffisante aux différents stades du commerce. Elle considère alors que cette catégorie d'accords remplit normalement les conditions d'exemption prévues à l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et peut bénéficier de l'application du règlement (UE) n° 330/2010, dès lors que ni le fournisseur ni l'acheteur cocontractant ne détient plus de 30 % de part de marché, ces parts étant établies sur le marché sur lequel les deux opérateurs se rencontrent.

Cependant, d'autres accords verticaux, alors même qu'ils sont mis en œuvre par des acteurs détenant moins de 30 % de part de marché, ne bénéficient pas de cette présomption positive, parce qu'ils contiennent des restrictions de nature à entraver la concurrence au détriment des consommateurs. En particulier, les accords visant à restreindre la liberté des distributeurs de déterminer leurs prix de vente, à protéger certains territoires ou certaines clientèles, ne peuvent bénéficier de l'application du règlement d'exemption. L'insertion de telles restrictions, dites caractérisées, dans un contrat a pour conséquence d'exclure l'intégralité de l'accord du bénéfice de l'exemption par catégorie. Les lignes directrices de la Commission précisent en outre que l'accord en question est présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. Toutefois, même si la Commission note « *qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3* »<sup>83</sup>, elle précise que les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu des conditions de ce même paragraphe.

Certaines clauses contractuelles sont également exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 330/2010 (précité), comme les obligations d'exclusivité de vente ou d'approvisionnement de durée supérieure à cinq années, et les clauses de non-concurrence postcontractuelles<sup>84</sup>. Le règlement continue toutefois à s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical, si celles-ci sont dissociables des clauses exclues du bénéfice de l'exemption. Les clauses exclues du bénéfice de l'application du règlement d'exemption ne sont entachées d'aucune présomption, si bien qu'elles doivent faire l'objet d'une analyse au cas par cas afin d'apprécier si elles relèvent de l'article 101 du TFUE.

Parmi les restrictions caractérisées excluant l'application du règlement d'exemption, deux types de clauses concernent plus particulièrement les accords de distribution exclusive et/ou sélective. Premièrement, tout accord de distribution exclusive qui limite, outre les ventes actives<sup>85</sup> vers d'autres territoires exclusifs, les ventes pas-

83. Voir paragraphe 47 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

84. Voir art. 5. du règlement (UE) n° 330/2010.

85. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales entendent par ventes actives « *le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage [...] ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire [...]* ».

sives<sup>86</sup> destinées à satisfaire la demande explicite de clients individuels, ne peut bénéficier du règlement d'exemption par catégorie.

Deuxièmement, est exclu du champ d'application du règlement n° 330/2010 tout accord de distribution sélective prévoyant de restreindre les ventes, passives ou actives, des distributeurs agréés aux utilisateurs, qu'ils soient professionnels ou consommateurs finals, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du réseau d'exercer son activité depuis un établissement n'ayant pas reçu d'agrément.

Dans ce contexte, l'essor du commerce en ligne déplace les frontières traditionnelles des systèmes de distribution exclusive ou sélective, dans la mesure où l'utilisation d'Internet par un distributeur pour vendre ses produits est considérée comme une forme de vente passive. Ainsi, l'Autorité, comme le Conseil avant elle, estime que tout accord prévoyant une interdiction ou des restrictions excessives portant sur les ventes des distributeurs *via* Internet est exclu du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

Pour autant, les accords entre fournisseurs et distributeurs, qu'ils soient analysés au regard du droit des ententes ou vus comme des pratiques unilatérales, ne sont pas interdits *per se*. Ils doivent faire l'objet d'une analyse concurrentielle fondée sur la nature et la portée des pratiques que le fabricant généralise dans son réseau.

L'Autorité, et le Conseil avant elle, a eu de nombreuses occasions de se prononcer sur la nature plus ou moins restrictive de restrictions verticales mises en œuvre par des entreprises. Dans son rapport annuel pour l'année 2007, le Conseil de la concurrence a ainsi publié une étude thématique portant sur l'analyse de l'exclusivité et des contrats de long terme, dans laquelle il a exposé les principaux mécanismes par lesquels des accords d'exclusivité et/ou de long terme pouvaient conduire à l'éviction de concurrents efficaces, et a détaillé la méthodologie suivie pour apprécier les effets d'exclusion en fonction des caractéristiques de chaque cas. Dans la suite de cette section, l'analyse des accords de distribution exclusive est donc seulement succinctement rappelée. Les systèmes de distribution sélective, dès lors qu'ils s'appuient sur des critères qualitatifs, objectifs et non discriminatoires, ne soulèvent généralement pas de préoccupations de concurrence. La conciliation de tels systèmes avec l'essor du commerce électronique a néanmoins suscité de nouveaux débats, les ventes en ligne remettant en cause les frontières traditionnelles de ces réseaux de distribution. L'Autorité veille à ce que les fabricants, pouvant craindre que les ventes par Internet nuisent à l'intégrité de leur image de marque, ou menacent le fondement même de leurs stratégies de distribution, puissent se préserver sans pour autant restreindre sans justifications concurrentielles la possibilité pour leurs distributeurs d'utiliser ce canal de distribution prometteur.

---

86. Une vente passive est une transaction faisant suite à la prospection de l'acheteur, non sollicitée par le vendeur.

## *La distribution exclusive*

Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, un fournisseur choisit de ne vendre son produit qu'à un seul distributeur en vue de sa revente sur un territoire déterminé. Ce distributeur s'engage à limiter ses ventes actives vers d'autres territoires accordés exclusivement à d'autres distributeurs.

### **L'impact concurrentiel des accords d'exclusivité**

Le Conseil de la concurrence rappelait dans la décision de mesures conservatoires (08-MC-01) que les exclusivités de distribution ou d'achat ne sont pas anticoncurrentielles par elles-mêmes, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires, par exemple 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. Les accords d'exclusivité peuvent aussi être justifiés par la réalisation de gains d'efficacité qui profitent aux parties concernées et aux consommateurs et à des raisons d'ordre technique, liées à l'organisation du processus productif.

Toutefois, les accords d'exclusivité peuvent avoir un objet ou des effets restrictifs de concurrence tant sur les marchés amont qu'aval. Sur les marchés amont, ils peuvent verrouiller les marchés de l'approvisionnement et ainsi limiter la concurrence intermarque, en limitant l'accès de nouveaux fournisseurs à la demande ou en conduisant à une augmentation de leurs coûts, créant une barrière artificielle à l'entrée qui peut permettre à l'entreprise qui l'a instaurée de maintenir ou de renforcer son pouvoir de marché. L'effet de verrouillage est d'autant plus important que l'entrée sur le marché impose des coûts fixes élevés. En effet, l'existence de coûts fixes d'entrée implique que le nouvel opérateur doit pouvoir atteindre dans un délai raisonnable une échelle minimum, sans quoi l'entrée ne peut être rentable. Par conséquent, si l'accès à la demande est limité en raison d'accords d'exclusivité entre les fabricants déjà présents sur le marché et les distributeurs, l'entrée de nouveaux fournisseurs peut être compromise. Ce mécanisme peut être d'autant plus important qu'il concerne des activités bénéficiant d'externalités de réseau, dès lors qu'un nouvel opérateur est limité dans ses capacités à atteindre la taille critique nécessaire à sa pérennité.

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

La littérature économique sur les relations verticales a, par ailleurs, montré que certains accords d'exclusivité, lorsqu'ils n'ont pas d'effets d'exclusion, peuvent avoir des effets collusifs, sous la forme d'une réduction de la concurrence intermarque. Ainsi, l'exclusivité territoriale, qui a pour conséquence mécanique de supprimer

la concurrence intramarque dans une zone de chalandise donnée, peut en outre réduire les incitations des fabricants à se faire concurrence agressivement<sup>87</sup>.

Dans chaque cas, les obligations contractuelles doivent être analysées dans leur ensemble, afin d'apprécier leurs effets d'exclusion, réels ou potentiels, et, le cas échéant, les gains d'efficacité qu'elles permettent de réaliser. Une attention particulière doit également être apportée aux dispositions qui impliquent une relation d'exclusivité entre les parties et à celles qui accroissent la durée effective de l'engagement qui les lie.

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

Il a aussi rappelé les principales caractéristiques des obligations à prendre en compte : *« Il convient tout d'abord de s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client. »* La méthodologie du Conseil et de l'Autorité concorde avec l'approche de la Commission européenne exposée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales et dans sa communication sur les principes d'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'exclusion<sup>88</sup>.

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

### Les pratiques d'exclusivité dans les circuits d'approvisionnement des départements d'outre-mer

Dans l'avis 09-A-45 relatif aux mécanismes d'importation et de commercialisation des produits de grande consommation dans les DOM, l'Autorité a constaté des écarts de prix parfois substantiels entre la métropole et les DOM pour les

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

88. Communication de la Commission, relative aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (devenu l'article 102 du TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE n° C45, 24 février 2009.

produits de grande consommation. 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 sa source exclusivement dans les frais de transport et l'octroi de mer.

L'Autorité a de plus noté que le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire dans les DOM 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.

Elle a relevé que cette faible concurrence sur le marché de détail était d'autant plus préjudiciable aux consommateurs ultramarins qu'en amont, les importateurs-grossistes auxquels fabricants et distributeurs font souvent appel sont, eux aussi, relativement peu incités du fait de l'absence de pressions concurrentielles, à faire preuve de plus d'efficacité et à pratiquer des prix compétitifs.

En particulier, les pratiques d'exclusivités territoriales 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 ultramarins 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, oscillant entre 20 et 60 % pour un nombre élevé de références, voire approchant ou dépassant parfois 100 %.

Ainsi, les particularités des circuits d'approvisionnement des marchés domiens permettent aux opérateurs de s'abstraire dans une mesure notable du jeu concurrentiel.

À cet égard, l'Autorité a préconisé de mutualiser les circuits logistiques, estimant nécessaire de travailler à l'amélioration de ces circuits entre la métropole et les territoires domiens. En effet, 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.

Nul doute que les collectivités locales et l'État gagneraient à 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 la mutualisation des moyens, réduiraient les coûts et permettraient aux distributeurs de mieux faire jouer la concurrence entre fabricants et intermédiaires.

Par ailleurs, 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. L'Autorité a engagé de premières enquêtes qui sont actuellement en cours d'examen par ses services d'instruction dans des secteurs lui paraissant mériter une attention particulière (transports, manutention portuaire, biens d'équipement notamment).

### *La distribution sélective*

Le règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales définit la distribution sélective comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* »<sup>89</sup>.

Les accords de distribution sélective consistent pour les fournisseurs à choisir un nombre réduit de revendeurs, auxquels ils accordent un agrément basé sur certains critères liés à la nature des produits et relatifs, par exemple, à la formation du personnel de vente, aux services fournis dans les points de vente, à l'assortiment des produits, etc. Les principales restrictions imposées aux revendeurs concernent la revente à des distributeurs non agréés.

La distribution sélective, en particulier lorsqu'elle est fondée sur des critères de sélection qualitatifs, n'est en général pas préjudiciable à la concurrence, dès lors que trois conditions sont remplies : elle doit être nécessaire, basée sur des critères objectifs appliqués de façon non discriminatoire et être proportionnée aux exigences requises par la nature des produits.

Le règlement n° 330/2010 prévoit l'exemption par catégorie des accords de distribution sélective, dès lors que la part de marché du fournisseur et celle du distributeur sont toutes deux inférieures à 30 %. Cette condition sur les parts de marché des cocontractants assure que l'exemption par catégorie ne concerne que des accords qui ne sont pas susceptibles d'affaiblir la concurrence intramarque, parce qu'ils sont mis en œuvre sur un marché où la concurrence intermarque est suffisante.

Cependant, ce type de distribution comporte le risque d'affaiblir la concurrence intramarque, voire d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs et d'atténuer la concurrence entre fournisseurs et/ou acheteurs, s'il y a un effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions similaires sur un même marché.

En outre, comme indiqué précédemment, le règlement exclut de son champ d'application les accords comprenant un certain nombre de restrictions caractérisées, en particulier celles qui visent à restreindre les ventes (actives ou passives) aux utilisateurs finals des membres d'un système de distribution sélective.

À cet égard, l'utilisation d'Internet pour le développement de nouvelles méthodes de vente estompe les lignes de distinctions entre ventes passives et actives.

<sup>89</sup>. Règlement (UE) n° 330/2010, précité, art. 1, sous c).

## *Commerce en ligne et réseau de distribution sélective ou exclusive*

L'avènement du commerce en ligne modifie profondément les habitudes d'achat des consommateurs. Il démultiplie leurs possibilités de choix et intensifie la concurrence par les prix. De leur côté, les entreprises peuvent y voir une opportunité nouvelle d'accéder aux consommateurs et d'innover, en élargissant le spectre de leurs stratégies de distribution, que ce soit en termes de prix, de choix de variétés ou de qualités, de services associés au produit ou encore d'image de marque ou de réputation.

Cependant, la vente par Internet est aussi susceptible d'engendrer des externalités négatives au sein des réseaux de détaillants, plus particulièrement lorsque la stratégie de distribution du fabricant repose sur l'image de marque, sur la rotation et la variété des stocks, sur la qualité de l'environnement de vente et sur des services professionnels ne pouvant être offerts qu'à travers un réseau de distribution physique. La vente sur Internet peut par ailleurs être délicate à concilier avec des exclusivités territoriales.

Le risque de parasitisme paraît plus important lorsque les ventes en ligne sont organisées par un *pure player*, c'est-à-dire un opérateur qui est présent uniquement par le biais d'Internet et ne possède pas de magasin physique. En effet, alors qu'un distributeur agréé « classique », vendant les produits à partir d'un établissement dans lequel il a investi, n'a pas intérêt à ce que les ventes qu'il proposerait depuis un site Internet « cannibalisent » ses ventes physiques, un *pure player*, au contraire, a intérêt à attirer le plus de consommateurs possible grâce à une politique de prix attractive, ce qui lui est permis en raison de ses coûts de distribution plus faibles.

La pratique décisionnelle française, en cohérence avec l'analyse avancée par la Commission européenne dans le règlement d'exemption et ses lignes directrices sur les restrictions verticales, illustre la volonté de l'Autorité et, avant elle, du Conseil, de permettre un déploiement cohérent des différentes stratégies de distribution dans l'intérêt conjugué des fabricants, des distributeurs et des consommateurs.

Ainsi le Conseil s'est-il prononcé contre l'interdiction absolue de vendre sur Internet, faite par un fabricant aux distributeurs autorisés à intégrer son réseau de distribution<sup>90</sup>, tout en retenant qu'il était loisible au fournisseur de réserver la possibilité de vendre sur Internet aux distributeurs exploitant un lieu de vente physique autorisé, et d'exclure ainsi les *pure players*. Il a également précisé que, si les fabricants pouvaient imposer à leurs distributeurs des restrictions pour la vente en ligne, celles-ci devaient répondre aux mêmes objectifs et être comparables aux conditions s'appliquant au point de vente physique d'un distributeur agréé.

90. Les cas dans lesquels une interdiction absolue de vendre en ligne peut apparaître objectivement nécessaire et échapper, sans plus ample examen, à l'interdiction prévue par l'article 101, paragraphe 1, du TFUE sont précisés dans les lignes directrices de la Commission. Il y est clarifié que cette exception est applicable par exemple pour faire respecter une interdiction générale de vendre des substances dangereuses par Internet pour des raisons de sécurité ou de santé publiques.

Une première affaire faisait suite à la plainte d'une entreprise, Bijourama, spécialisée dans la vente sur Internet de produits d'horlogerie, de bijouterie, de joaillerie et d'orfèvrerie contre le fabricant de montres Festina après que ce dernier lui avait refusé l'agrément à son réseau de distribution sélective<sup>91</sup>. Dans son évaluation préliminaire, le Conseil avait souligné que ses préoccupations de concurrence étaient liées aux critères pouvant être imposés par le fabricant afin de sélectionner les membres de son réseau de distribution, et en particulier à ceux applicables à la vente sur Internet. Dans le cas d'espèce, le fabricant n'avait pas prévu de règles applicables à la distribution de ses produits *via* Internet.

Le Conseil se référait alors au règlement n° 2790/1999 ainsi qu'aux lignes directrices sur les restrictions verticales pour évaluer les engagements proposés par Festina consistant à rédiger un nouveau contrat de distribution sélective intégrant les stipulations contractuelles concernant les ventes en ligne. Les deux questions de concurrence identifiées par le Conseil au regard de la proposition d'engagements concernaient, premièrement, la volonté du fabricant de ne pas intégrer dans le réseau de distribution des opérateurs qui vendent exclusivement sur Internet, et deuxièmement, le contrôle par le fournisseur de la publicité non tarifaire effectuée par les membres du réseau sur leur site Internet, y compris le contrôle des liens avec d'autres sites ou des moteurs de recherche.

Sur la première question, le Conseil a précisé que, dès lors que la part de marché d'un fournisseur ne dépasse pas 30 %, que les accords de distribution ne contiennent aucune restriction caractérisée et qu'il n'existe pas d'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions similaires pratiquées par des opérateurs concurrents, un fournisseur n'avait pas à justifier l'exclusion des opérateurs qui vendent exclusivement sur Internet de son réseau de distribution sélective.

Sur la deuxième question, le Conseil a considéré que le fabricant pouvait exiger l'autorisation préalable de la publicité non tarifaire des détaillants ainsi que des liens publicitaires sur Internet, vers ou depuis des sites marchands ou non marchands, « *dès lors que ce contrôle repose sur le souci légitime de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution* ». En revanche, il a jugé que le contrôle du fabricant sur les référencement par des moteurs de recherche excédait ce qui était nécessaire à la protection de la marque, et pouvait porter atteinte « *de manière excessive à la liberté commerciale du détaillant en freinant de manière injustifiée ses possibilités de ventes passives* ». Le fabricant a ainsi modifié la rédaction du contrat de distribution afin d'autoriser explicitement tout référencement par un moteur de recherche.

Dans la décision 06-D-28, concernant la vente de matériel hi-fi, le Conseil a relevé que, en principe, l'interdiction générale et absolue de la vente sur Internet ne peut être justifiée et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé et comparables avec celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé. Les fabricants ont proposé des engagements qui consistaient à prévoir la possibilité pour les revendeurs agréés

<sup>91</sup>. Décision 06-D-24 du 24 juillet 2006.

de vendre les produits *via* leur site Internet. Le Conseil a considéré que cette possibilité permettait de « *concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique de nature à favoriser tant la concurrence intramarque qu'intermarque, au bénéfice du consommateur* ». Un des fabricants souhaitait cependant exclure deux gammes de produits très haut de gamme de cette possibilité de vente sur Internet. Le Conseil a considéré que cette exclusion n'était pas acceptable, conduisant le fabricant en cause à limiter l'autorisation de vente sur Internet de ces produits « *aux clients pouvant attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour leur installation* ».

Dans la décision 07-D-07, le Conseil a accepté les engagements de dix fabricants de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle commercialisés dans des réseaux de distribution sélective sur conseil pharmaceutique, renonçant à une interdiction générale et absolue de la vente en ligne et visant à mettre en place la possibilité pour les distributeurs agréés de créer un site Internet pour vendre les produits concernés. Le Conseil a rappelé qu'il était possible pour un fabricant de réserver la vente par Internet à ses distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique. Il a ajouté que cela permettait « *d'éviter le parasitisme qui risquerait de s'exercer, de la part des pure players Internet, à l'égard des distributeurs physiques auxquels de nombreux coûts sont imposés. Bien sûr, il est possible à un consommateur de se procurer des conseils dans un magasin physique puis d'acheter le produit à un moindre coût sur Internet, mais les exigences posées au commerce en ligne et la symétrie dans laquelle sont placés tous les distributeurs devraient permettre à la fois que soient offerts les services commerciaux (en ligne ou physique) et que les bénéfices du commerce en ligne profitent aux acheteurs de ces produits* ».

Le Conseil a ensuite évalué les exigences des producteurs sur les conditions qu'ils souhaitaient imposer aux sites Internet des distributeurs.

S'agissant des conditions relatives à la qualité du site Internet, le Conseil a accepté l'imposition de critères de qualité assurant le respect de l'image de marque des produits (présentation des produits, chartes graphiques, etc.) ainsi que l'utilisation des descriptifs des produits fournis par le fabricant, ou autorisés par lui. Il a cependant considéré que certaines conditions étaient trop restrictives, comme celle d'exiger que le site soit exclusivement réservé à la vente de produits vendus sur conseil pharmaceutique. Cette dernière condition aurait exclu la possibilité de vendre les produits en cause sur les plates-formes de mise en relation, alors que celles-ci peuvent avoir la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs exigés des vendeurs agréés. De telles plates-formes permettraient de mettre en relation un distributeur agréé avec les acheteurs, sans que le distributeur ne soit dans l'obligation de développer son propre site Internet, et le Conseil a considéré qu'il était excessif d'exclure leur usage.

Le Conseil n'a pas accepté qu'un fabricant puisse interdire à ses distributeurs agréés d'offrir sur Internet des conditions de vente (prix, promotions, offre de fidélité) non équivalentes à celles proposées dans leurs points de vente physiques.

Il est intéressant de noter que la révision des lignes directrices sur les restrictions verticales a permis à la Commission européenne de préciser qu'elle considère comme restrictive toute obligation visant à imposer aux distributeurs des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas « globalement équivalentes à celles imposées pour la vente dans un point de vente physique »<sup>92</sup>. Ainsi, étant entendu que tous les critères permettant à un distributeur de sélectionner ses revendeurs exploitant un magasin physique ne sont pas transposables à l'identique à la vente en ligne, les conditions qu'il impose à la vente sur Internet doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables.

En outre, les nouvelles lignes directrices indiquent qu'un fournisseur ne peut interdire à ses distributeurs de recourir à des plateformes tierces de vente en ligne, tout en précisant qu'il peut exiger le respect des normes et des conditions convenues pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs<sup>93</sup>.

Le sujet de la conciliation entre un réseau de distribution sélective ou exclusive et le commerce en ligne a suscité de nombreux débats, et a donné lieu à des échanges nourris entre les parties concernées – fabricants, représentants de distributeurs traditionnels, acteurs de l'Internet, autorités de concurrence – au cours de la période de révision du règlement et des lignes directrices verticales. Certains fabricants souhaitaient pouvoir préserver leurs réseaux de points de vente physiques, sur lesquels ils s'appuient pour construire et maintenir leur réputation et leur image de marque. Ils considéraient les ventes sur Internet comme une menace pour cette image, car elles sont plus difficiles à maîtriser et contrôler. Certains acteurs de l'Internet, au contraire, militaient pour l'affranchissement des restrictions au commerce en ligne et l'obligation pour les fabricants de vendre aux *pure players*, et affirmaient que ce canal représente une source de croissance considérable.

La Commission a finalement adopté une position d'équilibre, en indiquant dans ses lignes directrices, d'une part, que les obligations visant à dissuader les distributeurs de vendre sur Internet seraient considérées comme des restrictions caractérisées, et d'autre part, qu'il était loisible aux fabricants d'imposer des normes de qualité pour l'utilisation des sites Internet élaborés par les distributeurs. Elle précise notamment qu'un fabricant conserve la possibilité d'exclure un *pure player* de son réseau, en exigeant qu'un distributeur dispose d'un ou plusieurs points de vente physiques comme condition pour obtenir son agrément. Cette position, cherchant l'équilibre entre le souhait légitime des fabricants de préserver leur image et la qualité de service associées à leurs produits, et la volonté également légitime de promouvoir un canal de vente efficace et plébiscité par les consommateurs, est illustrée dans une décision récente du Conseil de la concurrence

La décision 08-D-25 constitue la première décision de sanction prise par le Conseil dans une affaire relative à des restrictions imposées par un fabricant sur la liberté

92. Paragraphe 56 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

93. Paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales.

de ses distributeurs à vendre sur Internet<sup>94</sup>. Elle fait suite à la décision 07-D-07 et concerne les pratiques mises en œuvre par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, un fabricant de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Le Conseil avait formulé le grief à l'entreprise d'avoir totalement empêché ses distributeurs agréés, disposant de points de vente physiques, de vendre sur Internet les produits de certaines de ses marques.

Le Conseil a considéré que l'interdiction générale et absolue faite par Pierre Fabre à ses distributeurs agréés de vendre sur Internet constituait une restriction de leurs ventes passives, et excluait donc les accords entre le fabricant et ses distributeurs du bénéfice de l'exemption par catégorie. Il a estimé qu'une telle restriction avait un objet anticoncurrentiel : « [L]’interdiction de vente sur Internet qui limite les ventes au sein d’un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s’ajouter à la limitation de concurrence inhérente au choix même d’un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre ces biens à des distributeurs non agréés. » Le Conseil a néanmoins rappelé que cette restriction était susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle.

Le fabricant mis en cause a défendu ses réticences à voir ses produits vendus par Internet par plusieurs justifications. Tout d'abord, il a indiqué que l'interdiction de vente sur Internet améliorerait la distribution des produits concernés en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme des points de vente agréés (des officines dans le cas d'espèce). Ensuite, il a souligné que cette restriction garantissait le bien-être du consommateur qui, en se déplaçant dans une officine, bénéficiait de la présence physique d'un pharmacien lors de la délivrance du produit, ce qui pouvait éviter que le consommateur achète un produit non adapté à ses besoins. Enfin, il a expliqué que la distribution par Internet n'apporterait aucun surcroît de concurrence sur le marché des produits, et notamment aucune diminution des prix de détail.

Mais ces arguments n'ont pas emporté la conviction du Conseil. Sur le premier point, il a constaté que la possibilité, reconnue à la société mise en cause, de réserver à ses propres distributeurs agréés la vente des produits par Internet permettait de prévenir les risques de contrefaçon. Le fabricant avait la possibilité de contrôler la qualité des sites de ses propres distributeurs agréés et aurait ainsi pu combattre plus facilement les ventes sur les sites non autorisés. Sur la question du parasitisme, le Conseil a considéré que, puisque le système de distribution sélective prévu par le fabricant requérait la présence d'un pharmacien dans les lieux de vente agréés, toutes les officines étaient dans l'obligation de prévoir la présence et les services de conseil d'un pharmacien, et avaient donc à supporter ce coût,

<sup>94</sup>. La décision 08-D-25 du 29 octobre 2008 est actuellement pendante devant la cour d'appel de Paris qui, à la suite du recours formé par la requérante, a présenté à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante : « 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-t-elle 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. »

qu'elles distribuent ou non leurs produits sur Internet. Le Conseil a donc estimé que le risque de parasitisme avancé par l'entreprise mise en cause n'était pas étayé. S'agissant du bénéfice que tireraient nécessairement les consommateurs de la présence d'un pharmacien pour la délivrance d'un produit, le Conseil a rappelé que les produits dermo-cosmétiques n'étaient pas des médicaments et que, si leur production était soumise à certaines normes de fabrication, leur distribution était libre. En outre, le Conseil a précisé qu'il n'était pas dans les pouvoirs d'un pharmacien d'établir un diagnostic, ni de prescrire un traitement dermatologique. Il a conclu que l'existence d'informations et de conseils détaillés sur un site Internet destiné à la vente de produits dermo-cosmétiques pouvait être suffisante pour assurer les achats à bon escient des consommateurs.

Enfin, le Conseil a considéré que l'hypothèse avancée par le fabricant, selon laquelle la distribution par Internet n'entraînait pas nécessairement de baisse des prix de détail, n'était pas démontrée et que, même si elle l'avait été, elle aurait été indifférente au cas d'espèce. En effet, en l'absence de la restriction litigieuse, les gains pour les consommateurs auraient pu aussi résider dans d'autres bénéfices, tels que l'amélioration du service proposé par les distributeurs, et pas seulement dans la baisse des prix.

### **Le management catégoriel : analyse d'une nouvelle pratique**

Dans un contexte marqué par une évolution rapide des technologies et une adaptation permanente des pratiques des acteurs de la distribution, l'Autorité de la concurrence s'efforce d'appliquer les règles du droit de la concurrence à des situations nouvelles, de façon à toujours préserver le bien-être des consommateurs. Si l'essor de la vente en ligne est assurément un des bouleversements majeurs qui ont marqué le secteur de la distribution au cours des dernières décennies, le développement des techniques de traitement des données a également provoqué des mutations profondes dans la gestion des magasins et la mise en valeur des produits. Parmi les innovations récentes en matière de marketing, l'Autorité s'est ainsi penchée sur les pratiques de management catégoriel, dont l'impact sur la concurrence soulève plusieurs questions.

S'étant saisie de sa propre initiative sur les pratiques de management catégoriel, l'Autorité a rendu un avis 10-A-25 qui identifie un certain nombre de risques potentiels et pose un cadre général dont l'objectif est d'aider les acteurs du secteur à s'organiser d'une manière cohérente avec des règles de concurrence<sup>95</sup>. Dans cet avis, elle s'est notamment attachée à évaluer la fréquence et la portée des « accords de management catégoriel », à identifier les motivations des opérateurs amont et aval à recourir à ce type de délégation et à apprécier le pouvoir d'influence du « capitaine de catégorie » sur le distributeur qui l'a choisi. Ceci lui a permis d'éva-

<sup>95</sup>. Avis 10-A-25 du 7 décembre 2010.

luer les risques soulevés par de tels accords et de proposer un certain nombre de recommandations aux acteurs de la grande distribution afin de leur permettre de s'assurer de la licéité de leurs pratiques.

### *Une pratique nouvelle et relativement peu formalisée*

Le management catégoriel consiste en une collaboration plus ou moins étroite entre un distributeur et un fournisseur, dans le but d'animer une catégorie de produit. Un exemple courant est celui de la catégorie « petit-déjeuner » où peuvent être inclus, selon les distributeurs, les cafés, les thés, les chocolats en poudre, les céréales, les biscottes, les brioches, les jus de fruit, les viennoiseries fraîches, etc. Le management par catégorie consiste alors, pour l'essentiel, à organiser la présentation de la catégorie de produits comme un ensemble cohérent plutôt que comme la juxtaposition de décisions indépendantes portant sur chaque produit de la catégorie. Pour être assisté dans sa mission d'organisation des rayons, le distributeur peut confier à un fournisseur « partenaire », parfois désigné sous le terme « capitaine de catégorie », la tâche d'élaborer des recommandations portant principalement sur l'assortiment, l'agencement du rayon ou *merchandising* ainsi que sur la politique de promotion relative à la catégorie de produits retenue.

Le management catégoriel est apparu sur le marché français au début des années 2000. S'il n'a pas immédiatement connu un essor aussi significatif que dans les pays anglo-saxons – apparemment du fait des relations très tendues qu'entretiennent fournisseurs et distributeurs sur le marché français – ces dernières années semblent toutefois marquer un réel développement de ces activités, plusieurs opérateurs ayant récemment initié ou systématisé ce type de collaboration. Toutefois, ces pratiques restent peu formalisées, et entourées d'une certaine opacité.

Au cours de l'instruction, l'Autorité a pu établir que les capitaines de catégorie agissent principalement en tant que conseillers des grands distributeurs mais ne seraient pas directement décisionnaires de la politique commerciale des distributeurs, ni pour leurs propres produits ni, *a fortiori*, pour ceux de leurs concurrents. Si la fréquence de ces partenariats varie très significativement selon les opérateurs, elle demeure néanmoins très significative pour certains fournisseurs, qui sont alors partenaires de plusieurs enseignes concurrentes. En outre, la plupart de ces partenariats n'ont été initiés que récemment, principalement au cours des quatre dernières années. Enfin, les motivations des opérateurs résideraient principalement, selon leurs déclarations, dans l'expertise spécifique que détiennent les fournisseurs, expertise que ces derniers souhaitent transmettre aux distributeurs afin de faire croître la catégorie des produits qu'ils fabriquent.

### *Les risques identifiés*

L'Autorité a relevé que certaines caractéristiques de ces collaborations pourraient susciter, selon les modalités de mise en œuvre de ces partenariats, des préoccupations de concurrence. Ainsi, le capitaine de catégorie posséderait des avantages

vis-à-vis de ses concurrents : dans certains cas, il a en effet accès à des bases de données exclusives, dans d'autres, il serait également favorisé dans son accès aux linéaires des magasins dont il est le partenaire. Les distributeurs, ayant délégué au capitaine de catégorie l'analyse des linéaires, n'exigent pas nécessairement de disposer des données transmises par les fournisseurs, et ne peuvent pas toujours procéder à une analyse détaillée des recommandations faites par le capitaine de catégorie pour identifier d'éventuels biais en sa faveur. Par ailleurs, les collaborations divulguées lors de l'instruction laissent penser qu'un même fournisseur peut être le partenaire de plusieurs distributeurs pour des catégories identiques de produits, ce qui pourrait favoriser une coordination anticoncurrentielle entre ces distributeurs.

### Les risques d'éviction de concurrents des linéaires

Le capitaine de catégorie, qui participe parfois à la politique d'implantation des produits en magasin, peut chercher à profiter de sa relation privilégiée avec le distributeur pour influencer significativement l'assortiment et l'agencement des rayons, à son avantage et au détriment de ses concurrents, surtout lorsqu'ils ont un moindre pouvoir de marché, notamment s'agissant de petites ou moyennes entreprises.

Par ailleurs, la spécificité du management par catégorie est de fréquemment s'appuyer sur des comparaisons entre produits. Lors des présentations qu'il peut être amené à faire au distributeur, le capitaine de catégorie pourrait être tenté de dévaluer volontairement la performance des produits concurrents en présentant des données erronées ou en faussant l'interprétation de données exactes. À cet égard, il peut être rappelé qu'en 2003, la société US Tobacco s'est vu infliger une amende de plus d'un milliard de dollars par les tribunaux des États-Unis pour avoir, en tant que capitaine de catégorie en position dominante sur le marché du tabac à chiquer, porté atteinte à la visibilité et à la présence en magasin des produits concurrents de l'entreprise Conwood par ses interventions en magasin, d'une part, et par des présentations dénigrantes des performances des produits concurrents, d'autre part<sup>96</sup>.

Enfin, les collaborations de management catégoriel sont l'occasion d'échanges d'informations privilégiés entre fournisseurs et distributeurs : d'une part, le fournisseur partenaire accède de façon exclusive à certaines données quantitatives transmises par le distributeur (données issues des cartes de fidélité, données sur les ventes, les prix et les stocks, par magasins et par référence sur une base hebdomadaire) et, d'autre part, le capitaine de catégorie peut anticiper de façon privilégiée les évolutions de la stratégie commerciale du distributeur.

### Les risques d'ententes, notamment entre distributeurs

Le management par catégorie peut également favoriser la réalisation d'ententes horizontales entre distributeurs. En effet, dans le cas où un même fournisseur

<sup>96</sup>. Cour d'appel du 6<sup>e</sup> circuit fédéral, *Conwood Co. v. US Tobacco Co.*, 290 F. 3d 768 123 S. Ct. 876 (2003).

exerce les fonctions de capitaine de catégorie auprès de plusieurs distributeurs de façon simultanée, le risque existe qu'il serve de pivot à une entente en facilitant la transmission d'informations entre distributeurs (entente dite *hub and spokes*). Un capitaine de catégorie pourrait ainsi informer ses distributeurs partenaires de leurs intentions respectives et permettre de ce fait la mise en œuvre d'une pratique concertée, consistant, par exemple, en une hausse des prix et/ou en une réduction de la variété des produits mis en vente.

### ***La mise en place d'une grille d'analyse***

Relevant l'opacité du système, l'Autorité a invité les opérateurs du secteur et la Commission d'examen des pratiques commerciales à réfléchir à un code de bonnes pratiques. À ce stade de déploiement des activités de management catégoriel et au vu des éléments qui ont pu être rassemblés quant à leurs effets, l'Autorité a estimé que la seule application des dispositions du Code de commerce sur les abus de position dominante et les ententes suffisait à prévenir les risques concurrentiels identifiés.

Dans son avis, l'Autorité a fourni des grilles d'analyse qui pourront, d'une part, permettre aux opérateurs de vérifier la conformité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence et, d'autre part, les aider par ailleurs à réfléchir à la réalisation d'un code de bonnes pratiques en matière de management catégoriel. L'Autorité a souhaité plus particulièrement souligner trois points :

Premièrement, elle a invité les opérateurs à plus de transparence en ce qui concerne la désignation d'un capitaine de catégorie. Il serait souhaitable que celle-ci soit rendue publique, par exemple par le biais d'un appel à candidatures décrivant les moyens mis en œuvre, de façon à ce que les concurrents puissent apprécier les effets de cette désignation sur leur présence dans les linéaires du distributeur partenaire. En effet, l'efficacité du droit de la concurrence dépend étroitement de la veille concurrentielle que peuvent mener les opérateurs susceptibles d'être lésés par certaines pratiques.

Deuxièmement, l'Autorité a invité les fournisseurs et les distributeurs à formaliser ce type de relations dans le cadre de contrats ou de conventions qui préciseraient les tâches relevant effectivement du capitaine de catégorie et celles relevant exclusivement du distributeur partenaire. Une large part des interrogations suscitées par le management catégoriel provient en effet de l'étendue variable des domaines d'intervention du fournisseur partenaire. Or cette « non-formalisation », qui entraîne par ailleurs l'absence de rémunération directe des prestations de management catégoriel, n'est pas étrangère aux suspicions qui pèsent sur cette pratique.

Troisièmement, l'Autorité a estimé que la Commission d'examen des pratiques commerciales pourrait jouer un rôle très utile dans la formulation de bonnes pratiques et dans l'exercice d'une certaine surveillance au moment où se développent ces collaborations entre distributeurs et fournisseurs, dans un cadre encore très flou et relativement opaque. Les effets de ces partenariats sur la concurrence dépendent étroitement de leurs modalités de mise en œuvre mais aussi du nombre

de distributeurs s'appuyant sur ce type de collaborations. Une attention particulière devrait donc être portée aux développements futurs des pratiques de management catégoriel, afin d'analyser dans quelle mesure des recommandations plus strictes, voire des dispositions législatives, doivent être énoncées pour assurer la conformité du management catégoriel avec les règles de la concurrence.

## Conclusion

La présente étude a montré la variété des problématiques concurrentielles qui pouvaient se poser dans le secteur de la distribution, secteur qui joue un rôle clé dans la chaîne de valeur des produits. Ainsi, les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté des prix doivent pouvoir y trouver leur plus forte expression afin que l'équilibre économique général soit préservé. À ce titre, dans son rôle consultatif, l'Autorité a eu l'occasion de relever qu'une trop forte réglementation risquait d'induire des effets contreproductifs.

Dans ce contexte, l'Autorité mobilise à l'appui de son action dans le secteur de la distribution tous les outils prévus par le droit de la concurrence français, qui se répondent et se complètent. Elle maintiendra sa vigilance à l'égard des pratiques anticoncurrentielles.

Deux facteurs soutiendront en particulier cette volonté.

Le premier est lié au nouveau règlement n° 330/2010 relatif aux accords verticaux et à ses lignes directrices. Lors de la consultation préalable à son adoption, l'Autorité s'est montrée favorable au maintien des pratiques de prix imposés parmi les restrictions de concurrence caractérisées. Cette orientation a finalement été retenue. L'article 4, sous a) du règlement confirme que l'imposition de prix de détail est une pratique qui ne peut en aucune manière bénéficier de l'exemption par catégorie au regard du droit de la concurrence dont bénéficient les accords de distribution lorsque les parts de marché des fournisseurs et des distributeurs sont inférieures à 30 %. Néanmoins, les autorités de concurrence peuvent avoir à examiner les arguments en défense des entreprises dès lors que celles-ci sont en mesure d'établir de façon concrète et précise des effets proconcurrentiels et qu'elles démontrent le caractère nécessaire et indispensable de ces pratiques pour réaliser ces effets.

Le second tient à la mise en œuvre de la LME. Cette loi a confié à l'Autorité un nouveau rôle en matière de contrôle des concentrations. Elle a également assuré l'intégration des fonctions d'enquête et d'instruction des dossiers au sein de l'Autorité et a doté cette dernière d'un pouvoir d'intervention d'office en matière consultative, qu'elle a mis en œuvre dans le secteur de la distribution.

La mise en œuvre progressive de ces nouveaux outils permettra d'affiner la connaissance du secteur de la distribution et de suivre le développement des nouvelles pratiques commerciales, afin de déterminer si certaines d'entre elles sont susceptibles de poser des problèmes de concurrence. L'Autorité n'hésitera pas à développer son

action de conseil auprès notamment des pouvoirs publics, par le biais de ses avis, mais également, lorsque les situations analysées le justifieront, son rôle contentieux en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Toutefois, une faiblesse demeure. L'abaissement des seuils applicables au contrôle des concentrations permet de prévenir et d'adapter les projets de concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Il n'est en revanche d'aucun secours dans le cas où un opérateur abuse d'une position dominante acquise antérieurement à la LME, par voie de croissance externe ou interne. Un premier pas a été fait pour permettre à l'Autorité de faire face à ce problème, en lui permettant d'imposer des injonctions structurelles pouvant aller jusqu'à la cession de surfaces aux entreprises concernées. Le standard prévu par la loi, qui réserve de telles injonctions aux cas – *a priori* extrêmement rares – où l'opérateur poursuit son abus après une première condamnation, rend cet outil quasiment inapplicable en pratique.

Les conditions d'un recours plus effectif à cet outil seraient souhaitables, dans la mesure où la contrepartie aux pouvoirs de certains acteurs ne réside pas dans une « sur-réglementation » du secteur mais plutôt dans un contrôle structurel abouti.

# Pratique de l'Autorité de la concurrence



## Avertissement

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions de l'Autorité de la concurrence faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2010 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant le cas échéant, la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la responsabilité de l'Autorité de la concurrence.

Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions et arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Ces développements ont pour vocation première de mettre en évidence les points de droit nouveaux tranchés par l'Autorité de la concurrence au cours de l'année écoulée. Ils permettent également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudences plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération par les circonstances propres à l'affaire considérée, de retrouver des précédents utiles pour évaluer une situation donnée, sans qu'il soit pour autant toujours possible d'en déduire de façon certaine la solution résultant d'une application à une nouvelle espèce.

# Pratique de l'Autorité de la concurrence

|  |     |
|--|-----|
| <b>La définition des marchés</b>   | 143 |
| <b>Le marché pertinent de produit ou de service</b>                        | 144 |
| La substituabilité du point de vue des demandeurs                          | 144 |
| La substituabilité de l'offre  | 157 |
| <b>Le marché géographique</b>  | 159 |
| Dimension régionale ou locale  | 159 |
| Dimension nationale  | 160 |
| Dimension nationale et locale  | 162 |
| Dimension supranationale   | 162 |
| <b>Contrôle des pratiques anticoncurrentielles</b>                         | 163 |
| <b>Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure</b> | 163 |
| Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence                        | 163 |
| Prescription   | 173 |
| Déroulement de la procédure  | 174 |
| <b>Ententes illicites</b>  | 192 |
| Les concours de volontés   | 192 |
| Les différentes restrictions de concurrence                                | 204 |
| Les restrictions accessoires   | 227 |
| Les exemptions   | 232 |
| <b>Pratiques abusives</b>  | 237 |
| Abus de position dominante   | 238 |
| Abus de dépendance économique  | 254 |
| <b>Mesures conservatoires</b>  | 255 |
| Sur la recevabilité des mesures conservatoires                             | 255 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>Imputabilité</b>   | 257 |
| Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques | 257 |
| Du comportement de la filiale à la société mère   | 260 |
| Responsabilité de l'entreprise du fait de ses salariés  | 262 |
| Responsabilité d'un groupement  | 262 |
| <b>Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions</b>  | 264 |
| Aspect correctif : les injonctions  | 264 |
| Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions  | 266 |
| <b>Les engagements</b>  | 279 |
| <br>  |     |
| <b>Contrôle des concentrations</b>  | 290 |
| <b>Notion d'entreprise</b>  | 290 |
| <b>Notion de concentration</b>  | 290 |
| Participation minoritaire et contrôle conjoint  | 291 |
| Fusion de fait  | 293 |
| Contrôle sur une base purement contractuelle  | 294 |
| Les opérations transitoires   | 295 |
| Les opérations interdépendantes   | 295 |
| Entreprises communes  | 296 |
| <b>Les seuils de contrôle</b>   | 298 |
| <b>Analyse concurrentielle</b>  | 299 |
| L'évaluation des parts de marché  | 299 |
| Les effets horizontaux  | 302 |
| Les concentrations verticales   | 309 |
| Les concentrations conglomérales  | 313 |
| <b>Les mesures correctives</b>  | 317 |
| <br>  |     |
| <b>Activité consultative</b>  | 323 |
| <b>Avis rendus sur des projets de textes législatifs ou réglementaires</b>  | 323 |
| <b>Avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés</b>   | 335 |
| <b>Avis rendus aux régulateurs</b>  | 371 |

# Pratique de l'Autorité de la concurrence

## La définition des marchés

La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés, et d'autre part, les effets des pratiques mises en œuvre.

Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions.

Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont donné, dans leurs 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 »* (10-D-07; 10-D-14; 10-D-15; 10-D-19; 10-D-36; 10-D-37; 10-D-39).

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 apprécie le marché dans sa situation contemporaine des pratiques (10-D-07). 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 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.

L'Autorité a rappelé que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des 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 assez de précision pour permettre d'évaluer les effets des pratiques incriminées (10-D-04; 10-D-13; 10-D-15; 10-D-17; 10-D-35).

Enfin, il convient de noter que les autorités de concurrence, tant nationales que communautaire, 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 (10-D-02; 10-D-14; 10-D-32). En contrôle des concentrations, la délimitation exacte n'est généralement 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 (10-D-13; 10-D-14; 10-D-15; 10-D-17; 10-D-19).

### ***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 élasticité-prix croisées, la mesure précise de ces élasticité 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.

L'Autorité a rappelé que, selon une jurisprudence et une pratique juridictionnelle constantes relatives au secteur des produits pharmaceutiques, des indications thérapeutiques différentes conduisent à délimiter des marchés séparés (10-D-02; 10-D-37). Dans ce secteur, 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 (10-D 16; 10-D-37). Ainsi, l'Autorité a considéré que le marché des héparines pouvait être subdivisé en deux marchés, l'un préventif sur lequel le médicament est prescrit pour empêcher la formation des thromboses, l'autre curatif, pour éliminer les thromboses (10-D-02).

Dans une affaire 10-D-37, l'Autorité a exclu, dans les cas où la substitution par le biais de médicaments génériques ne pouvait être envisagée, que soit circonscrit un marché pertinent autour de la molécule ou du principe actif du médicament concerné. En effet, l'appréciation de la substituabilité pour la définition du marché pertinent des médicaments s'effectue à travers l'analyse de la demande, qui s'apprécie en règle générale au moment où le médecin prescripteur, pour le compte du malade, choisit parmi les spécialités pharmaceutiques le traitement adéquat. Ainsi, soit le médecin prescripteur considère qu'un médicament n'a pas de substitut pour différentes raisons et le marché sera limité à ce seul produit, soit il estime que différents médicaments sont interchangeable et le marché sera circonscrit à ces différents substituts qui exercent les uns sur les autres une contrainte concurrentielle. Le pharmacien n'interfère pas dans ce choix puisqu'il a l'obligation de délivrer le médicament inscrit sur l'ordonnance (10-D-37).

L'Autorité a, par ailleurs, dans les trois décisions précitées, distingué le marché dit de la « ville », sur lequel opèrent les officines, et le marché hospitalier. Ces deux marchés diffèrent d'abord en raison de l'absence de substituabilité de la demande émanant, pour le premier, des patients et pour le second, des hôpitaux. Ensuite, l'élasticité-prix de la demande n'est pas la même ; elle est forte à l'hôpital où le prix d'achat affecte le budget des hôpitaux et faible en ville car le patient n'assume pas directement le prix du médicament qui lui est remboursé par l'assurance maladie (10-D-02; 10-D-16). Dans une affaire 10-D-37, l'Autorité a ainsi différencié, au sein du marché pertinent des antihistaminiques, le marché de la vente en ville des antihistaminiques de seconde génération remboursables et celui de la vente en ville des antihistaminiques non remboursables (10-D-37).

De même, l'Autorité s'est notamment fondée sur la forte substituabilité entre les supérettes et les petits supermarchés du point de vue de la demande pour

déterminer que ces deux types de magasins figurent sur le même marché pertinent. Elle a ainsi relevé que, bien que le nombre de références disponibles dans les supérettes soit plus faible que celui observé dans les supermarchés, les rayons, la structure de vente par rayon et les services proposés sont similaires **(10-D-08)**.

Dans une décision 10-D-38, l'Autorité a estimé qu'il ne peut pas être exclu que les annuaires en ligne et les moteurs de recherche ne présentent pas une substituabilité suffisante pour être considérés comme appartenant au même marché pertinent. En effet, les offres respectives des annuaires en ligne et des moteurs de recherche visent à satisfaire la demande de types de clientèles distincts, dont les objectifs diffèrent : l'annuaire Internet permet aux internautes de disposer des coordonnées des annonceurs alors que la publicité liée aux recherches vise à générer un acte d'achat en ligne **(10-D-38)**.

Enfin, l'Autorité a retenu, entre autres indices de l'existence du marché spécifique des films rétro réfléchissants destinés à la fabrication de panneaux de signalisation routière verticale en France, la spécificité de la structure de la demande, constituée par un oligopole restreint collusif **(10-D-39)**.

Dans la décision **10-DCC-79** relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés La Compagnie de formation Chezy et Forteam par Duke Street Holdings Ltd, concernant le secteur de l'enseignement supérieur privé et de la formation professionnelle, l'Autorité a opéré une distinction entre la formation initiale et la formation professionnelle. En effet, la formation professionnelle s'adresse à des salariés ou demandeurs d'emploi, contrairement à la formation initiale qui s'adresse à de plus jeunes publics dans un cadre éducatif. D'autre part, bien qu'étant consommateurs finaux de formation, les salariés ou demandeurs d'emploi n'expriment pas souvent une demande directe et ne sont que rarement les acheteurs du stage de formation. De fait, la demande de formation continue émane plus fréquemment des entreprises et des collectivités publiques.

Dans la décision **10-DCC-02** relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par la SNCF et la CDPQ ainsi que dans la décision **10-DCC-198** relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations, l'Autorité a également considéré que, outre la spécificité des matériels et des compétences requis pour l'exploitation de ces réseaux de transport, il convenait de distinguer le transport public urbain de voyageurs du transport public interurbain notamment parce que l'organisation de ces deux types de transport public était du ressort d'autorités organisatrices différentes.

### *Distinction entre marché amont et marché aval*

L'existence de groupes distincts de demandeurs est également un indice utile dans la délimitation d'un marché pertinent.

Dans une décision 10-D-01, l'Autorité a rappelé que selon une pratique décisionnelle constante, lorsqu'il est démontré que le consommateur final a systématiquement recours à des distributeurs intermédiaires, il est pertinent de distinguer le marché amont de l'approvisionnement du marché aval de la distribution de ces

produits. En l'espèce, l'Autorité a distingué le marché amont des terminaux de téléphonie mobile, qui met en relation les constructeurs avec les distributeurs alors que le marché aval confronte l'offre des distributeurs de terminaux sur les différents territoires nationaux et la demande des consommateurs finaux (10-D-01).

Statuant sur des pratiques mises en œuvre par la Société des téléphériques de la Grande Motte (STGM), l'Autorité a rappelé qu'il convenait de distinguer un marché amont de la vente de tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques aux différentes catégories de professionnels du tourisme et le marché aval de la vente de forfaits aux touristes (10-D-06).

Dans son examen des pratiques mises en œuvre dans le secteur des titres cadeaux prépayés, l'Autorité a souligné les deux faces du marché des titres. Elle a ainsi distingué, en amont, le marché de l'acceptation des titres cadeaux, qui met en présence les émetteurs de ces titres et les commerçants qui les acceptent en paiement, et le marché aval de la distribution des titres, qui met en présence les émetteurs et les organismes intermédiaires ou les personnes physiques qui les achètent (10-D-07).

Dans une décision 10-D-08, l'Autorité a identifié, dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, un marché amont de l'approvisionnement, lequel peut être segmenté en autant de marchés pertinents que de groupes de produits et qui se distingue du marché du commerce d'alimentation générale de proximité (10-D-08).

Statuant sur des demandes de mesures conservatoires présentées par la société Itas Tim concernant des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique, l'Autorité a délimité, en amont, le marché de gros des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique – marché dit de « accès », comprenant des prestations offertes par un hébergeur à un diffuseur – et le marché de gros aval des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique. Elle a par ailleurs estimé qu'en raison de l'existence d'une demande effective d'accès aux terrains sur lesquels sont implantés les pylônes de la société TDF de la part de la saisissante – qui estime que l'accès à ces terrains est indispensable pour l'exercice d'une activité sur le marché de gros amont des services de diffusion – il ne peut être exclu qu'il existe, en amont des marchés de diffusion par voie hertzienne en mode numérique, un marché de l'accès aux terrains susceptibles d'accueillir des infrastructures permettant une telle diffusion (10-D-09).

Dans une décision 10-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, l'Autorité a rappelé que le marché de la production de l'électricité comprend trois niveaux :

- en amont, le marché de l'électricité produite par les centrales et celle importée par le biais des interconnexions ;
- à l'échelon intermédiaire, le marché de la vente en gros de l'électricité ;
- à l'aval, le marché de la vente au détail de l'électricité.

Dans la même décision, l'Autorité a considéré que la gestion des réseaux de chaleur constitue un marché aval distinct du marché amont de la fourniture d'énergie

destinée au chauffage domestique, sur lequel interviennent les exploitants de réseaux de chaleur, en concurrence pour l'obtention de contrats **(10-D-14)**.

De manière analogue, l'Autorité a analysé le secteur de la télévision payante en distinguant plusieurs types de marchés **(10-D-32)** :

- les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion sur lesquels se rencontrent l'offre des détenteurs de droits de diffusion de programmes audiovisuels et la demande des éditeurs de services de télévision payante ;
- les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes sur lesquels se rencontrent l'offre des éditeurs et la demande des distributeurs de télévision payante ;
- les marchés aval de la distribution et de la diffusion de chaînes thématiques payantes sur lesquels se rencontrent l'offre émanant des distributeurs et la demande des abonnés à une offre payante de télévision.

### *Appels d'offres et marché pertinent*

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée comme un marché en soi, la demande étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges **(10-D-03 ; 10-D-04 ; 10-D-05 ; 10-D-10 ; 10-D-19 ; 10-D-22 ; 10-D-35)**.

La circonstance que des entreprises, pour des raisons légitimes tenant à leur implantation géographique, soient contraintes de répondre à des lots différents et ne sont, dès lors, pas directement confrontées les unes aux autres sur des lots donnés, n'est pas de nature à remettre en cause cette analyse. Ainsi, dans une décision 10-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires dans le département des Deux-Sèvres, l'Autorité a souligné que le mécanisme de concurrence par comparaison (*yardstick competition*) permet de remédier à l'absence de concurrence directe sur chaque lot. La comparaison des offres, sur des lots distincts, mais appartenant au marché des transports sanitaires à destination du même hôpital et présentant des caractéristiques similaires, permet au donneur d'ordre d'évaluer la pertinence des propositions qui lui sont faites. Celui-ci peut, le cas échéant, déclarer infructueux un lot dont le montant serait anormal par rapport aux offres faites par des concurrents du soumissionnaire sur des lots comparables. En l'espèce, la situation s'expliquait par les caractéristiques du transport par ambulances, l'éloignement des zones d'intervention et la localisation des entreprises **(10-D-05)**.

De plus, l'Autorité 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 **(10-D-31)**. Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, l'Autorité a, dans les décisions **10-DCC-02 ; 10-DCC-83 et**

**10-DCC-198** mené son analyse sur le marché national du transport urbain, la concurrence sur ce marché s'organisant à l'occasion d'appels d'offres lancés par les autorités organisatrices de transport pour l'attribution de délégations de service public aux opérateurs de transport retenus.

Enfin, le Conseil de la concurrence 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.

L'Autorité a ainsi distingué le marché des cartes cadeaux de celui des chèques cadeaux en raison notamment des spécificités qui caractérisent les premières. Ainsi, la carte peut, à la différence du chèque, être désactivée et remplacée en cas de vol. De plus, elle peut être personnalisée en faveur de son porteur par l'impression de photographies ou de messages. Enfin, elle est sécable et peut, le cas échéant, être rechargée. Dans la même affaire, l'Autorité a envisagé une segmentation du marché de la distribution de la carte cadeau selon que la carte est mono-enseigne ou multi-enseignes. L'Autorité a ainsi souligné que les caractéristiques spécifiques des deux produits indiquent une probable absence de substituabilité. Alors que la carte multi-enseignes offre un large choix d'enseignes au consommateur final, la carte mono-enseigne repose sur la seule notoriété de l'enseigne émettrice. Par ailleurs, la valeur des cartes mono-enseigne est limitée à 150 euros (**10-D-07**).

Statuant sur des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France, l'Autorité a souligné que le « *Clopidogrel* » pourrait constituer un marché distinct des autres molécules appartenant à la classe des inhibiteurs de l'agrégation plaquettaire, héparine exclue, dans la mesure où le Clopidogrel se distingue notablement des autres molécules du 4<sup>e</sup> niveau de la classification anatomique, thérapeutique

et chimique («*ATC*») quant à son mode d'action, sa forme galénique, son mode de prescription, et le champ de son indication thérapeutique **(10-D-16)**.

Dans une décision **10-D-17**, l'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle constante que chaque marché de produits pour un sport spécifique constitue un marché pertinent. En l'espèce, l'Autorité a identifié un marché des boules de pétanque de compétition qui se distingue des autres marchés de jeux de boules, et notamment de la boule lyonnaise, en raison des spécificités techniques de la pratique de ce sport, des normes de fabrication et de la nécessité d'un agrément préalable des boules de pétanque par la Fédération sportive afin de s'assurer de leur conformité avec les règles prévues par le règlement du jeu. Enfin, du point de vue d'un joueur licencié voulant participer à une compétition officielle, les boules de loisir et de compétition ne sont pas des produits interchangeables, étant donné que le joueur ne peut participer à une compétition que s'il utilise des boules de pétanque agréées par la Fédération.

Dans la même décision, l'Autorité a identifié un marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure, distinct de celui dans le cadre duquel se déroulent d'autres compétitions de pétanque sur le territoire national. L'Autorité a relevé que les compétitions de pétanque d'importance majeure présentent des caractéristiques propres **(10-D-17)** :

- leur périodicité annuelle;
- leur durée;
- le nombre de spectateurs qu'elles rassemblent;
- le prestige des titres remis aux lauréats;
- leur notoriété reposant, pour partie, sur la circonstance qu'elles sont diffusées à la télévision.

Dans une décision 10-D-32 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante, l'Autorité a notamment distingué, sur les marchés intermédiaires et aval du secteur, différents marchés correspondant aux thématiques des chaînes. Il ressort en effet de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence qu'une offre de télévision payante présente une attractivité suffisante pour le consommateur seulement lorsqu'elle est composée de chaînes relevant de thématiques incontournables telles que : cinéma, sport et jeunesse et d'un complément de chaînes relevant d'une variété de thématiques substituables les unes aux autres **(10-D-32)**.

Dans une décision 10-D-36, l'Autorité a considéré qu'il est nécessaire de distinguer le marché du GPL conditionné à usage professionnel de celui à usage domestique. L'Autorité a relevé que les bouteilles de GPL destinées aux professionnels sont généralement de 35 kg et utilisées pour le séchage des cultures, la réalisation de travaux d'étanchéité ou l'utilisation de chariots élévateurs **(10-D-36)**.

L'Autorité a considéré qu'il ne peut pas être exclu qu'il existe deux marchés distincts de l'édition d'annuaires, l'un concernant les annuaires sur format papier, l'autre les annuaires en ligne. L'Autorité a ainsi relevé que sur le marché de l'édition d'annuaires, les produits proposés en ligne et sur supports imprimés présentent

des différences notables, l'annuaire en ligne offrant plus de services que l'annuaire imprimé (plans, vue aérienne, itinéraires, photos, etc.) **(10-D-38)**.

Enfin, dans une décision 10-D-39, l'Autorité a déterminé que le marché de la signalisation plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique) se distingue de celui de la signalisation routière verticale permanente et temporaire en raison de différences tenant notamment à la composition des produits et à leur usage **(10-D-39)**.

Dans la décision **10-DCC-21** relative à la prise de contrôle exclusif de Champiloire par Bonduelle, l'Autorité a relevé que le champignon appertisé se distinguait des autres légumes car il s'utilise comme un « légume ingrédient », à l'instar des tomates en conserve, et non comme un accompagnement à part entière.

Dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a envisagé une segmentation selon le domaine de formation en soulignant que, du point de vue de la demande, le choix d'une spécialité conduit le demandeur à ne considérer que les écoles et les universités offrant une formation dans le domaine.

Dans la décision **10-DCC-158** concernant la distribution de gros de produits frais, l'Autorité a considéré qu'en la matière, il convenait de distinguer la restauration hors foyer (RHF) des commerces de détail à dominante alimentaire compte tenu de différences significatives en termes de conditionnement, d'emballage, de diversité de gamme et de prix des produits distribués auprès de ces deux catégories de clientèle. À l'inverse, les produits commercialisés auprès des cafés-hôtels-restaurants (CHR) et des grands comptes étant de même nature et les conditions de livraison identiques, il est apparu inutile de considérer des marchés de produits distincts au sein de la distribution de produits frais à destination des commerces de détail à dominante alimentaire.

Dans la décision **10-DCC-110** relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer le fromage à raclette des autres fromages à pâte pressée non cuite (par exemple édam, gouda, cantal, saint-nectaire...) compte tenu du fait que le fromage à raclette est principalement consommé chaud comme plat principal, contrairement aux autres fromages présentés en fin de repas. En outre, la demande de fromage à raclette connaît une forte saisonnalité, ce qui n'est pas le cas pour les autres fromages. Une éventuelle substituabilité avec d'autres fromages qui se consomment en plats chauds (fondue, tartiflette) a également été évoquée mais non retenue en l'espèce.

Dans la décision **10-DCC-76** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sin & Stes par le groupe Elior, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer les services de nettoyage industriel classique (locaux professionnels à vocation administrative ou commerciale) des services de nettoyage industriel technique compte tenu notamment du fait que le nettoyage technique nécessite des moyens matériels et une formation du personnel spécifiques.

Dans la décision **10-DCC-98** relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia qui concernent notamment le secteur des

granulats utilisés par exemple dans la fabrication d'enrobés bitumineux, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence d'une distinction entre granulats alluvionnaires et granulats issus de roches massives (roche calcaire ou roche éruptive). En effet, les granulats alluvionnaires de forme ronde sont préférés par les producteurs de béton car ils permettent un meilleur écoulement du béton lors de l'application. À l'inverse, les granulats éruptifs sont adaptés à la production d'enrobés qui requièrent des granulats résistants à l'usure. D'autres caractéristiques particulières comme la propreté, la couleur, la dureté ou la composition physico-chimique peuvent entrer en ligne de compte dans le choix des clients, de sorte que les granulats alluvionnaires, calcaires ou éruptifs peuvent être perçus comme imparfaitement substituables. Toutefois, l'Autorité a relevé que pour certains usages, la nature des granulats est indifférente. Par ailleurs, des techniques de traitement des granulats alluvionnaires, bien que coûteuses, permettent de leur conférer des caractéristiques techniques similaires à celles des granulats éruptifs. Enfin, compte tenu du coût de transport de ces matériaux pondéreux, l'instruction a permis de confirmer que la proximité de la carrière est un élément essentiel dans le choix des clients, plus que la nature du granulats. En l'espèce, compte tenu de ces éléments, l'Autorité a mené son analyse concurrentielle sur le marché global des granulats tous types confondus tout en tenant compte de leur imparfaite substituabilité.

Dans la décision **10-DCC-100** relative à la prise de contrôle conjoint de la société JST Transformateurs SAS par le groupe Siparex, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer les prestations de maintenance et de réparation effectuées sur les transformateurs de puissance, d'une part et les mêmes prestations effectuées sur les transformateurs de traction d'autre part. En effet, les transformateurs de traction sont plus compliqués et impliquent des contraintes plus importantes en termes de maintenance et de réparation que les transformateurs de puissance.

Dans la décision **10-DCC-66** relative à la transformation de RAGT Semences en entreprise commune contrôlée par RAGT et CAF Grains, l'Autorité a souligné que si les activités d'obtention, de production et de commercialisation de semences allogames ou hybrides doivent être assurées par le même opérateur compte tenu de la complexité du processus de production, ce n'est pas le cas pour les semences autogames pour lesquelles l'activité d'obtention peut facilement être séparée des activités de production et de commercialisation. Ainsi, l'Autorité a analysé séparément le marché de l'obtention et le marché de la production et de la commercialisation pour des semences comme le blé tendre, le blé dur, l'orge d'hiver, l'orge de printemps, etc.

Dans la décision **10-DCC-11** relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), l'Autorité s'est interrogée sur le périmètre du marché de la publicité au regard des différents supports médias véhiculant les messages publicitaires (télévision, radio, Internet, presse...). En particulier, elle a examiné la question de la substituabilité entre la publicité télévisuelle et la publicité sur Internet. Malgré une certaine pression concurrentielle exercée par Internet sur la télévision dans ce domaine (pratique de *cross-média*, arbitrage entre les différents supports médias...), le test de marché

a confirmé le maintien de la spécificité du média télévision quant à sa capacité à toucher rapidement un nombre important de personnes. La publicité en ligne permet à l'inverse de toucher une audience plus ciblée avec plus d'efficacité. Il est ainsi apparu que les différents médias se caractérisaient par leur complémentarité pour porter un message publicitaire.

### Les besoins des clients

Dans la décision **10-DCC-76**, l'Autorité a envisagé de distinguer les services de nettoyage en milieu hospitalier (nettoyage des blocs opératoires, des chambres médicalisées, des instruments et des machines) au sein des services de nettoyage industriel technique. En effet, les établissements de santé ont des besoins à la fois spécifiques et exigeants en matière d'hygiène afin de réduire les risques d'infections nosocomiales. Une telle qualité de service nécessite un haut niveau de qualification des agents de propreté ainsi que l'utilisation de matériels spécifiques.

Par ailleurs, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a retenu une segmentation entre la formation initiale continue et la formation initiale en alternance qui répondent à des besoins différents du point de vue de l'étudiant. En effet, l'étudiant en alternance recherche avant tout une formation rémunérée tandis que l'étudiant qui choisit une formation initiale à temps plein consent un investissement à long terme et accepte de différer son entrée sur le marché du travail. Une segmentation selon la durée du cycle d'études a également été retenue. En effet, en matière d'investissement éducatif, différentes études ont relevé que les choix individuels en matière d'éducation pourraient être modélisés comme le résultat d'un calcul coûts-avantages pondéré par la probabilité de réussite sous contraintes de données sociologiques individuelles.

Enfin, dans la décision **10-DCC-02**, l'Autorité a envisagé un marché du conseil en transport public consistant en un ensemble d'études de marché et de prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage auprès des autorités organisatrices. L'Autorité a en effet relevé leur besoin grandissant en compétences techniques lié au développement des réseaux de transport public.

### Les modalités de distribution

Dans une décision **10-D-07** relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le secteur des titres cadeaux prépayés, l'Autorité a relevé, à l'appui de la distinction entre le marché des chèques cadeaux et celui des cartes ayant le même objet, que les chèques font essentiellement l'objet d'une distribution auprès d'organismes intermédiaires alors que les cartes sont proposées par les commerçants directement aux personnes physiques. L'Autorité a souligné que, du point de vue des consommateurs, la distribution directe confère à la carte une plus grande accessibilité que le chèque (**10-D-07**).

Toutefois, l'Autorité a considéré qu'il n'est pas nécessaire de segmenter le marché du GPL conditionné à usage domestique en fonction de ses différents canaux de distribution dans la mesure où, bien que ceux-ci présentent un certain nombre de

différences, ils ne visent à satisfaire qu'une seule et même demande pour un seul et même produit, le GPL conditionné à usage domestique (**10-D-36**).

Dans la décision **10-DCC-158** précitée, l'Autorité a examiné la pertinence d'une distinction entre le *cash and carry* et le commerce de gros traditionnel dans le secteur de la distribution de gros de produits frais. Les *cash and carry* attirent essentiellement des petites et moyennes entreprises de la restauration commerciale indépendante. Dès que les achats atteignent un certain volume, avec des contraintes de transport plus lourdes, les clients font le choix du commerce de gros traditionnel. En l'espèce, une distinction entre le commerce de gros traditionnel et le *cash and carry* a donc été retenue.

Dans la décision **10-DCC-42** relative à l'acquisition par la société 3 Suisses International SA de certains actifs de la société La Source, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence de la distinction entre vente à distance et vente en magasin en ce qui concerne les produits non alimentaires tels que les vêtements, les chaussures, le mobilier ou encore la décoration. En effet, de nombreux acteurs de la vente au détail ont désormais recours à de multiples canaux de distribution et disposent d'un site de vente par Internet. De plus, l'instruction a constaté un certain degré de concurrence entre l'e-commerce et la vente en boutique dans la mesure où les acteurs de la vente à distance tiennent compte du comportement des réseaux physiques dans l'élaboration de leur stratégie commerciale. Toutefois, du point de vue du consommateur, la vente à distance ne permet pas d'inspecter le produit souhaité ni de bénéficier de conseil. Les articles ne sont pas non plus disponibles immédiatement. En l'espèce, l'analyse concurrentielle a été menée sur les marchés de la vente à distance de biens non alimentaires par familles de produits, marchés distincts de ceux de la vente en magasin. Il a cependant été tenu compte de la pression concurrentielle exercée par la vente en magasin.

À l'inverse, dans la décision **10-DCC-140** relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Histoire d'Or Europe SAS et Financière MO Holding SAS par Bridgepoint Capital Group Limited, l'Autorité a considéré que sur le marché de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie («*HBJO*»), une distinction par canal de distribution (bijouterie en ville, bijouterie de centres commerciaux, *corners* d'hypermarchés ou de grands magasins) n'était pas pertinente dans la mesure où ces différents formats proposent des assortiments similaires en termes de qualité et de famille de produits. De plus, les gammes de prix pratiqués sont proches. Par ailleurs, les concepts de point de vente tendent à se rapprocher ainsi que les surfaces de vente.

Dans la décision **10-DCC-48** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Amonite SAS par la société Manuloc, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence d'une distinction entre la vente directe des constructeurs d'équipements de maintenance industrielle auprès des utilisateurs finaux (notamment les grands comptes) et la vente indirecte qui fait intervenir un grossiste ou un distributeur indépendant entre le constructeur et le client final. Toutefois, l'Autorité a relevé que les deux circuits de distribution étaient pleinement concurrents et fournissent la même gamme de produits dans des conditions tarifaires similaires. Ainsi, il n'est

pas apparu pertinent de segmenter le marché de la distribution d'équipements de manutention industrielle selon le circuit de distribution.

Dans la décision **10-DCC-149** relative à la prise de contrôle conjoint de la société TyreDating par la Manufacture française des pneumatiques Michelin et Atiro Holding, l'Autorité a remarqué qu'à côté des canaux traditionnels de distribution de pneus de remplacement (le canal des négociants spécialistes, le canal des centres autos et le canal des concessionnaires et garages automobiles) s'est développée ces dernières années la vente par Internet. Si les acteurs des canaux traditionnels se dotent d'un site Internet, des *pure players* sont également apparus. Ainsi, l'Autorité a envisagé, sans trancher la question de distinguer un marché de la vente de pneus de remplacement sur Internet.

### 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 est distinct, lié à une différenciation en termes de processus de fabrication, de recette et de savoir-faire. La notoriété des marques de fabricants ainsi que l'existence de différences significatives de goût ou d'emballage sont des éléments importants à apprécier pour évaluer la substituabilité du point de vue de la demande entre un produit MDD et un produit MDF.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-21**, l'Autorité a considéré que, malgré des processus d'achat distincts, l'absence de différence significative de goût et d'emballage entre les champignons vendus sous MDD ou sous MDF ainsi que l'absence de marque incontournable et la prépondérance des MDD sur ce marché permettaient de qualifier une réelle pression concurrentielle entre les champignons vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF.

Pour les mêmes raisons, l'Autorité a considéré dans la décision **10-DCC-110** que les fromages vendus sous MDD exerçaient une pression concurrentielle réelle sur les fromages vendus sous MDF. L'absence de marque incontournable est particulièrement vérifiée pour le fromage à raclette, mais ce n'est toutefois pas le cas au sein de toutes les familles de fromages (Vache qui rit, Président, Caprice des Dieux).

Dans la décision **10-DCC-51** relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos, l'Autorité a considéré que le sucre de bouche vendu sous MDD constituait une alternative parfaitement substituable au sucre de bouche vendu sous MDF en France, contrairement à ce qu'avait constaté la Commission en Allemagne notamment. En atteste la forte progression des MDD sur le marché français du sucre de bouche.

À l'inverse, dans la décision **10-DCC-60** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Soparo par le groupe R & R Ice Cream, l'Autorité a relevé que, du fait de la notoriété des marques telles que Miko, Carte d'Or ou Häagen Dazs et malgré de faibles différences en termes de qualité ou d'emballage, les glaces vendues sous

MDD exerçaient probablement une pression concurrentielle limitée sur les glaces vendues sous MDF. En l'espèce, l'opération n'emportait de chevauchement que sur les glaces vendues sous MDD.

## 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.

L'Autorité a appelé, dans une décision 10-D-37 qu'en matière de médicaments, une segmentation du marché fondée sur les modalités de financement de l'achat du médicament peut être envisageable. Certains médicaments sont, en effet, pris en charge par l'Assurance maladie et font l'objet d'un remboursement par le régime général de la Sécurité sociale, ou par les organismes complémentaires d'assurance maladie. Leur prix est fixé par les pouvoirs publics. À l'inverse, certains médicaments, qui ne sont pas pris en charge par l'assurance sociale sont la plupart du temps en vente libre et leur prix librement déterminé. En l'espèce, l'Autorité a différencié, au sein du marché pertinent des antihistaminiques, le marché de la vente en ville des antihistaminiques de seconde génération remboursables et celui de la vente en ville des antihistaminiques non remboursables (**10-D-37**).

Dans la décision **10-DCC-21**, l'Autorité a relevé que l'absence de différence significative de prix entre les champignons vendus sous MDD et MDF constituait un indice supplémentaire quant à la pression concurrentielle exercée par la MDF sur la MDD et réciproquement.

Dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a constaté qu'une part importante des bacheliers écartait l'enseignement privé au seul motif des frais de scolarité qui sont substantiellement plus élevés que dans les cursus universitaires (les frais de scolarité moyens d'un cycle de formation initial dans le secteur privé s'élèvent à 5 097 euros tandis que le montant des droits d'inscription dans un cursus universitaire varie de 171 euros à 350 euros selon le niveau d'études). En outre, l'enseignement privé est perçu par certains demandeurs comme plus qualitatif dans sa manière d'encadrer les étudiants. En l'espèce, pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité a donc considéré que l'enseignement privé n'était pas substituable à l'enseignement public.

Dans la décision **10-DCC-11**, l'Autorité a relevé des différences persistantes de prix au niveau de la vente d'espaces publicitaires entre la télévision et Internet. Cette observation est venue appuyer l'idée d'une faible substituabilité entre ces deux types de médias pressentie sur la base de leurs propriétés respectives concernant la délivrance d'un message publicitaire.

## L'environnement juridique

L'Autorité s'est notamment fondée sur l'existence d'une réglementation spécifique relative aux cartes cadeaux pour distinguer ce marché de celui des chèques cadeaux. En effet, les cartes sont, à la différence des chèques cadeaux dont l'émission est

libre, soumises à un régime imposant à l'organisme émetteur l'obtention du statut d'établissement de crédit, d'émetteur de monnaie électronique ou à l'obtention d'une exemption du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement **(10-D-07)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a déterminé que le marché de la signalisation plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique) se distingue de celui de la signalisation routière verticale permanente et temporaire en raison de différences tenant notamment aux normes juridiques différentes encadrant la fabrication et l'homologation de ces différents types de produits. Ces mêmes différences fondent, pour partie, l'analyse de l'Autorité concernant l'existence d'un marché spécifique des films rétro réfléchissants destinés à la fabrication de panneaux de signalisation routière verticale en France **(10-D-39)**.

Dans la décision **10-DCC-130** relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Sodistock par la société CAF Grains, l'Autorité a relevé que les silos de stockage portuaires faisaient l'objet d'une réglementation spécifique (convention d'occupation du domaine public, obligations de service public, soumission des tarifs annuels pour avis à l'établissement public gestionnaire du site portuaire). D'autre part, les céréales devant être expédiées par voie maritime doivent nécessairement passer par ces silos. L'Autorité a donc considéré en l'espèce que les services portuaires de stockage constituaient un marché distinct des autres services de stockage de céréales.

Dans les décisions **10-DCC-02** et **10-DCC-198**, l'Autorité a rappelé que le marché du transport public des voyageurs en Ile-de-France constituait un marché séparé dans la mesure où celui-ci est régi par l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 alors que le transport public de voyageurs hors Ile-de-France est régi par la loi d'orientation des transports intérieurs de 1982 («*LOTI*»).

Enfin, dans la décision **10-DCC-51** relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos, l'Autorité a rappelé que, concernant l'approvisionnement en canne à sucre sur l'île de la Réunion, l'existence d'une réglementation, quand bien même elle aurait pour conséquence de fixer les prix et de contraindre les quantités disponibles, n'exclut pas la possibilité d'identifier un marché pertinent. Il convient toutefois de tenir compte de la réglementation dans l'analyse concurrentielle.

### *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.

Ainsi, l'Autorité a estimé, dans une décision portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération **(10-D-04)**, que les tables à plateau non transférable et les tables à plateau transférable doivent être incluses sur le marché, dans la mesure où :

- les différences techniques entre les deux types de tables sont minimales, de sorte que tout fabricant de tables mobiles peut produire des tables de transfert et inversement ;
- les principaux fabricants de tables d'opération produisent les deux types de tables ;
- le niveau des ventes des parties est quasiment identique quelle que soit la table concernée.

L'Autorité a relevé, pour distinguer le marché des cartes cadeaux prépayées et celui des chèques ayant le même objet, que les cartes se distinguent par des modalités de gestion spécifiques qui les rendent plus souples et plus sûres à gérer que les chèques du point de vue des émetteurs de titres cadeaux et des commerçants agréés (identification par numéro de série unique, compensation possible entre commerçant émetteur et commerçant encaisseur, support d'informations utiles au traitement de données à usage marketing, plus grandes difficultés de contrefaçon) **(10-D-07)**.

Dans une décision 10-D-08, l'Autorité a considéré que les petits supermarchés (magasins d'une surface pouvant atteindre 1 000 m<sup>2</sup>) et les supérettes (magasins de moins de 400 m<sup>2</sup>) relèvent du même marché pertinent en raison notamment de la continuité de l'offre entre ces deux types de magasins. Les petits supermarchés cherchent à capter la clientèle spécifique des supérettes en développant des services à la clientèle, en améliorant la rapidité du service et en proposant de plus en plus de produits à forte valeur ajoutée. Réciproquement, les supérettes répondent à cette concurrence en proposant de plus en plus de produits de marques de distributeurs et de premier prix. En revanche, les hypermarchés font l'objet d'une stratégie d'offre distincte dans la mesure où ils possèdent un quatrième rayon et proposent une offre alimentaire beaucoup plus étendue que les commerces de proximité **(10-D-08)**.

Dans la décision **10-DCC-21** précitée, l'Autorité a relevé, outre la faible substituabilité du point de vue de la demande entre les champignons en conserve et les autres légumes, une faible substituabilité du côté de l'offre puisque les principaux producteurs de champignons en conserve ne proposent pas d'autres types de légumes et inversement, les principaux producteurs de légumes ne produisent pas de champignons. Cela s'explique notamment par la spécificité de la culture du champignon qui se fait en cave ou en maison de culture pour satisfaire aux conditions de température, d'humidité et de ventilation.

De même, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a relevé qu'il n'y avait pas toujours d'offres équivalentes entre formation par alternance et formation initiale en continu. De ce fait, une segmentation entre ces deux formes de formation initiale a été retenue.

Enfin, dans la décision **10-DCC-76**, l'Autorité a relevé que le marché du nettoyage technique devait être distingué du marché du nettoyage industriel classique notamment du fait de sa plus forte concentration par rapport au secteur de la propreté en général. Cela s'explique par la taille des contrats en jeu, le niveau d'exigence et de technicité requis ainsi que par la nécessité d'une couverture assurantielle plus

large, du fait de l'intervention directe sur l'outil de production des clients. Ainsi, l'ensemble de ces contraintes limite la possibilité pour les petites entreprises de nettoyage classique de répondre à la demande en matière de nettoyage technique.

### Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produits s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question (10-D-19). 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 (10-D-06).

### *Dimension régionale ou locale*

Dans une affaire relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon, l'Autorité a considéré que le marché géographique pertinent, tant pour les examens d'IRM que de scanner est en l'espèce susceptible de couvrir le territoire intermédiaire d'Arcachon, comprenant les territoires de proximité d'Arcachon, de Biscarosse et Salles mais non l'agglomération de Bordeaux qui constitue un bassin d'hospitalisation différent (10-D-25).

### L'organisation commerciale des entreprises

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération, l'Autorité a souligné qu'il ne peut être contesté qu'il n'existe dans ce secteur aucune barrière interne entre les différents États européens en termes de coûts de transport ou d'investissement, la commercialisation et la distribution des tables d'opération étant organisées en Europe au niveau national voire local. Par ailleurs, le service après-vente de ces tables requiert une présence locale de chaque fabricant pour pouvoir intervenir dans un délai réduit. L'Autorité a retenu la dimension nationale du marché (10-D-04).

### Les particularités de la zone géographique

Dans la décision 10-DCC-79, l'Autorité a relevé que certains bassins d'emploi avaient des besoins de formation particuliers de sorte qu'une délimitation géographique infranationale pouvait être envisagée. En l'espèce, toutefois, la question de la dimension géographique exacte de ce marché a été laissée ouverte.

## 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.

L'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence constantes, qu'en raison d'une réglementation reposant à titre essentiel sur la détention d'autorisations de stationnement dans une commune donnée, le marché pertinent de la prestation de services de taxi est limité à ladite commune et à ses environs **(10-D-15)**.

## 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.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-76**, l'Autorité a examiné la délimitation géographique des marchés du nettoyage industriel. L'obligation, en cas de changement de prestataire de reprendre les agents de propreté du site, pourrait permettre à toute entreprise concurrente de répondre aux appels d'offres, même en l'absence d'implantation locale. Le développement de contrats multisites et de groupements d'achats semble aller dans le même sens. Toutefois, l'Autorité a souligné que les groupements sont souvent organisés selon un découpage géographique régional. D'autre part, l'implantation des sociétés n'est pas homogène sur tout le territoire puisque certains concurrents ne sont actifs que dans quelques régions. Ainsi, en l'espèce, l'Autorité a considéré, sans trancher définitivement la question, que les marchés du nettoyage industriel étaient de dimension au moins régionale.

## La mobilité des consommateurs

La distance que les consommateurs sont prêts à parcourir pour accéder à un produit ou un service est un élément à prendre en compte pour délimiter le marché géographique pertinent.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a constaté que dans le cadre de la formation initiale, si le marché pertinent était de dimension nationale en ce qui concerne les segments hautement sélectifs de l'enseignement supérieur et plus généralement pour les cursus longs impliquant un investissement éducatif important, les étudiants ayant fait le choix d'un cycle court de formation étaient attachés à leur environnement géographique d'origine. En l'espèce, toutefois, la question de la dimension géographique exacte de ce marché a été laissée ouverte.

## *Dimension nationale*

L'Autorité a rappelé qu'en vertu d'une pratique décisionnelle et une jurisprudence constantes, les marchés géographiques des spécialités pharmaceutiques doivent être regardés comme de dimension nationale, en raison notamment des fortes

disparités existant entre les États membres (mécanismes de fixation des prix, système de remboursement, conditionnement et nom des produits) **(10-D-02)**.

Dans une décision **10-D-17**, l'Autorité a estimé que le marché des boules de pétanque de compétition revêt une dimension nationale, dans la mesure où :

- l'essentiel de la demande française est satisfait par la production nationale ;
- les fabricants vendent leurs produits principalement *via* différents réseaux de distribution à caractère national.

L'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle constante que le marché des installations de chauffage présente une dimension nationale. Il en va de même du marché de la vente de gaz naturel aux tarifs réglementés, sur lequel la société GDF détient un monopole légal de dimension nationale (95 % du territoire), à l'exception des zones relevant des distributeurs publics locaux **(10-D-19)**.

L'Autorité a confirmé la délimitation des marchés de gros et de détail des services de capacité en matière de télécommunications qu'elle avait adoptée dans un avis rendu à l'ARCEP sur ce sujet en 2006, lesquels sont de dimension nationale **(10-D-31)**.

Dans une décision 10-D-32, l'Autorité a rappelé qu'il résulte d'une pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence, que les marchés du secteur de la télévision payante sont de dimension nationale en raison des facteurs linguistiques, culturels et du cadre dans lequel prend place la négociation entre les opérateurs, notamment en ce qui concerne les droits de diffusion **(10-D-32)**.

Dans la décision **10-DCC-60**, l'Autorité a confirmé la dimension nationale du marché des glaces compte tenu principalement de préférences et habitudes alimentaires spécifiques par pays. Par exemple, la bûche glacée vendue en France en fin d'année est un produit inexistant dans les autres pays européens.

Dans la décision **10-DCC-51**, l'Autorité s'est interrogée sur la délimitation géographique des marchés de la production et de la commercialisation de sucre. Les autorités de concurrence avaient établi leur dimension nationale avant la réforme de l'organisation commune des marchés (OCM) dans le secteur du sucre de 2006, compte tenu notamment de l'existence de quotas cloisonnant les marchés et du caractère pondéreux du produit. La réforme de l'OCM sucre en 2006 aurait pu remettre en cause cette délimitation en intensifiant les échanges intracommunautaires. Toutefois, l'Autorité a constaté que cette intensification des échanges avait bien eu lieu sauf en France, qui demeure exportatrice d'environ 40 % de sa production. Les clients ont en outre confirmé que la proximité était un critère essentiel de leurs achats, compte tenu des coûts de transport. L'Autorité a donc confirmé la dimension nationale des marchés de la production et de la commercialisation de sucre. L'Autorité a toutefois examiné le cas particulier de la Réunion : l'existence de barrières douanières empêchant les importations en provenance de l'Union européenne et notamment de la métropole, l'approvisionnement local quasi exclusif en matière de sucre de bouche aussi bien qu'en sucre industriel ont amené l'Autorité à considérer l'existence d'un marché distinct limité à l'île de la Réunion.

### *Dimension nationale et locale*

Dans la décision **10-DCC-158**, l'Autorité a rappelé qu'en matière de distribution de gros de produits frais, la pratique décisionnelle retenait généralement une dimension locale, compte tenu notamment de la nécessité d'organiser les livraisons à partir de plateformes locales, du coût de transport des marchandises, de la fréquence des livraisons dans des délais serrés et de l'existence d'un grand nombre de clients de faible taille. Un élargissement du périmètre géographique avait été envisagé pour les grands comptes de la restauration hors foyers (RHF), qui organisent leurs appels d'offres à un échelon national de manière à bénéficier d'une offre identique pour tous leurs établissements. Ces éléments ont été confirmés par le test de marché. Toutefois, l'Autorité a indiqué qu'il ne serait pour autant pas pertinent de définir deux marchés géographiques distincts selon la catégorie de clientèle. En effet, compte tenu de l'organisation en réseau, les grossistes livrant des grands comptes peuvent également approvisionner localement des clients de taille réduite. Inversement, le rapprochement entre grossistes régionaux et le développement de groupements offrent la possibilité pour les petits acteurs de répondre à la demande des grands comptes de la RHF. Ainsi, en l'espèce, l'Autorité a considéré que le marché de la distribution de gros de produits frais revêtait une double dimension nationale et locale.

### *Dimension supranationale*

Statuant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité a considéré que devait être retenu un marché pertinent de la manutention portuaire de conteneurs de dimension supranationale, s'étendant à toute la zone de « l'arc du Nord » européen, dans la mesure où la création de la structure Port 2000 sur le port du Havre, dans laquelle s'inscrivaient les pratiques relevées, vise à remédier aux lacunes nuisant à la substituabilité de ce port avec les autres ports du Nord de l'Europe (**10-D-13**).

Dans une décision 10-D-14, l'Autorité a estimé qu'il ne peut être exclu que le marché pertinent de la fourniture et de l'exploitation d'installations fournissant de l'électricité à partir du biogaz puisse, malgré certaines spécificités réglementaires lui conférant *a priori* une dimension nationale, être de dimension communautaire dans la mesure où rien ne s'oppose à ce qu'un producteur de biogaz fasse appel à un opérateur situé dans un autre État membre (**10-D-14**).

Dans une décision 10-D-17, l'Autorité a relevé qu'il ne peut être exclu que le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure puisse être plus large que le seul marché national. En effet, les fabricants de boules de pétanque étrangers sont susceptibles d'être intéressés par la tenue d'un stand à l'occasion de ce type de compétitions, lesquelles, pour certaines, ne se déroulent pas qu'en France (**10-D-17**).

## 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, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public ».

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits (T. confl., 18 octobre 1999, n° 99-03.174, Aéroports de Paris) et la Cour de cassation (Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Société 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 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 (T. confl., 4 mai 2009, n° C 3714, Éditions Jean-Paul Gisserot c/Centre des monuments nationaux). Il a réaffirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour sanctionner des pratiques d'une personne publique, en l'espèce un établissement 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 **10-D-13**<sup>1</sup>, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité de la concurrence s'est estimée incompétente pour apprécier le comportement de l'établissement portuaire, à qui il était reproché d'avoir organisé en 2006 des réu-

1. Décision partiellement réformée, CA Paris, 20 janvier 2011.

nions avec divers opérateurs de manutention actifs au port du Havre en vue de les inciter à s'entendre pour se répartir les nouveaux postes à quai prévus dans le projet « Port 2000 ».

Les intéressés soutenaient que l'Autorité n'était pas compétente pour examiner les pratiques reprochées dès lors qu'elles ne seraient pas détachables de l'attribution, par l'établissement portuaire, des postes à quai, qui appartiennent au domaine public, attribution qui, en outre, traduirait l'exercice de ses prérogatives de puissance publique.

Pour analyser sa compétence, l'Autorité a commencé par distinguer la question, selon qu'il s'agit d'apprécier les comportements du Grand port maritime du Havre (GPMH) ou ceux des entreprises ayant participé à l'entente reprochée.

S'agissant du grief d'entente de partage de capacité notifié au GPMH, l'Autorité, selon la méthode décrite plus haut, a fait le départ entre, d'une part, les actes d'organisation du service public mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, dont la légalité ne peut être appréciée que par le juge administratif, et, d'autre part, les activités, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables des actes de puissance publique, et qui, comme celles de toute entreprise, peuvent être qualifiées par l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire qui les contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante<sup>2</sup>.

En l'espèce, l'Autorité a relevé qu'à l'époque des faits, le Port autonome du Havre (devenu le GPMH) était un établissement public de l'État chargé notamment de la gestion du domaine public portuaire, et donc, dans le cadre de Port 2000, qui impliquait l'exploitation des nouveaux terminaux, de la mission d'attribuer aux opérateurs de manutention des « *conventions d'exploitation de terminaux* » (CET), par lesquelles il leur reconnaissait notamment le droit d'occuper le domaine public.

L'Autorité a jugé que le comportement de l'établissement public invitant de manière explicite des entreprises privées à s'entendre pour se répartir des capacités dont l'attribution ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt général appréciées par l'établissement portuaire lui-même, était regrettable; elle a estimé que l'absence de disposition imposant, à l'époque, le lancement d'un appel d'offres n'exonérerait pas l'établissement public, qui avait à sa disposition d'autres moyens pour appeler les entreprises à manifester leur intérêt que de leur signifier qu'il se soumettrait aux conditions de répartition négociées entre elles.

Elle a observé ainsi que, pour l'attribution des postes à quai de Port 2000, il appartenait au Port autonome du Havre d'organiser la mise en concurrence des entreprises de manutention et de faire en sorte que chaque candidat détermine de manière autonome son comportement sur le marché, en adressant notamment sa demande d'attribution de poste(s) à quai indépendamment de ses concurrents. Or, en organisant les réunions litigieuses, le PAH a précisément permis aux opérateurs de définir ensemble une stratégie commune et de mettre en échec

---

2. Voir aussi décision 09-D-10 du 27 février 2009.

le principe de la libre concurrence, auquel il aurait dû veiller au titre de ses missions d'intérêt général.

Pour autant, l'Autorité a constaté que les réunions litigieuses, dont l'objet portait explicitement sur la répartition future des postes à quai de Port 2000, ne pouvaient être considérées comme dissociables de la gestion du domaine public et de l'exercice par l'établissement portuaire de ses prérogatives de puissance publique et qu'il n'appartenait qu'à la juridiction administrative de statuer, si elle était saisie, sur la légalité de la décision par laquelle le port attribuera les futurs postes à quai, au regard notamment des conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure préparatoire à cette attribution.

En revanche, l'Autorité s'est estimée compétente pour connaître du grief d'entente de partage de capacité notifié aux entreprises.

Elle rappelle en effet qu'il convient de distinguer le comportement de la personne publique, qui n'est pas dissociable de l'exercice par cette dernière de ses prérogatives de puissance publique et celui des entreprises privées qui, en s'entendant entre elles pour la répartition des capacités permises par les futures conventions, faussent la concurrence sur le marché de la manutention portuaire, qui est une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Ce dernier comportement peut être qualifié au regard des règles de concurrence indépendamment de l'appréciation portée sur la légalité du procédé par lequel l'établissement portuaire a choisi de préparer l'attribution des futures conventions d'exploitation de terminal. La pratique décisionnelle a d'ailleurs appliqué à de nombreuses reprises ce raisonnement à propos de pratiques d'entreprises ayant faussé la concurrence à l'occasion d'appels d'offres lancés par des collectivités publiques en vue de conclure des marchés publics.

L'Autorité a par ailleurs écarté, au vu d'une jurisprudence constante en droit national comme en droit communautaire, l'argument selon lequel le comportement de la personne publique, qui a invité les entreprises poursuivies à participer aux réunions reprochées, exonérerait ces dernières de toute responsabilité au regard des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. En l'espèce, en effet aucune disposition légale contraignante n'imposait un comportement anticoncurrentiel aux entreprises, qui n'ont été soumises à aucune pression irrésistible.

Dans la décision **10-D-17**, l'Autorité a considéré que des contrats conclus entre le Palais des sports de Grenoble et la société La Boule Obut, personnes morales de droit privé, et ayant pour objet la mise à disposition d'espaces de vente et de publicité, en contrepartie d'une rémunération, à l'occasion de l'organisation de championnats du monde, devaient être analysés comme une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce et pouvaient donc être soumis à la compétence de l'Autorité de la concurrence.

En l'espèce, la Fédération française de pétanque (FFPJP) avait cédé l'organisation matérielle de championnats du monde au Palais des sports de Grenoble-Isère,

qui avait ainsi la possibilité de conclure des accords avec les annonceurs et fabricants de boules de pétanque de son choix.

L'organisation de compétitions par une fédération sportive relevant d'une mission de service public et des prérogatives de puissance publique confiées par délégation du ministre chargé des Sports, il convenait de s'assurer que les contrats de partenariat en cause étaient des contrats pouvant être analysés au regard du droit de la concurrence, soumis à la compétence de l'Autorité de la concurrence.

L'Autorité observe que lorsque la FFPJP conclut des contrats de partenariat avec des annonceurs comme les fabricants de boules de pétanque, à qui elle vend, à l'occasion des championnats de France, une prestation de service, elle accomplit des actes détachables de la mission de service public. En outre, elle rappelle que le Code du sport interdit aux fédérations sportives de déléguer l'exercice des missions de service public qui leur sont confiées si ce n'est au bénéfice des ligues professionnelles ; ainsi, la FFPJP ne peut déléguer l'exercice de ses missions de service public à un organisateur de manifestations sportives comme le Palais des sports de Grenoble-Isère, cantonné à un rôle d'organisateur matériel.

En revanche, dans la décision **10-D-24**<sup>3</sup>, relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse nationale d'allocations familiales dans le secteur de la gestion de l'information relative aux assistants maternels par Internet, l'Autorité a estimé que les faits invoqués dans la saisine échappaient à sa compétence.

En effet, par la création d'un site Internet informant les familles et les professionnels de l'enfance sur les différents modes d'accueil existants sur l'ensemble du territoire national, reprochée par la société plaignante, la CNAF n'a fait qu'exercer la mission générale d'information aux familles qui lui incombe en application du Code de la sécurité sociale et d'une convention d'objectif et de gestion passée avec l'État. Toute exploitation des données de ce site est interdite, et son comité de pilotage est composé de membres de la CNAF ainsi que de représentants des CAF.

L'Autorité a déduit de ces éléments qu'en créant ce site, alimenté en partenariat et sur la base du volontariat par les CAF, la CNAF n'a exercé aucune activité de production, de distribution et de services au sens des dispositions de l'article L. 410-1 du Code de commerce ; il a en outre été observé que le Conseil d'État a eu la même appréciation, par une décision du 28 mai 2010.

La saisine a donc été déclarée irrecevable en application de l'article L. 462-8, 1<sup>er</sup> alinéa, du Code de commerce.

### *Marchés publics et délégations de service public*

L'Autorité de la concurrence a rappelé dans la décision **10-D-13**<sup>4</sup> qu'elle n'était 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,

3. Décision confirmée, CA Paris, 27 janvier 2011.

4. Décision partiellement réformée, CA Paris, 20 janvier 2011.

le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique relevant de la compétence exclusive du juge administratif.

### *Décisions d'organismes professionnels*

Dans la décision **10-D-11**, relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF), l'Autorité a rappelé que, s'agissant des organismes professionnels, il convient de distinguer au titre de la compétence, 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 relèvent purement de la défense des intérêts professionnels des membres de l'organisation sans constituer une intervention sur le marché.

En l'espèce, en diffusant une circulaire à l'attention de tous les ophtalmologistes qui les invitait à «*repérer les opticiens inféodés à la MAAF et qui veulent se passer des ophtalmologistes, afin de leur faire comprendre que leur comportement inamical les fragilise*» et en envoyant des courriers aux opticiens membres du réseau Santéclair pour les inciter à se déréférencer, le SNOF et ses administrateurs sont intervenus dans une activité de services, qui relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence, conformément à l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Il a également été souligné que l'absence alléguée de relations de concurrence directe entre les ophtalmologistes membres du SNOF, les assureurs complémentaires et les opticiens, ne permettait pas non plus d'écarter la compétence de l'Autorité de la concurrence. Les pratiques exposées visaient à intervenir sur les marchés de l'optique-lunetterie et de l'assurance complémentaire santé, qui sont des activités de services. Elles étaient, en outre, mues par l'objectif, poursuivi par les ophtalmologistes du SNOF, de lutter contre la concurrence indirecte que pouvaient leur livrer les opticiens en renouvelant, dans certaines conditions, les lunettes sans ordonnance préalable.

### *Particularité du secteur de la santé*

Dans cette même décision, l'Autorité a rappelé que l'activité professionnelle de soins médicaux constitue une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce et que, dès lors, les membres du corps médical, pour ce qui est de leur comportement d'acteurs sur le marché des soins, sont soumis aux règles de la concurrence (voir aussi décision 07-D-41 et arrêts de la cour d'appel de Paris du 15 avril 1992, chirurgiens de Lot-et-Garonne et du 4 avril 1997, Syndicat des médecins de la Somme).

Se fondant sur les mêmes principes, l'Autorité de la concurrence, dans la décision **10-D-25**, s'est estimée compétente pour se prononcer sur des pratiques ayant consisté à refuser l'accès d'un médecin radiologue à des vacations d'IRM et de scanner au centre hospitalier d'Arcachon.

Elle a en effet observé qu'en cette matière les décisions relevaient en réalité de décisions communes de médecins libéraux et d'entités de droit privé regroupant

majoritairement des structures de médecine libérale, et étaient systématiquement entérinées par le directeur du centre hospitalier. Ainsi, le fait, pour ces entités de décider de l'attribution des vacations de scanner et/ou d'IRM pour effectuer des actes de médecine libérale sur des appareils dont l'implantation a été précédemment autorisée par l'autorité administrative, ne requiert pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ni ne constitue une décision d'organisation du service public.

### *Pratiques s'inscrivant dans le cadre de relations contractuelles*

Si les litiges nés entre deux sociétés dans le cadre de relations contractuelles relèvent de la compétence du juge du contrat, l'Autorité de la concurrence est néanmoins compétente pour examiner les pratiques révélées à l'occasion de ces litiges, dès lors qu'elles pourraient être de nature à porter atteinte au fonctionnement du marché.

Ainsi, dans la décision **10-D-13**<sup>5</sup>, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité de la concurrence s'est estimée compétente pour apprécier si les conditions de mise en œuvre d'une clause de non-concurrence avaient porté atteinte au fonctionnement de la concurrence sur les marchés affectés et a sanctionné, notamment, les sociétés Perrigault et Terminal Porte Océane (TPO), pour avoir limité la concurrence entre manutentionnaires au détriment des armateurs.

Perrigault contestait la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître des conditions d'application d'une clause de non-concurrence, dont l'usage extensif et anticoncurrentiel était reproché, en alléguant qu'il n'appartiendrait pas à l'Autorité de se prononcer sur le respect par une entreprise d'une stipulation contractuelle conclue avec un partenaire commercial.

L'Autorité a écarté cet argument en rappelant qu'il résulte d'une jurisprudence constante que si, dans leur principe, les clauses de non-concurrence sont effectivement licites, elles ne sauraient être légalement détournées de leur objet pour couvrir des agissements contraires aux règles de la libre concurrence énoncées par les articles 81, paragraphe 1, du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

### *Caisses d'assurance obligatoire*

Dans la décision **10-D-23**<sup>6</sup> relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de mutualité sociale agricole de la Gironde (CMSA), l'Autorité a déclaré la saisine irrecevable, en application de l'article L. 462-8 du Code de commerce, au motif que la perception par ladite caisse de cotisations obligatoires au titre des risques sociaux ne relevait pas d'une activité économique au sens des dispositions de l'article L. 410-1 du Code de commerce, et ne pouvait, par conséquent, être soumise aux dispositions de l'article L. 420-2 du même code.

L'Autorité rappelle qu'il résulte d'une jurisprudence communautaire constante que les caisses d'assurance obligatoire ne sont pas des entreprises au sens du droit de la

5. Décision partiellement réformée, CA Paris, 20 janvier 2011.

6. Décision confirmée, CA Paris, 27 janvier 2011.

concurrence. Ainsi, dans l'arrêt «Kattner», la Cour de justice des Communautés a considéré qu'un organisme auprès duquel les entreprises relevant d'une branche d'activité et d'un territoire déterminé ont l'obligation de s'affilier au titre de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ne constituait pas une entreprise au sens de ces dispositions, mais remplissait « *une fonction à caractère exclusivement social dès lors qu'un tel organisme opère dans le cadre d'un régime qui met en œuvre le principe de solidarité et que ce régime est soumis au contrôle de l'État* » (CJCE, 5 mars 2009, C-350/07, point 68).

Au cas d'espèce, l'Autorité a estimé que la CMSA remplissait incontestablement ces deux conditions, dès lors que, d'une part, les cotisations étaient fondées sur les revenus professionnels, permettant ainsi une mutualisation des risques, dans la mesure où les prestations sont indépendantes du niveau de cotisations, et, d'autre part, le régime des CMSA était soumis au contrôle de l'État, en application du Code rural.

### *Secteur bancaire*

Dans la décision **10-D-28**<sup>7</sup>, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité a considéré que, contrairement à ce que soutenaient les parties, les commissions interbancaires reprochées relevaient bien du champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du traité CE (devenu l'article 101 du TFUE) et entraient donc dans le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence, tel que défini au I de l'article L. 462-5 du même code.

Les parties faisaient valoir que le droit de la concurrence n'était pas applicable car, selon elles, les commissions interbancaires en cause ne pouvaient être anticoncurrentielles en l'absence de marché interbancaire ; elles précisaient que, compte tenu de l'universalité des moyens de paiement, toute banque doit accepter les ordres de paiement donnés par les clients de toute autre banque et n'a donc pas le choix de son partenaire, si bien qu'il n'y aurait en réalité pas d'offre ni de demande et, partant, pas de marché.

L'Autorité a cependant exposé que le système de compensation interbancaire des chèques s'insère dans le système global de paiement par chèque, de nature quadripartite puisqu'il implique non seulement deux intermédiaires – la banque tirée et la banque remettante, mais aussi deux clients finaux – le payeur et le bénéficiaire. La sphère interbancaire et la sphère banque-client sont donc deux sphères distinctes mais interdépendantes, puisque des accords interbancaires sont susceptibles de produire des effets en dehors de la sphère interbancaire et d'influer sur la formation des prix dans la relation banque-client. Les activités bancaires n'échappent donc pas à l'application du droit de la concurrence, comme cela résulte d'ailleurs de la jurisprudence communautaire et du droit interne<sup>8</sup>. L'Autorité a aussi précisé que la Commission et le Tribunal de première instance des Communautés euro-

7. Un recours a été formé contre cette décision.

8. CJCE, 14 juillet 1981, *Züchner c/ Bayerische Vereinsbank*, 172/80, *Rec.* 1981, p. 2021, point 8. Voir aussi l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier.

péennes ont eu l'occasion d'examiner la légalité de plusieurs types de commissions interbancaires ou de tarifs interbancaires au regard des règles du droit de la concurrence, sans que l'application de ce dernier soit remise en cause<sup>9</sup>.

### *Compétence exclusive d'autres juridictions*

Dans la décision **10-D-12**, relative à des pratiques dans le secteur du lavage automobile par haute pression, l'Autorité de la concurrence ne s'est pas estimée compétente pour apprécier la violation alléguée d'un contrat de franchise, l'existence d'un préjudice consécutif à la dégradation de la qualité du savon fourni dans le cadre d'une obligation d'approvisionnement exclusif, et la responsabilité éventuelle découlant de cette situation, ces questions relevant de la compétence du juge judiciaire.

De même, l'Autorité de la concurrence a relevé son incompétence pour se prononcer sur des clauses contractuelles relatives à la protection contre la contrefaçon, ces questions ne relevant pas du droit de la concurrence.

Dans la décision **10-D-16**, qui concernait une plainte du génériqueur Teva Santé au sujet de pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France tendant, selon lui, à évincer du marché les médicaments génériques concurrents d'un de ses médicaments phares, l'Autorité s'est estimée incompétente pour apprécier des interventions effectuées par Sanofi-Aventis devant l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) et l'Agence européenne des médicaments (EMA) et visant à convaincre ces autorités de santé de revenir sur les décisions d'autorisation de mise sur le marché d'un générique concurrent, dès lors qu'elles concernaient un débat scientifique devant être tranché par une autorité publique de santé.

### **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 l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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 l'article 102 du TFUE, dispose qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

9. Déc. Comm. eur., 30 mars 2002, Visa; 19 décembre 2007, Mastercard; 17 octobre 2007, Groupement des cartes bancaires « CB » et TPICE, 14 décembre 2006, « Club Lombard », T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. p. II-5169.

Se fondant sur le traité et les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (devenus articles 101 et 102 du TFUE) (JOUE 2004 C 101/07, p. 81), l'Autorité de la concurrence recherche :

– si les pratiques reprochées sont susceptibles d'affecter ou d'avoir affecté le commerce entre États membres<sup>10</sup>.

Sur ce point, conformément aux lignes directrices précitées, l'Autorité comprend la notion de commerce comme englobant, d'une part, les échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services<sup>11</sup>, mais aussi, d'autre part, les cas où les accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, notamment, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence<sup>12</sup>;

– si cette possible affectation a un caractère sensible.

En 2010, l'Autorité, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne et à la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), a ainsi fait application du droit communautaire à de nombreuses reprises, tant concernant des ententes (**10-D-04**<sup>13</sup>; **10-D-07**; **10-D-13**<sup>14</sup>; **10-D-17**; **10-D-19**; **10-D-20**; **10-D-28**<sup>15</sup>; **10-D-29**, **10-D-35**; **10-D-39**) que des abus de position dominante (**10-D-02**; **10-D-07**; **10-D-17**; **10-D-19**; **10-D-20**; **10-D-29**; **10-D-32**<sup>16</sup>; **10-D-39**).

La question de l'affectation du commerce intracommunautaire est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause.

### *Pratiques sur un marché subnational*

Ayant rappelé sa pratique décisionnelle selon laquelle le droit communautaire de la concurrence était applicable dans des cas concernant une partie du territoire français, dès lors qu'étaient en cause des activités par nature transfrontalières, comme les activités de transport ou de télécommunications<sup>17</sup>, l'Autorité a estimé, dans la décision **10-D-13**<sup>18</sup>, que les pratiques en cause, mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs et localisées au port du Havre étaient susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire. En effet, ces pratiques concernaient les prestations de manutention portuaire qui ont pour objet

10. Voir décision 08-D-30 du 4 décembre 2008, confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

11. Voir point 19 des lignes directrices.

12. Voir point 20 des lignes directrices.

13. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

14. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

15. Un recours a été formé contre cette décision.

16. Un recours a été formé contre cette décision.

17. Voir décision 09-D-36 du 9 décembre 2009, point 171; dans cette affaire l'application du droit communautaire a cependant été écartée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010.

18. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

d'assurer la mise à bord et le débarquement de marchandises à destination et en provenance notamment des autres ports de l'Union européenne.

Les pratiques reprochées portaient sur des services en lien direct avec l'activité de transport maritime de marchandises au sein de l'Union européenne et concernaient de nouveaux terminaux ayant vocation, à terme, à accueillir une part significative des échanges de marchandises entre les États membres de l'Union européenne. Dans ces conditions, l'Autorité a considéré que l'accord de répartition de clientèle qui visait à interdire à une société d'offrir ses services de manutention à certains armateurs pour leur activité de transport de conteneurs sur des lignes au départ et à destination du port du Havre et des autres ports de l'Union européenne avait nécessairement pour effet de perturber le courant des échanges à l'intérieur du marché commun.

Dans cette affaire, l'Autorité a également pris en considération les conditions concrètes de fonctionnement du marché et les effets, réels ou potentiels, des pratiques en cause sur la structure de la concurrence dans l'Union européenne<sup>19</sup>; elle a notamment estimé, à ce titre, que l'accord de partage de capacité reproché aurait pu empêcher des opérateurs concurrents provenant des autres États membres de l'Union européenne d'offrir leurs services au port du Havre.

De même, dans la décision **10-D-19**, relative, notamment, à des ententes de partage de marchés dans le cadre d'appel d'offres en matière de gestion des réseaux de chaleur, l'Autorité a écarté l'argumentation selon laquelle ces pratiques, mises en œuvre sur des marchés de taille locale, n'auraient pu affecter le commerce entre États membres. Elle a au contraire fait valoir que, dans la mesure où des opérateurs de dimension européenne provenant des autres États membres étaient susceptibles de répondre aux appels d'offres lancés par la ville de Reims et par la communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, les pratiques en cause, si elles étaient constituées, pouvaient affecter le commerce intracommunautaire.

### *Pratiques couvrant l'ensemble du territoire national*

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (JOUE, 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 (**10-D-04**<sup>20</sup>; **10-D-20**; **10-D-28**<sup>21</sup>; **10-D-35**; **10-D-39**). Il en est également ainsi en ce qui concerne les accords verticaux couvrant l'ensemble d'un État membre, notamment lorsque ceux-ci, par leur nature exclusive, rendent plus difficile aux entreprises d'autres États membres la pénétration du marché national en cause (effet d'éviction) (**10-D-32**)<sup>22</sup>.

De même, l'Autorité a considéré que le commerce entre États membres était sensiblement affecté s'agissant d'entreprises occupant une position dominante

19. Voir aussi décision 07-D-08 du 12 mars 2007, approuvée sur ce point par CA Paris, 6 mai 2008.

20. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

21. Un recours a été formé contre cette décision.

22. Un recours a été formé contre cette décision.

couvrant l'ensemble du territoire français et constituant une entrave abusive à l'entrée (**10-D-07**; **10-D-09**; **10-D-17**; **10-D-19**; **10-D-29**; **10-D-32**<sup>23</sup>; **10-D-39**).

### Prescription

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, « *le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* ».

L'article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant que : « *Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.* »

### Application du régime de prescription de cinq ans

Dans la décision **10-D-19**, l'Autorité a fait une application immédiate du régime de prescription quinquennale à des faits concernant un appel d'offres pour une délégation de service public de production, transport et distribution de chaleur pour lesquels l'ancienne prescription triennale n'était pas acquise à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 (soit le 6 novembre 2004)<sup>24</sup>.

### Décompte du délai de prescription

Dans la décision **10-D-19**, l'Autorité a rappelé sa pratique décisionnelle selon laquelle la pratique illicite d'entente sur appel d'offres est constituée par la remise des offres faites par les entreprises, c'est-à-dire, au plus tard, à la date de clôture de l'appel d'offres<sup>25</sup> et que la saisine de l'Autorité de la concurrence par une entreprise interrompt le cours de la prescription<sup>26</sup>.

Cette interruption a une portée générale, dans la mesure où « *un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne vise qu' [...] une partie seulement des faits commis, interrompt la prescription [...] pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité* » (arrêt de la cour d'appel de Paris, Guerlain et a. du 26 juin 2007).

En l'espèce, les faits, relatifs à la procédure de délégation de service public pour la production, le transport et la distribution de chaleur par la ville de Reims, reprochés dans la notification des griefs, n'étaient pas atteints par la prescription.

23. Un recours a été formé contre cette décision.

24. Analyse de principe approuvée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 décembre 2006, Toffolutti SA.

25. Voir aussi décision 07-D-11 du 28 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le Conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims.

26. Voir arrêt CA Paris, 11 septembre 2001, ordre des avocats de Nice.

## Articulation avec une procédure pénale

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité a rappelé que la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence est autonome par rapport à celle menée par les juridictions pénales ; elle est donc habilitée à sanctionner des entreprises sur le fondement de pièces communiquées par un juge d'instruction alors même qu'un non-lieu aurait été rendu en matière pénale<sup>27</sup>.

De plus, en ce qui concerne des pratiques anticoncurrentielles à caractère continu, comme par exemple en l'espèce, s'agissant d'un cartel dans le secteur de la signalisation verticale mis en œuvre de façon continue pendant dix ans, il est rappelé qu'il convient de les distinguer des infractions à caractère instantané. Dans le premier cas, le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

## 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 **10-D-13**<sup>28</sup>, l'Autorité a écarté l'argument de certaines parties qui critiquaient l'absence de visites et saisies dans les locaux d'une autre société, en constatant que cet argument consistait en réalité à remettre en cause le contenu de l'ordonnance de visites et saisies rendue par le juge des libertés et de la détention ; or, dans l'arrêt Righini et Berkvens France, du 16 juin 2004, la Cour de cassation a jugé qu'une société qui a fait l'objet d'opérations de visites et saisies « *est sans qualité pour critiquer l'ordonnance [du juge des libertés et de la détention] en ce qu'elle n'a pas étendu à une autre société les mesures de visites et de saisies de documents qu'elle autorisait* ».

Dans la décision **10-D-26**, l'Autorité a rappelé que l'article L. 450-4, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, ne donne pas compétence au Conseil, et désormais à l'Autorité, pour apprécier la régularité des opérations effectuées en exécution des ordonnances du juge des libertés et de la détention autorisant les visites et saisies.

#### *Loyauté des preuves*

Dans la décision **10-D-11**, l'Autorité a écarté l'allégation de manquements des enquêteurs au principe de loyauté en relevant qu'en l'espèce, les procès-verbaux réalisés par les enquêteurs mentionnaient clairement l'objet de leur enquête, qui était « *relative à la vérification du respect des dispositions du livre IV du Code de commerce dans le cadre des relations entre les ophtalmologistes, les opticiens et certaines* ».

27. Voir arrêt CA Paris, 13 octobre 2009, Spie.

28. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

*sociétés d'assurance maladie, et notamment les propositions de remboursement faites par la MAAF à ses adhérents».*

Il ne pouvait donc être prétendu que les personnes interrogées avaient été induites en erreur sur la nature réelle de l'enquête, étant rappelé qu'aux termes de la jurisprudence «*Bec Frères*» de la Cour de cassation, du 20 novembre 2001, «*la mention pré-imprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve du contraire, de l'indication de cet objet*».

### Procédure suivie devant l'Autorité

#### *Règles régissant la procédure devant l'Autorité*

##### *Saisine de l'Autorité*

##### Qualité et intérêt pour agir du saisissant

Dans la décision **10-D-08**, l'Autorité a écarté l'irrecevabilité alléguée de la saisine du Syndicat de l'épicerie française et de l'alimentation générale (SEFAG), au motif que ce syndicat était en charge des intérêts matériels et moraux de la profession de commerçant en alimentation et qu'en l'espèce, les pratiques dénoncées visant à restreindre la liberté commerciale des franchisés du groupe Carrefour, dont l'activité est la distribution alimentaire de proximité, ainsi qu'à entraver la fluidité interenseignes des commerçants indépendants dans ce secteur, étaient bien de nature à porter atteinte aux intérêts dont le SEFAG a la charge, conformément aux termes de l'article L. 462-5 du Code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

##### Objet de la saisine

Dans la décision **10-D-25**, relative à des pratiques ayant consisté à refuser l'accès d'un médecin radiologue à des vacations d'IRM et de scanner dans un centre hospitalier, l'Autorité de la concurrence a rappelé sa compétence pour connaître de tout comportement susceptible d'être contraire au droit de la concurrence, que cette pratique résulte ou non d'une décision formelle.

##### Étendue de la saisine

Selon une jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence, qui est saisie *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas liée par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles elle a procédé à la suite de sa saisine, qui quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées; elle peut également retenir, parmi ces pratiques, celles qui se sont poursuivies après sa saisine (voir arrêts CA Paris, société J.-C. Decaux du 22 février 2005 et SA Le Foll TP du 30 janvier 2007).

Dans la décision **10-D-12**, l'Autorité, après avoir rappelé ce principe, a constaté qu'il n'en était pas de même lorsqu'une infraction révélée au cours des investigations est sanctionnée selon des règles de procédure distinctes de celles qui répriment les pratiques visées par la saisine.

Or, en l'espèce, le rapport des services d'instruction proposait à l'Autorité de sanctionner la société poursuivie pour n'avoir pas respecté une injonction prononcée à son encontre par une décision antérieure, en application des dispositions de l'article L. 464-3 du Code de commerce, alors que le plaignant avait saisi l'Autorité de diverses pratiques sur le seul fondement des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, en vue d'une sanction régie par les dispositions de l'article L. 464-2.

L'Autorité a donc considéré qu'il appartenait au rapporteur général de lui proposer de se saisir d'office de l'examen du respect de l'injonction, dans les conditions prévues à l'article L. 462-5 du Code de commerce, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce si bien qu'elle ne pouvait statuer sur cette question dans le cadre de la présente affaire.

#### *Pièces écartées des débats*

Dans la décision **10-D-14**<sup>29</sup>, l'Autorité a écarté des débats plusieurs documents qui avaient été saisis par un huissier de justice dans les locaux d'une des entreprises mises en cause, en application de deux ordonnances du président du tribunal de commerce de Marseille, rendues en 2007 sur le fondement de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile, dans le contexte d'un litige commercial entre cette entreprise et l'entreprise plaignante. La plaignante avait produit ces pièces en annexe de sa saisine, alors que le président du tribunal de commerce avait prononcé la rétractation des deux ordonnances, laquelle avait été confirmée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Dans la décision **10-D-19**, l'Autorité a écarté de la procédure un avis de clémence rendu par le Conseil de la concurrence dans une affaire étrangère à ce dossier, qui avait été versé aux débats par le conseil d'une entreprise mise en cause au soutien de son argumentation dans le cadre d'une discussion sur le bien-fondé d'un grief.

L'Autorité rappelle qu'un avis de clémence est un document strictement confidentiel qui ne doit être communiqué qu'aux personnes limitativement énumérées au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et ce quand bien même il aurait été anonymisé et ne concernerait qu'une appréciation du Conseil de la concurrence sur la valeur des preuves.

En effet, la confidentialité attachée à ce document est indispensable au bon fonctionnement de la procédure de clémence puisque soit l'avis est favorable et, dans ce cas, il précède la mise en œuvre de mesures d'investigations qui doivent rester secrètes soit l'avis est défavorable, notamment pour insuffisance de preuves, et l'entreprise demanderesse doit pouvoir encore disposer de la possibilité de renouveler sa démarche sur la base d'éléments de preuve supplémentaires, tout en se voyant

<sup>29</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 2 décembre 2010, SA Euro Power Technology.

garantir la confidentialité. En outre, un avis de clémence n'a pas pour objet de qualifier une pratique au regard du droit de la concurrence mais vise seulement à préciser les conditions dans lesquelles l'entreprise ou l'organisme à l'initiative de la demande de clémence peut bénéficier d'une dispense ou d'une réduction de sanction dans le cadre de la dénonciation à l'Autorité de la concurrence d'une pratique d'entente anticoncurrentielle; il ne s'insère donc pas dans la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles.

### Examen de la recevabilité des mesures conservatoires

L'article R. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ».

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 commerce<sup>30</sup> (**10-D-14**<sup>31</sup>; **10-D-24**<sup>32</sup>).

Sur les conditions d'octroi voir le chapitre sur « *Les mesures conservatoires* ».

### Instruction

#### *Décisions de jonction/disjonction*

Aux termes de l'article R. 463-3 du Code de commerce : « *Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut [...] procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires.* »

Dans la décision **10-D-32**<sup>33</sup>, l'Autorité a déclaré les parties irrecevables à critiquer une décision de disjonction, après avoir rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui a jugé que les décisions prises en application de ce texte constituaient des décisions insusceptibles de recours, et que les moyens visant à contester la disjonction opérée étaient irrecevables à l'appui d'un recours dirigé contre la décision au fond du Conseil de la concurrence (voir aussi CA Paris, 29 juin 2004, Syndicat des professionnels européens de l'automobile, confirmé par Cass. com, 17 janvier 2006).

#### *La notification des griefs*

L'Autorité a écarté à plusieurs reprises le moyen tiré de l'imprécision alléguée de la notification des griefs.

30. « *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* ».

31. Décision confirmée par CA Paris, 2 décembre 2010, SA Euro Power Technology.

32. Décision confirmée par CA Paris, 27 janvier 2011.

33. Un recours a été formé contre cette décision.

Elle a ainsi rappelé qu'il s'agit d'un document synthétique qui définit l'accusation, contient une description précise des faits reprochés, leur date, leur imputabilité et leur qualification, puis reprend, *in fine*, en les résumant, la rédaction des griefs eux-mêmes dans une formule concise. Le fait que la notification des griefs ne cite pas tous les faits et indices qui n'ont pas été retenus comme indices des pratiques concurrentielles ne peut faire grief aux entreprises dès lors qu'elles ont eu accès à l'ensemble de la procédure, ni démontrer la partialité du rapporteur, lequel fonde la notification des griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé (10-D-11).

La notification des griefs n'a pas non plus à répondre à tous les arguments développés par les parties (10-D-08) et selon une jurisprudence constante, les griefs énoncés doivent être interprétés par référence aux développements préalables du rapporteur (10-D-39).

Dans la décision 10-D-28<sup>34</sup>, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité a écarté le moyen tiré de l'imprécision des griefs notifiés soulevé par une banque qui, d'une part, soutenait que la notification des griefs aurait dû indiquer précisément si l'entente était reprochée en raison de son objet anticoncurrentiel et/ou de ses effets et, d'autre part, se plaignait de n'avoir appris qu'au stade du rapport des services d'instruction que c'était à raison de son objet que l'entente était poursuivie.

L'Autorité a considéré que ce moyen manquait en fait puisqu'au cas d'espèce, la notification des griefs visait expressément dans ses motifs tant l'objet que l'effet anticoncurrentiel des pratiques d'ententes reprochées.

Elle a en outre constaté que si les services d'instruction ont ensuite concentré leur argumentation sur l'objet anticoncurrentiel des pratiques, au stade du rapport, cette circonstance n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense des parties mises en cause. Il résulte en effet du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs. La jurisprudence de la cour d'appel de Paris admet d'ailleurs que soit utilisé tout élément de preuve qui a fait l'objet d'un débat contradictoire, y compris lorsqu'il est présenté après la notification des griefs et a jugé qu'une entreprise pouvait être sanctionnée à raison d'un grief dont le rapporteur a proposé l'abandon partiel au stade du rapport, sans que les droits de la défense soient méconnus, dès lors que les parties ont pu, dans le détail, contester la matérialité des faits relevés par les services d'instruction, la qualification qui leur a été attribuée et l'imputation qui en a été faite (voir aussi 10-D-32<sup>35</sup>).

Enfin, dans les décisions 10-D-08 et 10-D-13<sup>36</sup>, l'Autorité a estimé que lorsque l'affaire résulte d'une saisine directe par une entreprise et que des griefs sont notifiés, il est inévitable que la position du rapporteur soit, dans une certaine mesure, proche de celle du plaignant, ce qui ne peut être, à soi seul, un indice de partialité.

34. Un recours a été formé contre cette décision.

35. Un recours a été formé contre cette décision.

36. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

### La durée de la procédure (le délai raisonnable)

Dans la décision **10-D-28**<sup>37</sup>, relative à une entente dans le secteur bancaire, 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 qu'aux termes de la jurisprudence communautaire « *le caractère raisonnable d'un délai ne saurait être examiné par référence à une limite maximale précise, déterminée de manière abstraite, mais doit être apprécié dans chaque espèce en fonction des circonstances de la cause* »<sup>38</sup>.

D'autre part, la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du dommage subi, sous réserve toutefois que la conduite de la procédure n'ait pas irrémédiablement privé les entreprises mises en cause des moyens de se défendre, de telles circonstances devant être appréciées *in concreto* (en ce sens, notamment, CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort SAS). À cet égard, l'Autorité s'est référée à la jurisprudence nationale et communautaire qui précise que « *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* »<sup>39</sup>.

Les juridictions nationales et communautaire ont ainsi jugé qu'il incombe aux entreprises concernées d'établir que, à la date de la communication des griefs, leurs possibilités de réfuter ceux-ci étaient limitées à cause de la durée excessive de la procédure antérieure d'enquête.

En l'espèce, la procédure a impliqué des notifications de griefs à 12 établissements de crédits, un dossier de 40 000 pièces, de multiples investigations auprès des établissements bancaires et auprès de sociétés clientes remettantes de chèques, plus de quarante auditions menées par les services d'instruction du Conseil de la concurrence, un sondage d'une ampleur sans précédent auprès de sept cents entreprises pour relever les conditions bancaires applicables à leurs opérations de remises de chèques pour la période de six ans, et des études économiques poussées.

De plus, l'Autorité a précisé que les parties ont pu bénéficier des délais prévus par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir leurs observations et que les actes d'instruction qui ont eu pour effet d'allonger la phase contradictoire de la procédure (désignation d'un expert, envoi d'un rapport complémentaire) ont été diligentés afin de respecter au mieux les droits des parties tant pour l'établissement des faits que pour la mise en œuvre du principe de contradiction.

37. Un recours a été formé contre cette décision.

38. CJCE, 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, *Rec.* p. I-8375, point 192.

39. Voir CA Paris, 10 novembre 2009, Beauté Prestige International SA et CA Paris, 23 mars 2010, *Gaz et électricité de Grenoble*.

Eu égard à l'ampleur et la complexité de l'affaire, l'Autorité a donc estimé que la durée de la procédure n'apparaissait pas excessive.

En tout état de cause, l'Autorité a considéré que la possibilité pour les entreprises mises en cause de se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés n'avait pas été affectée par la durée de la procédure.

En effet, la prudence commandait aux banques de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du Code de commerce, dont le délai a été porté de trois ans à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et ce d'autant plus qu'elles avaient eu connaissance de l'enquête dont elles faisaient l'objet alors que les pratiques en cause n'avaient pas encore cessé. À cet égard, l'Autorité a constaté que les circonstances de l'espèce se distinguaient nettement de celles de l'affaire «*parfumerie de luxe*», qui a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 novembre 2009, invoqué par les parties, dans laquelle les pratiques sanctionnées avaient cessé depuis cinq ans à la date des premières auditions formelles des services d'instruction du Conseil.

En outre, l'Autorité a écarté l'argument des parties selon lequel les changements de personnel intervenus durant les années de procédure les auraient privées de la possibilité de faire valoir leurs témoignages et de se défendre utilement, en rappelant que la Cour de cassation considère que les entreprises sont responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription n'est pas acquise et que les motifs d'ordre interne à l'entreprise incriminée sont indifférents.

Enfin, il a été relevé que les banques visées par les griefs devaient en tout état de cause, en vertu du devoir général de prudence, conserver leurs documents commerciaux pendant une durée de dix ans, en vertu des dispositions des articles L. 110-4 et L. 123-22 du Code de commerce.

### Formalisme des témoignages

Dans la décision **10-D-28**<sup>40</sup>, il a été rappelé que le régime en matière de preuve devant l'Autorité de la concurrence n'implique pas de formalisme.

Des banques mises en cause reprochaient aux rapporteurs d'avoir collecté des informations au moyen de conversations téléphoniques, dont le contenu avait été reporté, sans transcrire les questions posées, dans un message électronique à destination des déclarants, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 463-6 du Code de commerce.

L'Autorité a écarté ces critiques en rappelant que si les articles L. 450-2 et R. 463-6 du Code de commerce prévoient que les informations recueillies dans le cadre d'une enquête donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux, ils n'imposent pas de formalisme particulier pour leur présentation, dès lors que la régularité de

<sup>40</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

la communication aux services d'instruction des informations en cause peut être établie et que celles-ci sont soumises au débat contradictoire.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que les informations recueillies par les rapporteurs avaient été transcrites et transmises aux entreprises interrogées sous forme de courriers électroniques qui permettaient d'établir la date de l'entretien et l'identité des entreprises concernées et que l'exactitude des informations transmises avait été confirmée par retour de courriel, à de nombreuses reprises le jour même de la communication des déclarations; ainsi l'Autorité a estimé que le support électronique utilisé par les rapporteurs pour procéder au recueil des informations en cause et à leur confirmation par les personnes entendues permettait effectivement d'établir l'origine, l'exactitude et la régularité des communications en litige (voir aussi la décision 09-D-28, 12 mars 2007, § 65).

En outre, se référant à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, l'Autorité a considéré que l'absence de reproduction des questions posées dans les courriers électroniques envoyés aux entreprises était sans incidence sur la validité de ces documents, puisqu'aucun texte n'impose la transcription des questions posées à l'occasion des auditions réalisées dans le cadre des investigations de l'Autorité de la concurrence<sup>41</sup>.

### *Régularité de l'expertise*

#### *Dispositions applicables à l'expertise*

Dans la décision **10-D-28**<sup>42</sup>, l'Autorité a écarté comme inopérant le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de l'article 160 du Code de procédure civile, après avoir rappelé que l'expertise ordonnée dans le cadre d'une instruction menée par les services de l'Autorité de la concurrence est régie par les dispositions spéciales des articles L. 463-8 et R. 463-16 du Code de commerce. Elle se réfère en outre sur ce point à la cour d'appel de Paris qui a jugé que « *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 de la concurrence 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* » (CA Paris, 29 avril 2009, Philips France<sup>43</sup>).

#### *Définition et accomplissement d'une mission d'expertise*

Dans la même décision, l'Autorité a rappelé que les articles L. 463-8 et R. 463-16 du Code de commerce ne prévoyaient pas la consultation des parties quant à la définition de la mission de l'expert puisqu'aux termes de ces dispositions seul le « *déroulement des opérations d'expertise* » se fait de façon contradictoire; la modification

41. Voir CA Paris, 19 juin 2007, Philips France.

42. Un recours a été formé contre cette décision.

43. Arrêt cassé par Cass. ass. plén., 7 janvier 2011, n<sup>os</sup> 09-14.316 et 09-14.667, Philips France.

de la définition de l'objet de l'expertise sans consultation préalable des parties, que critiquaient ces dernières, est ainsi sans incidence sur sa régularité.

L'Autorité relève d'ailleurs que la procédure suivie au cas d'espèce a offert aux parties des garanties particulièrement favorables, excédant les exigences du Code de commerce, en leur permettant de présenter des observations sur l'objet de l'expertise, qui visait à certifier la sincérité de l'agrégation de données confidentielles par les services d'instruction.

En outre, la circonstance alléguée par les parties que l'expert n'aurait pas accompli la totalité de sa mission, n'est pas de nature à justifier l'annulation du rapport d'expertise, les parties, comme le rapporteur, conservant la possibilité de solliciter du rapporteur général une nouvelle expertise en application de l'article L. 463-8 du Code de commerce.<sup>44</sup>

Enfin, l'Autorité a constaté que, contrairement à ce qui était soutenu, la convocation des parties par l'expert n'était pas obligatoire puisque l'article R. 463-16 du Code de commerce prévoit que « *le ou les experts doivent prendre en considération les observations des parties, qui peuvent être adressées par écrit ou être recueillies oralement, et doivent les joindre à leur rapport si elles sont écrites et si la partie concernée le demande. Ils doivent faire mention, dans leur rapport, de la suite qu'ils leur ont donnée* » ; elle a observé qu'en tout état de cause, les parties avaient, en l'espèce, été convoquées par l'expert afin de pouvoir présenter leurs observations oralement.

#### *Relations entre l'expert et les rapporteurs*

Toujours dans la décision **10-D-28**<sup>45</sup>, l'Autorité a estimé que les relations entre l'expert et les rapporteurs, critiquées par les parties, n'étaient pas de nature à remettre en cause la validité de l'expertise, et s'est référée à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris aux termes de laquelle le rapporteur n'est pas dessaisi pendant le cours de l'expertise ; s'il rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission, l'expert a la faculté de s'en ouvrir à celui-ci qui est autorisé à lui donner un avis sur l'orientation de ses travaux, étant toutefois précisé que cet avis ne saurait lier l'expert.

Au cas d'espèce, l'Autorité a constaté que les rapporteurs avaient seulement fourni à l'expert des tableaux des données nécessaires à son travail sans lui donner un avis quant à l'orientation de ses travaux, et que dans le cadre du débat contradictoire, ils avaient répondu au prérapport d'expertise et à certaines questions de l'expert, par des remarques transmises à l'intégralité des parties concernées.

#### *Consultation d'autorités administratives*

L'article R. 463-9 du Code de commerce impose au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de communiquer aux autorités administratives concernées toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de

44. Voir CA Paris, 28 juin 2005, Société Vedettes Inter-îles Vendéennes, non cassé sur ce point.

45. Un recours a été formé contre cette décision.

deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier.

S'agissant du caractère prétendument tardif de l'information des organismes concernés, l'Autorité, dans les décisions **10-D-28**<sup>46</sup> et **10-D-32**<sup>47</sup>, a notamment rappelé, la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 [devenu l'article R. 463-9 du Code de commerce] ne précise pas le moment auquel la saisine doit être communiquée à l'autorité administrative concernée, n'impose pas que l'avis de cette dernière soit sollicité dès le stade de la saisine du Conseil et qu'il suffit que cette disposition soit mise en œuvre dans des conditions compatibles avec le respect du caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil, la cour d'appel, qui observe que le Conseil a estimé, en l'espèce, qu'il convenait de transmettre outre l'acte de la saisine dont il avait pris l'initiative, la notification des griefs, document propre à favoriser l'émission d'un avis éclairé par cette autorité, et qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits de la défense en procédant à cette formalité le 27 novembre 1998 dès lors que celle-ci a été accomplie avant la notification du rapport, a statué à bon droit » (Cass. com., 23 juin 2004, n<sup>os</sup> 01-17.896 et 02-10.066).

Dans la décision **10-D-28**<sup>48</sup>, l'Autorité a estimé que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce manquait en fait et devait être écarté. En l'espèce, s'agissant d'une saisine d'office, la communication de la notification des griefs avait permis à la Commission bancaire de disposer des informations de nature à lui permettre d'émettre un avis éclairé. En outre, l'avis de la Commission bancaire avait été soumis au contradictoire et les parties avaient pu en tenir compte pour produire leurs observations écrites dans le délai légal de deux mois.

Dans la décision **10-D-32**<sup>49</sup>, l'Autorité a constaté que les avis de l'ARCEP et du CSA avaient été soumis au contradictoire et que les parties n'étaient pas fondées à se plaindre d'une méconnaissance de leurs droits de la défense sur ce point. Elle a écarté le moyen tiré de l'absence d'accord écrit des parties pour procéder à la saisine des autorités sectorielles, au motif que les parties avaient exprimé leur accord oral pour suivre cette procédure et qu'en tout état de cause aucune atteinte concrète aux droits de la défense découlant de cette situation n'était établie, étant rappelé qu'aucun texte n'impose l'accord écrit préalable des parties avant la communication d'une saisine aux autorités sectorielles, dès lors que cette communication résulte d'une obligation légale, qui s'impose à l'Autorité de la concurrence en vertu des dispositions précitées de l'article R. 463-9 du Code de commerce.

46. Un recours a été formé contre cette décision.

47. Un recours a été formé contre cette décision.

48. Un recours a été formé contre cette décision.

49. Un recours a été formé contre cette décision.

## *Lien entre l'instruction du rapporteur et une affaire pénale*

### *Accès par le rapporteur aux pièces pénales (article L. 463-5 du Code de commerce)*

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité a rejeté l'argumentation d'une partie qui soutenait qu'étaient irrégulières les conditions dans lesquelles les pièces du dossier pénal avaient été communiquées au rapporteur (durée prétendument prolongée de la communication, présence du rapporteur et du commissaire de la DGCCRF dans le bureau du juge d'instruction faisant peser un « *soupçon de partialité* » de la décision de sélection des documents).

L'Autorité a relevé que les procès-verbaux de communication des pièces pénales, cosignés par le juge d'instruction et le rapporteur et qui décrivaient son déroulement dans des conditions conformes aux dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce, n'avaient jamais été contestés par les parties.

Elle a rappelé que la Cour de cassation considère, d'une part, que ni l'article L. 463-5 du Code de commerce, ni le Code de procédure pénale n'impose de forme particulière à la communication par le juge d'instruction au rapporteur de l'Autorité de pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec les faits dont est saisi le Conseil, et, d'autre part, qu'aucune irrégularité ne saurait résulter de ce que, à la suite de la demande de l'Autorité, 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 était saisi (Cass. com., 13 octobre 2009, Colas Île-de-France Normandie et Spie).

Ainsi, en tout état de cause, l'Autorité a observé que « *rien n'empêche le rapporteur de prendre connaissance du dossier dans le cabinet du juge d'instruction et de demander la communication des pièces qu'il estime en relation directe avec les faits dont l'Autorité est saisie. Il appartient alors au juge d'instruction de vérifier que cette relation directe existe bien et, le cas échéant, de communiquer d'autres pièces ayant la même relation, que le rapporteur n'aurait pas identifiées* » (§ 157). En l'occurrence, les conditions légales ont été respectées, la durée de la communication pouvant s'expliquer par la lourdeur du dossier et les conditions matérielles des opérations (désarchivage, photocopies, certification par la greffière de chacune des pièces sélectionnées par le juge).

Par ailleurs, il était soutenu qu'au moment des faits, l'article L. 463-5 du Code de commerce n'ouvrait la possibilité de communication par le magistrat que de « *procès-verbaux et de rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi* », si bien que la communication d'autres pièces, en particulier des scellés, serait illégale; le caractère non rétroactif de l'ordonnance du 13 novembre 2008, qui a permis que d'« *autres pièces de l'instruction pénale* » puissent être communiquées, s'opposerait donc à la présence de ces pièces au dossier.

L'Autorité a écarté cet argument en rappelant qu'avant même l'adoption de l'ordonnance du 13 novembre 2008, le Conseil de la concurrence avait considéré qu'il était utile que les procès-verbaux et rapports d'enquête soient accompagnés des pièces « *nécessaires à leur exploitation* » comme les scellés et autres pièces saisies

par le juge d'instruction au cours de ses investigations<sup>50</sup>. Cette position avait été confirmée par la Cour de cassation, la modification de l'article L. 463-5 du Code de commerce par ladite ordonnance n'ayant fait que préciser les termes de cette disposition sans en modifier la portée<sup>51</sup>.

### *Utilisation des pièces pénales*

Dans la même décision, l'Autorité a écarté le moyen tiré de la non-conformité de l'article L. 463-5 du Code de commerce aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH.

Il était soutenu, d'une part, que le fait que la partie poursuivie n'ait pas elle-même la faculté de demander au juge d'instruction les pièces du dossier pénal romprait le principe de l'égalité des armes et, d'autre part, que ledit article ne prévoit aucune modalité de recours, que ce soit en ce qui concerne le champ de la communication des pièces à charge et à décharge ou que ce soit sur la régularité de la communication elle-même.

L'Autorité a constaté que telle n'était cependant pas la position de la Cour de cassation<sup>52</sup>. En l'espèce, en outre, une fois les griefs notifiés, les éléments sur lesquels le rapporteur s'est fondé pour établir ces griefs ont en tout état de cause été accessibles aux sociétés intéressées dans le cadre de l'ouverture de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 463-2 du Code de commerce.

## **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 **10-D-13**<sup>53</sup>, l'Autorité de la concurrence a rappelé que la réalisation et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification des griefs ne sont qu'une facilité supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent la possibilité de venir consulter le dossier à l'Autorité<sup>54</sup>; par conséquent, toute difficulté rencontrée par l'une d'elles pour accéder à partir du CD-Rom à certaines pièces du dossier ne caractérise pas en elle-même une atteinte au droit d'accès au dossier.

Dans la décision **10-D-28**<sup>55</sup>, relative à une entente dans le secteur bancaire, l'Autorité de la concurrence a écarté le moyen tiré d'une atteinte au principe du contradictoire et au principe de l'égalité des armes soulevé par des banques qui estimaient que des pièces sur lesquelles le rapporteur s'était fondé pour établir des griefs auraient dû leur être communiquées lors de la notification de ces derniers, faisant valoir que cette situation les avait privés de la possibilité de bénéficier des deux tours de contradictoire prévus par la loi.

50. Voir décision 05-D-69 du 15 décembre 2005, § 144 et 145.

51. Voir Cass. com., 15 janvier 2008, Colas Île-de-France Normandie.

52. Voir Cass. com., 15 janvier 2008, Colas Île-de-France Normandie et 13 octobre 2009, Spie.

53. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

54. Voir aussi décision 07-D-50 du 20 décembre 2007.

55. Un recours a été formé contre cette décision.

Les pièces litigieuses consistaient en un sondage relatif aux prix facturés par les banques à leurs entreprises clientes de 2000 à 2006 et une «*liste des 104 conditions*» représentant un échantillon de réponses au sondage de prix, jugé exploitable par le rapporteur au début de l'instruction, pour observer l'évolution tarifaire sur le marché de la remise de chèques. Cette liste a par la suite évolué afin de tenir compte des informations transmises par les parties dans le cadre du débat contradictoire et des résultats de l'expertise. Or, la notification des griefs avait analysé les résultats du sondage de prix alors même que les données de cette enquête étaient classées en annexe confidentielle et que les parties n'y avaient donc pas eu immédiatement accès.

L'Autorité a préalablement rappelé la jurisprudence constante aux termes de laquelle le principe du contradictoire est respecté lorsque les parties ont disposé, à compter de la notification des griefs, de la faculté de consulter l'ensemble des pièces ayant servi à établir les griefs notifiés, le respect de ces principes étant apprécié *in concreto* (voir aussi **10-D-32**<sup>56</sup>, 16 novembre 2010). Elle a souligné notamment que le juge communautaire n'a admis aucun délai impératif en matière d'accès au dossier, pourvu que les mis en cause aient pu discuter les éléments de preuve.

En l'espèce, après avoir analysé les circonstances de l'espèce, l'Autorité a relevé que les données en cause ont fait l'objet de déclassements à des stades ultérieurs de la procédure, et ont ainsi été proposées à la consultation et soumises à la contradiction des parties poursuivies.

Elle a également considéré que les banques avaient nécessairement connaissance de leurs propres données figurant dans le sondage puisqu'il s'agissait de conditions tarifaires qu'elles avaient elles-mêmes négocié et ce d'autant que, dès la notification des griefs, le rapporteur leur avait transmis la liste des entreprises interrogées, un exemplaire du questionnaire et la copie des réponses au questionnaire les concernant, permettant ainsi aux parties de vérifier l'exactitude des données y figurant et de présenter leurs observations à ce sujet.

S'agissant des données des banques concurrentes, leur communication a été décidée par le président de l'Autorité selon des modalités aménagées et les parties ont ainsi bénéficié à deux reprises du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir leurs observations.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a écarté l'argument des parties selon lequel la communication tardive du sondage de prix les aurait privées de la possibilité de demander le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs.

Elle a rappelé que dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, le rapporteur général propose un pourcentage de réduction de la sanction encourue, sans préjudice du débat, ouvert aux parties, portant sur l'importance du dommage à l'économie ; ainsi les services d'instruction n'étaient pas tenus d'effectuer, au stade de la notification des griefs, une évaluation quantifiée du dommage à l'économie à seule fin de permettre aux parties d'apprécier le montant de la sanction

---

56. Un recours a été formé contre cette décision.

encourue, et, partant, l'opportunité de demander le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs.

En tout état de cause, il résulte des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce que l'engagement de la procédure de non-contestation des griefs relève du pouvoir d'appréciation du rapporteur général, sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste par l'Autorité.

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité n'a pas fait droit aux objections d'une partie qui estimait n'avoir pas pu exercer ses droits de la défense, faute de pouvoir accéder aux documents relatifs à une autre société d'où elle aurait pu tirer des éléments à sa décharge.

En effet, il résulte de sa pratique décisionnelle, consacrée par la jurisprudence, que 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.

### *Intervention du conseiller auditeur*

L'article R. 461-9, II du Code de commerce, dans sa rédaction issue du décret n° 2009-335 du 26 mars 2009, dispose que : « *Le conseiller auditeur peut intervenir à la demande d'une partie. Il 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. 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 des 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. Le conseiller auditeur recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure. Il peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.* »

Dans la décision **10-D-13**<sup>57</sup>, l'Autorité a constaté que la nomination du conseiller auditeur par arrêté du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, le 10 juillet 2009, soit un mois environ après la réception de la notification des griefs, n'avait pas eu pour conséquence de priver les entreprises mises en cause de la possibilité de bénéficier des garanties offertes par l'article précité, puisqu'elles avaient été en mesure de présenter au conseiller auditeur toutes leurs observations sur le déroulement de la procédure d'instruction de la présente affaire et que celui-ci y a pleinement répondu.

### *Délais pour répondre aux griefs*

Dans la décision **10-D-13**<sup>58</sup>, l'Autorité écarte le moyen tiré de l'insuffisance du délai imparti pour répondre à la notification des griefs. Elle se réfère aux dispositions

57. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

58. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

de l'article L. 463-2 du Code de commerce, et juge suffisante la prolongation de huit jours du délai imparti pour répondre aux griefs, accordée par la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence à trois entreprises mises en cause.

L'Autorité rappelle que, selon la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, la coïncidence du délai de réponse à la notification des griefs avec la période estivale ne constitue pas, en l'absence de dysfonctionnement de service empêchant l'accès des parties au dossier et la présentation de leurs observations, une « *circonstance exceptionnelle* » justifiant, au sens de l'article L. 463-2, précité, un délai supplémentaire et constate qu'aucun dysfonctionnement de service n'a découlé des conditions de la nomination du conseiller auditeur.

### *Impartialité/Loyauté/Instruction à charge et à décharge*

#### *Instruction à charge*

Dans la décision **10-D-03**, l'Autorité a estimé que la circonstance que des responsables ou des cadres des entreprises vis-à-vis desquelles des griefs ont été retenus n'aient pas été entendus par le rapporteur était sans incidence sur la régularité de la procédure et ne constituait pas une atteinte au principe du contradictoire.

Le président de l'une des sociétés poursuivies contestait le fait de n'avoir pas été convoqué et entendu par le rapporteur chargé du dossier, alors que son directeur d'exploitation avait pu s'expliquer devant les services d'enquête, bien que non habilité à répondre aux appels d'offres.

L'Autorité rappelle que la jurisprudence considère que le rapporteur n'est pas tenu de procéder à des auditions s'il s'estime suffisamment informé pour déterminer les griefs susceptibles d'être notifiés.

Dans la décision **10-D-19**, l'Autorité écarte le reproche d'une instruction partielle, en rappelant le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur quant à la conduite de ses investigations et le fait qu'il peut fonder la notification des griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé ; ainsi la circonstance que la notification des griefs soit en l'espèce fondée en partie sur des éléments dont l'une des parties mises en cause conteste le caractère probant ne constitue pas en soi un indice de partialité, dès lors qu'il était loisible à cette partie d'en faire état dans la discussion sur le bien-fondé des griefs et d'apporter tous les éléments utiles à sa défense.

Dans la décision **10-D-28**<sup>59</sup>, l'Autorité s'est référée à la jurisprudence constante selon laquelle l'impartialité de l'instruction ne peut être mise en cause lorsque les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées (voir aussi **10-D-32**<sup>60</sup>, 16 novembre 2010).

Au cas d'espèce, les parties concernées avaient eu la possibilité de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à l'Autorité et de présenter des observations, y compris en séance, pour contester les interprétations des rapporteurs et fournir

59. Un recours a été formé contre cette décision.

60. Un recours a été formé contre cette décision.

des explications alternatives et il appartenait ensuite à l'Autorité de déterminer parmi ces différentes interprétations celle qui lui paraissait devoir être retenue.

S'agissant en particulier du reproche fait aux rapporteurs d'avoir utilisé et cité des documents non intégralement déclassifiés, l'Autorité souligne notamment qu'il n'a, en réalité, été fait référence qu'aux paragraphes de ces documents comportant des données accessibles à l'ensemble des parties.

Enfin, contrairement à ce qui était soutenu, l'Autorité a estimé que les rapporteurs n'étaient pas tenus de répondre aux arguments développés par la Commission bancaire dans ses avis consultatifs. En effet, si le Code monétaire et financier prévoit que la notification des griefs est communiquée pour avis à l'Autorité de contrôle prudentiel [anciennement Commission bancaire] et que, dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence prononce une sanction, elle indique, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elle s'écarte de l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel, c'est à l'Autorité de la concurrence, et non aux services d'instruction que s'impose cette obligation de motivation.

### *Choix des entreprises mises en cause*

Dans la même décision, l'Autorité a écarté la critique de certaines banques qui reprochaient aux services d'instruction de ne pas avoir mis en cause des établissements de crédit ayant participé directement aux décisions constitutives de l'entente sur les conditions interbancaires.

Elle a en effet estimé qu'aucune rupture d'égalité n'était constituée, après avoir rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation sur le pouvoir d'appréciation du rapporteur quant à la conduite de ses investigations (Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-15.185, Lilly France) et sur sa possibilité, notamment, d'attirer à la procédure les seules entreprises ayant pris une part active à l'organisation et à la mise en œuvre de l'entente (CA Paris, 17 octobre 1991, Salomon). En l'espèce, le choix avait été de notifier les griefs aux entreprises membres de la commission chargée de la définition de l'accord litigieux et qui avaient ensuite appliqué cet accord, double condition que ne remplissaient pas les entreprises mentionnées par les parties.

### *Charge de la preuve*

Toujours dans cette décision, l'Autorité a considéré que, contrairement à ce qui était soutenu par certaines banques, le fait de demander aux parties de formuler leurs observations sur des déclarations et des données recueillies par sondage auprès d'entreprises clientes n'avait pas pour effet de renverser la charge de la preuve du caractère anticoncurrentiel des pratiques ; cette dernière incombe bien à l'Autorité de la concurrence, mais il s'agissait seulement, en l'espèce, de soumettre les documents détenus par les services d'instruction à la contradiction, afin que les parties mises en cause puissent utilement critiquer les modes de preuve retenus contre elles.

Sur ce point, elle a en outre rappelé que les éléments retenus par les services d'enquête et d'instruction ne constituent pas de simples présomptions : lorsqu'elles sont recueillies par les services d'enquête ou d'instruction dans des procès-verbaux,

les déclarations « *font foi jusqu'à preuve contraire* », conformément aux dispositions de l'article L. 450-2 du Code de commerce. En l'espèce, les éléments contenus dans les déclarations des entreprises interrogées par les rapporteurs n'étaient pas de « *simples affirmations* », reprises de façon péremptoire par les rapporteurs mais pouvant aisément être vérifiées par les parties, puisqu'il s'agissait des prix accordés par les banques à leurs entreprises clientes en application des contrats conclus avec celles-ci.

### *Rapport oral, renvoi à l'instruction*

Dans la même décision **10-D-28**<sup>61</sup>, l'Autorité a estimé que les parties n'étaient pas fondées à se plaindre d'une méconnaissance de leurs droits de la défense au motif que, dans leur rapport oral, les rapporteurs s'étaient fondés sur des hypothèses chiffrées qui ne leur avaient pas été préalablement communiquées ; en effet une atteinte aux droits de la défense ne pourrait être caractérisée que dans le cas où l'Autorité de la concurrence reprendrait à son compte une analyse nouvelle présentée par les rapporteurs lors de la séance.

En tout état de cause, il a été précisé que ces données visaient à répondre aux observations même des banques dans la discussion sur l'évaluation de leurs gains et pertes de trésorerie consécutifs au passage au traitement dématérialisé des chèques et qu'elles auraient pu, à leur tour, présenter leurs observations orales en séance.

En réponse aux critiques de certaines banques qui se plaignaient de n'avoir pu faire valoir contradictoirement leur opposition au renvoi à l'instruction décidé en séance, l'Autorité a rappelé que l'article R. 463-7 du Code de commerce ne fixe aucune condition pour décider du renvoi à l'instruction, que cette décision, qui n'est pas susceptible de recours, constitue une mesure d'ordre interne non susceptible de faire grief aux parties, et qu'elle n'est pas tenue de recueillir leurs observations orales à ce sujet. Elle écarte également la méconnaissance alléguée du principe de l'égalité des armes dès lors que la décision de renvoi, qui avait pour objet de sauvegarder les droits de la défense, a permis aux parties de produire de nouvelles observations écrites, portant notamment sur l'intervention orale des rapporteurs au cours de ladite séance et que les parties ont eu la possibilité de présenter des observations orales sur le fond du dossier lors de la séance suivante.

### *Reproche de partialité à l'occasion de la communication de pièces pénales*

Concernant le lien entre l'instruction du rapporteur et une affaire pénale/accès par le rapporteur aux pièces pénales (article L. 463-5 du Code de commerce) et utilisation des pièces pénales, voir *supra*.

### *Auto-incrimination*

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

<sup>61</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

l'Homme et des libertés fondamentales (voir les arrêts Murray c/Royaume-Uni du 8 février 1996 et Funcke c/France du 25 février 1993). Le juge communautaire a déduit de ce principe que la Commission est en droit d'obliger une entreprise à lui fournir tous les renseignements nécessaires portant sur les faits dont elle peut avoir connaissance mais ne saurait imposer à cette entreprise l'obligation d'apporter des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve (voir CJCE, 18 octobre 1989, Orkem/Commission, C-374/87, *Rec.* p. I-3343, points 34 et 35 ; 25 janvier 2007, Dalmine SpA, C-407/04, *Rec.* p. I-829, point 34).

Ces principes ont été rappelés dans la décision **10-D-32**<sup>62</sup>.

La société mise en cause soutenait que son droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination avait été méconnu car les questions posées par les services d'instruction auraient été formulées de façon à la contraindre à communiquer des informations dans un sens pouvant l'auto-incriminer.

Au contraire, l'Autorité a considéré que les questions critiquées portaient sur les contrats litigieux et avaient pour objet de permettre à l'entreprise de justifier sa politique contractuelle et notamment la présence de clauses d'exclusivité contenues dans un nombre significatif de contrats de distribution. De telles demandes d'explications, légitimes de la part d'un rapporteur qui souhaite progresser dans l'instruction du dossier et exprimées sous la forme d'hypothèses, n'appelaient pas les entreprises à s'auto-incriminer en ce qu'elles ne les invitaient pas à admettre l'existence d'une infraction au droit de la concurrence, à l'inverse des questions qui ont été jugées contraires au respect des droits de la défense par la Cour de justice des Communautés européennes dans ses arrêts précités, qui étaient de nature à obliger les entreprises à avouer leur participation à des accords anticoncurrentiels. L'Autorité a donc conclu que le moyen soulevé manquait en fait et devait être écarté (voir aussi décision 09-D-05).

### Secret des affaires

Dans la décision **10-D-28**<sup>63</sup>, l'Autorité a estimé inopérant le moyen des entreprises mises en cause qui soutenaient que les règles de l'article R. 463-15 du Code de commerce avaient été méconnues, en constatant qu'elles ne démontraient pas en quoi la prétendue violation du secret des affaires aurait porté atteinte à leurs droits de la défense en les empêchant de répondre de manière efficace aux griefs qui leur avaient été notifiés.

L'Autorité rappelle qu'en tout état de cause, la sanction qui s'attache à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure, sauf s'il en résulte une atteinte irrémédiable et concrète aux droits de la défense, dont la preuve appartient à l'entreprise qui s'en plaint, 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.

<sup>62</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

<sup>63</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **10-D-32**<sup>64</sup>, l'Autorité a écarté le moyen tiré de la violation de ses droits de la défense par une entreprise mise en cause, qui contestait le rejet de sa demande de déclasséement par le rapporteur général. Elle a rappelé que le droit des entreprises à l'accès au dossier doit être mis en balance avec la protection de leurs secrets d'affaires, au terme d'une appréciation au cas par cas, compte tenu de la situation concrète des parties, de la nature des informations concernées et de la nécessité pour la partie requérante d'y avoir accès pour se défendre, elle-même liée à la nature du grief notifié et au contexte du marché examiné.

Au cas d'espèce, l'Autorité a constaté que les documents dont le déclasséement avait été réclamé, qui comportaient des informations commerciales et confidentielles mettant en jeu le secret des affaires d'entreprises concurrentes, n'avaient pas été utilisés comme moyen de preuve par les services d'instruction pour fonder les griefs notifiés. Elle a estimé qu'en l'espèce, la société mise en cause était en mesure d'exploiter utilement les éléments dont elle disposait déjà pour les besoins de sa défense et ne démontrait pas qu'elle aurait pu utiliser à décharge pour sa défense les informations couvertes par le secret des affaires pour invoquer des éléments supplémentaires, de nature à influencer le déroulement de la procédure ou les appréciations portées sur la qualification des pratiques qui lui étaient reprochées.

## 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 volontés, 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 volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination.*** »<sup>65</sup>

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 aux fins de l'application de l'article 101 du TFUE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, 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 ;

64. Un recours a été formé contre cette décision.

65. Soulignement ajouté.

- 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.

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques d'entente relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a écarté l'argumentaire d'une société mise en cause, selon lequel elle ne pouvait se voir imputer une négligence d'un directeur d'exploitation, laquelle devrait être sanctionnée en tant que faute professionnelle, mais non comme tentative entre des mandataires sociaux de se concerter en vue de fausser le jeu de la concurrence.

L'Autorité a rappelé que c'est à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence et que selon la cour d'appel de Paris : « *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, confirmant la décision du Conseil 07-D-29).

### *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 » ( Déc. Comm. eur., 20 juillet 2009, n° 2000/12, Coupe du monde de football 1998).*

*Le concours de volontés suppose que les participants soient au moins deux, juridiquement distincts et économiquement indépendants l'un de l'autre*

Ainsi que le soulignait encore la Commission de la concurrence, dans son rapport pour 1984 (p. 11) : « *Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres.* »

Les décisions des organismes collectifs (syndicats, ordres professionnels, groupements...), qui se présentent comme des décisions unilatérales, sont en réalité des décisions qui émanent du concours de volontés de leurs membres.

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 indépendantes<sup>66</sup>. 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 de pratiques commises par les syndicats, les groupements ou les ordres professionnels.

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 volontés entre leurs membres, en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (n° 98-12.612, 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<sup>er</sup> 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 volontés 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.

<sup>66</sup>. 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.

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 **10-D-11**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) pour avoir incité au boycott des opticiens membres du réseau Santéclair en réponse à son initiative visant, sous certaines conditions, à la délivrance sans ordonnance de lunettes de vue de renouvellement pour les personnes de plus de seize ans, associée à un meilleur remboursement pour l'assuré.

L'Autorité a rappelé que les consignes syndicales constituent des actions concertées au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce : *« Il ressort d'une jurisprudence constante, tant interne que communautaire, qu'une entente peut résulter de tout acte émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire. Ainsi, l'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'une organisation professionnelle, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents constituent une action concertée. [...] La défense de la profession par tout syndicat créé à cette fin ne l'autorise nullement à s'engager, ni à engager ses adhérents dans des actions collectives visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets [...] »* (§ 71; voir aussi décision 07-D-41, 28 novembre 2007).

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté à fixer le prix de cession des autorisations de stationnement, à imposer des conditions discriminatoires d'accès au groupement et à en empêcher les membres de développer ou d'acquérir une clientèle propre.

C'est au groupement, et non à ses membres, que ces pratiques ont été imputées, l'Autorité rappelant sa pratique décisionnelle selon laquelle *« les décisions du groupement [...] sont la manifestation de l'accord de volontés des membres de cette structure commune, dont il n'est pas contesté qu'ils sont des entreprises juridiquement distinctes, poursuivant des objectifs économiques distincts et en situation de se faire concurrence; le GIE [...] doit être mis en cause parce que ce sont ses organes dirigeants en tant que tel, quoique par délégation, qui apparaissent comme étant les auteurs des pratiques d'ententes entre ses membres »* (§ 200)<sup>67</sup>.

L'Autorité a aussi précisé de façon plus générale sa position sur les groupements. Si la mise en commun au sein d'un groupement de moyens s'explique la plupart du temps par des raisons tant économiques que techniques, ce qui n'est pas critiquable en soi, tant il est vrai qu'il peut, lorsqu'il fonctionne conformément à l'objet qui lui est assigné, contribuer à améliorer l'efficacité de l'offre, par la réalisation

<sup>67</sup>. Voir aussi décision 94-D-51 du 4 octobre 1994.

d'économies d'échelle et une meilleure efficacité du service rendu aux consommateurs, il ne doit cependant pas être l'instrument de mise en œuvre de pratiques visant à restreindre la concurrence.

### *Les accords intragroupes*

Aux fins de l'application des règles de concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (voir, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, *Rec.* p. 619, point 140).

L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence. Les accords intragroupes entre 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-97/08 P, *Rec.* p. I-8237 ; voir 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 a tiré trois conséquences :

- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
- en revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Mais, si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations.

Ainsi la décision **10-D-03** concernait trois entreprises ayant non seulement des liens juridiques entre elles mais gérées en commun au siège de l'une d'elles et qui ont été chacune soumissionnaire au même appel d'offres, chacune d'entre elles étant dès lors censée disposer de son autonomie commerciale. L'Autorité les a sanctionnées après avoir constaté qu'elles n'avaient manifesté aucune autonomie dans l'élaboration de leurs offres, qu'elles avaient néanmoins présentées de façon indépendante en laissant croire à l'acheteur public qu'elles étaient concurrentes.

Dans une décision **10-D-04**<sup>68</sup>, relative à des marchés passés par les établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération, l'Autorité a écarté l'argument de l'immunité des accords intragroupes et a sanctionné les sociétés ALM SA (devenue Maquet SA) et Maquet GmbH & Co KG, qui s'étaient entendues pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes.

Ces sociétés, qui ne contestaient pas l'existence de liens juridiques et financiers entre elles, estimaient que le droit des ententes, et plus particulièrement l'article 81 du traité CE, ne pouvait être appliqué à leur comportement sur le marché, car à l'époque des faits elles étaient des filiales intégrées du groupe Getinge et n'auraient donc pas disposé d'une autonomie commerciale suffisante. Elles ajoutaient que l'exception à l'immunité intragroupe en matière de marchés publics était contraire au droit communautaire de la concurrence et devait par conséquent être écartée.

L'Autorité a relevé au contraire, que, en déposant des offres séparées, ALM et Maquet avaient manifesté leur autonomie commerciale et choisi de se présenter, dans le cadre des appels d'offres, comme des entreprises concurrentes; elles ne pouvaient donc se prévaloir de leur absence d'autonomie par rapport au groupe Getinge pour échapper au droit des ententes. Elle a également constaté que, s'il est vrai que les juridictions communautaires n'ont pas admis une telle exception s'agissant de l'application de l'article 81 du traité CE, cela résulte du fait qu'elles n'ont jamais eu à connaître de pratiques mises en œuvre par des entreprises liées entre elles ayant pour objet ou pour effet de fausser la procédure d'appel d'offres en présentant des offres séparées dont l'indépendance n'était qu'apparente, et non d'une opposition à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et à la jurisprudence des juridictions françaises. L'argument des parties tiré du non-respect de l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif au rapport entre les articles 81 et 82 du traité CE et les droits nationaux de la concurrence ne pouvait donc prospérer.

Dans la décision **10-D-13**<sup>69</sup>, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité a considéré que la société Terminal Porte Océane (TPO), dont le capital était détenu paritairement par ses sociétés mères, Perrigault et APMM, disposait d'une autonomie commerciale à l'égard de ces dernières, si bien que les pratiques qui lui étaient reprochées, ainsi qu'à Perrigault, pouvaient être constitutives d'une entente de

68. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

69. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

partage de clientèle soumise aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE, devenu article 101 du TFUE.

En effet, l'Autorité a constaté que TPO était dotée de moyens suffisants, d'une politique commerciale indépendante et d'organes de direction propres, chargés d'assurer la défense des intérêts de la société qu'ils représentaient, bien qu'étant désignés par les actionnaires, et qu'elle avait adopté un comportement autonome.

Les parties soutenaient en particulier que la détention du capital de TPO par Perrigault et APMM à hauteur de 50 % chacune répercutait tout blocage intervenant entre les sociétés mères dans la gestion de la filiale et entravait toute autonomie de cette dernière.

L'Autorité rappelle au contraire la pratique décisionnelle constante de la Commission européenne selon laquelle une telle représentation paritaire implique qu'aucune des sociétés mères n'est en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune au sens du droit de la concurrence. En l'espèce, si le conseil d'administration de TPO était effectivement chargé d'approuver de manière préalable les démarches commerciales de l'entreprise commune, il exerçait son pouvoir dans un cadre paritaire ; il en résulte qu'aucune des deux sociétés mères n'était en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune. Ainsi, la circonstance qu'il puisse exister un « *blocage* » au sein du conseil d'administration de l'entreprise commune sur la stratégie à suivre par cette dernière démontrait non pas l'absence d'autonomie de celle-ci à l'égard de ses sociétés mères mais l'incapacité structurelle de chacune de ces sociétés mères de contrôler, seule, l'activité de l'entreprise commune.

L'Autorité a donc conclu que c'est en toute autonomie que TPO avait pris part à l'entente reprochée et choisi d'adhérer à la politique commerciale préconisée par Perrigault, consistant à restreindre l'activité commerciale de TPO au traitement des seuls conteneurs apportés par APMM, à l'exclusion de ceux provenant de clients tiers.

### *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 initiative<sup>70</sup>.

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 (voir TPICE, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Lines 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

<sup>70</sup>. CJCE, 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, *Rec.* p. 873, points 18 à 20 ; CJCE, 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, *Rec.* p. I-1223, point 55.

que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises<sup>71</sup>. En droit national, l'article L. 420-4, 1<sup>er</sup> 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 (voir «*Les pratiques résultant d'un texte*»). En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit communautaire, comme en droit national<sup>72</sup>. En effet, l'Autorité de la concurrence considère que l'article L. 420-4, 1<sup>o</sup> ne peut exonérer que les pratiques constituant une conséquence nécessaire de l'application de textes législatifs ou réglementaires, ce qu'elle a très rarement admis.

En revanche, la contrainte ou la légitime défense ne constituent pas des causes d'exonération des pratiques d'ententes, sauf si elles revêtent un caractère d'irrésistibilité.

Dans la décision **10-D-04**<sup>73</sup>, relative à des marchés passés par les établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération, l'Autorité a écarté le moyen relatif à la contrainte irrésistible exercée par des engagements pris devant le ministre de l'Économie dans le cadre du contrôle des concentrations.

Il était reproché aux sociétés ALM SA (devenue Maquet SA) et Maquet GmbH & Co KG, toutes deux rachetées par le groupe Getinge, de s'être entendues pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes. Dans leurs observations, Maquet SA et Maquet GmbH & Co KG estimaient que les engagements imposés par le ministre de l'Économie étaient à l'origine des comportements relevés dans la notification des griefs et que le groupe Getinge s'était trouvé dans l'obligation de proposer les deux offres conjointement afin de ne prendre aucun risque de non-respect desdits engagements.

L'Autorité a cependant estimé qu'en l'espèce, la lettre du ministre de l'Économie autorisant la concentration sous réserve d'un certain nombre d'engagements ne constituait pas «*un texte législatif ou un texte réglementaire*» au sens de l'article L. 420-4, I, 1<sup>o</sup> du Code de commerce, les parties n'étant donc pas fondées à se prévaloir de ce document pour invoquer l'exception tirée de l'action étatique.

Elle a ajouté que les engagements pris par le groupe Getinge devant le ministre de l'Économie ne constituaient en aucune manière une contrainte irrésistible pour Maquet et ALM puisqu'ils prévoyaient explicitement que tous les contrats nécessaires au maintien de l'activité «*tables d'opération*» d'ALM devaient être conclus ou maintenus en vigueur en accord avec leurs dispositions, et selon le cours normal des affaires et que l'activité tables d'opération d'ALM devait être tenue

71. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewycke e. a. c/Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, *Rec.* p. 3125, point 126.

72. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e. a. c/Commission, 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, *Rec.* p. 3831, points 27 à 29.

73. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

séparée de l'activité « *tables d'opération* » du groupe Getinge/Maquet. En tout état de cause, même si les engagements avaient autorisé la fusion des équipes commerciales, ALM et Maquet ne se seraient pas pour autant trouvées dans l'obligation d'adopter un comportement anticoncurrentiel puisque la jurisprudence en matière de marchés publics et d'accords intragroupes a clairement établi qu'elles auraient pu ne déposer qu'une seule offre (voir *supra* « *Les accords intragroupes* »).

Dans la décision **10-D-28**<sup>74</sup>, l'Autorité a sanctionné onze banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques, après avoir écarté l'argument selon lequel ces banques auraient agi sous la pression des pouvoirs publics qui leur auraient délégué implicitement leur pouvoir régulateur et les auraient fortement incitées, voire contraintes, à se concerter sur le principe et la tarification de commissions interbancaires pour le traitement du chèque.

Conformément à sa pratique décisionnelle et à la jurisprudence communautaire, elle a considéré que le fait que des pratiques anticoncurrentielles aient été approuvées ou encouragées par les pouvoirs publics n'était pas suffisant pour dégager les entreprises mises en cause de leur responsabilité, l'intervention publique ne pouvant constituer une telle cause d'exonération que si le cadre juridique qu'elle fixe est contraignant.

Or, si en l'espèce l'incitation des pouvoirs publics à la mise en œuvre du nouveau traitement dématérialisé des chèques était réelle, cette circonstance ne permettait toutefois pas d'établir que la fixation des commissions interbancaires reprochées avait été imposée par les pouvoirs publics. En tout état de cause, à supposer même que les banques aient subi une pression de la part des pouvoirs publics, l'Autorité a rappelé qu'il ne saurait être considéré qu'une telle pression puisse être qualifiée d'irrésistible au sens de la jurisprudence et cette circonstance pourrait tout au plus être examinée au titre des circonstances atténuantes dans le cadre de l'appréciation de la sanction appliquée aux entreprises.

### Le concours de volontés

Dans un arrêt Bajus du 18 décembre 2001, 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.

<sup>74</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

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 la décision **10-D-13**<sup>75</sup>, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, il était reproché à plusieurs sociétés d'avoir participé à une entente de partage de capacité portant sur les postes à quai disponibles à Port 2000, dans le cadre du projet d'extension des infrastructures du port du Havre par la construction de nouveaux postes à quai sur lesquels des sociétés de manutention effectuant le chargement et le déchargement des marchandises des navires ont vocation à exercer leur activité.

Cette entente, démontrée par l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, notamment par des comptes rendus de réunions, était contestée par les parties au motif, notamment, qu'il n'existait pas de concours de volontés portant sur la répartition des postes à quai de Port 2000 puisque le Grand port maritime du Havre (GPMH) ne se serait pas engagé formellement à attribuer ces postes aux entreprises.

L'Autorité a néanmoins considéré qu'un concours de volontés entre les parties mises en cause était caractérisé et a rappelé la jurisprudence communautaire selon laquelle pour qu'il y ait accord, il suffit que deux entreprises au moins aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les entreprises en cause se sont engagées par un accord formel<sup>76</sup>.

En l'espèce, a-t-elle constaté, les entreprises se sont mises d'accord sur le comportement que chacune d'elles allait adopter sur le marché, ont partagé de manière réciproque leur intérêt pour l'attribution d'un quatrième poste à quai, exprimant bien une volonté collective qui supprimait toute incertitude sur le jeu anticoncurrentiel ; il n'était pas nécessaire que, lors des réunions litigieuses, le GPMH se soit engagé formellement à attribuer aux entreprises les postes à quai visés par les discussions pour caractériser le concours de volontés.

75. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

76. Voir not., CJCE, 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69 et 11 janvier 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commission, 277/87.

*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 volonté, nonobstant le rôle purement passif des entreprises qui reçoivent les informations en cause, le concours de volonté étant dans ce cas constitué par la volonté commune de réduire la concurrence.

Cependant, dans une décision **10-D-19**, l'Autorité de la concurrence a estimé que l'entente reprochée, consistant en un échange d'informations unilatéral à l'occasion d'un appel d'offres lancé par une communauté d'agglomération pour une délégation de service public, n'était pas constituée, les circonstances de l'espèce ne démontrant pas une quelconque volonté de s'entendre des parties. En effet, les données, transmises dans un contexte de conflits entre les parties, s'étaient en réalité révélées volontairement erronées, si bien que le comportement reproché ne pouvait s'analyser que comme un comportement unilatéral, certes contestable, et non comme l'expression d'une volonté de réduire l'incertitude propre au déroulement des marchés publics.

## Les différentes restrictions de concurrence

Le 1° de l'article 101 du TFUE réprime « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe « 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.

## Questions générales

Les restrictions qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'y occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction posée au 1° de l'article 101 du TFUE. La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)<sup>77</sup>, 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

77. Communication Comm. eur. 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 n° C 368/13, 22 décembre 2001.

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 prononcer un non-lieu :

- lorsqu'un seuil de 10 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises concurrentes sur un même marché ;
- lorsqu'un seuil de 15 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises qui ne sont pas concurrentes sur un même marché ; et ce, sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce (identiques aux restrictions flagrantes communautaires).

Dans la décision **10-D-13**<sup>78</sup>, l'Autorité a écarté l'application de cette règle en relevant que les pratiques en cause, qui visaient la répartition de marchés ou de clientèle, entraient dans la catégorie des restrictions caractérisées.

Par ailleurs, les restrictions accessoires (voir *infra*) suivent le sort des restrictions qu'elles accompagnent.

### 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 2010, l'Autorité a été conduite 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 (voir notamment les décisions 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré,*

78. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

*ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées.»*

*«La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (voir notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001, relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire).»*

*«Par ailleurs, un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (CA Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport; Cass. com., 12 janvier 1993, n° 91-11.623, société Sogea). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (CA Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA).»*

### *Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres*

#### **Pratiques établies**

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a sanctionné cinq entreprises pour avoir pris part, lors de deux appels d'offres successifs, à des pratiques **d'échanges d'informations et d'offres de couverture** (voir *infra* «*Offres de couverture*») ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et de répartir entre elles les lots de ces marchés.

L'Autorité a constaté notamment que les mémoires techniques de certaines sociétés avaient été retrouvés en possession des autres, voire avaient été rédigés par la même personne et non pas élaborés de façon indépendante, et que les rabais effectués avaient fait l'objet d'un échange d'informations avant la date limite de réception des offres. Il existait ainsi un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant que trois sociétés avaient échangé entre elles des informations portant sur leur disponibilité en personnel ou matériel pour le marché considéré et qu'elles s'étaient entendues sur les prix des lots qu'elles proposeraient alors qu'elles étaient en concurrence pour répondre à l'appel d'offres.

Dans cette décision, comme dans la décision **10-D-35**, l'Autorité a rappelé que le fait qu'il n'ait finalement pas été donné suite à ces appels d'offres, ou même que les offres n'aient eu aucune chance d'aboutir, ne faisait pas obstacle à la constatation et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles relevées, dès lors que la consultation était faussée<sup>79</sup>.

Voir aussi, s'agissant d'échanges d'informations préalables à la date de réception des offres, la décision **10-D-10**.

Dans la décision **10-D-04**<sup>80</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné les pratiques de deux sociétés, toutes deux filiales d'un même groupe, qui s'étaient entendues pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes, en réponse à des appels d'offres lancés par des établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération ; en l'espèce, ces sociétés avaient répondu séparément aux appels d'offres, alors que, suite à la fusion de leurs équipes commerciales, leurs réponses étaient établies de manière centralisée. L'Autorité a écarté l'argument des parties tiré du principe de l'immunité intragroupe, non applicable en matière d'appel d'offres (voir *supra* « *Les accords intragroupes* »). Elle a également rappelé la jurisprudence constante de la cour d'appel selon laquelle le défaut de vigilance de l'acheteur public ou le fait qu'il connaisse les liens juridiques unissant les sociétés concernées ne peut légitimer les pratiques anticoncurrentielles (voir aussi **10-D-22**, 22 juillet 2010).

Dans une décision **10-D-05**, l'Autorité a sanctionné des entreprises d'ambulances pour s'être entendues lors d'un marché lancé par le centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres, concernant des prestations de transports sanitaires.

Lors d'une **réunion préalable** au dépôt des offres, ces entreprises avaient en effet échangé des informations et s'étaient entendues pour inclure dans leur réponse au marché un élément nouveau, le forfait « *nuit-week-end et jours fériés* » sans sortie, d'un montant unique et forfaitisé, dont l'hôpital devrait s'acquitter.

L'Autorité a rappelé à cette occasion les standards de preuve d'adhésion à une entente en cas de participation à des réunions à objet anticoncurrentiel (voir aussi *infra* le paragraphe « *Répartition de marché* » et décisions **10-D-13**<sup>81</sup>, 15 avril 2010 et **10-D-39**, 22 décembre 2010).

Elle a en outre écarté les objections avancées par les entreprises mises en cause pour justifier la mise en place de ce forfait en soulignant qu'il ne leur était pas reproché d'avoir soulevé le problème de l'indemnisation des permanences réalisées la nuit, le week-end et les jours fériés sans sortie, mais de s'être entendues pour l'imposer et en faire un des éléments déterminants du prix des soumissions.

Elle a également noté que peu importait que la concertation n'ait porté que sur une partie des offres, à savoir la mise en place du forfait « *nuit* », dès lors que cet élément pouvait intéresser l'ensemble du marché et que la preuve de l'échange d'informations sur les coûts et les prix, antérieurement au résultat de l'appel d'offres,

79. Voir décisions 10-D-03 du 20 janvier 2010, § 215 et 10-D-35 du 15 décembre 2010, § 190.

80. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

81. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

était rapportée, de telles pratiques étant de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence.

Dans la décision **10-D-22**, relative à un appel d'offres lancé par le CHU de Rouen en vue de la passation d'un marché de transports sanitaires, l'Autorité a sanctionné des entreprises ambulancières, membres de trois groupements, pour s'être informées réciproquement de leur intention de ne pas soumissionner, et ce afin de mettre en échec la procédure de marché public et d'obtenir un marché négocié.

Ces trois groupements, titulaires des lots du précédent marché, avaient en effet chacun adressé une lettre à la commission d'appels d'offres du CHU en lui faisant part de leurs réserves quant au contenu du cahier des charges et avaient exprimé, en termes voisins, une demande de nouvelles propositions et/ou de marché négocié. Confrontée à deux reprises à l'absence d'une offre conforme, la commission avait décidé de déclarer l'appel d'offres infructueux et de relancer une procédure sous forme de marché négocié.

Il doit être observé qu'il n'était pas reproché aux entreprises d'avoir cherché à constituer des groupements pour répondre à l'appel d'offres lancé par le CHU de Rouen ou d'avoir adopté la même attitude (simple parallélisme de comportement), mais de s'être informées mutuellement, avant la date limite de dépôt des offres, de leur intention, dans le cadre des groupements auxquels elles étaient ralliées, de ne pas déposer d'offres à l'occasion de cette procédure. L'Autorité a constaté que de telles pratiques avaient faussé l'indépendance des comportements et trompé le donneur d'ordres sur l'intensité de la concurrence ; en l'espèce, la personne publique a dû relancer le marché, dont l'attribution a été retardée.

L'Autorité a écarté l'argument des parties qui soutenaient que certaines conditions du cahier des charges n'étaient pas économiquement viables (amplitudes horaires...), en rappelant que cette appréciation n'entrait pas dans ses attributions, et qu'en tout état de cause, même à supposer que ces critiques soient fondées, celles-ci ne pourraient en aucune manière justifier la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles reprochées.

### **Pratiques non établies**

Dans une décision **10-D-19**, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'entente reprochée, consistant en un échange d'informations unilatéral à l'occasion d'un appel d'offres, n'était pas établie, les circonstances de l'espèce ne démontrant pas une quelconque volonté de s'entendre des parties.

Une communauté d'agglomération avait publié un appel d'offres pour une délégation de service public pour la production, le transport et la distribution d'énergie calorifique. À l'occasion de cet appel d'offres, la société Ne Varietur avait transmis à GDF, qui est à la fois sa concurrente et l'un de ses actionnaires, des informations volontairement erronées sur l'offre qu'elle envisageait de soumettre. Par la suite, GDF et Ne Varietur, par le biais de leurs filiales respectives, avaient présenté deux offres distinctes concurrentes.

L'Autorité a rappelé que, s'il est de jurisprudence constante qu'en matière de marchés publics et de délégations de services publics, l'échange d'informations entre concurrents préalablement au dépôt des offres est constitutif d'une entente anticoncurrentielle, il doit néanmoins être démontré que la pratique mise en œuvre est le résultat d'une volonté commune des entreprises concernées de se comporter d'une manière déterminée sur le marché ou de diminuer l'incertitude devant entourer le comportement de chacune. Ainsi, une transmission unilatérale d'informations ne constitue une pratique d'entente anticoncurrentielle que si elle résulte d'une volonté commune des parties d'atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs.

En l'espèce, les données avaient été transmises dans un contexte de conflits très tendus entre les parties, avec une vraisemblable intention de tromper, et sans que Ne Varietur puisse en retirer un quelconque intérêt, si bien que le comportement reproché ne pouvait s'analyser que comme un comportement unilatéral, certes contestable, et non comme l'expression d'une volonté de réduire l'incertitude propre au déroulement des marchés publics.

L'Autorité a souligné que l'acquisition d'une participation significative dans le capital d'une entreprise concurrente, qui donne une représentation au conseil d'administration et des droits particuliers en cas d'investissements importants, tels que ceux exigés dans les appels d'offres, sans mise en place d'une procédure permettant d'écarter toute possibilité d'entente et notamment d'échange d'informations anticoncurrentiel, expose nécessairement à des risques d'entente.

Dans la décision **10-D-26** relative à des pratiques relevées sur des marchés de travaux groupés de réseaux publics passés par la plate-forme d'achats EDF-GDF Services de Montpellier, l'Autorité a estimé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour démontrer l'échange d'informations préalable au dépôt des offres, et ce, s'agissant de trois marchés.

S'agissant d'un premier marché, l'Autorité a ainsi relevé que deux documents saisis, contenant des coefficients de prix similaires à ceux remis par les entreprises concurrentes, n'étaient pas datés et ne comportaient aucune indication ou signe qui permette de les rapprocher d'un troisième document lui-même daté mais qui pouvait ne concerner qu'une simple projection des concurrents potentiels, locaux et habituels.

En outre, aucun élément ne démontrait à quel moment l'échange d'informations avait pu avoir lieu par rapport au déroulement des opérations de mise en concurrence, ni même qu'un contact avait eu lieu avec les concurrents auprès desquels des informations sur ces coefficients auraient été obtenus.

Au surplus, l'Autorité a souligné qu'aucun élément au dossier ne venait étayer matériellement le reproche selon lequel l'information proviendrait des concurrents et que « *la circonstance que la procédure de passation des marchés utilisée, qui induit des échanges entre l'acheteur et les soumissionnaires, ainsi qu'une connaissance habituelle des coefficients couramment demandés aux entreprises permettent sans doute de prévoir certains coefficients mais ne peuvent conduire au degré d'exactitude constaté, est à cet égard insuffisante* » (point 85).

Les indices réunis ne constituaient donc pas un faisceau d'indices assez graves, précis et concordants permettant de retenir le grief d'échange d'informations.

Dans les deux autres marchés, les éléments soumis à l'Autorité ont été également jugés insuffisants pour fonder le grief d'échange d'informations, car ils se résument à un document ne pouvant constituer à lui seul une preuve formelle car il n'était pas daté, ne comportait aucune référence, ni aucune indication ou signe montrant qu'un contact avait eu lieu avec les entreprises concurrentes.

### *Offre de couverture*

Il s'agit du dépôt, par une entreprise soumissionnaire, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue et dont l'offre devra apparaître comme la moins disante, pour être déclarée attributaire du marché.

Sauf exception (les offres de principe), aucune entreprise soumissionnaire n'a, 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 parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas immédiatement déterminé ou parce qu'il ne fait pas partie du champ de la saisine. Il n'en reste pas moins que le dépôt d'une offre de couverture a, en tout état de cause, un 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 [...] est en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, l'Autorité a sanctionné cinq entreprises pour avoir pris part, lors de deux appels d'offres successifs, à des pratiques d'échanges d'informations (voir *supra* « *Échanges d'information* ») et d'offres de couverture ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et de répartir entre elles les lots de ces marchés.

C'est en recourant à la méthode du faisceau d'indices graves, précis et concordants que l'Autorité a établi que les intéressées s'étaient entendues, avant la date limite de réception des offres, sur les prix des lots qu'elles allaient proposer et sur les rabais consentis, de telle façon que l'entreprise proposant le rabais le plus élevé obtienne le lot.

Elle s'est notamment fondée sur un tableau, retrouvé chez l'une des sociétés, indiquant exactement les rabais remis par toutes les entreprises concernées, pour tous les lots en compétition, qui apportait la preuve que les cinq entreprises avaient communiqué au moins à l'une d'entre elles les prix de leur offre, éliminant ainsi l'incertitude qui doit permettre de rendre des offres concurrentes. À cet égard, l'Autorité a rappelé qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que les entreprises ont toutes été informées des prix proposés par toutes les autres et qu'il suffit de constater que l'une d'entre elles détenait ces informations des autres entreprises, antérieurement au dépôt des offres, pour démontrer que les cinq entreprises se sont entendues pour fausser la concurrence concernant l'appel d'offres.

L'Autorité a rappelé également que le fait qu'il n'est finalement pas été donné suite à l'un de ces appels d'offres ne fait pas obstacle à la constatation et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles relevées.

La décision **10-D-35** a également sanctionné une pratique d'offre de couverture.

### *Les accords de partage de marchés*

Dans la décision **10-D-13**<sup>82</sup>, relative à des ententes commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, l'Autorité a, notamment, sanctionné trois entreprises qui s'étaient coordonnées afin de se partager des postes à quai en construction dans le cadre de l'extension du port du Havre. En l'espèce, ce qui était reproché aux entreprises n'était pas de s'être réparti dans les faits les autorisations d'occupation du domaine public portuaire, mais d'avoir coordonné leurs offres en vue de l'attribution de ces autorisations, « *quand bien même aucune procédure d'appel d'offres n'était encore mise en œuvre à l'époque des faits* ».

L'Autorité a rappelé qu'en matière de marchés publics, les ententes par lesquelles les entreprises soumissionnaires coordonnent leurs offres sont sanctionnées au titre des ententes anticoncurrentielles, et ce alors même que l'attribution de tels marchés relève du pouvoir de décision du maître d'ouvrage; en l'espèce l'entente de répartition de capacité était bien constituée, dès lors que les parties s'étaient concertées sur la répartition entre elles des postes à quai disponibles de Port 2000. Le fait que le port du Havre soit finalement resté libre d'attribuer ces postes à d'autres opérateurs que ceux ayant participé à l'entente était sans incidence sur la qualification de la pratique reprochée.

Il a en outre été observé que l'entente de répartition de capacité en cause avait nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle avait permis à tous les opérateurs membres de l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelles seraient les demandes de chacun lors du futur concours pour l'attribution

82. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

des postes à quai de Port 2000. En effet, du fait de l'entente, les entreprises mises en cause avaient cessé de déterminer leur politique commerciale de manière autonome sur le marché.

Cependant l'Autorité a tenu compte de cette situation particulière dans son appréciation du dommage à l'économie et a prononcé des sanctions de principe : elle a constaté que les effets réels de l'entente avaient été faibles dans la mesure où la mise en concurrence sur les attributions des capacités portuaires n'avait pas encore été réalisée et ferait finalement l'objet d'une procédure d'attribution ouverte et transparente.

Elle a néanmoins souhaité que l'établissement portuaire, tenu par décret de respecter une procédure d'appel d'offres à venir, ouverte et publique, prenne sa décision sur le seul mérite des propositions qui lui seraient faites, individuellement, par des entreprises candidates et sans reproduire le partage négocié autour du « Yalta » anticoncurrentiel décrit plus haut.

Dans la décision **10-D-39**, l'Autorité a sanctionné huit entreprises pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition de la quasi-totalité des marchés de signalisation routière verticale passés par l'État, les collectivités territoriales et les services chargés de la gestion d'autoroutes ainsi que sur les prix.

Les membres de l'entente se réunissaient très régulièrement et se répartissaient les marchés publics selon des règles préétablies figurant dans un document intitulé « *Règles* ». Les prix et les remises tarifaires qui pouvaient être appliquées aux acheteurs y étaient aussi précisés. Enfin, une « *liste noire* » destinée à exclure certains revendeurs jugés indésirables avait été établie afin qu'aucune relation commerciale ne soit entretenue avec eux. D'autres documents intitulés « *patrimoines* » précisaient, quant à eux, les marchés à bons de commande qui devaient revenir à chaque entreprise de l'entente, ce qui figeait ainsi les parts de marché de chacune.

Chaque société adhérente du « *club* » devait respecter ces règles de fonctionnement ; en cas de non-respect, le contrevenant se voyait infliger des pénalités financières. Des compensations étaient également prévues en cas de « *dysfonctionnement* » de l'entente, c'est-à-dire lorsque la collectivité qui avait lancé l'appel à concurrence attribuait le marché à une entreprise qui n'avait pas été celle désignée comme devant l'avoir.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a constaté que les pratiques en cause se rattachaient toutes au même plan anticoncurrentiel adopté par les fabricants de panneaux de signalisation routière verticale, en ce qu'elles visaient à organiser artificiellement le fonctionnement du marché, et qu'elles comportaient donc, par leur nature même, un objet anticoncurrentiel.

Il a été fait application du standard de preuve utilisé en droit communautaire, car les réunions au cours desquelles l'entente avait été organisée ne s'étaient pas tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle. Dans ce cas de figure,

la participation à une seule réunion, même si elle est passive, suffit à conforter le mécanisme de l'entente <sup>83</sup>.

Dans une décision **10-D-19**, l'Autorité de la concurrence a, en revanche, considéré que l'entente reprochée, consistant en une concertation à l'occasion d'un appel d'offres lancé par une communauté d'agglomération pour une délégation de service public, n'était pas constituée.

En l'espèce, il était reproché aux parties de s'être entendues, *via* leurs filiales respectives, pour réserver le marché à l'une, l'autre s'abstenant de déposer une offre, contrairement à son intention initiale. L'une des parties affirmait l'existence d'un accord, tandis que l'autre la contestait, soutenant que sa décision de retrait résultait de motifs économiques rationnels.

Au vu des éléments recueillis, l'Autorité a considéré que la décision de retrait ne résultait pas d'une entente anticoncurrentielle entre les sociétés concernées mais semblait au contraire la manifestation d'un comportement autonome de cette entreprise; elle a rappelé la jurisprudence des juridictions communautaires aux termes de laquelle lorsqu'une entente implique deux parties seulement, la contestation du contenu de la déclaration de l'une par l'autre suffit à ce qu'il soit exigé que d'autres éléments de preuve viennent l'étayer.

### *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 pro concurrentiel 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 **10-D-10**, l'Autorité a rappelé que, « *s'il n'est pas exclu que des entreprises étant entrées en contact en vue d'établir un groupement pour répondre à un appel d'offres présentent ensuite, en cas d'échec de cette tentative, des offres individuelles, c'est à la condition que les informations précédemment échangées entre elles n'altèrent pas l'indépendance de ces offres individuelles, ce qu'il leur appartient de démontrer en présence d'indices laissant au contraire supposer l'absence d'indépendance de leurs offres* » (§ 42).

Elle a ainsi sanctionné les entreprises mises en cause, non pour avoir cherché, sans succès, à créer un groupement, mais pour avoir présenté ensuite des offres séparées faussement concurrentes, lesquelles avaient été déterminées à l'issue d'échanges d'information dans le cadre du projet initial de groupement, sans que ces entreprises

<sup>83</sup>. Voir *infra*, Répartition du marché, décision 10-D-13 du 15 avril 2010.

rapportent la preuve, qui leur incombait, que ces échanges n'avaient pas pu influencer sur l'indépendance de leurs offres individuelles et autonomes postérieures.

### *Ententes et échanges d'information sur les prix et marges*

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté notamment à fixer le prix de cession des autorisations de stationnement sur la métropole d'Amiens, et ayant eu pour effet d'augmenter ce prix.

Pendant plusieurs années et avec la participation active des organes dirigeants du groupement, les membres du GIE s'étaient concertés pour fixer le prix de cession des licences de taxis à Amiens ; chaque transaction était contrôlée pour garantir le strict respect de l'entente et son plein effet. L'entente sur le prix des licences a ainsi conduit à une hausse artificielle du prix des licences, de nature à induire deux effets indirects : une pression à la baisse sur l'offre de licences et une pression à la hausse sur le tarif des courses.

L'Autorité a souligné la gravité de telles pratiques puisqu'elles interviennent dans un secteur où les atteintes à la concurrence réduisent considérablement un espace concurrentiel déjà limité par la réglementation des prix et les conditions d'accès et d'exercice de la profession.

Dans la décision **10-D-28**<sup>84</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné 11 banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange images chèques, ci-après EIC). Elle a également sanctionné ces mêmes banques pour avoir appliqué deux autres commissions interbancaires pour services connexes (dites AOCT, annulation d'opérations compensées à tort), toujours en vigueur aujourd'hui.

L'Autorité a rappelé qu'aux termes d'une jurisprudence communautaire constante, pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses stipulations, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère, les intentions subjectives des parties pouvant être prises en compte sans être déterminantes.

Elle a en outre observé que selon la pratique décisionnelle de la Commission européenne et du Conseil de la concurrence en la matière, tout accord sur une commission interbancaire multilatérale est une restriction de la concurrence car il limite la liberté tarifaire des banques, étant précisé que ces autorités ne se sont encore jamais prononcées sur une commission interbancaire multilatérale dont il aurait été allégué qu'elle serait d'une nature « *compensatoire* », ainsi que le soutiennent les parties s'agissant de la commission d'échange image chèque (ci-après CEIC). L'Autorité a tout d'abord procédé à l'analyse du contexte économique et juridique, afin de déterminer s'il était de nature à exclure toute possibilité de concurrence efficace.

<sup>84</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

De façon générale, elle a notamment considéré que la coordination des banques était nécessaire pour l'organisation des systèmes de paiement, les créanciers et les débiteurs devant pouvoir les utiliser quelle que soit la banque auprès de laquelle ils sont titulaires d'un compte. Ainsi, la conclusion d'accords techniques et procéduraux multilatéraux, par l'ensemble des banques, peut s'avérer indispensable, même s'ils limitent la liberté de chacun des acteurs pris individuellement.

En revanche, les accords portant sur des commissions interbancaires multilatérales ne sont pas nécessaires : chaque banque peut en effet rester libre de définir individuellement sa politique de tarification sur la face du marché sur laquelle elle est active.

Il a ensuite été procédé à l'analyse des commissions litigieuses afin de déterminer si elles comportaient un objet anticoncurrentiel.

L'Autorité a préalablement écarté l'argument des parties selon lequel elles n'avaient poursuivi aucun objectif anticoncurrentiel, en rappelant qu'à supposer même qu'il soit établi que les parties aient agi sans intention de restreindre la concurrence, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de l'article 81 du traité CE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce. En effet, la notion d'accord anticoncurrentiel par objet s'applique indépendamment de la circonstance éventuelle que les parties à l'accord n'ont pas eu l'intention, voire seulement la conscience, de violer les règles de concurrence. En effet, la preuve de l'intention de restreindre la concurrence n'est pas un élément nécessaire pour déterminer si un accord a pour objet une telle restriction.

Elle a aussi rappelé qu'un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il poursuit également d'autres objectifs légitimes, ces derniers ne pouvant, le cas échéant, être pris en considération qu'aux fins d'obtenir une exemption.

Enfin, pour constituer une infraction par objet, la pratique en cause doit permettre, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la concurrence. Ainsi, pour être qualifié de restriction de la concurrence par objet, il suffit qu'un accord soit susceptible de produire des effets négatifs sur le jeu de la concurrence. Tel est le cas d'un accord qui a pour conséquence évidente la fixation des prix. La question de savoir si et dans quelle mesure de tels effets se produisent réellement ne peut être prise en compte que lors de la fixation du montant de l'amende.

*La CEIC* était une commission interbancaire multilatérale d'un montant de 4,3 centimes d'euros versée par la banque remettante à la banque tirée à chaque remise de chèque interbancaire, appliquée de janvier 2002 à juillet 2007.

Cette commission était présentée par les banques comme ayant pour objet de compenser la perte de trésorerie engendrée par l'accélération du règlement interbancaire des chèques liée à la dématérialisation, au détriment des banques tirées. Débitées plus tôt, ces dernières perdent en effet la possibilité de placer pour leur compte aussi longtemps qu'auparavant les sommes correspondant aux chèques émis par leurs clients. À l'inverse, les banques remettantes, créditées plus tôt,

peuvent placer pour leur compte plus rapidement qu'auparavant les sommes correspondant aux chèques déposés par leurs clients.

La CEIC ne constituait donc pas une rémunération versée aux banques tirées en contrepartie d'un service rendu, mais un transfert de revenus afin de partager les conséquences financières de l'accélération de l'échange des chèques permise par la dématérialisation du système.

Pour procéder à l'analyse de l'objet de la CEIC, l'Autorité a examiné les restrictions de la concurrence sur le marché de la remise de chèques et sur le marché de l'émission de chèque et a constaté qu'elle avait bien une influence potentielle sur le niveau des prix finaux et donc, par nature, la capacité de restreindre la concurrence tarifaire.

En effet, la création de la CEIC a introduit un élément de coût uniforme pour les banques remettantes, leur faisant subir une hausse artificielle nouvelle de leurs charges d'exploitation pouvant les amener à limiter l'offre de remise de chèques et à augmenter les prix finaux, y compris indirectement, dans le cadre de leur offre globale de services bancaires, *via* un système de subventions croisées.

Sur ce point en particulier, l'Autorité a rappelé que le libellé de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE ne permet pas de considérer que seuls seraient interdits les accords ayant un effet direct sur les prix finaux. Mais, en l'espèce, il résultait en tout état de cause du dossier que certaines des banques considéraient que la CEIC avait bien vocation à être répercutée sur les clients remettants.

Quant au marché de l'émission de chèques, l'Autorité a observé que la CEIC a généré une hausse de revenu artificielle pour les banques tirées, puisqu'elles ont perçu un revenu qui ne leur était pas attribué par le marché, mais par un accord interbancaire, d'où un effet potentiel sur la formation des prix finaux, en violation du principe de libre formation des prix par le jeu du marché.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté que la CEIC visait à réguler l'utilisation des différents moyens de paiement de façon à éviter que le passage à l'EIC ne favorise l'utilisation du chèque au détriment d'autres moyens de paiement moins chers en termes de coût de traitement pour le secteur bancaire et plus sécurisés, et ce en introduisant un élément de coût artificiel pour chaque opération de remise de chèque. Or, elle considère que si l'objectif d'optimisation de l'utilisation des différents moyens de paiement, par la création d'incitations à l'égard des acteurs économiques apparaît légitime, les banques ne pouvaient toutefois pas, à cette fin, se réunir dans un cadre multilatéral pour instaurer une commission interbancaire uniforme sans restreindre la concurrence. En revanche, chaque banque était libre de choisir des instruments pour réguler de façon individuelle l'utilisation par ses clients des différents moyens de paiement *via* une tarification reflétant les coûts réels d'utilisation du service de chèques.

Au vu de l'ensemble de ces éléments l'Autorité a donc qualifié la CEIC de restriction de la concurrence par objet (pour l'examen des justifications données à ce mécanisme, voir *infra* chapitre «*Exemption*»).

Les autres commissions reprochées étaient huit commissions multilatérales pour services connexes (CSC), créées afin de rémunérer les services nouvellement rendus par une catégorie de banques à une autre et de compenser les transferts de charges résultant de la dématérialisation du système d'échange des chèques.

L'Autorité a constaté que le montant de chacune de ces commissions avait été fixé d'un commun accord à un niveau unique, identique d'une banque à l'autre, donc sans tenir compte des coûts propres de chaque banque, sauf à considérer que toutes les banques avaient le même profil de coûts, ce qui n'était d'ailleurs pas soutenu par les parties. Ainsi, la création de ces CSC a substitué à des profils de coûts diversifiés une charge financière uniforme, commune à toutes les banques, pour chaque service connexe.

Elle a donc estimé que l'accord multilatéral ayant limité la liberté des banques de déterminer de manière indépendante et individuelle le niveau des CSC en fonction de leurs coûts et, indirectement, les prix et autres conditions des services fournis à leurs clients, comportait un objet restrictif de la concurrence, étant précisé que c'est au stade de l'exemption éventuelle de cet accord que peut être pris en compte l'argument selon lequel un cadre multilatéral était nécessaire pour prévenir les difficultés à conduire des négociations bilatérales sur chaque commission (voir *infra* chapitre «*Exemptions*»).

### *Entraves à l'accès au marché*

#### *Accès à un groupement*

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté notamment à mettre en œuvre des conditions d'accès audit groupement présentant un défaut d'objectivité, de transparence et ayant un caractère discriminatoire, et qui ont pour objet ou qui ont pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché de taxis sur Amiens.

Ces pratiques comportaient la reproduction d'un schéma déjà observé, par lequel un groupement de taxis, comprenant la grande majorité des détenteurs de licence sur la même zone géographique, tente de restreindre la concurrence à la fois entre ses membres et vis-à-vis des exploitants non adhérents, le plus souvent par le biais de clauses restrictives d'adhésion et d'exercice prévues par ses statuts.

En l'espèce, en particulier, un droit d'entrée discriminatoire de 25 000 euros, sans aucun fondement objectif, était imposé aux taxis qui n'avaient pas racheté leur licence auprès d'un membre du GIE, ce qui ne pouvait que décourager les candidats taxis de racheter la licence d'un taxi n'ayant pas accès aux courses du GIE. En outre, l'accès ou l'exclusion du GIE pouvait être décidé sans motivation et reposait en réalité sur des motifs dépourvus d'objectivité et de justification.

L'Autorité a rappelé la jurisprudence constante sur les conditions d'adhésion à une association professionnelle, qui peuvent porter atteinte à la libre concurrence si cette adhésion est une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage concurrentiel et si ces conditions d'adhésion sont définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire ; elle a constaté en

l'espèce, que l'adhésion à ce GIE était de nature à constituer, compte tenu de sa prédominance sur le secteur des taxis à Amiens, une condition essentielle d'accès au marché, si bien que les pratiques reprochées pouvaient faire obstacle à l'accès d'un nouvel entrant sur le marché concerné.

Dans cette affaire, l'Autorité a également sanctionné diverses pratiques visant à empêcher les membres du GIE de développer ou d'acquérir une clientèle propre.

### *Boycott*

Dans une décision **10-D-11**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) pour avoir incité au boycott des opticiens membres du réseau Santéclair.

Ce dernier, dont l'activité consiste à mettre en relation des assureurs et des professionnels de santé, avait mis en place une initiative visant, sous certaines conditions, à la délivrance sans ordonnance de lunettes de vue de renouvellement pour les personnes de plus de 16 ans, associée à un meilleur remboursement pour l'assuré. En réponse, le SNOF avait diffusé, de décembre 2003 à avril 2004, des circulaires et des courriers exerçant une pression sur les opticiens membres du réseau pour qu'ils quittent le partenariat Santéclair, ou, à tout le moins, pour qu'ils ne participent pas à l'initiative de celle-ci visant le renouvellement des lunettes de vue. Le SNOF avait aussi incité ses membres à avertir les patients des risques qu'ils encouraient pour leur santé à traiter directement avec les opticiens sans passer par une visite chez l'ophtalmologiste.

Ces pratiques ont été considérées par l'Autorité comme un boycott, défini par la Cour de cassation comme « *une action délibérée en vue d'évincer un opérateur de marché* » (Cass. com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048).

Le SNOF a fait valoir que les pratiques reprochées ne pouvaient être qualifiées de boycott dans la mesure où elles avaient des motifs légitimes d'information du public sur les dangers qu'aurait représentés l'initiative de Santéclair pour la santé publique, ainsi que d'information des opticiens agréés sur les risques d'exercice illégal de la médecine encourus, dès lors que ces derniers se conformeraient aux prescriptions de Santéclair.

L'Autorité a écarté cet argument au motif qu'en admettant même que l'initiative de Santéclair ait été contraire aux dispositions du Code de la santé publique « *cela n'autorisait pas un appel au boycott, pratique anticoncurrentielle elle-même illégale. Seules des actions en justice auprès des juridictions compétentes ou un rapprochement avec les autorités de tutelle auraient pu se justifier* ». En effet le fait d'agir en justice est l'expression d'un droit fondamental, spécialement reconnu par l'article L. 411-11 du Code de travail aux organisations syndicales et, dès lors, l'action en justice d'une organisation professionnelle ne peut être considérée comme constituant, en elle-même, une action concertée anticoncurrentielle (voir décisions 94-D-18, 8 mars 1994 et 09-D-07, 12 février 2009).

En l'espèce, les pressions du SNOF ont conduit un certain nombre d'opticiens à résilier leur convention de partenariat avec Santéclair et ont freiné la dynamique

de développement de ces réseaux agréés pourtant favorables à la concurrence et aux intérêts des patients.

### *Accords de normalisation*

Dans une décision **10-D-20**, l'Autorité a accepté les engagements des sociétés de traitement de coupons de réductions HighCo et Sogec et de l'association de distributeurs Perifem, auxquelles étaient reprochées des pratiques d'exclusion découlant d'un accord de normalisation pour l'adoption du format Webcoupon, susceptible de restreindre la concurrence de manière sensible sur les marchés de l'émission et de la diffusion des e-coupons.

L'Autorité a rappelé que les autorités de concurrence se montrent généralement favorables aux accords de normalisation qui, par leur nature même, facilitent en principe le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre. La normalisation tend, en effet, de manière générale, à renforcer la concurrence et à permettre d'abaisser les coûts de production et de vente au bénéfice de l'ensemble des économies. Cependant, elle fournit également aux entreprises un « forum » où débattre de l'exclusion de certains produits ou technologies d'un marché et comporte ainsi également un risque d'effet anticoncurrentiel.

Afin de déterminer si de tels accords restreignent ou non la concurrence, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les parties restent libres de développer d'autres normes ou d'autres produits ne respectant pas la norme faisant l'objet de l'accord.

En l'espèce, l'Autorité constate que le format Webcoupon a été conçu comme la norme de sécurisation applicable à tous les e-coupons émis sur le territoire français; les distributeurs et les annonceurs ont été invités à porter leur choix sur le format Webcoupon à l'exclusion des autres formats, par une communication qui a pu leur faire croire qu'ils s'exposaient à ne pas être remboursés des sommes avancées lors de l'acceptation en caisse d'e-coupons non Webcoupon. Elle relève également que Perifem a largement contribué à la validation de ce format par les distributeurs en diffusant toutes les informations pertinentes à ses adhérents et en amenant certains d'entre eux à signer une lettre d'engagement dans laquelle ils reconnaissaient que le format Webcoupon « normalisait efficacement » les e-coupons, mais a refusé d'apporter une assistance comparable aux autres opérateurs du secteur pour les fins de la validation d'un format alternatif.

L'Autorité en conclut que les comportements en cause pourraient conduire à introduire progressivement, à la fois vis-à-vis des annonceurs en amont, au stade de l'émission des e-coupons, mais aussi vis-à-vis des distributeurs en aval, au stade de l'acceptation des e-coupons, le format Webcoupon, comme unique format permettant de garantir la sécurisation et par là, la compensation des e-coupons présentés en caisse, alors que d'autres formats pourraient très vraisemblablement apporter le même niveau de garantie et que HighCo et Sogec semblent refuser à d'autres la possibilité d'émettre des Webcoupons dans des conditions satisfaisantes. Les effets de ces comportements sont susceptibles de conduire, sur un marché naissant, à l'éviction d'opérateurs proposant d'autres formats d'e-coupons et pourraient être difficilement réversibles.

### *Répartition du marché*

Dans la décision **10-D-13**<sup>85</sup>, l'Autorité a sanctionné des ententes de partage de clientèle et de partage de capacité commises par des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre.

En premier lieu, l'Autorité a constaté l'existence d'une entente de partage de clientèle entre les sociétés Perrigault et TPO, résultant notamment d'une application anticoncurrentielle d'une clause de non-concurrence, contenue dans l'accord fondateur de l'entreprise TPO, qui aboutissait à restreindre l'activité commerciale de TPO à l'égard des autres terminaux du port du Havre et ainsi à limiter la concurrence entre manutentionnaires au détriment des armateurs.

En 2004, Perrigault et l'armateur APMM avaient décidé de constituer une société commune, TPO, en vue de l'exploitation d'un poste de manutention à « Port 2000 ». APMM s'était engagé auprès de TPO à garantir au terminal un apport minimum d'activité en volume. Une clause de non-concurrence prévoyait que TPO et Perrigault s'interdisaient de s'intéresser à leurs clientèles respectives. Alors qu'il était prévu que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et qu'elle pourrait notamment « offrir ses services à des compagnies maritimes tierces », Perrigault et TPO ont ensuite décidé de faire une application extensive de la clause de non-concurrence en interdisant à TPO de contracter avec tout autre client qu'APMM. De ce fait, TPO s'est ainsi interdit de concurrencer les autres terminaux existants du port du Havre, ce qui a privé les armateurs d'une solution alternative à l'offre des manutentionnaires en place.

L'Autorité a rappelé que, si, dans leur principe, les clauses de non-concurrence ne sont pas en elles-mêmes illicites, elles peuvent être contraires aux articles L. 420-1 du Code de commerce et 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, si elles s'avèrent disproportionnées dans leur champ ou leur durée à l'objectif qu'elles poursuivent ou encore si leur application concrète conduit à porter une atteinte excessive à la concurrence.

En l'espèce, si la clause de non-concurrence conclue entre Perrigault et TPO pouvait être considérée comme directement liée et nécessaire à la réalisation de l'opération de création de la filiale commune TPO, l'interprétation qui en a été donnée par les parties lui a conféré un champ d'application manifestement disproportionné par rapport à l'objet visé initialement puisqu'elle a abouti à couvrir la clientèle d'autres terminaux actifs au port du Havre. Perrigault était certes en droit de protéger son fonds de commerce, mais ne pouvait étendre cette protection à une clientèle qui ne lui était ni propre, ni personnelle ; elle ne pouvait donc intégrer, dans le champ d'application de la clause de non-concurrence, la totalité de la demande d'un armateur donné, dès lors qu'un de ses navires ou conteneurs avait fait l'objet d'une escale sur un terminal de Perrigault, et de façon plus générale, la clientèle d'autres terminaux actifs au port du Havre.

<sup>85</sup>. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

L'Autorité a conclu qu'une telle interprétation de la clause de non-concurrence conduisait à organiser une répartition de clientèle en vertu de laquelle il était interdit à TPO de concurrencer tout manutentionnaire au port du Havre, faisant disparaître toute pression concurrentielle de la part de TPO sur le port du Havre. L'application de cette clause, disproportionnée par rapport à ses objectifs, caractérisait donc, selon la décision, l'objet anticoncurrentiel de l'entente.

Il a par ailleurs été constaté que, contrairement aux allégations des parties, l'application extensive de la clause de non-concurrence avait eu des effets avérés en empêchant TPO de contracter librement avec des clients potentiels, cette société n'ayant effectivement pas pu donner suite à des sollicitations commerciales provenant de clients tiers.

Dans la même décision, l'Autorité a également sanctionné une entente de partage de capacité entre trois entreprises qui s'étaient coordonnées afin de se partager des postes à quai en construction dans le cadre de l'extension du port du Havre. Ces pratiques étaient intervenues dans le cadre du projet « *Port 2000* », qui devait permettre l'extension des infrastructures du port du Havre par la construction de nouveaux postes à quai sur lesquels des sociétés de manutention effectuant le chargement et le déchargement des marchandises des navires ont vocation à exercer leur activité.

Sous l'égide du port du Havre, les manutentionnaires s'étaient ainsi réunis à trois reprises en 2006 pour s'entendre sur la répartition entre eux des postes à quai disponibles, dans le cadre de réunions, d'ailleurs baptisées « *Yalta* » par certains participants.

Aux termes de l'analyse des comptes rendus de ces réunions et des éléments du dossier, l'Autorité a constaté que les discussions tenues au cours de ces réunions ne s'étaient pas cantonnées, comme le prétendaient les parties, aux questions de « *ripage* » dans l'espace portuaire (c'est-à-dire au décalage vers l'ouest des terminaux) mais qu'elles avaient eu principalement pour objet l'affectation de l'ensemble des postes à quai de Port 2000. Les opérateurs s'étant entendus sur la capacité qui devait leur être affectée, alors même qu'ils étaient normalement placés en situation de concurrence pour l'obtention de celle-ci ; les réunions revêtaient donc un objet anticoncurrentiel.

L'Autorité a écarté l'objection des parties, selon laquelle l'entente ne pouvait être constituée dès lors qu'elles n'avaient aucun pouvoir de décision en la matière puisque la répartition d'autorisations d'occupation de postes à quai ne relève que du port ; en effet, en l'espèce, ce qui était reproché aux entreprises n'était pas de s'être réparti dans les faits les autorisations d'occupation du domaine public portuaire mais d'avoir coordonné leurs offres en vue de l'attribution de ces autorisations.

Les standards de preuve d'adhésion à une entente en cas de participation à des réunions à objet anticoncurrentiel ont été rappelés à cette occasion<sup>86</sup>.

<sup>86</sup>. Voir aussi décision 10-D-39 du 22 décembre 2010.

En droit communautaire, l'adhésion d'une entreprise à une entente est démontrée par sa participation à une ou plusieurs réunions à objet anticoncurrentiel, à moins qu'elle ne s'en soit distanciée publiquement, sans qu'il soit besoin de constater la mise en œuvre effective des décisions prises au cours de ces réunions. L'absence de mise en œuvre est un élément à prendre en compte, non pas pour qualifier l'infraction, mais pour établir le montant de la sanction.

En droit national, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a distingué les situations dans lesquelles la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle et celles dans lesquelles l'entente est mise au point au cours de réunions informelles auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes. Dans le premier cas, il est considéré que le seul fait d'avoir participé à une réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle dont l'ordre du jour aurait dans les faits évolué vers un objet anticoncurrentiel ne suffit pas à caractériser l'adhésion des entreprises à l'entente puisque l'entreprise régulièrement convoquée n'est pas en mesure de connaître l'objet anticoncurrentiel de cette réunion. La preuve de l'adhésion à l'entente nécessite alors une preuve additionnelle, comme la diffusion de consignes arrêtées lors de la réunion, l'application de mesures concrètes décidées lors de celle-ci, ou la participation à une réunion ultérieure ayant le même objet anticoncurrentiel.

Dans toute autre situation, le standard de preuve applicable est identique à celui utilisé en droit communautaire. La participation à une seule réunion, même si elle est passive, suffit en effet à conforter le mécanisme de l'entente : d'une part, elle renseigne sur le comportement commercial que les autres acteurs ont décidé d'adopter sur le marché, alors que l'autonomie qu'exige la concurrence entre entreprises suppose que ces dernières restent dans l'incertitude sur la stratégie de leurs concurrents ; d'autre part, elle permet aux participants plus actifs d'escompter que l'absence d'opposition de l'entreprise ne viendra pas perturber le jeu collusif. Ces principes étant rappelés, l'Autorité a estimé, contrairement aux allégations des parties, que le standard de preuve applicable au cas d'espèce était celui du droit communautaire, les réunions litigieuses ayant été organisées par le port du Havre de manière ponctuelle et dans le seul but de permettre la mise en œuvre d'une concertation entre entreprises, et non dans le cadre statutaire d'organisations professionnelles.

L'Autorité a également démontré les effets anticoncurrentiels de ces pratiques, après avoir rappelé, à titre liminaire, que, s'agissant d'accords anticoncurrentiels par objet, cette analyse visait à la fixation du niveau de l'amende et non à la démonstration de l'existence des infractions, conformément à la jurisprudence nationale et communautaire.

À ce titre, elle a notamment considéré que l'entente de répartition de capacité en cause avait nécessairement affecté le jeu de la concurrence en ce qu'elle avait permis à tous les opérateurs membres de l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelles seraient les demandes de chacun lors du futur concours

pour l'attribution des postes à quai de Port 2000 ; en effet, du fait de l'entente, les entreprises mises en cause avaient cessé de déterminer leur politique commerciale de manière autonome sur le marché.

L'Autorité n'a cependant prononcé que des sanctions de principe pour tenir compte du fait que, d'une part, les effets réels de l'entente avaient été faibles dans la mesure où la mise en concurrence sur les attributions des capacités portuaires n'avait pas encore été réalisée et fera finalement l'objet d'une procédure d'attribution ouverte et transparente et, d'autre part, parce que les rencontres entre opérateurs concurrents ont été organisées par le port du Havre lui-même.

### 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 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 2010, l'Autorité n'a pas sanctionné en tant que tel l'effet cumulatif de contrats identiques.

#### *La méthode d'analyse des restrictions verticales*

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, auquel s'est désormais substitué le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, prévoyait une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE) 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 dépassait pas 30 %, et ce, sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeraient chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement).

L'article 5 de ce règlement ajoutait que n'étaient pas 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<sup>er</sup>, a) définissait une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer,*

*d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'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 [...]».*

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées reprend en grande partie celui de 1999, sous réserve de plusieurs modifications :

### *Champ d'application du règlement*

Alors que le règlement n° 2790/1999 s'appliquait à l'ensemble de la distribution, à l'exception du secteur de l'automobile, le nouveau règlement n° 330/2010 s'étendra à la distribution des véhicules automobiles neufs, après une période de transition de trois ans.

L'article 3, point 2 du nouveau règlement couvre les accords multipartites. Il vise en effet l'hypothèse où « une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord ». Dans ce cas, « la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché [de 30 %] [...], en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption [...] s'applique ».

Comme le précédent règlement, le nouveau texte couvre les dispositions contenues dans les accords verticaux concernant la cession à l'acheteur, ou l'utilisation par l'acheteur, de droits de propriété intellectuelle, lorsque ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services (art. 2, point 3). La définition du droit de propriété intellectuelle est cependant étendue au savoir-faire (art. 1<sup>er</sup>, point 1, f).

### *Modifications de fond*

Le nouveau règlement fait dépendre le bénéfice de l'exemption des parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur. Il suffit désormais que la part de marché de l'un des deux dépasse 30 % pour exclure le bénéfice de l'exemption par catégorie. Quant aux marchés à prendre en compte, l'article 3 précise qu'il s'agit de celui sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels, ainsi que celui sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels.

En outre, l'exemption dont bénéficiaient les accords verticaux entre concurrents, dès lors que le chiffre d'affaires de l'acheteur ne dépassait pas 100 millions d'euros, est abandonnée (voir art. 2, 4, a).

Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010, mais il prévoit une période de transition d'un an : « L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1<sup>er</sup> juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) n° 2790/1999 » (art. 9). Il expirera le 31 mai 2022.

L'Autorité a considéré que le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 constituait, dans le cadre de l'application du droit interne, un *guide d'analyse utile* (voir décision 00-D-82 du 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d'impulsion, confirmée en appel le 7 mai 2002).

Au cours de l'année 2010, elle n'a fait application ni de ce règlement ni du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010.

### *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 puis par le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, devenu l'article 101 du TFUE, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. 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*

L'Autorité n'a sanctionné, en 2010, aucune pratique de prix imposés dans les relations verticales.

#### *Les clauses d'exclusivité*

Une pratique décisionnelle abondante guide l'analyse de l'Autorité s'agissant des clauses d'exclusivité<sup>87</sup>.

Ainsi, les obligations d'exclusivité, qu'elles soient analysées sous l'angle des ententes ou des abus de position dominante, ne constituent pas des restrictions de concurrence *per se*, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas, par leur nature même, anticoncurrentielles. En effet, même si ce type d'obligations peut limiter les possibilités d'échanges pour des périodes plus ou moins longues et priver des entreprises tierces de l'accès à une source d'approvisionnement, l'exclusivité peut être porteuse de gains d'efficacité pour le marché en cause.

Dès lors, il convient de s'intéresser au contexte concurrentiel et de procéder à un examen circonstancié des contrats d'exclusivité, pour s'assurer que les clauses litigieuses n'instaurent pas en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché ; il convient donc d'examiner l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.

L'Autorité souligne que, par conséquent, l'examen du pouvoir de marché des parties, y compris lorsqu'une qualification d'entente est recherchée, constitue une

87. Voir not. le rapport du Conseil de la concurrence 2007, étude thématique.

étape préalable importante de l'analyse : la barrière à l'entrée sur le marché sera d'autant plus élevée que l'un ou l'autre des contractants, voire les deux, disposent de parts de marché élevées.

Dans la décision **10-D-17**, l'Autorité a considéré que l'entente reprochée, résultant d'un contrat d'exclusivité pour la mise à disposition d'espace commercial, conclu entre le Palais des sports de Grenoble-Isère et la société La Boule Obut, à l'occasion de championnats du monde de pétanque, n'était pas établie ; en effet, ce contrat n'était pas de nature à verrouiller le marché pertinent et n'avait ni pour objet ni pour effet la fermeture du marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétition de pétanque d'importance majeure en France.

En l'espèce, s'agissant du contexte concurrentiel, l'Autorité a constaté que la position de l'offreur de la prestation de service, à savoir le Palais des sports de Grenoble-Isère, sur le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion des compétitions de pétanque d'importance majeure, s'élevait à environ 25 % du marché et qu'en égard à cette part de marché relativement modeste, le contrat d'exclusivité ne pouvait en aucun cas provoquer un effet de verrouillage du marché pertinent.

L'Autorité a ensuite estimé que, même si l'exclusivité était absolue, le champ d'application de la clause demeurerait en réalité restreint puisque la société La Boule Obut ne bénéficiait d'une exclusivité que pour quelques manifestations ; la clause ne couvrait qu'une partie du marché pertinent et ne constituait donc pas un élément de verrouillage de ce marché.

Quant à la durée des accords d'exclusivité, elle ne dépassait pas un an et ne s'étendait à chaque fois que sur quelques jours consécutifs.

Dans la mesure où la portée et la durée des contrats d'exclusivité litigieux n'étaient pas de nature à verrouiller le marché, l'Autorité n'a pas examiné les autres critères d'appréciation, comme l'examen des justifications techniques ou économiques, qui ne trouve sa place que dès lors que l'accord est considéré comme restrictif de concurrence du fait de son objet ou de ses effets<sup>88</sup>.

Enfin, l'Autorité, au vu des ventes annuelles réalisées par les fabricants de boules de pétanque, a écarté également l'existence d'effets anticoncurrentiels des pratiques reprochées sur le marché connexe de la production et de la vente des boules de pétanque de compétition ; cette précision a été ajoutée car, dans le secteur du sport, le Conseil de la concurrence a déjà été conduit à considérer qu'un accès exclusif aux espaces commerciaux de manifestations sportives pouvait constituer une barrière à l'entrée significative sur le marché connexe de l'équipement sportif.

### **Exclusivité d'approvisionnement**

Les clauses indispensables à la mise en œuvre d'un accord de franchise, telles que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas

<sup>88</sup>. Voir article L. 420-4 du Code de commerce et article 101, § 3 du TFUE.

des restrictions de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE<sup>89</sup> et un certain contrôle sur la politique commerciale des franchisés peut être justifié à condition de ne pas excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ces objectifs.

Ces principes ont été rappelés dans la décision **10-D-12**, par laquelle l'Autorité de la concurrence a estimé que des clauses d'approvisionnement exclusif en savon imposées à des franchisés dans le secteur du lavage automobile par haute pression n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'Autorité constate en premier lieu que si l'exclusivité d'approvisionnement en savon était prévue explicitement dans les contrats de franchise élaborés jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2000, elle ne l'était pas dans les contrats ultérieurs. Dans ces derniers, la clause litigieuse ne faisait que subordonner à l'accord du franchiseur l'acquisition des produits directement nécessaires à la marche du centre auprès de fournisseurs autres que le franchiseur. Aucun élément du dossier n'indiquant que des franchisés aient été autorisés à s'approvisionner en savon auprès de tiers, l'Autorité estime que cette interdiction aux franchisés de s'approvisionner librement sur le marché, pourrait avoir des effets similaires à une obligation d'approvisionnement exclusif.

Estimant que le maintien de l'identité commune et de la réputation d'un réseau de franchise de lavage automobile suppose que le franchiseur puisse exercer un contrôle sur la formulation, la fabrication et la mise à disposition du savon auprès des centres de lavage, permettant de garantir que les clients disposent d'un produit de qualité homogène dans l'ensemble des centres de l'enseigne, l'Autorité retient en l'espèce qu'il n'est pas établi que la clause d'approvisionnement exclusif en savon imposée en l'espèce aux franchisés n'était pas indispensable à la mise en œuvre de l'accord de franchise.

Elle précise en outre que la circonstance que le savon fourni se soit révélé défectueux pendant une certaine période, nuisant ainsi à la réputation du réseau, ne saurait être prise en compte pour apprécier l'objet de la clause en litige au regard du droit de la concurrence, les arguments présentés par la saisissante sur ce point relevant d'un litige de droit privé.

### *Les restrictions accessoires*

La règle de raison, issue du droit américain, consiste à analyser concomitamment à l'examen de l'existence d'une restriction de concurrence des arguments, d'efficacité ou de contexte, pouvant aboutir à ne pas sanctionner une pratique au moins pour partie restrictive de concurrence, sans que l'examen d'une exemption soit nécessaire.

L'une de ses variantes, la théorie des restrictions accessoires est explicitement admise dans les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE (JOCE n° C 101, 27 avril 2004, § 28 à 31) ;

<sup>89</sup>. Voir CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia 161/84, *Rec.* p. 353, points 14 à 27.

elle est définie comme « toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée ».

L'existence de certains droits, contrats et formes de distribution, implique en effet par elle-même l'existence de restrictions. Il en est ainsi des restrictions attachées à l'existence même de droits de propriété industrielle (brevets, marques, savoir-faire), ou des clauses de non-concurrence pour une durée déterminée lors de la vente d'un fonds de commerce (en revanche, si la détention de tels droits n'est pas contraire au droit de la concurrence, leur mise en œuvre peut être appréhendée). Dans son arrêt M6 e. a. c/Commission du 18 septembre 2001, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a précisé la portée de la notion de restriction accessoire en droit de la concurrence qui « couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale » (T-112/99, Rec. p. II-2459, points 104 et s.). Les restrictions accessoires ne font pas l'objet d'un examen distinct de celui de l'opération principale au regard du droit de la concurrence. Ainsi, si l'opération principale ne restreint pas la concurrence, les restrictions accessoires à cet accord sont compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, du traité CE.

S'agissant de la condition relative au lien direct avec l'opération principale, le Tribunal indique qu'elle correspond à « toute restriction qui est subordonnée en importance par rapport à la réalisation de cette opération et qui comporte un lien évident avec celle-ci » (même arrêt, point 105). S'agissant de la condition relative au caractère nécessaire d'une restriction, le juge communautaire indique qu'il convient « de rechercher, d'une part, si la restriction est objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale et, d'autre part, si elle est proportionnée par rapport à celle-ci » (point 106). À cet égard, le Tribunal précise que « l'examen du caractère objectivement nécessaire d'une restriction par rapport à l'opération principale ne peut être que relativement abstrait. Il s'agit non pas d'analyser si, au vu de la situation concurrentielle sur le marché en cause, la restriction est indispensable pour le succès commercial de l'opération principale, mais bien de déterminer si, dans le cadre particulier de l'opération principale, la restriction est nécessaire à la réalisation de cette opération. Si, en l'absence de la restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation » (point 109).

Enfin, le Tribunal considère que « [d]ès lors qu'une restriction est objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale, il convient encore de vérifier si sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération. Si la durée ou le champ d'application de la restriction excèdent ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération, elle doit faire l'objet d'une analyse séparée dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3, du traité » (même arrêt, point 113 ; voir aussi sur ce point CJCE, 11 juillet 1985, Remia e. a. c/Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 20 et TPICE, 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening c/Commission, T-61/89, Rec. p. II-1931, point 78).

Il convient de préciser qu'il incombe aux entreprises mises en cause de démontrer qu'une restriction est directement liée et objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale (TPICE, M6 e. a. c/Commission, précité, point 122).

Dans la décision **10-D-28**<sup>90</sup>, relative à une entente dans le secteur bancaire, caractérisée par la mise en place de commissions interbancaires lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange images chèques, ci-après EIC), l'Autorité a fait application de cette jurisprudence et a considéré que les commissions en cause n'étaient pas objectivement nécessaires à la réalisation de l'opération principale que constituait la dématérialisation de la compensation interbancaire des chèques, contrairement à ce qu'alléguaient les parties. Les parties faisaient valoir que la commission d'échange image chèque (ci-après CEIC) et les commissions pour services connexes (ci-après CSC) reprochées constituaient des restrictions accessoires au passage à l'EIC. Selon elles, la dématérialisation des échanges de chèques, projet d'intérêt général, ne comportait en soi aucune restriction de concurrence et les commissions interbancaires lui étaient directement liées dès lors qu'elles ont été créées afin de compenser les charges financières supportées par les banques du fait du passage à ce système.

L'Autorité a cependant considéré que si la CEIC était directement liée à la mise en place du système dématérialisé d'échange des chèques, elle-même neutre au regard du droit de la concurrence, les parties ne démontraient pas que cette commission était objectivement nécessaire pour l'adoption du nouveau système, au sens de la jurisprudence communautaire précitée.

En effet, l'opération principale qu'il convenait d'apprécier en l'espèce pour examiner le caractère accessoire de la CEIC était la dématérialisation de la compensation interbancaire des chèques. Or, l'EIC pouvait être mis en place sans accélération des échanges interbancaires, et, partant, sans modification des équilibres de trésorerie, dès lors que la fixation de la date de règlement interbancaire relevait d'une libre décision des banques.

De même, les parties ne démontraient pas que les CSC étaient objectivement nécessaires pour l'adoption du nouveau système, au sens de la jurisprudence communautaire précitée : la rémunération des prestations rendues par les banques remettantes aux banques tirées dans le cadre d'un système de compensation dématérialisé, comportant le « *blocage* » physique des chèques au niveau de la banque remettante suivi de l'échange d'images chèques, pouvait, en principe, faire l'objet de négociations bilatérales.

Dès lors, l'Autorité a constaté que les commissions en cause ne pouvaient être considérées comme une restriction accessoire à l'EIC.

Les arguments des parties relatifs aux aspects proconcurrentiels et anticoncurrentiels de ces commissions (gains d'efficacité, économie de coûts...) ont fait quant à eux l'objet d'une analyse séparée au titre de l'exemption dans le cadre des articles

<sup>90</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

L. 420-4 du Code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE (voir *infra*, chapitre «*Exemptions*»).

### Restrictions accessoires à une opération de concentration

En droit interne, il n'existait jusqu'en 2009 aucune base juridique spécifique pour l'examen *a priori*, dans le cadre de l'approbation d'une opération notifiée à l'autorité de contrôle des concentrations, des restrictions considérées par les parties comme directement liées et nécessaires à l'opération de concentration. Ceci s'explique du fait que, à la différence de la Commission européenne, le ministre en charge de l'Économie, compétent pour autoriser les opérations de concentration jusqu'à l'entrée en vigueur le 2 mars 2009 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), n'était pas compétent pour apprécier la conformité de clauses contractuelles au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et 81 et 82 du traité CE, cet examen relevant de la compétence exclusive du Conseil de la concurrence.

Malgré cette absence de base juridique, le ministre de l'Économie a parfois fait application de la notion de restrictions accessoires, sur le modèle du régime prévu par le droit communautaire, en précisant si certaines clauses contractuelles devaient être considérées comme couvertes par la décision d'autorisation dès lors qu'elles étaient directement liées et nécessaires à l'opération de concentration. Il convient toutefois de relever que cette pratique ne revêt pas de caractère homogène, le ministre ne se prononçant pas toujours sur la couverture qu'il entendait accorder aux clauses notifiées, ou précisant que sa décision était sans préjudice d'un examen éventuel au titre de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Désormais, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations publiées le 16 décembre 2009, prévoient un examen des restrictions accessoires notifiées à l'occasion d'une opération de concentration selon des modalités inspirées du régime communautaire. En effet, 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 anticoncurrentielles 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.

De même qu'en droit communautaire, les entreprises peuvent dorénavant porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité, afin que cette dernière apprécie elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties. En l'absence de notification expresse, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-3 et suivants du Code de commerce, les entreprises peuvent soutenir devant l'Autorité, saisie *a posteriori* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'une clause contractuelle constitue une restriction accessoire à une opération de concentration précédemment autorisée par l'Autorité. Il revient alors

à l'Autorité d'apprécier le bien-fondé d'une telle qualification, au regard des critères dégagés par la jurisprudence communautaire.

Dans la décision **10-D-32**, relative à des pratiques d'exclusivité dans le secteur de la télévision payante, une situation articulant le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles antérieurement à 2009 a été analysée.

Les parties mises en cause alléguaient que les accords et clauses d'exclusivité litigieux constituaient des restrictions accessoires à l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal, et qu'ils avaient été couverts par la décision du ministère de l'économie d'autoriser l'opération de concentration.

L'Autorité a cependant écarté ce moyen ; elle a en effet constaté que la décision ministérielle d'autorisation de l'opération de concentration n'avait pas fait application de la théorie des restrictions accessoires et qu'en l'absence de qualification expresse dans les motifs de la décision, la seule circonstance que les clauses en litige aient été notifiées et examinées par le ministre ne permettait pas de les qualifier de restrictions accessoires.

Il a ensuite été relevé que cette circonstance n'empêchait cependant pas les parties de faire valoir que lesdites clauses constituaient des restrictions directement liées et nécessaires à l'opération de concentration devant l'Autorité de la concurrence saisie au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Dès lors, l'Autorité s'est attachée à apprécier le bien-fondé de cette thèse, conformément aux principes dégagés par la jurisprudence communautaire dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 du traité CE.

En l'espèce, l'Autorité a distingué entre deux séries de clauses d'exclusivités, certaines ayant été expressément notifiées au ministre et d'autres pas.

Les premières ayant été autorisées en tant que telles par la décision du 30 août 2006, et ayant créé des droits acquis, l'Autorité ne pouvait les remettre en cause sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE<sup>91</sup>.

En revanche, s'agissant des clauses d'exclusivité qui n'avaient pas été notifiées au ministre, l'Autorité a relevé que les entreprises mises en cause n'avaient pas démontré que les exclusivités consenties étaient objectivement nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration entre les sociétés TPS et Vivendi Universal. Elle a en effet rappelé la position de la Commission selon laquelle les exclusivités de fourniture ou d'achat consenties au profit du cédant ou de l'acquéreur ne sont pas susceptibles de constituer des restrictions accessoires à une opération de concentration.

<sup>91</sup> Ces clauses d'exclusivité et de non-concurrence ont été notifiées au ministre dans le cadre de l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal. Le ministre de l'Économie a autorisé la mise en œuvre de l'accord qui lui était soumis dans son intégralité, sans distinguer les clauses organisant le changement de contrôle du capital des sociétés des autres clauses des contrats notifiés. Ainsi, la décision ministérielle a accordé aux bénéficiaires le droit de mettre en œuvre les clauses d'exclusivité et de non-concurrence prévues par les accords notifiés au ministre. Partant, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'elle ne pouvait examiner ces clauses en application des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE, puisqu'elles avaient été autorisées par le ministre, et qu'une décision individuelle créatrice de droits ne peut être retirée au-delà du délai de quatre mois, nonobstant l'illégalité éventuelle de cette dernière (voir points 179 à 214).

## ***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 TFUE 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.

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 2010, l'Autorité, n'a pas eu à connaître de telles pratiques.

### **Les pratiques contribuant au progrès économique**

Le 3° de l'article 101 du TFUE dispose : « *Les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.»*

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent*

*aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause».*

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.

Pour apprécier si elle peut être exemptée sur le fondement de ces dispositions, les autorités de concurrence procèdent à une mise en balance des effets pro et anti-concurrentiels d'une restriction de concurrence.

Il résulte de la jurisprudence communautaire que la personne qui se prévaut des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies (voir CJCE, GlaxoSmithKline, précité, point 82 et CJCE, 11 juillet 1985, Remia e. a. c/Commission, 42/84, *Rec. p.* 2545, point 45). La Cour de justice a précisé que les éléments factuels invoqués par l'entreprise «*peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaite*» (CJCE, GlaxoSmithKline, précité, point 83; CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg Portland e. a. c/Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Rec. p.* I-123, point 279).

Dans la décision **10-D-13**<sup>92</sup>, l'Autorité a écarté l'exemption invoquée par les parties et a sanctionné quatre entreprises de manutention portuaire, les sociétés Perrigault, Terminal Porte Océane (ci-après TPO), Terminal Normandie MSC et Générale de manutention portuaire pour :

- d'une part, s'être coordonnées, pour trois d'entre elles – TPO, Terminal Normandie MSC et Générale de manutention portuaire –, afin de se partager des postes à quai en construction dans le cadre d'un projet d'extension de la capacité du port du Havre, baptisé «*Port 2000*» (entente de partage de capacité);
- et, d'autre part, s'être réparties, pour deux d'entre elles – Perrigault et TPO, cette dernière étant une entreprise commune, détenue à parts égales entre l'armateur APMM et Perrigault, constituée en vue de l'exploitation d'un poste de manutention à «*Port 2000*» –, la clientèle de la manutention portuaire (entente de partage de clientèle).

### *S'agissant de l'exemption de l'entente de partage des postes à quai (partage de capacité)*

Les parties faisaient valoir que l'entente qui leur était reprochée avait promu le progrès économique puisqu'elle aurait permis à l'établissement portuaire de

<sup>92</sup>. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

rechercher les garanties de volume nécessaires pour la «relance» de Port 2000. Il était également soutenu qu'une consultation individuelle des sociétés de manutention était impossible puisque la mise en œuvre du «ripage» des terminaux (c'est-à-dire leur décalage vers l'ouest) nécessitait l'accord de tous les opérateurs. L'Autorité a cependant considéré que les parties ne démontraient pas en quoi l'entente reprochée était nécessaire pour assurer le financement de la construction des derniers quais de Port 2000. En effet, la mise en œuvre du «ripage» constituait une question distincte de celle de l'affectation des postes à quai disponibles. En outre l'attribution des nouveaux postes à quai n'impliquait nullement une entente entre les opérateurs mais la transmission par chacun d'entre eux de sa demande d'attribution de postes à quai supplémentaires au GPMH<sup>93</sup>, chargé d'affecter ces postes selon des critères objectifs. Seule cette information, qui pouvait être obtenue sur une base bilatérale et individuelle, était nécessaire pour permettre à l'établissement portuaire de soumettre l'achèvement du projet Port 2000 à ses tutelles.

### *S'agissant de l'exemption de l'entente de partage de clientèle*

Pour mémoire, il était reproché aux sociétés Perrigault et TPO de s'être entendues pour avoir interdit à TPO de concurrencer les autres terminaux du Havre, notamment par le biais d'une application anticoncurrentielle d'une clause de non-concurrence contenue dans l'accord fondateur de TPO. En 2004, Perrigault et APMM avaient décidé de constituer une société commune, TPO, en vue de l'exploitation d'un poste de manutention à «Port 2000». APMM s'était engagé auprès de TPO à garantir au terminal un apport minimum d'activité en volume. Une clause de non-concurrence prévoyait que TPO et Perrigault s'interdisaient de s'intéresser à leur clientèle respective. Alors qu'il était prévu que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et qu'elle pourrait notamment «offrir ses services à des compagnies maritimes tierces», Perrigault et TPO ont ensuite décidé de faire une application extensive de la clause de non-concurrence en interdisant à TPO de contracter avec tout autre client qu'APMM. De ce fait, TPO s'est ainsi interdit de concurrencer les autres terminaux existants du port du Havre, ce qui a privé les armateurs d'une solution alternative à l'offre des manutentionnaires en place.

TPO soutenait que l'existence d'une clause de non-concurrence constituait une garantie indispensable, sans laquelle Perrigault n'aurait pas consenti à investir dans la création de l'entreprise commune; la clause de non-concurrence visait ainsi à protéger Perrigault de la concurrence de TPO. Néanmoins, l'extension de l'application de cette clause à la clientèle d'autres opérateurs que Perrigault et TPO, par son caractère disproportionné, n'était nécessaire ni pour protéger le fonds de commerce de Perrigault ni pour garantir la rentabilité de son investissement dans l'entreprise commune.

En outre, l'Autorité a relevé que les parties fondaient leur démonstration sur l'assertion, inexacte, que la rentabilité du terminal de TPO ne pouvait être atteinte

<sup>93</sup>. Grand port maritime du Havre, établissement public.

que par la manutention des seuls navires d'APMM, sans examiner l'impact des comportements effectivement relevés dans le dossier.

Ainsi, il a été considéré que les conditions prévues aux articles L. 420-4 du Code de commerce et 81, paragraphe 3, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE n'étaient pas remplies en l'espèce.

Dans la décision **10-D-28**<sup>94</sup>, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a sanctionné onze banques pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques (système appelé échange images chèques, ci-après EIC), et pour avoir appliqué deux autres commissions interbancaires pour services connexes (ci-après CSC). Les banques mises en cause se prévalant de l'exemption, l'Autorité a analysé séparément la commission à fin d'indemnisation qu'était la CEIC et les diverses commissions pour services rendus qu'étaient les CSC.

En ce qui concerne la CEIC, l'Autorité a examiné son caractère exemptable au regard des deux premières conditions prévues par les articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 du traité CE et a considéré que, si l'accord des banques ayant permis le passage à l'EIC avait contribué à la réalisation d'un progrès économique, à savoir la mise en place d'un système dématérialisé d'échange des chèques, les parties ne démontraient cependant pas que l'instauration d'une commission telle que la CEIC était nécessaire pour obtenir la réalisation de ces gains d'efficacité. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner si les autres conditions de l'exemption prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et l'article L. 420-4 du Code de commerce sont remplies, cette pratique ne pouvait être exemptée sur le fondement de ces dispositions.

Dans un premier temps, l'Autorité a ainsi estimé qu'il était indéniable que le passage à l'EIC avait constitué un progrès technique et économique puisqu'il avait permis notamment l'amélioration des circuits de recouvrement, l'accélération des délais d'encaissement des chèques et la réduction des coûts de traitement, l'apparition de nouveaux services pour les clients.

Cependant, l'accord interbancaire ayant mis en place la CEIC n'étant qu'un composant de l'accord global relatif au passage à l'EIC, la question se posait de savoir si la CEIC avait contribué spécifiquement à l'obtention de l'ensemble des gains d'efficacité enregistrés avec le passage à l'EIC. L'Autorité a donc examiné, dans un deuxième temps le caractère indispensable de la restriction de concurrence résultant de l'instauration de la CEIC, cette dernière ne pouvant être exemptée que dans la mesure où les parties démontreraient qu'elle était nécessaire et proportionnée à la réalisation des gains d'efficacité évoqués précédemment.

Les parties faisaient notamment valoir que l'accélération des mécanismes de compensation interbancaire résultant de la mise en place de l'EIC entraînait

<sup>94</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

une modification des équilibres de trésorerie entre les banques remettantes et les banques tirées, au détriment de ces dernières. L'instauration d'une commission interbancaire venant compenser les pertes de trésorerie générées par l'accélération du traitement des chèques était selon elles nécessaire pour obtenir l'accord des banques majoritairement tirées, qui étaient perdantes du fait de l'accélération des échanges interbancaires, dès lors que l'unanimité des banques concernées était requise pour la mise en place de l'EIC.

L'Autorité s'est ici référée aux lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, précitées, qui précisent notamment que l'analyse du caractère indispensable des restrictions de concurrence doit être faite suivant un double critère : « *D'une part, l'accord restrictif proprement dit doit être raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité; d'autre part, chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité* » (point 73).

Au terme d'une analyse détaillée, l'Autorité a constaté qu'en réalité il n'était pas démontré par les parties qu'elles prévoyaient, à la date des négociations interbancaires, une perte nette du fait du passage à l'EIC ; elle a également établi que l'instauration d'une commission fixe à la transaction n'était en tout état de cause pas de nature à compenser les pertes de trésorerie invoquées, ce qui a été confirmé par un bilan économique du passage à l'EIC présenté pour chacune des banques. Enfin, elle a rappelé que la CEIC n'avait pas fait l'objet d'une révision à l'issue du délai de trois ans prévu par l'accord litigieux.

L'Autorité a conclu que les parties n'apportaient pas la preuve, qui leur incombait s'agissant de la justification d'une pratique constituant, comme en l'espèce, une restriction de concurrence par objet, que l'instauration d'un mécanisme de compensation, prenant la forme d'une commission interbancaire d'un montant fixe, payée à la transaction par la banque remettante à la banque tirée, était nécessaire pour fournir à l'ensemble des banques les incitations indispensables au passage à l'EIC. En ce qui concerne les CSC, elles ont fait l'objet d'un examen par l'Autorité au regard de chacune des quatre conditions prévues par les articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 du traité CE.

Il a été considéré qu'elles ont contribué au progrès économique que représente le passage à un système de compensation dématérialisé des chèques interbancaires. En effet, la dématérialisation du système de compensation entraînait la création de nouvelles charges pour les banques et supposait de compenser le transfert de certaines charges, auparavant assumées par les banques tirées, aux banques remettantes. Afin d'assurer le bon fonctionnement du système EIC, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre.

Par ailleurs, l'Autorité a estimé que le caractère indispensable des CSC était établi, puisque de telles commissions interbancaires fixes et multilatérales permettaient de garantir l'efficacité du système en évitant des centaines de milliers d'accords

bilatéraux et en rémunérant un service rendu correspondant à un coût fixe. Au final, il a été considéré que les CSC étaient raisonnablement nécessaires à la réalisation des gains d'efficacité qui en étaient attendus à l'exception des commissions AOCT (commissions sur annulation d'une opération compensée à tort). En effet, l'Autorité a observé que le caractère proportionné de ces dernières ne pouvait être démontré puisque leur montant avait été fixé selon des critères étrangers aux objectifs poursuivis par l'accord et sans référence objective au coût des services rendus.

L'Autorité a en outre considéré que les CSC devaient être regardées comme réservant une part équitable des gains d'efficacité qui en étaient attendus aux utilisateurs du système du chèque. En effet, il a été observé notamment que d'une part le montant des CSC (à l'exception des AOCT mentionnées *supra*) se fondait sur des critères objectifs et transparents et n'excédait pas le coût du service rendu, et, d'autre part, que les économies de coût de transactions bilatérales représentaient pour les consommateurs un gain probablement supérieur aux éventuels surcoûts liés à l'impossibilité pour la banque acquittant la commission multilatérale de fixer le prix de ses services en fonction de ses seuls coûts individuels, lorsqu'ils sont inférieurs au niveau de la commission.

Enfin, l'Autorité a observé que la concurrence entre les banques n'avait pas été éliminée sur les marchés de l'émission et de la remise de chèques par l'instauration des CSC. En effet, ces dernières ne réglaient pas directement les relations entre les banques et leurs clients et les banques restaient libres de déterminer les modalités et le niveau de rémunération qu'elles réclamaient à leurs clients pour les services d'émission et de remise de chèques; les banques acquittant les commissions restaient libres de répercuter en tout ou partie les frais correspondant aux CSC sur leurs clients, et pouvaient se concurrencer sur les autres éléments de tarification des services d'émission et de remise du chèque.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a conclu que les CSC pouvaient bénéficier de l'exemption prévue par les articles 81, paragraphe 3, du traité CE et L. 420-4 du Code de commerce, à l'exception des commissions AOCT, les banques n'ayant pas démontré que leur montant était proportionné à la réalisation des gains d'efficacité attendus.

### Pratiques abusives

Aux termes de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

*« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

*Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :*

*a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*

- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

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. »*

Il résulte d'une pratique décisionnelle constante 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.

### ***Abus de position dominante***

L'application de l'article L. 420-2, premier alinéa, du Code de commerce, relatif aux abus de position dominante, de même que celle de l'article 102 du TFUE, se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un deuxième temps 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 (10-D-02; 10-D-39).

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.

Ainsi, afin de constater la probable position dominante d'EDF sur le marché de la production et de la fourniture d'électricité, l'Autorité a notamment relevé que l'opérateur historique fournit l'électricité des clients résidentiels bénéficiant des tarifs réglementés en situation de quasi-monopole (10-D-14).

De même, l'Autorité a rappelé que dans la mesure où les auteurs d'œuvres télévisuelles, pour récupérer leurs droits télévisuels, n'ont pas, en réalité, d'autre choix que d'adhérer à la SACD, cette dernière se trouve en monopole de fait sur le marché de la gestion des droits des œuvres télévisuelles (10-D-34).

#### 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. Une part de marché correspond à la part des ventes réalisée par chacun des fournisseurs sur le marché en cause (10-D-17).

Il ressort de la jurisprudence des juridictions communautaires et nationales que des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. À cet égard, l'Autorité a rappelé qu'en vertu de la jurisprudence communautaire, des parts de marché de plus de 50 % constituent des parts de marché extrêmement élevées permettant de présumer l'existence d'une position dominante

**(10-D-39).** De même, le juge de Luxembourg considère que la baisse des parts de marché au cours de la période concernée par les pratiques n'exclut pas l'existence d'une position dominante, la réduction de parts de marché encore très importantes ne pouvant constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante **(10-D-32)**.

Afin de déterminer l'existence d'une éventuelle position dominante de la société Aventis (devenue Sanofi-Aventis) sur les marchés des héparines à bas poids moléculaire, commercialisées à l'hôpital et en ville pour un traitement préventif, l'Autorité a relevé que cette entreprise détenait :

- sur le marché de l'hôpital, des parts de marché de 55 à 60 % en volume en 2000, qui ont cru constamment durant la période couverte par les faits pour dépasser 70 à 75 % en 2004 et alors qu'ont déchu les parts de marché de son concurrent immédiat ;
- sur le marché de ville, des parts de marché de 50 à 55 % en volume en 2001, qui ont connu une croissance régulière pour dépasser 60 à 65 % en 2004, alors que, sur ce marché comme sur le précédent, les parts de marché de son concurrent immédiat ont déchu sur la même période **(10-D-02)**.

L'Autorité a considéré qu'EDF est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients finals petits professionnels ayant exercé leur éligibilité dans la mesure où l'opérateur historique fournit environ 65 % des volumes livrés à ces consommateurs **(10-D-14)**.

Dans une décision 10-D-17, l'Autorité a relevé que la société La Boule Obut se trouvait en position dominante sur le marché des boules de pétanque de compétition à l'époque de la commission des pratiques, notamment en ce qu'elle détenait 80 % de parts de marché dans ce secteur **(10-D-17)**.

L'Autorité a considéré, pour caractériser la position dominante du groupe Canal Plus sur le marché aval de la distribution de services linéaires de télévision payante de 2006 à 2008, le maintien de parts de marché extrêmement élevées (plus de 50 %) et plus de trois fois supérieures à celles de son premier concurrent **(10-D-32)**.

D'autres éléments que les parts de marché fournissent également à l'Autorité une information utile lors de l'examen du pouvoir de marché d'une entreprise. L'Autorité tient compte d'autres facteurs permettant à l'entreprise, sur un marché donné, de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et des consommateurs, sans tenir compte des contraintes concurrentielles que ces agents économiques tenteraient d'exercer et sans que cette attitude lui porte préjudice **(10-D-02; 10-D-12; 10-D-32)**.

Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, l'Autorité a constaté l'existence d'une position dominante de la société Sanofi-Aventis sur le marché du préventif en ville, en se fondant notamment sur les circonstances que :

- Aventis (puis Sanofi-Aventis) tire avantage d'indications thérapeutiques que ne possèdent pas ses concurrents ;

– sur ce marché, il n'existe pas de contre-pouvoir de la demande, cette dernière étant constituée des pharmacies d'officine.

Examinant la position de cette société sur le marché du préventif à l'hôpital, l'Autorité, bien que laissant la question de la qualification de la position de la société Sanofi-Aventis ouverte, a relevé qu'il existe un contre-pouvoir de la demande sur ce marché dans la mesure où les acheteurs – hôpitaux, cliniques, groupes hospitaliers, groupements d'hôpitaux –, ont un pouvoir de négociation certain, facilité par l'abondance de l'offre de produits substituables **(10-D-02)**.

De même, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat dans le secteur du nettoyage automobile haute pression, l'Autorité a estimé qu'outre ses faibles parts de marché, la société Hypromat ne bénéficiait d'aucun avantage concurrentiel particulier et qu'aucun élément ne permettait d'estimer que la structure du marché du lavage automobile la placerait en situation de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises **(10-D-12)**.

De manière analogue, l'Autorité a confirmé l'appréciation de la position dominante de la société La Boule Obut sur le marché des boules de pétanque de compétition en relevant, notamment, que cette entreprise possède une grande notoriété vis-à-vis des acteurs du secteur de la pétanque et a des liens contractuels et commerciaux avec d'autres fabricants de boules de pétanque de compétition **(10-D-17)**.

L'Autorité a caractérisé la position dominante de France Télécom sur le marché des services de capacité en 2004 en se fondant non pas sur les seules parts de marché de l'opérateur historique, mais également sur la présence de barrières à l'entrée économiques, structurelles et durables sur ce marché. Ces barrières peuvent être observées sur la boucle locale en cuivre, dont France Télécom est propriétaire, ainsi que sur les boucles locales optiques et les fourreaux de génie civil pour l'accès aux sites clients, dans la mesure où ces dernières ne peuvent être aisément dupliquées de manière rentable par les opérateurs entrants en dehors des zones très denses **(10-D-31)**.

De même, l'Autorité, pour caractériser la position dominante du groupe Canal Plus sur le marché aval de la distribution des services linéaires de télévision payante a retenu, outre les parts de marché élevées du groupe, sa capacité à maintenir des prix supérieurs à ceux de ses concurrents et à reconduire de multiples contrats de distribution en exclusivité **(10-D-32)**.

Enfin, dans une décision 10-D-39, l'Autorité a constaté la position dominante de la société Sodilor sur le marché de la fourniture d'équipements de sécurité et de balisage en matière plastique en se fondant non sur la seule part de marché de cette dernière, estimée à plus de 50 %, mais aussi sur le nombre relativement important de marchés publics qu'elle a remportés et son appartenance à un groupe présent dans la signalisation routière verticale et horizontale. L'Autorité a eu, une nouvelle fois, recours à ce critère dans la même décision pour retenir la position dominante de 3M France sur le marché de la fourniture des films plastiques rétro réfléchissants destinés à la fabrication de panneaux de signalisation verticale **(10-D-39)**.

## 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. En effet, en présence de deux marchés distincts, il est nécessaire de tenir compte du lien de connexité pouvant exister entre eux. Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de la fourniture de gaz, l'Autorité a démontré l'existence d'un lien de connexité entre le marché du gaz et celui de la fourniture d'énergie réservée au chauffage **(10-D-19)**.

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, l'Autorité s'est interrogée sur l'existence d'un lien de connexité entre le marché du préventif à l'hôpital et le marché du préventif en ville sur lequel la société Aventis dispose d'une position dominante à partir de 2001. Cette société aurait pu exercer le pouvoir de marché qu'elle détient sur le marché du préventif en ville pour commettre un abus sur le marché du préventif à l'hôpital. Cette circonstance peut, tout particulièrement dans le secteur des médicaments, être renforcée par l'existence d'un « *effet source* » selon lequel le lien de connexité entre les marchés de la ville et de l'hôpital résulterait du fait que les héparines qui sont prescrites initialement à l'hôpital sont prescrites ensuite en ville quand le patient a regagné son domicile. Cet « *effet source* » renforcerait l'incitation pour les laboratoires pharmaceutiques à être présents sur le marché du préventif à l'hôpital afin de l'être sur le marché du préventif en ville. Toutefois, l'Autorité a observé qu'en l'espèce, quelle que soit l'incidence de l'effet source, il reste possible pour un opérateur de développer son activité sur le marché du préventif en ville indépendamment de sa présence sur le marché du préventif à l'hôpital. L'Autorité a ainsi relevé qu'une société concurrente de la société Sanofi a gagné des parts de marché en ville tout en étant peu présente sur le marché de l'hôpital, voire quasiment absente **(10-D-02)**.

Enfin, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, l'Autorité a considéré qu'il ne peut être exclu qu'il puisse exister un lien de connexité entre les marchés de la production et de la fourniture d'électricité dominés par EDF, et le marché de la fourniture et l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz. L'Autorité a ainsi relevé que l'image de service public attachée au caractère de monopole public historique dont dispose EDF est de nature à favoriser le choix de sa filiale comme contractante par les producteurs de biogaz. De plus, EDF est acheteur de l'électricité produite à partir de la valorisation du biogaz et sa filiale, ERDF, effectue le raccordement au réseau électrique des installations de production d'électricité à partir du biogaz. Enfin, EDF, *via* sa filiale EDF EN intervient dans la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables **(10-D-14)**.

### *Situation non constitutive d'une position dominante*

Dans une décision 10-D-12, l'Autorité a constaté que les parts de marché détenues par la société Hypromat sur le marché du nettoyage à haute pression auraient été comprises en 16,9 et 23 % pendant la période incriminée, niveau qui ne saurait suffire, à lui seul, à caractériser l'existence d'une position dominante de cette entreprise sur le marché concerné (10-D-12).

De même, dans une décision 10-D-17, l'Autorité a estimé que le Palais des sports de Grenoble-Isère ne détenait pas de position dominante sur le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure dans la mesure où cette entreprise, sur les années 2002, 2004 et 2006 n'a détenu qu'une part de marché maximale de 25 %, cette part étant réduite à 0 % en 2003 et 2005, années pendant lesquelles les championnats étaient organisés hors de France (10-D-17).

Enfin, dans une décision 10-D-37, l'Autorité a relevé que la société UCB disposait, sur les marchés concernés, de parts considérablement inférieures à celles de son concurrent direct, et ne se trouvait dès lors pas en situation de position dominante (10-D-37).

### *L'appréciation de la position dominante collective*

Pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il convient d'établir que les entreprises « *ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir pour adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* » (CJCE, 31 mars 1998, Kali & Saltz, C-68/94 et C-30/95; TPICE, 25 mars 1999, Gencor, T-102/96).

L'existence d'une position dominante collective peut résulter de l'existence de liens structurels, tels que des liens en capital ou des accords formalisés entre les entreprises. Il convient alors de démontrer que ces dernières ont adopté une ligne commune d'action sur le marché (CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge, C-395/96; TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar, T-228/97; Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-17.699, Total Réunion Comores; CA Paris, 30 octobre 2001, OMVESA; CA Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé).

En l'absence de tels liens, la seule structure du marché peut également permettre de mettre en évidence une position dominante collective dès lors que les critères cumulatifs dégagés par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'arrêt *Airtours* du 6 juin 2002 sont réunis, à savoir la structure oligopolistique, la transparence du marché concerné, la possibilité de représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et la non-contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle.

Dans une affaire 10-D-36, l'Autorité a considéré que le critère de non-contestabilité faisait défaut dans le cas des fournisseurs de GPL conditionné. Ces derniers, bien que se trouvant en situation d'oligopole, ont été confrontés à la concurrence des enseignes de la grande distribution dans la mesure où l'énergie faisait partie

des axes prioritaires de ces dernières dans le cadre de la diversification de leurs activités et que celles-ci se sont lancées dans l'activité de distribution de carburants sur marque propre, dont la gestion a été confiée à des filiales détenues à 100 %. La distribution de bouteilles de gaz leur est apparue comme un objectif naturel **(10-D-36)**.

### **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 TFUE. 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'abus au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 du TFUE, 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.

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. Enfin, l'Autorité peut constater l'abus sans procéder à une évaluation quantitative du désavantage concurrentiel subi par les entreprises victimes de la discrimination **(10-D-39)**.

#### *Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives*

##### *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 lorsqu'elles ont pour effet actuel ou potentiel de restreindre l'accès des concurrents au marché concerné. L'Autorité a toutefois rappelé que ces exclusivités contractuelles ne sont pas interdites *per se* **(10-D-15 ; 10-D-32)**.

S'agissant de l'appréciation de clauses d'exclusivité au regard de l'article 82 du traité CE, devenu l'article 102 du TFUE, le Tribunal de première instance a

rappelé que « pour vérifier si des accords d'exclusivité [...] sont compatibles avec l'article 82 CE, il y a lieu d'analyser si, à la suite d'une appréciation de l'ensemble des circonstances et, donc, aussi du contexte dans lequel ces accords s'inscrivent, ces pratiques tendent ou sont susceptibles de restreindre ou d'écarter la concurrence sur le marché en cause » (Trib. UE, 9 septembre 2010, Tomra/Commission, T-155/06, point 215). L'existence d'un abus peut être constatée lorsque les accords « tend[ent] à verrouiller une partie significative de la demande », sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité de concurrence d'examiner les effets réels des pratiques (points 218 et 219).

Les juridictions nationales suivent la même analyse. S'agissant de contrats de distribution identiques passés entre fournisseurs et distributeurs de glaces, la cour d'appel de Paris a ainsi considéré que « 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, la fidélité de la clientèle aux marques existantes » (CA Paris, 7 mai 2002, Société Masterfoods).

En pratique, l'effet d'éviction ou de verrouillage que peuvent comporter les clauses d'exclusivité dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients ou des fournisseurs d'intrants (voir la décision **10-D-15** ainsi que les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales [JOCE n° C 291, 13 octobre 2010 et JOCE n° C 130, 19 mai 2010] et la communication du 24 février 2009 relative aux orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes [JOCE n° C 45, 24 février 2009, point 20]).

Ces principes, dégagés dans le cadre d'accords d'achat exclusif, peuvent être transposés dans le cadre d'accords de fourniture exclusive, compris comme une obligation interdisant, en droit ou en fait, à un fournisseur de vendre les biens ou les services désignés dans l'accord à un autre acheteur (ou à certains acheteurs déterminés) que son cocontractant, type d'accord en cause dans la présente affaire. Pour apprécier l'existence d'une éviction anticoncurrentielle, il convient ainsi d'examiner les effets que produit un tel contrat, en combinaison avec d'autres contrats de même type, sur les possibilités pour les concurrents de l'acheteur de s'approvisionner sur le ou les marchés concernés par ces accords.

Enfin, il convient de rappeler que, même si ce type d'obligations peut limiter les possibilités d'échanges pour des périodes plus ou moins longues et priver des entreprises tierces de l'accès à une source d'approvisionnement, l'exclusivité peut être porteuse de gains d'efficience pour le marché en cause. En particulier, les exclusivités peuvent être nécessaires pour assurer la rentabilité d'une activité, par exemple du fait de l'existence d'investissements spécifiques ou du fait du caractère particulièrement risqué de l'activité (**10-D-32**).

### *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 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 **(10-D-32)**.

L'Autorité a rappelé, dans une décision **10-D-32**, que pour apprécier l'existence d'un comportement de dénigrement, elle s'attache à vérifier si le discours commercial tenu par l'acteur économique dominant relève de constatations objectives ou s'il procède d'assertions non vérifiées. Afin de vérifier si le discours commercial de l'entreprise dominante est de nature à influencer la structure du marché, l'Autorité s'attache également à examiner les effets attendus ou réels de celui-ci auprès des partenaires commerciaux ou de la clientèle potentielle de son concurrent **(10-D-32)**.

### *Les abus d'exploitation*

Aux termes d'une jurisprudence constante, la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.

Dans des circonstances spécifiques, les entreprises en position dominante peuvent être privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient adoptés, ou accomplis, par des entreprises non dominantes. Dans un arrêt «*ITT Pomedica c/Commission*» du 17 juillet 1998 (TPICE, T-111/96, *Rec.* p. II-2937, point 140), le Tribunal de première instance a précisé qu'il peut en être ainsi de la demande d'exécution d'une clause d'un contrat «*si, notamment, cette demande va au-delà de ce que les parties pouvaient raisonnablement attendre du contrat ou si les circonstances applicables lors de la conclusion du contrat ont entre-temps été modifiées*».

Par ailleurs, les comportements discriminatoires sont spécifiquement visés par l'article 82 du traité CE (devenu article 102 du TFUE) et l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Dans une décision 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société NavX, l'Autorité de la concurrence a rappelé que les comportements discriminatoires pouvaient relever soit de l'abus d'éviction, lorsque l'entreprise dominante cherche par ce moyen à renforcer sa position sur le marché dominé ou sur un autre marché, soit de l'abus d'exploitation, lorsque la discrimination distord le jeu concurrentiel sans que l'entreprise la mettant en œuvre ne soit directement partie prenante sur le marché affecté **(10-MC-01)**.

Concernant cette seconde hypothèse, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que : « *Le comportement commercial de l'entreprise en position dominante ne doit pas fausser la concurrence sur un marché situé en amont ou en aval, c'est-à-dire la concurrence entre fournisseurs ou entre clients de cette entreprise. Les cocontractants de ladite entreprise ne doivent pas être favorisés ou défavorisés sur le terrain de la concurrence qu'ils se livrent entre eux. Par conséquent, il importe, pour que les conditions d'application de l'article 82, second alinéa, sous c), CE soient réunies, de constater que le comportement de l'entreprise en position dominante sur un marché non seulement est discriminatoire, mais encore qu'il tend à fausser ce rapport de concurrence, c'est-à-dire à entraver la position concurrentielle d'une partie des partenaires commerciaux de cette entreprise par rapport aux autres* » (CJCE, 15 mars 2007, *British Airways c/Commission*, C-95/04P, *Rec. p. I-2331*, points 143 et s.; voir, dans le même sens, TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream c/Commission*, T-301/04, *Rec. p. II-3155*, point 192). Constitue par exemple un abus de position dominante l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence (CJCE, 29 mars 2001, *Portugal c/Commission*, C-163/99, *Rec. p. I-2613*, point 46) **(10-D-32)**.

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a constaté que la société Sodilor avait abusé de sa position dominante, grief que l'entreprise concernée ne contestait pas, en :

- refusant de vendre à un fabricant de produits de signalisation routière verticale et d'équipements de sécurité et de balisage des délinéateurs qu'elle était seule à fabriquer et de lui délivrer des autorisations exigées par les acheteurs publics;
- exerçant des pressions sur certains maîtres d'ouvrage publics pour les convaincre d'introduire dans leurs cahiers des charges des caractéristiques techniques correspondant précisément à celle des délinéateurs susmentionnés alors que cet équipement ne représentait qu'une part infime des achats des collectivités concernées.

Enfin, dans la même décision, l'Autorité a retenu que la société 3M France avait abusé de sa position dominante en mettant en place un système d'accréditation opaque au sein de son entreprise, lui permettant de décider seule, sans justification objective, de refuser l'accès à son réseau aux industriels et revendeurs de son choix **(10-D-39)**.

### *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]» (Déc. Comm. eur., 21 mai 2003, Deutsche Telekom, § 106).

La Commission européenne précise 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» (*id.*, § 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 TFUE, «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, T-271/03, § 194).

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° 08-14.435 et 08-14.464) (**10-D-31**).

### *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. Il appartient à l'Autorité de rechercher si la pratique discriminatoire en cause peut avoir pour effet, constaté ou potentiel, d'évincer les concurrents du marché concerné, de les discipliner ou de retarder leur entrée.

Dans une décision **10-D-31**, l'Autorité a rappelé que la différenciation tarifaire peut constituer un instrument stratégique pour fausser le jeu concurrentiel. Le caractère abusif d'une pratique de discrimination dépend de trois conditions :

- le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification objective;
- les acheteurs sont dans une situation équivalente;
- la pratique crée un désavantage dans la concurrence.

Concernant le caractère discriminatoire des remises pouvant être mises en place par une entreprise en position dominante, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré, dans son arrêt du 29 mars 2001, Portugal c/Commission (C-163/99, *Rec.* p. I-2613, points 52 et 53), que deux indices permettent d'attester du caractère discriminatoire d'un barème de remises : un seuil de déclenchement des remises élevé, ne pouvant concerner que quelques partenaires particulièrement importants de l'entreprise en position dominante, et une progression non linéaire des taux de remise avec les quantités. Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a considéré que la société 3M France avait abusé de sa position dominante sur le marché de la signalisation plastique en mettant en place un système de remises discriminatoires, proportionnelles aux montants d'achats effectués l'année précédant l'octroi des remises.

L'Autorité a constaté, conformément à la jurisprudence communautaire précitée, que :

- le seuil déclenchant les remises les plus élevées est très haut en comparaison de la moyenne des achats effectués par les clients de 3M, si bien que seules quelques entreprises ont pu bénéficier de ce montant de remises;
- la progression du taux de remise lors du franchissement des paliers de chiffre d'affaires les plus élevés est fréquemment supérieure à la progression des taux de remises lors du franchissement des tranches intermédiaires de chiffre d'affaires;
- l'impact discriminant des remises sur les prix d'achat est démultiplié par leur caractère rétroactif.

### *Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives*

#### *Stratégie tarifaire d'éviction*

Dans une décision **10-D-02**, l'Autorité a considéré que la politique tarifaire baissière conduisant à la gratuité des héparines à bas poids moléculaire sur le marché de l'hôpital, pratiquée notamment par la société Sanofi, n'avait pas pour objet une stratégie tarifaire d'éviction de la part de cette entreprise dans la mesure où :

- la société Sanofi-Aventis n'a pas été l'initiateur de cette politique;
- la plupart de ses concurrents sur le marché du préventif à l'hôpital ont mis cette politique en œuvre;
- il était économiquement et financièrement soutenable pour la grande majorité des concurrents sur le marché du préventif à l'hôpital de pratiquer la gratuité pendant une période relativement longue;
- la baisse des parts de marché de certains concurrents résulte moins de la politique de gratuité pratiquée par les autres acteurs du marché que de décisions stratégiques internes traduisant un désintérêt croissant pour ce type de médicament;

- la pratique de la gratuité par l'entreprise dominante sur le marché de l'hôpital n'a pas conduit à l'éviction de son concurrent direct sur le marché de la ville, ni même à une baisse de ses parts de marché.

### *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 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 dans une affaire 07-D-09.

L'Autorité a, poursuivant une 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.

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).

L'Autorité a rappelé ces critères dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité. Il convient en premier lieu d'effectuer une comparaison entre les prix pratiqués pendant la période alléguée de prédation et les coûts exposés par l'entreprise pour fournir le produit ou le service vendu (« *test de coût* »). Ce test exige que l'entreprise communique ses données de coûts à l'Autorité de la concurrence, de manière sincère et vérifiable, au risque – si elle ne le fait pas – que cette dernière utilise toute autre donnée qui lui paraîtrait appropriée. Si le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué par l'entreprise dominante est inférieur au coût moyen variable (ou « *évitable* », c'est-à-dire pouvant être évité en ne fournissant pas l'unité supplémentaire du produit ou du service en cause), il révèle que l'entreprise a accepté de faire des pertes qui auraient pu être évitées si elle avait eu un comportement économique différent. Le test apporte donc, dans la ligne de l'arrêt *Akzo*, la présomption que l'entreprise dominante a fait ce sacrifice en vue d'évincer le ou les concurrents qu'elle cherchait à éliminer. C'est le premier cas envisagé par l'arrêt *Akzo*.

Cette présomption peut, toutefois, être combattue par l'entreprise mise en cause par tout argument qu'elle juge pertinent, notamment en donnant une explication alternative à son comportement, qui doit être appuyée par des données vérifiables et non contredites par les observations factuelles de l'espèce ; mais il lui incombe alors de supporter la charge de la preuve de cette explication alternative.

L'entreprise mise en cause peut ainsi soutenir qu'il lui est, en tout état de cause, impossible de récupérer les pertes engendrées par la pratique de prix, pour des raisons qu'elle doit expliquer. Elle peut aussi invoquer une situation concrète de marché, dans laquelle il peut exister une rationalité économique à pratiquer – pour un temps limité – des prix inférieurs aux coûts, y compris variables, comme la nécessité de supporter des coûts d'apprentissage indispensables à la pénétration d'un nouveau marché ou au lancement d'un nouveau produit ou encore l'obligation de s'adapter à un changement brutal des conditions du marché (crise de la demande, nécessité d'écouler des stocks périssables, etc.). Dans certains cas, l'entreprise peut se prévaloir d'une « *obligation d'alignement* » sur les prix du ou des concurrents, en expliquant que la baisse des prix pratiquée est la seule réponse possible pour minimiser des pertes qui pourraient être plus importantes en l'absence d'un tel alignement. Il faut néanmoins noter qu'un tel comportement doit être proportionné à l'objectif poursuivi pour être crédible et que la jurisprudence considère que l'argument de l'alignement n'est, en principe, pas recevable pour une entreprise en position dominante.

Lorsque le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué est compris entre le coût variable et le coût moyen complet – situation envisagée en second lieu par l'arrêt Akzo – il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que la politique de prix de l'entreprise s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire un plan destiné à éliminer, discipliner ou décourager un concurrent.

Une telle preuve peut ressortir de documents, de notes ou encore d'éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice, qui peut être corroborée par les caractéristiques de la pratique, comme la restriction de la mise en œuvre des prix prédateurs aux seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent, ou encore par l'existence de pratiques annexes qui sont de nature à accentuer l'effet d'éviction, comme des ventes liées ou des remises de couplage ou de fidélité.

Dans une décision 10-D-31, l'Autorité a considéré que l'examen des comptes d'exploitation prévisionnels pour l'ensemble des offres remises par France Télécom à l'occasion de l'appel d'offres du CNRS faisait apparaître un résultat positif, le prix proposé pour chaque offre couvrant les coûts correspondants. De surcroît, aucun élément du dossier ne tend à indiquer que l'offre remise par France Télécom était susceptible en elle-même d'évincer ses concurrents de l'appel d'offres du CNRS. En effet, à l'occasion du premier appel d'offres, deux des lots en cause n'ont pas fait l'objet d'offres concurrentes et l'offre de l'opérateur historique pour le troisième lot était plus chère que celle de son concurrent. Enfin, la société France Télécom était la seule entreprise à avoir soumissionné au second appel d'offres. L'Autorité

a donc estimé que les pratiques alléguées n'étaient pas constitutives d'une politique tarifaire de prédation (10-D-31).

### *Ciseau tarifaire*

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité, l'Autorité a constaté que les sociétés Cegetel et Completel, concurrentes de la société France Télécom lors de l'appel d'offres organisé par l'UNSA, avaient d'autres choix que de recourir à l'offre Inter LAN 1.0 de l'opérateur historique pour concurrencer l'offre de détail de ce dernier pour le lot 1 de l'appel d'offres. En effet, Cegetel et Completel ont proposé des offres construites à partir de leur propre réseau ou d'infrastructures passives louées, et non de l'offre activée Inter LAN 1.0 de France Télécom. Dès lors, l'offre Inter LAN 1.0 de France Télécom ne peut être considérée comme constituant une prestation indispensable aux concurrents de l'opérateur historique. Il en résulte que l'effet anti-concurrentiel d'un éventuel ciseau tarifaire ne peut être présumé dans une telle situation (10-D-31).

### *Exclusivités*

Concernant l'exclusivité accordée par le Palais des sports de Grenoble-Isère à la société La Boule Obut, l'Autorité a examiné :

- *le champ d'application et la portée de l'exclusivité* : l'exclusivité n'avait été conclue que pour le championnat du monde se déroulant à Grenoble en 2002 et n'avait pas été étendue, dans les faits, à d'autres manifestations ;
- *la durée de l'exclusivité* : la durée des accords ne dépasse pas un an, s'étend sur cinq jours consécutifs. Par ailleurs, les contrats ne sont pas renouvelables tacitement.

L'Autorité a ainsi estimé que dans la mesure où la durée et la portée de ces clauses n'étaient pas de nature à verrouiller le marché de la mise à disposition d'espace commercial à l'occasion de compétitions de pétanque d'importance majeure en France, il n'y avait pas lieu d'examiner les autres critères traditionnels, et estimé que l'exclusivité n'avait pas servi de fondement à une pratique d'abus de sa position dominante par le Palais des sports (10-D-15).

### *Dénigrement*

L'Autorité a estimé, concernant le groupe Canal Plus, que s'il est indéniable que certaines des déclarations rapportées par la presse sont de nature à donner une image négative de sa concurrente, la société France Télécom, les propos de la société Groupe Canal Plus ne peuvent être qualifiés de dénigrement. L'Autorité a ainsi relevé que certains des propos tenus constituent des affirmations objectives et vérifiables et d'autres se bornent à exposer la politique commerciale du groupe ou constituent des affirmations générales sur le secteur de la télévision payante et ne relèvent donc pas d'un comportement de dénigrement. Enfin, certains propos effectuant une présentation comparative des offres du groupe Canal Plus et de France Télécom, malgré leur caractère parfois vif, ne sont pas susceptibles de revêtir un effet dissuasif et n'excèdent pas les limites de l'expression d'une rivalité normale des entreprises sur le marché (10-D-32).

### *Abus d'exploitation*

Dans une décision **10-D-32** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante, l'Autorité a estimé que :

- la méconnaissance des clauses des contrats de distribution conclus antérieurement à l'opération de concentration entre TPS et Vivendi Universal ne saurait caractériser l'existence d'un abus de position dominante de la société Groupe Canal Plus dès lors qu'aucun élément ne permet de conclure que ce litige commercial privé entre deux acteurs économiques a eu pour effet de faire obstacle au maintien du degré de concurrence existant sur le marché aval de la télévision payante et, à supposer même que le groupe Canal Plus ait méconnu ses obligations contractuelles, l'existence d'une faute contractuelle ne permet pas à elle seule, de caractériser un abus de position dominante ;
- l'application par le groupe Canal Plus des conditions tarifaires issues des contrats conclus avant l'opération de concentration entre CanalSat et TPS ne caractérise pas un abus de position dominante dans la mesure où il n'est pas établi que l'exécution de ces clauses aurait eu pour objet ou pour effet de faire obstacle au maintien de la concurrence sur le marché concerné ;
- le refus opposé par le groupe Canal Plus aux demandes du groupe AB de renégocier globalement les contrats de distribution de ses chaînes au sein de ses offres au cours de la période transitoire de rapprochement des plateformes Canal Plus et TPS relève encore d'un litige commercial privé dont il n'est pas établi qu'il soit de nature à influencer les conditions de concurrence sur le marché concerné ;
- la politique tarifaire adoptée par le groupe Canal Plus à l'égard des chaînes thématiques du groupe AB n'a pas été mise en œuvre de manière discriminatoire.

### *Pratiques discriminatoires*

L'Autorité a estimé que GDF n'a pas abusé de sa position dominante sur le marché de la vente de gaz aux tarifs réglementés dans la mesure où il n'a pu être établi que cette entreprise avait mis en œuvre une politique discriminatoire reposant sur l'application de diverses options tarifaires (**10-D-19**). L'Autorité a constaté que :

- le nombre de sites n'ayant pas bénéficié de l'option tarifaire litigieuse offerte par GDF était particulièrement infime au regard du nombre total de sites concernés des entreprises Ne Varietur et Idex ;
- la société Ne Varietur ne contestait pas avoir, à partir de 2005, été informée par GDF de l'existence de l'offre litigieuse mais avait préféré s'abstenir d'y souscrire afin d'alimenter un contentieux.

Dans une décision **10-D-31**, l'Autorité a estimé que France Télécom n'a pas pratiqué de discrimination tarifaire abusive à l'occasion des appels d'offres de l'UNSA et du CNRS, dans la mesure où la non-facturation des frais d'accès au service par l'opérateur historique de manière non systématique selon la durée du marché ne crée pas de désavantage dans la concurrence, cette pratique étant d'usage chez les opérateurs de téléphonie (**10-D-31**).

Dans une décision **10-D-34**, l'Autorité a considéré que le traitement différencié entre les réalisateurs et les scénaristes d'œuvres audiovisuelles en ce qui concerne

la composition de la SACD résulte du libre choix des adhérents. Par ailleurs, l'Autorité a rappelé qu'une pratique différenciée n'est pas discriminatoire en droit de la concurrence dès lors que les acteurs économiques concernés relèvent de catégories différentes et opèrent sur des marchés distincts. En l'espèce, les réalisateurs et les scénaristes d'œuvres audiovisuelles ne sont pas placés dans une situation identique dans le processus de création d'un œuvre dans la mesure où ils sont complémentaires et non concurrents. Enfin, l'Autorité a considéré que la modification des statuts de la SACD, intervenue à la suite de la décision reposait sur des justifications légitimes et n'a ni objet ni effet anticoncurrentiel (10-D-34).

### *Utilisation de l'avantage provenant de l'adossement à un groupe puissant*

L'Autorité a considéré que le seul fait pour une filiale appartenant au groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé, de mentionner son appartenance à ce groupe ne saurait caractériser, en lui-même, un abus de position dominante que détiendrait l'une des entités de ce groupe. Ce n'est que si certaines conditions particulières sont réunies, comme celles conduisant à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle ou à tirer parti d'autres avantages liés à l'activité de service public, qu'un tel abus pourrait être caractérisé (10-D-14).

### *Abus de dépendance économique*

Aux termes de l'article L. 420-2, alinéa 2 : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6.* »

L'application de ces dispositions suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière.

### **La notion de dépendance économique**

L'Autorité a rappelé, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, les principes issus d'une jurisprudence et d'une pratique décisionnelle constantes, permettant de caractériser l'existence d'une situation de dépendance économique. Parmi ces principes figurent quatre critères cumulatifs :

- la notoriété de la marque du fournisseur ;
- l'importance de la part de marché du fournisseur ;
- l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur ;
- la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents.

Dans cette même décision, l'Autorité a rappelé que l'état de dépendance économique 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. Dès lors, la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante, voire exclusive, de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique. De plus, l'Autorité a rappelé que l'état de dépendance économique s'apprécie *in concreto*, soit dans la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques, soit, plus largement, dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution, pourvu que ce réseau constitue un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur, dans la même position économique et juridique. En l'espèce, l'Autorité a considéré que le saisissant ne pouvait alléguer l'existence d'une situation de dépendance économique à l'égard de la société Carrefour tant en ce qui concerne la situation de candidat à l'ouverture d'un commerce alimentaire de proximité que celle de franchisé d'un réseau de proximité de Carrefour. Enfin, l'Autorité a souligné que la circonstance qu'une entreprise se soit volontairement placée en situation de dépendance est indifférente pour apprécier sa situation de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce (**10-D-08**).

### La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été retenue par l'Autorité durant l'année 2010.

## Mesures conservatoires (fond)

### *Sur la recevabilité des mesures conservatoires (voir supra)*

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 **10-D-07**, **10-D-09**, **10-D-16**, **10-D-25**, **10-D-33** et **10-D-38**, l'Autorité a 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.

Dans la décision **10-D-09**, l'Autorité de la concurrence a estimé que, quoiqu'elles revêtent un caractère grave, les pratiques dénoncées ne portaient pas une atteinte suffisamment immédiate aux intérêts de la plaignante ou à l'économie du secteur, à ce stade de son développement, pour justifier l'octroi de mesures conservatoires, et a décidé de poursuivre l'instruction du dossier au fond.

La société Itas Tim, diffuseur de la télévision numérique terrestre et de la radio analogique, et gestionnaire de sites pour d'autres opérateurs, avait saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique. Elle reprochait en effet à cette société de mettre en place une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes à proximité de ses propres terrains et de lui refuser l'accès à ses terrains pour y installer ses propres structures.

Concernant la pratique qui consisterait en la mise en place par TDF d'une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes par une stratégie de lobbying auprès des collectivités locales, l'Autorité a pris acte du fait que le CSA et l'ARCEP, régulateurs du secteur, allaient conjointement, au cours du 1<sup>er</sup> semestre de l'année, mener une campagne d'information auprès de ces collectivités sur les aspects juridiques et techniques du passage à la télévision numérique, et a considéré que cela était de nature à répondre de manière appropriée au caractère urgent d'une situation de méconnaissance du secteur de ces dernières.

Concernant la pratique qui consisterait à refuser l'accès à ses terrains par TDF, l'Autorité a constaté qu'Itas Tim était jusqu'alors toujours parvenu à trouver des sites alternatifs à ceux de TDF, lui permettant de déployer ses infrastructures.

Dans les décisions **10-D-16**, **10-D-25** et **10-D-38**, l'Autorité a notamment rappelé qu'un simple manque à gagner du saisisant était insuffisant à démontrer l'existence d'une atteinte grave et immédiate à ses intérêts et a décidé de poursuivre l'instruction au fond de l'affaire sans pour autant prononcer de mesures conservatoires. Elle a précisé, dans la décision **10-D-38**, que « *dans son rapport annuel de 2007, le Conseil de la concurrence a pu souligner que ce sont les effets sur la concurrence qui doivent prévaloir dans l'analyse effectuée par l'Autorité de la concurrence pour évaluer le bien-fondé de demandes de mesures conservatoires. Ni la seule gravité des pratiques dénoncées, ni le manque à gagner qu'elles occasionnent pour certaines parties ne sont suffisants en tant que tels pour justifier l'octroi de mesures conservatoires* » (§ 103).

Dans la décision **10-D-33**, l'Autorité a rejeté la demande de mesures conservatoires d'une société car elle n'apportait pas d'éléments établissant un lien de causalité entre, d'une part, sa faible percée sur le marché en cause et ses difficultés financières, et, d'autre part, un éventuel abus de position dominante de sa concurrente. L'Autorité a en outre rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris aux termes de laquelle : « *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* » (CA Paris, 11 septembre 2009, société DKT International).

En revanche, dans la décision **10-MC-01**, l'Autorité, saisie de pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante par Google dans le secteur de la publicité sur Internet, a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, en considérant que la politique de contenus du service de publicité en ligne AdWords, lié au moteur de recherche, avait été mise en œuvre par Google dans des conditions qui manquaient d'objectivité et de transparence

et qui conduisaient à traiter de façon discriminatoire les fournisseurs de base de données radars et particulièrement la société Navx.

Ainsi, l'Autorité a constaté que la fermeture du compte AdWords de Navx avait remis profondément en cause, et ce de manière brutale, le modèle économique de cette dernière et avait profondément affecté tant ses revenus que son potentiel de croissance, rendant très improbable la continuation de son activité de vente aux particuliers, laquelle représentait environ les deux tiers de son chiffre d'affaires. Cette situation avait d'ailleurs justifié l'ouverture d'une procédure de conciliation et le licenciement des trois quarts des employés français.

Ces pratiques ont donc été regardées comme portant une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante.

En conséquence, l'Autorité a enjoint à Google, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de clarifier, d'une part, la portée du règlement AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers et, d'autre part, les procédures AdWords pouvant conduire à la suspension du compte d'un annonceur, ces informations devant être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Il a été également enjoint à Google de rétablir le compte AdWords de la société Navx, afin de lui permettre de diffuser des annonces publicitaires, sans préjudice de la faculté d'appliquer de manière non discriminatoire à Navx le règlement et les procédures AdWords.

## Imputabilité

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

Comme le rappelle l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les règles développées par la jurisprudence nationale et communautaire en matière d'imputabilité des infractions, en cas de restructurations d'entreprises, s'appuient sur le principe de la responsabilité personnelle, complété par le critère de la continuité économique.

Lorsqu'une personne morale enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction<sup>95</sup>.

Une personne morale qui n'est pas l'auteur de l'infraction peut néanmoins être sanctionnée pour celle-ci dans certaines circonstances, sur le fondement du critère de la continuité économique. En effet, « *si aucune autre possibilité d'infliction de la sanction à une entité autre que celle ayant commis l'infraction n'était prévue, des entreprises pourraient échapper à des sanctions par le simple fait que leur identité ait été modifiée par suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements*

95. CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, *Rec. p.* I-4125, point 145 et CJCE, 16 novembre 2000, Cascades/Commission, C-279/98 P, *Rec. p.* I-9693, point 78.

*juridiques ou organisationnels. L'objectif de réprimer les comportements contraires aux règles de la concurrence et d'en prévenir le renouvellement au moyen de sanctions dissuasives serait ainsi compromis*» (CJCE, 11 décembre 2007, ETI e. a., C-280/06, Rec. p. I-10893, point 41).

Il en est ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction a cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction<sup>96</sup>. Aux termes de la jurisprudence des cours nationales de contrôle : *« Les sanctions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce sont applicables aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées [...], lorsque la personne qui exploitait l'entreprise a cessé d'exister juridiquement avant d'être appelée à en répondre, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle »* (voir CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec et Cass. com., 20 novembre 2001, n° 99-16.776 et 99-18.253, société Bec Frères).

Il en est également ainsi lorsque la personne ayant commis l'infraction, bien que subsistant juridiquement, n'a plus d'existence économique après la commission de l'infraction (voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice, Aalborg Portland/Commission, précité, points 355 à 359, et ETI, précité, points 41 à 52.). La Cour de justice souligne : *« À ce dernier égard, il y a lieu de considérer qu'une sanction infligée à une entreprise qui continue à exister juridiquement, mais n'exerce plus d'activités économiques, risque d'être dépourvue d'effet dissuasif »* (arrêt ETI, précité, point 40).

## La continuité juridique

Dans la décision **10-D-04**<sup>97</sup>, l'Autorité a fait application de ces principes et a cherché à déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction avait été commise, afin qu'elle réponde de cette infraction.

Elle a rappelé que tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne et sans que son changement de dénomination sociale ait un quelconque effet et a imputé en l'espèce les pratiques reprochées à la société qui avait repris les droits et obligations de la société qui les avait mises en œuvre (voir aussi décision 01-D-14 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumeux sur les routes départementales de l'Isère).

Dans la décision **10-D-22**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires, l'Autorité a rappelé que lorsque, entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister

<sup>96</sup>. CJCE, Commission/Anic Partecipazioni, précité, point 145.

<sup>97</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010, Société Maquet SA.

juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter que, en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci.

En l'espèce, l'Autorité a imputé les pratiques commises par une entreprise disparue, à l'entreprise ambulancière qui avait repris les moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, la cession intervenue entre les deux sociétés n'ayant pas interrompu la continuité de l'entreprise au sens du droit de la concurrence.

Par ailleurs, certaines pratiques avaient été mises en œuvre par un exploitant individuel, qui avait depuis créé une société dont il était devenu le gérant, laquelle avait ensuite changé de dénomination sociale. L'Autorité a rappelé que l'exploitant individuel doit continuer à répondre des pratiques relevées à son encontre et a donc considéré que les griefs avaient été valablement formulés à l'égard de la personne physique concernée, qui avait été à même de faire valoir sa défense.

Dans la décision **10-D-28**<sup>98</sup>, l'Autorité a déduit du principe de continuité juridique qu'en cas de fusion-absorption d'une personne morale, les pratiques devaient être imputées à la société succédant, sur le plan juridique, à la société auteur des pratiques, c'est-à-dire la société absorbante (voir, en ce sens, la décision 07-D-11 du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims, point 97).

En cas de liquidation judiciaire, il résulte d'une pratique décisionnelle constante que la mise en redressement judiciaire d'une entreprise auteur de pratiques anti-concurrentielles, dont les actifs ont été cédés, mais qui n'a pas cessé d'exister juridiquement, ne la fait pas échapper à la responsabilité des pratiques qu'elle a pu mettre en œuvre et dont elle doit répondre ; cependant, il ne peut être prononcé de sanctions à son encontre, en raison de sa mise en liquidation judiciaire, prononcée en cours de procédure.

L'Autorité, après avoir rappelé ces principes, a considéré, dans la décision **10-D-35**, que des pratiques d'ententes étaient imputables à une société qui avait fait l'objet d'une liquidation volontaire propre au droit anglais, car cette société continuait à exister pour les besoins de la liquidation, quand bien même ses actifs avaient été cédés par les liquidateurs à une autre société. Néanmoins aucune sanction ne lui a été infligée.

<sup>98</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

## La continuité économique

Dans la décision **10-D-28**<sup>99</sup>, l'Autorité a fait application de la jurisprudence issue de l'arrêt de la CJCE « ETI » cité plus haut, dans lequel le nouvel exploitant avait été sanctionné, alors même que l'ancien exploitant n'avait pas cessé d'exister juridiquement, et avait conservé une activité économique dans un autre secteur économique, dès lors que les deux entités étaient détenues et placées sous la tutelle d'une même autorité publique.

Elle a observé qu'aux termes de la jurisprudence communautaire le critère de la continuité économique jouait non seulement « *dans le cas où la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a cessé d'exister juridiquement après la commission de l'infraction* » mais également « *dans les cas de restructurations internes d'une entreprise lorsque l'exploitant initial ne cesse pas nécessairement d'avoir une existence juridique mais n'exerce plus d'activité économique sur le marché concerné et eu égard aux liens structurels entre l'exploitant initial et le nouvel exploitant de l'entreprise* » (TPICE, 30 septembre 2009, Hoechst c/Commission, T-161/05, Rec. p. II-3555, point 52).

Elle a en outre précisé que l'imputation au nouvel exploitant d'une infraction commise par l'ancien exploitant est une possibilité que, dans certaines circonstances, la jurisprudence reconnaît à l'autorité de concurrence, et non une obligation.

En l'espèce, il s'agissait d'une entente tarifaire multilatérale reprochée à plusieurs banques ; certaines pratiques avaient été mises en œuvre dans un premier temps par La Poste puis par sa filiale, La Banque Postale, à laquelle avaient été transférées ses activités bancaires en 2005.

L'Autorité a estimé que la circonstance que La Poste n'avait pas cessé d'exister juridiquement n'empêchait pas de sanctionner La Banque Postale à raison des infractions en cause commises par La Poste avant 2005, dès lors, d'une part, que cette dernière n'exerçait plus d'activité sur le marché du chèque concerné par la procédure et, d'autre part, qu'il existait des liens structurels entre La Poste et La Banque Postale, les deux entités étant détenues par l'État et placées sous son contrôle et le capital de l'une étant intégralement détenu par l'autre.

### *Du comportement de la filiale à la société mère*

Il résulte de la jurisprudence communautaire que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. En effet, il en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise. Ainsi, le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au

<sup>99</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

sens de l'article 81 du traité 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<sup>100</sup>.

Dans la décision **10-D-13**<sup>101</sup>, l'Autorité a considéré que les diverses sociétés filiales mises en cause devaient seules se voir imputer les faits reprochés, soit qu'il ait été démontré que la filiale disposait d'une complète autonomie de décision, soit qu'à l'inverse les éléments du dossier n'aient pas permis d'établir une absence d'autonomie.

Par ailleurs, s'agissant d'une filiale détenue paritairement par deux sociétés mères, l'Autorité a estimé qu'il résultait de cette représentation paritaire qu'aucune des sociétés mères n'était en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune au sens du droit de la concurrence. Ainsi, contrairement à ce que prétendaient les parties, la circonstance qu'il puisse exister un « *blocage* » au sein du conseil d'administration de l'entreprise commune sur la stratégie à suivre par cette dernière démontrait non pas l'absence d'autonomie de celle-ci à l'égard de ses sociétés mères mais l'incapacité structurelle de chacune de ces sociétés mères de pouvoir contrôler, seule, l'activité de l'entreprise commune. Au vu de ces éléments, la filiale a été considérée comme autonome et ses comportements lui ont donc été imputés.

Aux termes de la jurisprudence communautaire<sup>102</sup>, l'absence de comportement autonome est présumée lorsqu'une société mère détient l'intégralité du capital de sa filiale. Dans ce cas, l'autorité de concurrence est en mesure, par la suite, de considérer la société mère comme solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché. 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.

L'Autorité a fait application de cette jurisprudence dans la décision **10-D-39** et a constaté que les éléments avancés par une société détenant 100 % du capital de sa filiale auteur des pratiques reprochées ne permettaient pas de renverser la présomption de son influence déterminante sur cette filiale ; en effet, la filiale et la société mère étaient présidées par la même personne physique, et des rapports trimestriels démontraient l'intervention directe de la société mère dans la gestion de sa filiale. La société mère a donc été déclarée responsable du comportement anticoncurrentiel de sa filiale.

La Cour de justice a par ailleurs précisé que, lorsque la société qui a commis les pratiques est absorbée par une société appartenant à un groupe au sein duquel elle continue, en tant que filiale, à exercer l'activité dans le cadre de laquelle les

100. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e. a. c/Commission, C-97/08 P, *Rec. p. I-8237*.

101. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

102. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e. a. c/Commission, précité.

pratiques ont été commises, elle doit répondre elle-même de son comportement infractionnel antérieur à l'absorption<sup>103</sup>.

Dans la décision **10-D-28**<sup>104</sup>, relative à une entente interbancaire, l'Autorité a fait application de cette jurisprudence s'agissant de la société LCL, devenue filiale à 100 % du Crédit Agricole pendant la période de mise en œuvre des pratiques reprochées.

Elle a ainsi considéré que les faits devaient être imputés à LCL, pour la période comprise entre l'accord litigieux et l'acquisition de cette société par le Crédit Agricole, dès lors qu'elle avait continué, en tant que filiale du Crédit Agricole, à exercer l'activité de banque dans le cadre de laquelle les pratiques ont été commises.

À compter de l'acquisition de la totalité du capital de LCL par le Crédit Agricole, LCL ne déterminait plus de façon autonome son comportement sur le marché; l'Autorité a donc considéré le Crédit Agricole comme solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale à raison de la mise en œuvre de l'accord litigieux et ce pour la période postérieure à l'acquisition de LCL.

### ***Responsabilité de l'entreprise du fait de ses salariés***

Dans une décision **10-D-03**, relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille, 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 une négligence d'un directeur d'exploitation, laquelle devrait être sanctionnée en tant que faute professionnelle, mais en aucun cas comme tentative entre des mandataires sociaux de se concerter en vue de fausser le jeu de la concurrence.

L'Autorité a rappelé que c'est à l'employeur de veiller au respect des règles de concurrence et que selon la cour d'appel de Paris : « *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, confirmant la décision du Conseil 07-D-29).

### ***Responsabilité d'un groupement***

#### **GIE**

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a sanctionné des pratiques d'ententes mises en œuvre par un GIE de taxis amiénois, ayant consisté à fixer le prix de cession des autorisations de stationnement, à imposer des conditions discriminatoires

103. CJCE, 16 novembre 2000, Cascades c/Commission, C-279/98 P, *Rec.* p. I-9693, point 79.

104. Un recours a été formé contre cette décision.

d'accès au groupement et à empêcher les membres du GIE de développer ou d'acquérir une clientèle propre.

Constatant que le conseil d'administration du GIE avait pris une part déterminante dans la mise en œuvre des pratiques reprochées, c'est au groupement, et non à ses membres, que l'Autorité les a imputées, en rappelant que « *les décisions du groupement [...] sont la manifestation de l'accord de volontés des membres de cette structure commune, dont il n'est pas contesté qu'ils sont des entreprises juridiquement distinctes, poursuivant des objectifs économiques distincts et en situation de se faire concurrence ; le GIE [...] doit être mis en cause parce que ce sont ses organes dirigeants en tant que tels, quoique par délégation, qui apparaissent comme étant les auteurs des pratiques d'ententes entre ses membres* » (§ 200)<sup>105</sup>.

### Groupement momentané d'entreprises

Dans la décision **10-D-22**, relative à un appel d'offres lancé par le CHU de Rouen en vue de la passation d'un marché de transports sanitaires, l'Autorité a sanctionné des entreprises ambulancières, membres de trois groupements, pour s'être informées réciproquement de leur intention de ne pas soumissionner, et ce afin de mettre en échec la procédure de marché public et d'obtenir un marché négocié.

Ces trois groupements, titulaires des lots du précédent marché, avaient chacun adressé une lettre à la commission d'appels d'offres du CHU en lui faisant part de leurs réserves quant au contenu du cahier des charges et avaient exprimé, en termes voisins, une demande de nouvelles propositions et/ou de marché négocié. Il n'était pas reproché aux entreprises un simple parallélisme de comportement ni d'avoir cherché à constituer des groupements pour répondre à l'appel d'offres lancé par le CHU, mais de s'être informées mutuellement, avant la date limite de dépôt des offres, de leur intention, dans le cadre des groupements auxquels elles étaient ralliées, de ne pas déposer d'offres à l'occasion de cette procédure.

L'Autorité a écarté l'objection de certaines parties qui soutenaient que les griefs auraient dû être adressés aux trois groupements et non aux entreprises membres de ces derniers et faisaient valoir que les personnes physiques mises en cause n'auraient agi qu'en qualité de représentant de leur groupement, dans le cadre de leur mission, et non à titre de représentant de leur entreprise.

L'Autorité considère qu'il n'existe aucun motif s'opposant à ce que soient retenus les griefs à l'égard des entreprises ambulancières dont la participation à l'échange d'informations est démontrée. En effet ces groupements étaient des structures *ad hoc* créées dans le cadre des marchés publics lancés par le CHU de Rouen concernant les prestations de transports sanitaires hospitaliers et n'avaient pas nécessairement vocation à être pérennisées d'un appel d'offres à l'autre.

À chaque appel d'offres, ce sont les entreprises elles-mêmes qui sont sollicitées et il appartient à chacune de décider si elle présente une offre individuelle ou si elle fait une offre en groupement avec d'autres, les entreprises en groupement pouvant

<sup>105</sup>. Voir aussi décision 94-D-51 du 4 octobre 1994.

différer de celles qui s'étaient associées à l'occasion d'une précédente procédure. D'ailleurs, les entreprises, lorsqu'elles adhèrent à un groupement pour répondre à un marché public, restent au sens de l'article 51 du Code des marchés publics dans « *un groupement momentané d'entreprises* ».

En tout état de cause, il est rappelé que toutes les entreprises membres d'un groupement n'ont pas à répondre des pratiques commises par certains de ses membres et que le seul fait d'être membre d'un groupement est insuffisant à lui seul à établir la participation à l'échange d'informations incriminé.

En l'espèce, en application de ces principes, l'Autorité s'est estimée fondée à retenir l'implication des entreprises membres des groupements pour lesquelles les éléments du dossier prouvaient qu'elles avaient participé à la concertation reprochée.

## Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions

### *Aspect correctif : les injonctions*

#### Injonctions de s'abstenir de certaines pratiques

L'Autorité de la concurrence a prononcé en 2010, une injonction de ne pas faire. Ainsi, dans sa décision **10-D-13**<sup>106</sup> du 15 avril 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité a enjoint aux sociétés Perrigault et TPO de cesser de mettre en œuvre, dès le prononcé de la décision l'entente de partage de clientèle qui lui est reprochée ; elles devront appliquer la clause de non-concurrence qu'elles ont signée la 18 mai 2004 de manière à permettre à TPO de faire des offres à des lignes qui ne font pas escale sur des terminaux de TN, qu'il s'agisse de clients d'autres opérateurs de manutention du Havre ou de lignes qui, nouvellement créées ou n'ayant pas fait escale au port du Havre au cours des douze derniers mois, ne disposent pas de relations commerciales établies avec un opérateur de manutention du Havre.

#### Injonctions de prendre certaines mesures

##### *Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires*

En 2010, l'Autorité de la concurrence a prononcé à une reprise des injonctions dans le cadre de sa décision **10-MC-01**, relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx.

L'Autorité de la concurrence a été saisie, le 16 février 2010, d'une plainte de la société Navx dirigée contre des pratiques mises en œuvre par les sociétés Google

<sup>106</sup>. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

Ireland et Google Inc. (ci-après « *Google* »). Navx faisait valoir que Google, qui serait en position dominante sur le marché de la publicité en ligne, notamment liée aux recherches, aurait exploité de manière abusive cette position. Elle aurait également abusé de la situation de dépendance économique dans laquelle se serait trouvée Navx vis-à-vis d'elle. La plaignante dénonçait principalement une rupture brutale des relations contractuelles établies, un refus de vente et une pratique de discrimination. Accessoirement à sa saisine au fond, Navx sollicitait le prononcé de mesures conservatoires tendant à faire cesser les pratiques dénoncées.

Dans sa décision **10-MC-01** du 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en l'état actuel de l'instruction, la politique de contenus AdWords avait été mise en œuvre par Google dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires, au détriment des fournisseurs de bases de données radars et particulièrement de la société Navx, ce qui était susceptible d'être prohibé par les règles communautaires et nationales de concurrence.

Estimant que le comportement de Google portait une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante, l'Autorité a ordonné, à titre conservatoire, aux sociétés Google Ireland et Google Inc. de clarifier, dans les quatre mois suivant la notification de la décision, la portée du règlement AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers :

- en ce qui concerne les comportements interdits aux annonceurs (mots-clés, texte de l'annonce, page de destination, pages de renvois, etc.);
- en ce qui concerne les dispositifs autorisés ou interdits, notamment les avertisseurs et les bases de données radars.

Ces informations devaient être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et devaient préciser le délai dans lequel les règles ainsi modifiées s'appliqueraient aux annonceurs, de manière à leur laisser un préavis suffisant.

L'Autorité a également ordonné, à titre conservatoire, aux sociétés Google Ireland et Google Inc. de clarifier, dans les quatre mois suivant la notification de la décision, les procédures AdWords pouvant conduire à la suspension du compte d'un annonceur, afin qu'elles incluent un préavis suffisant et contiennent au moins un avertissement formel de format clairement distinct des alertes de refus d'annonces. Ces informations sur la clarification de la procédure de suspension devaient être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. L'Autorité a enfin ordonné aux sociétés Google Ireland et Google Inc. de rétablir, dans les cinq jours suivant la notification de la présente décision, le compte AdWords de la société Navx, afin de lui permettre de diffuser des annonces publicitaires sans préjudice de la faculté pour les sociétés Google Ireland et Google Inc. d'appliquer de manière non discriminatoire à Navx le règlement AdWords et ses procédures tels qu'ils ont été précisés dans le respect des injonctions imposées.

### *Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel*

Dans sa décision **10-D-28**<sup>107</sup>, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a enjoint à la Banque de France, BPCE, venant aux droits de BP Participations et de CE Participation, La Banque Postale, BNP-Paribas, la Confédération nationale du Crédit Mutuel, au Crédit Agricole, au Crédit du Nord, au Crédit Industriel et Commercial (CIC), LCL, HSBC et à la Société Générale, de procéder à la révision du montant des commissions AOCT, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision, afin de faire cesser l'infraction d'entente visée à l'article 2 de cette décision. Il est demandé à ces sociétés d'en fixer le montant sur la base du coût de traitement des opérations AOCT auquel parvient la banque la plus efficace, tel que vérifié par une étude de coûts réalisée auprès d'un échantillon représentatif de banques et vérifiée par un expert indépendant.

### *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<sup>er</sup> 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 étaient 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 ou aux pratiques continues débutées avant l'entrée en vigueur et achevées après.

L'année 2010 n'a pas donné lieu à l'application des anciennes dispositions. L'Autorité de la concurrence a appliqué les plafonds issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans huit décisions (**10-D-03**;

<sup>107</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

**10-D-04<sup>108</sup>; 10-D-05; 10-D-10; 10-D-11; 10-D-13<sup>109</sup>; 10-D-22**) 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 deux décisions (**10-D-15; 10-D-28<sup>110</sup>**).

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 sept fois en 2010 (**10-D-03; 10-D-04<sup>111</sup>; 10-D-05; 10-D-10; 10-D-11; 10-D-15; 10-D-22**).

### 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 l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les ententes commises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. L'Autorité 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 (**10-D-03; 10-D-04<sup>112</sup>; 10-D-05; 10-D-10; 10-D-22; 10-D-35**).

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.

108. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

109. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

110. Un recours a été formé contre cette décision.

111. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

112. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

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 **(10-D-03)**.

Une concertation impliquant la moitié des participants à un appel d'offres est considérée comme une pratique de grande ampleur **(10-D-35)**.

Dans sa décision **10-D-13**<sup>113</sup> relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité de la concurrence a souligné que la gravité des pratiques 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.

L'Autorité a rappelé que les pratiques d'ententes horizontales sont graves par nature dès lors qu'elles ont pour objet de fausser le jeu de la concurrence **(10-D 15 ; 10-D-28**<sup>114</sup>**)**.

Le maintien d'une certaine concurrence sur le marché n'est pas un élément de nature à atténuer la gravité de la pratique **(10-D-35)**.

Dans sa décision **10-D-04**<sup>115</sup>, l'Autorité a pris en compte l'ampleur des pratiques pour apprécier la gravité des faits, soulignant que le comportement des entreprises ne s'était pas limité à quelques appels d'offres puisque le mode de réponse aux appels d'offres était systématisé. Il en a été de même dans le cadre de la décision **10-D-39** où l'Autorité a souligné que les accords de répartition couvraient l'ensemble du territoire national, puisqu'ils portaient sur la quasi-totalité des marchés passés par l'État, les collectivités territoriales et les services chargés de la gestion d'autoroutes dans le cadre de procédures formalisées ou non.

Elle a considéré que les ententes portant préjudice à une personne publique, chargée d'une mission d'intérêt général portent une atteinte grave à l'ordre public économique **(10-D-05 ; 10-D10)**.

Dans sa décision **10-D-15**, l'Autorité a considéré que le fait qu'une entreprise, auteur de pratiques anticoncurrentielles, détienne un monopole de droit ou de fait ou bénéficie d'une exclusivité publique ou privée, emporte nécessairement des conséquences graves sur le marché. Elle a ajouté que la même analyse doit être retenue s'agissant de pratiques mises en œuvre par un groupement auquel l'appartenance demeure une condition essentielle d'accès au marché local. Elle a souligné, dans sa décision **10-D-28**<sup>116</sup>, relative aux tarifs et aux conditions liées

113. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

114. Un recours a été formé contre cette décision.

115. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

116. Un recours a été formé contre cette décision.

appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, que les pratiques sont intervenues sur un marché où la concurrence est déjà réduite en raison du monopole bancaire et de l'opacité tarifaire, et dans des relations où la logique bilatérale de formation du prix est difficilement applicable.

L'affectation des finances publiques du fait des pratiques anticoncurrentielles est à prendre en compte au titre de la gravité des faits (10-D-28<sup>117</sup>; 10-D-39).

La durée de la pratique est un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction (10-D-03; 10-D-39). La durée à prendre en compte est celle de l'exécution du marché (10-D-03). Dans sa décision 10-D-11, relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) concernant le renouvellement des lunettes de vue, l'Autorité a souligné le caractère continu des pratiques de boycott rappelant la définition selon laquelle *« les pratiques anticoncurrentielles revêtent le caractère de pratiques continues lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la répétition constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial [...] »*. La durée des pratiques en cause, mises en œuvre pendant une période supérieure à cinq ans, peut être regardée comme relativement longue (10-D-28)<sup>118</sup>.

Elle note toutefois que le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pertinent pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière d'appel d'offres puisqu'il s'agit par nature d'un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable (10-D-35).

### 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 (10-D-11).

### Les répartitions de marchés

Dans sa décision 10-D-03, l'Autorité de la concurrence rappelle sa pratique décisionnelle aux termes de laquelle, *« s'agissant d'échanges d'informations préalables au dépôt des offres dans les cas d'appels à la concurrence [...], de telles ententes horizontales entre soumissionnaires à un marché, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'aboutir à une répartition de marché [...] sont d'une particulière gravité. »*

Dans sa décision 10-D-13<sup>119</sup> du 15 avril 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, l'Autorité a considéré que *« la répartition entre concurrents de la capacité disponible à Port 2000 constitue une forme d'entente de partage de marché [...] ». Ce type de pratique est normalement considéré par les autorités de concurrence et les*

117. Un recours a été formé contre cette décision.

118. Un recours a été formé contre cette décision.

119. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

*juridictions nationales et communautaires comme d'une particulière gravité*». Cette gravité est aussi rappelée dans la décision **10-D-35**.

Dans sa décision **10-D-39** du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a rappelé que «*les cartels, tels que l'entente examinée dans la présente affaire, sont considérés par l'OCDE et par les autorités de concurrence comme une des formes les plus graves de pratiques anticoncurrentielles*».

#### **La nature du marché affecté**

L'Autorité de la concurrence a souligné la gravité des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur les marchés de travaux de profilage des fossés, travaux nécessaires à la mission de service public d'entretien des routes (**10-D-03**).

Dans sa décision **10-D-15**, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE «*groupement des taxis amiénois et de la métropole*», l'Autorité a considéré que les pratiques d'ententes horizontales sur les prix relevées, étaient d'autant plus grandes qu'elles intervenaient dans un secteur, celui du taxi, où les atteintes à la concurrence réduisent considérablement un espace concurrentiel déjà limité par la réglementation des prix et les conditions d'accès et d'exercice de la profession.

Dans sa décision **10-D-39** du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation verticale, l'Autorité a souligné qu'en se mettant d'accord pour tromper de manière continue des clients qui étaient principalement des collectivités territoriales ou des services de l'État ne pouvant se soustraire à leur obligation d'entretien du réseau routier, les membres de l'entente ont gravement porté atteinte à la concurrence.

#### **Les diverses catégories d'abus de position dominante**

Dans sa décision **10-D-39** du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation verticale, l'Autorité a indiqué que les pratiques mises en œuvre par la société Sodilor étaient des pratiques d'exclusion vis-à-vis d'une petite et moyenne entreprise de la part d'une entreprise en situation dominante sur son marché. Elle a encore noté que cette entreprise du fait de son appartenance à un groupe puissant, avait pu prendre le risque de retarder l'arrivée d'un concurrent sur le marché en usant de pratiques abusives. Elle a aussi souligné que ces pratiques avaient eu un effet perturbateur sur le marché dans son ensemble et pas seulement sur la fraction de marché correspondant aux produits qu'elle fabriquait.

### *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, l'Autorité rappelle régulièrement **(10-D-03 ; 10-D-04<sup>120</sup> ; 10-D-05 ; 10-D-10 ; 10-D-22 ; 10-D-35)** 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* » (CA Paris, 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 [...]* » **(10-D-03 ; 10-D-04<sup>121</sup> ; 10-D-05 ; 09-D-25)**.

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 **(10-D-10 ; 09-D-05 ; 09-D-19)**.

Par ailleurs l'Autorité a de nouveau précisé que la recherche des effets produits par une pratique sous examen ne doit pas se limiter aux effets réels, constatés *ex post* sur le marché. Elle doit s'intéresser aussi aux effets potentiels, attendus de la pratique au moment où elle est mise en œuvre **(10-D-10 ; 10-D-35)**.

L'Autorité a rappelé, dans sa décision **10-D-28<sup>122</sup>**, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, qu'elle n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie.

Le dommage à l'économie doit être apprécié, notamment, au regard du montant du marché attribué, afin de déterminer si celui-ci a été supérieur au montant qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence **(10-D-04)<sup>123</sup>**. Sont également prises en compte la taille du marché en cause et la potentialité des effets anti-

120. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

121. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

122. Un recours a été formé contre cette décision.

123. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

concurrentiels sur le marché (10-D-28<sup>124</sup>; 10-D-35). Dans le cas particulier des soumissions à des appels d'offres, c'est le marché objet de l'appel d'offres qui constitue le marché affecté et c'est son montant qui sert à apprécier le dommage à l'économie (10-D-22).

L'Autorité prend souvent en compte le caractère d'exemplarité que ce type de pratiques peut susciter pour d'autres marchés publics pour apprécier le dommage à l'économie (10-D-04<sup>125</sup>; 10-D-05; 10-D-10; 10-D-13<sup>126</sup>; 10-D-22). Elle indique notamment que l'importance du dommage à l'économie peut dépasser le seul marché pertinent directement visé par les pratiques lorsque celles-ci sont mises en œuvre par une entreprise leader qui opère sur des marchés mondiaux ou de multiples marchés nationaux; en effet, en pareil cas, ces pratiques peuvent causer un dommage d'une importance particulière pour le fonctionnement de la concurrence, du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs (10-D-35).

Elle a souligné en outre que l'annulation d'une consultation du fait d'une pratique anticoncurrentielle constitue bien un effet de cette pratique (10-D-10; 10-D-22).

### Échange d'informations sur les prix

Dans sa décision 10-D-03, l'Autorité de la concurrence, a souligné que les pratiques d'échange d'informations sur les prix ont pour objet de faire obstacle à la libre fixation des prix et ont pu avoir pour effet de provoquer une hausse artificielle des prix.

L'Autorité a précisé que le dommage à l'économie, qui s'apprécie pour l'ensemble de la pratique et non pour chaque entreprise, tient compte des effets de cette pratique sur le marché (10-D-13<sup>127</sup>).

Elle a rappelé que les cartels « *injustifiables* » qui couvrent la totalité d'un marché et qui portent sur les prix peuvent provoquer des dommages considérables à l'économie.

### *Caractéristiques du marché*

#### Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Dans sa décision 10-D-04<sup>128</sup>, l'Autorité précise que le dommage sera d'autant plus important que le marché est de grande taille et que les auteurs des pratiques y détiennent une part de marché élevée. Elle a aussi pris en compte la taille du marché, la durée des pratiques dans sa décision 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

124. Un recours a été formé contre cette décision.

125. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

126. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

127. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

128. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

### *Situation individuelle des entreprises*

Pour déterminer la sanction applicable, l'Autorité se fonde sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de l'entreprise en cause (**10-D-03**; **10-D-04**<sup>129</sup>; **10-D-05**; **10-D-10**; **10-D-11**; **10-D-13**<sup>130</sup>; **10-D-15**; **10-D-22**; **10-D-28**<sup>131</sup>; **10-D-39**).

Dans sa décision **10-D-11**, du 24 mars 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) concernant le renouvellement des lunettes de vue, elle a rappelé que lorsque l'infraction au droit de la concurrence d'un organisme professionnel porte sur les activités de ses membres, il y a lieu de prendre en compte les capacités économiques de ceux-ci. L'Autorité a, en outre, fait application une nouvelle fois de la jurisprudence communautaire selon laquelle « *le préjudice d'une association d'entreprises doit être apprécié en prenant en compte la situation de ses membres, lorsque les intérêts objectifs de l'association ne présentent pas un caractère autonome par rapport à ceux des entreprises qui y adhèrent* » dans le cadre de la décision **10-D-15** du 11 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « *groupement des taxis amiénois et de la métropole* ». Elle a ainsi estimé que cette analyse devait être retenue s'agissant de pratiques mises en œuvre par un groupement auquel l'appartenance demeure une condition essentielle d'accès au marché.

L'appartenance des entreprises à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer la sanction (**10-D-39**).

### *Circonstances dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer*

Le fait de ne pas avoir tiré profit de l'entente ne constitue pas une circonstance atténuante. Ainsi, dans sa décision **10-D-28**<sup>132</sup>, du 20 septembre 2010, relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a indiqué que : « *Si le montant de la sanction pécuniaire doit être proportionné à la gravité des pratiques et au dommage à l'économie, pour l'appréciation desquels le profit retiré par les membres de l'entente en cause peut être pris en compte, la circonstance qu'une entreprise n'ait tiré aucun bénéfice de la mise en œuvre d'une pratique restrictive de la concurrence ne saurait faire obstacle à l'imposition d'une sanction et ne saurait être prise en compte comme circonstance atténuante [...].* »

### *Réitération des pratiques*

La notion de réitération, en droit de la concurrence, connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal. 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

129. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

130. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

131. Un recours a été formé contre cette décision.

132. Un recours a été formé contre cette décision.

améliorer la visibilité de ce critère de détermination de la sanction et renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. La réitération des pratiques est désormais 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 2010, l'Autorité a visé et retenu la réitération des pratiques dans deux décisions **(10-D-28**<sup>133</sup> **; 10-D-39)**.

Sur le fond, l'Autorité a énuméré de manière détaillée dans ces décisions (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, en 2008, dans sa décision 08-D-32 et en 2009 dans ses décisions **09-D-04 ; 09-D-05 ; 09-D-24**) 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.

---

133. Un recours a été formé contre cette décision.

### *Caractéristiques de nature à aggraver la sanction*

Dans la décision **10-D-04**<sup>134</sup> du 26 janvier 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération, l'Autorité a rappelé que lorsque les entreprises sont habituées à répondre à de nombreux appels d'offres publics, de ce fait, elles ne peuvent ignorer le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires se présentant comme concurrents à un appel d'offres ; or, la connaissance par l'entreprise du caractère illicite des pratiques qu'elle a comises constitue un facteur aggravant.

Constitue aussi un facteur aggravant, le contexte des engagements pris par les sociétés mises en cause dans le cadre d'une opération de concentration les concernant (**10-D-04**).

Par ailleurs, au-delà de la place incontournable de certains acteurs sur le marché en cause, la qualité de meneur d'un cartel peut être reconnue comme une circonstance aggravante (**10-D-35 ; 10-D-39**).

### *Caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle*

Dans sa décision 10-D-39, l'Autorité a tenu compte, dans le cadre de la détermination de la sanction, du fait que la société Nord signalisation avait dénoncé l'entente, provoquant ainsi son implosion sans pour autant formuler de demande de clémence.

Le fait de ne jamais avoir été reconnu coupable d'infractions aux règles de la concurrence n'est pas une circonstance de nature à alléger la sanction (**10-D-39**).

## 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.

Dans sa décision **10-D-15** du 11 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « *groupement des taxis amiénois et de la métropole* », l'Autorité a rappelé la jurisprudence communautaire aux termes de laquelle « *le préjudice d'une association d'entreprises doit être apprécié en prenant en compte la situation de ses membres, lorsque les intérêts objectifs de l'association ne présentent pas un caractère autonome par rapport à ceux des entreprises qui y adhèrent* ». Elle a donc considéré que les intérêts objectifs du GIE GRTAM ne présentaient pas un caractère autonome par rapport à ceux de ses membres. Reprenant la jurisprudence communautaire, elle a estimé que la sanction devait être proportionnée entre autres à la situation de l'entité sanctionnée, ce critère incluant la possibilité pour elle de répercuter ou non le montant de la sanction sur ses adhérents par une cotisation exceptionnelle, dans le respect des capacités financières de ces derniers. Elle a donc pris en compte les ressources propres du GIE et le chiffre d'affaires de ses membres.

<sup>134</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 28 octobre 2010.

La situation de crise économique, à la supposer établie, ne peut être prise en compte que si elle se traduit par des difficultés individuelles affectant la capacité contributive de l'intéressé, d'une part, et dans le cadre des éléments individuels spécifiques à chaque entreprise et non de la gravité des pratiques, d'autre part **(10-D-35)**.

Les difficultés financières avérées d'une société sont de nature à diminuer sa capacité contributive et doivent être prises en compte dans le calcul de la sanction **(10-D-35 ; 10-D-39)**.

L'Autorité rappelle que la détermination du montant de la sanction à partir du chiffre d'affaires repose sur des éléments généraux, à savoir, la gravité des faits, le dommage à l'économie, auxquels il faut intégrer les circonstances aggravantes ou atténuantes, s'il y en a. Elle ajoute que le montant de la sanction ainsi déterminé sera écarté s'il excède le montant de la sanction applicable. Elle rappelle qu'il y a lieu, enfin, d'apprécier les éléments donnés par les entreprises qui ont invoqué des difficultés financières **(10-D-39)**.

## 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 2010.

### *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 2010, l'Autorité de la concurrence a prononcé deux décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs **(10-D-35 et 10-D-39)**. Dans sa décision **10-D-39**, du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, elle a accordé des réfections variant de 15 à 25 % en fonction de la qualité des engagements proposés. Ainsi, elle a justifié l'octroi de réductions de 20 % à 25 % au regard du fait que, à côté des seuls programmes de formation et de sensibilisation, les engagements pris comportaient, selon les cas, la mise en place d'une procédure d'alerte et des mesures comportementales destinées à orienter les pratiques commerciales des intéressés dans le sens du respect des règles de concurrence.

La non-contestation de griefs, non assortie d'engagements, présentée par la société LBI, a donné lieu à une réduction de sanction de 9 % **(10-D-35)**.

## 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 2010, le Conseil et l'Autorité ont prononcé des injonctions de publication à six reprises.

Dans la décision **10-D-10**, les sociétés La nouvelle sirolaise de construction et Provence jardins, sanctionnées pour s'être entendues dans le cadre d'un appel d'offres relatif à des travaux paysagers concernant l'aménagement d'un carrefour, se sont vues enjoindre, afin d'attirer la vigilance des opérateurs actifs dans le domaine des marchés de travaux publics et des donneurs d'ordre, de publier dans le journal *Nice Matin*, à leurs frais mais *au prorata* des sanctions prononcées, un résumé de cette décision.

Le Syndicat national des ophtalmologistes de France, à l'encontre duquel avait été retenu un grief d'incitation au boycott dans la décision **10-D-11** relative à des pratiques mises en œuvre concernant le renouvellement des lunettes de vue, s'est vu enjoindre, afin d'informer les acteurs du secteur de la santé et de celui des assurances complémentaires de la décision, de faire paraître dans les journaux *La revue de l'ophtalmologie française* et *L'Essentiel de l'optique* un résumé de cette décision, dans le délai de deux mois à compter de la notification.

L'Autorité de la concurrence a enjoint aux sociétés Perrigault, Terminal Porte Océane, Terminal Normandie MSC et Générale de manutention portuaire 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 journaux *Paris Normandie* et *L'Antenne*, afin d'informer les acteurs et utilisateurs des services de manutention portuaire au port de Havre de la présente décision relative à des

pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre **(10-D-13)**<sup>135</sup>.

Dans une décision **10-D-15**, l'Autorité a enjoint au GIE des radios taxis d'Amiens et de la métropole d'insérer à ses frais, dans le journal *Le Courrier Picard* un texte résumant la décision qui l'a sanctionné pour une entente sur le prix des licences et pour avoir adopté des règles de fonctionnement interne ayant pour objet ou pour effet de limiter l'accès au marché des taxis à Amiens.

L'Autorité de la concurrence a enjoint à la Banque de France, la BPCE, venant aux droits et obligations de BP Participations et de CE Participations, La Banque Postale, BNP-Paribas, la Confédération nationale du Crédit Mutuel, le Crédit Agricole, le Crédit du Nord, le Crédit Industriel et Commercial (CIC), LCL, HSBC, et la Société Générale de publier dans les journaux *Le Monde* et *Les Échos* un texte résumant la décision qui les a sanctionnées pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques **(10-D-28)**.

Dans sa décision **10-D-39**, l'Autorité a enjoint aux sociétés Lacroix Signalisation, Signature, Signaux Girod, Sécurité et Signalisation (SES), Aximum, Laporte Service Route, Franche-Comté Signaux (FCS), Nadia Signalisation, Société de diffusion Lorraine (Sodilor), et 3M France, de publier à leurs frais *au prorata* des sanctions prononcées, dans les journaux *La Tribune* et *Le Moniteur des travaux publics* un résumé de la décision qui les a sanctionnées pour avoir mis en place une entente de répartition de marchés publics, à laquelle se sont ajoutées, pour certaines sociétés, des pratiques d'abus de position dominante.

### *Motivation de la publication*

#### *Informer les professionnels du secteur*

Dans les décisions **10-D-10**; **10-D-11**; **10-D-13**<sup>136</sup>; **10-D-28**<sup>137</sup>; **10-D-39**, le Conseil puis l'Autorité ont estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des professionnels concernés afin de les inciter à la vigilance et d'appeler leur attention sur la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles visées.

#### *Informer les consommateurs*

L'Autorité a rappelé que la publication vise également à appeler l'attention des consommateurs, en l'espèce des utilisateurs, sur le caractère prohibé des pratiques **(10-D-28)**<sup>138</sup>.

### **Astreintes**

En 2010, le Conseil et l'Autorité n'ont pas fait application des dispositions leur permettant de prononcer des astreintes.

135. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

136. Décision partiellement réformée par CA Paris, 20 janvier 2011.

137. Un recours a été formé contre cette décision.

138. Un recours a été formé contre cette décision.

### Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2010.

### Transmission au procureur de la République

Aucune application en 2010.

### Transmission à la Commission d'examen des pratiques commerciales

Aucune application en 2010.

## 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 (CE) 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 2009<sup>139</sup>, 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 2010, l'Autorité a rendu sept nouvelles décisions d'acceptation d'engagements **(10-D-01; 10-D-06; 10-D-18; 10-D-20; 10-D-27; 10-D-29; 10-D-30)**, confirmant la pratique décisionnelle du Conseil.

### **Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhone (10-D-01)**

Le 18 septembre 2008, la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le cadre de la distribution de l'iPhone sur le marché français et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce.

La société Bouygues Télécom faisait valoir dans sa saisine qu'elle avait été exclue de la commercialisation de l'iPhone, Apple lui ayant opposé le fait qu'Orange avait été désigné seul opérateur de réseau chargé de la distribution de l'iPhone en France. Elle mettait également en cause le caractère anticoncurrentiel du réseau de distribution sélective mis en place par Apple en France pour la distribution de l'iPhone.

<sup>139</sup>. [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro\\_engagements\\_antitrust.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_engagements_antitrust.pdf).

Dans sa décision 08-MC-01 du 17 décembre 2008, le Conseil de la concurrence a considéré que l'exclusivité, dans les conditions dans lesquelles elle avait été négociée, était, à ce stade de l'instruction, susceptible d'être prohibée par les règles communautaires et nationales de concurrence et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché des mobiles et aux consommateurs. Le Conseil a décidé de prononcer des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, « *visant 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* » (décision confirmée par CA Paris, 4 février 2009).

Les engagements proposés par Apple et Orange et acceptés par l'Autorité de la concurrence le 10 janvier 2010 visent à répondre aux préoccupations de concurrence qui avaient été identifiées par le rapporteur lors de son évaluation préliminaire. Ces préoccupations étaient ciblées sur l'exclusivité consentie par Apple à Orange, pour la commercialisation sur le territoire français de l'iPhone, et ne concernaient pas les autres aspects des contrats conclus entre Apple et les opérateurs de téléphonie mobile, sur lesquels l'Autorité n'a pas pris parti.

Ils pérennisent, en ce qui concerne la question de l'exclusivité, la situation née de l'application des injonctions prononcées à titre conservatoire. Celles-ci ont, d'une part, permis à SFR et Bouygues Télécom de conclure des contrats avec Apple concernant la distribution de l'iPhone 3G et aujourd'hui 3GS, et d'autre part, suspendu l'exclusivité d'Orange en tant que grossiste.

### Engagements concernant le secteur des remontées mécaniques à Tignes (10-D-06)

Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-5 du Code de commerce, de pratiques relatives aux conditions de commercialisation des forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de Tignes auprès des professionnels du tourisme, mises en œuvre par la Société des téléphériques de la Grande Motte (STGM).

Par convention de délégation de service public du 5 septembre 1988, modifiée par plusieurs avenants en 1996, 1998, 2000 et 2003, la commune de Tignes a confié à la STGM en exclusivité, la concession du service des remontées mécaniques de Tignes. La concession comprend « *la réalisation de tout équipement et toute infrastructure nécessaire au bon fonctionnement du service public* » et l'exploitation de ces installations.

Les conditions auxquelles les professionnels du tourisme achètent auprès de la STGM les titres de transport d'accès aux remontées mécaniques sur la station de Tignes, sont différentes selon qu'il s'agit d'hébergeurs locaux ou de tour-opérateurs. Les tour-opérateurs se voient accorder des avantages dont ne bénéficient pas les hébergeurs. Les grands hébergeurs passent des contrats de longue durée et payent à la STGM un montant forfaitaire garanti. Une remise calculée selon des critères qui ne sont pas identiques pour tous les opérateurs leur est octroyée.

En qualité de concessionnaire du service public des remontées mécaniques de la commune de Tignes, la STGM est en situation de monopole sur le marché de la vente des titres de transport d'accès aux remontées mécaniques aux professionnels du tourisme.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, la STGM a souhaité présenter à l'Autorité de la concurrence des propositions d'engagements et bénéficier ainsi des dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Ces engagements, acceptés par l'Autorité de la concurrence le 26 février 2010, sont notamment les suivants :

- remplacer les contrats en cours par trois contrats : contrat commissionné, contrat remise quantitative, contrat garanti. Tous les professionnels du tourisme pourront opter pour l'un ou l'autre de ces contrats, dès lors qu'ils en satisferont les conditions ;
- les principales dispositions de ces contrats seront :

#### 1° Contrat commissionné

- L'achat de titres de transport de remontées mécaniques en vue de leur intégration dans un forfait touristique pour être revendus à un client avant son départ pour le séjour.
- Les conditions financières de ce contrat comporteront six remises : une remise différentielle en fonction des périodes de commercialisation dénommée remise de base, et cinq remises additionnelles dénommées remise n° 1 à remise n° 5.

La remise n° 1, calculée sur les ventes de titres de transport de remontées mécaniques, sera octroyée à tous les cocontractants si un certain montant de chiffre d'affaires est réalisé avec la STGM.

La remise n° 2, sera octroyée pour l'achat de titres de transport de remontées mécaniques enfants et seniors hors vacances scolaires françaises. Elle se cumulera avec la remise de base et le, cas échéant, avec les remises 3, 4 et 5.

La remise n° 3, sera accordée aux cocontractants qui disposent d'une force de vente dans au moins deux agglomérations européennes et qui font la promotion de leur activité, de leurs forfaits touristiques et de la station dans une brochure et sur un site Internet. Elle se cumulera avec la remise de base, le cas échéant, avec les remises 2, 4 et 5.

La remise n° 4, sera octroyée aux tour-opérateurs qui sont susceptibles de proposer à leurs clients plusieurs choix de destinations. Elle se cumulera avec la remise de base et, le cas échéant, avec les remises 2, 3 et 5.

La STGM se réserve le droit de mettre également en place une remise supplémentaire (dénommée remise n° 5) qui couvrirait l'achat et le paiement de titres de transport de remontées mécaniques un temps donné à l'avance. Elle se cumulera avec la remise de base et, le cas échéant, avec les remises 2, 3 et 4.

#### 2° Contrat remise quantitative

- Être un professionnel du tourisme.
- Acheter des titres de transport de remontées mécaniques destinés à être vendus « secs » (c'est-à-dire hors forfait touristique), à un client ayant déjà acheté une

prestation d'hébergement. Une remise sur le tarif public par tranches de chiffre d'affaires réalisées avec la STGM sera octroyée.

### 3° Contrat garanti

- Être un professionnel du tourisme.
- Acheter de titres de transport de remontées mécaniques en vue de leur intégration dans un forfait touristique incluant au minimum l'hébergement, et disposer d'un hébergement sur la station de Tignes ouvert durant toutes les périodes d'accessibilité aux remontées mécaniques. Les titres de transport dont le nombre sera convenu par contrat, seront achetés à un prix forfaitaire selon la formule : (prix d'un titre de transport 7 jours consécutifs espace Killy) × (capacité de l'hébergement) × (un nombre de semaines).

Les nouveaux contrats seront proposés à la signature des professionnels du tourisme à compter du 1<sup>er</sup> février 2010, au fur et à mesure de l'expiration de ceux actuellement en vigueur entre la STGM et ses partenaires professionnels du tourisme. 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.

### Engagements concernant le secteur des analyses vétérinaires (10-D-18)

La société Aa Bio Vet, qui exerce dans le secteur des analyses de biologie vétérinaire, et l'Association française des laboratoires d'analyses de biologie vétérinaire ont saisi en février 2008 le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre à partir de 2005 par le conseil général du Pas-de-Calais, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais dans le secteur des analyses vétérinaires bovines. La saisine vise la conclusion et la mise en œuvre d'une convention signée par le conseil général avec deux groupements professionnels : le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais. Cette convention, conclue pour cinq ans, fixait notamment :

- les prix de plusieurs analyses pratiquées par le laboratoire départemental d'analyses, qui est un service à comptabilité distincte du conseil général ;
- les modalités du versement aux éleveurs de subventions données par le conseil général et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et conditionnées au fait qu'ils effectuent certaines analyses et ce, exclusivement au laboratoire du conseil général.

Il a été considéré que cette convention était susceptible d'être appréhendée comme une entente entre trois entités économiques : le conseil général en ce qu'il exerce une activité économique dans le secteur des analyses vétérinaires par le biais du laboratoire départemental d'analyses, et deux organisations professionnelles, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais. En effet, cet accord entre entités économiques, matérialisé par la convention, peut avoir eu un effet anticoncurrentiel en

ce qu'il aurait contribué à évincer un concurrent du secteur des analyses vétérinaires bovines.

Par ailleurs, il n'est pas exclu que le laboratoire départemental d'analyses ait été en position dominante sur certains marchés de réalisation d'analyses vétérinaires dans le Pas-de-Calais. Il bénéficie, par ailleurs, d'un monopole légal sur la réalisation des analyses officielles. Il apparaît dès lors que les pratiques décrites précédemment peuvent être considérées comme un abus de position dominante mis en œuvre par le laboratoire départemental d'analyses.

Elles seraient notamment susceptibles d'être appréhendées comme une prédation ou comme une subvention croisée mise en place par le laboratoire départemental d'analyses entre ses activités en monopole et ses activités concurrentielles, ayant pour effet d'évincer un concurrent du secteur des analyses vétérinaires bovines.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, le conseil général du Pas-de-Calais, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais ont souhaité présenter à l'Autorité de la concurrence des propositions d'engagements et bénéficier ainsi des dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Ces engagements sont notamment les suivants :

- le conseil général du Pas-de-Calais et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais s'engagent à ne plus subordonner l'octroi de subventions aux éleveurs à la réalisation des analyses vétérinaires au sein du seul laboratoire départemental d'analyses ;
- le conseil général du Pas-de-Calais et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais s'engagent tous les deux à diffuser cette information dans la presse agricole locale ;
- le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais s'engage à ne plus signer de convention conditionnant l'octroi de subventions à la réalisation d'analyses vétérinaires au sein du seul laboratoire départemental d'analyses et à informer les vétérinaires du Pas-de-Calais de cet engagement.

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.

### **Engagements concernant le secteur des coupons de réduction (09-D-20)**

L'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation (ILEC) et la société Ma liste de courses (MLDC) ont saisi, le 27 mai 2009, l'Autorité de la concurrence, de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'émission et du traitement des coupons de réduction électroniques par les groupes HighCo et Sogec.

Le contexte est le suivant :

les coupons de réduction électroniques (appelés e-coupons) sont imprimés par les consommateurs à partir des sites Internet des industriels ou de sites spécialisés et remis lors de leurs passages en caisse des magasins. Les magasins avancent

les sommes figurant sur les coupons au client avant de se tourner vers les centres de traitement des bons pour se faire rembourser. Afin de se prémunir contre la fraude, les distributeurs ont souhaité que le processus d'émission des e-coupons soit sécurisé. L'association Perifem, qui rassemble les grandes enseignes de la distribution française, a alors sollicité les deux centres de traitement des coupons de réduction, HighCo et Sogec, qui ont alors élaboré ensemble un e-coupon standardisé sécurisé, appelé le Webcoupon.

HighCo et Sogec occupent une position particulière car ils opèrent à la fois en aval, en tant que centres de traitement des e-coupons mais aussi en amont sur le marché de leur émission où ils sont en concurrence avec d'autres acteurs comme la saisissante Ma liste de courses.

Dans un souci de rationalisation et de simplification du système, Perifem a développé une grande campagne de communication visant à promouvoir le Webcoupon auprès de la grande distribution et des industriels. Le Webcoupon a ainsi été présenté comme le standard de référence en France et comme étant le seul à présenter la garantie d'un remboursement par les centres de traitement. Perifem, HighCo et Sogec ont en outre convenu de ne pas développer, pendant la durée de l'accord un autre standard que le Webcoupon.

Par ailleurs, des concurrents, comme Ma Liste de Course, se sont vu refuser la possibilité de proposer le Webcoupon dans des conditions qu'ils jugeaient acceptables. Enfin, des différences de tarification étaient pratiquées par le centre de traitement HighCo entre le Webcoupon et les e-coupons concurrents.

Au regard des préoccupations de concurrence exprimées, HighCo, Sogec et Perifem se sont notamment engagés devant l'Autorité de la concurrence :

- d'une part, à exposer que le Webcoupon n'est qu'une « *marque* » de coupon conforme au cahier des charges du standard sécurisé, ce qui signifie que des e-coupons non Webcoupon, mais qui respectent ce cahier des charges, peuvent être émis et acceptés par les magasins, de même d'ailleurs que des e-coupons retenant d'autres solutions de sécurisation;
- d'autre part à donner accès gratuitement aux éléments « *propriétaires* » des Webcoupons (marque et visuel) à tout opérateur qui en fait la demande, à condition que le cahier des charges de la sécurisation soit respecté et que le remboursement des Webcoupons soit garanti dans certaines conditions par le demandeur de licence.

HighCo, Sogec et Perifem se sont également engagées à consulter les parties prenantes du secteur et d'obtenir leur consensus en cas d'évolution du cahier des charges de la sécurisation des e-coupons qu'ils ont élaboré.

HighCo et Sogec se sont aussi engagées à traiter le remboursement de l'ensemble des e-coupons dans des conditions non discriminatoires.

L'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements qui répondent aux préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable.

## Engagements concernant le secteur des pneumatiques (10-D-27)

Le ministre chargé de l'Économie, d'une part, la société Vulco développement et le groupement d'intérêt économique Pneuman, d'autre part, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Manufacture française des pneumatiques Michelin (MFPM) et les Pneumatiques Kléber (ci après, ensemble «*Michelin*»).

Par décision 09-D-12 du 18 mars 2009, l'Autorité de la concurrence a considéré que les conditions n'étaient pas réunies pour prononcer les mesures d'urgence sollicitées par la société Vulco développement et le groupement d'intérêt économique Pneuman, mais que les pratiques en cause étant susceptibles de constituer des abus de position dominante sur les marchés français de la fourniture de pneus neufs de remplacement, l'affaire devait par conséquent être examinée au fond.

En effet, six préoccupations de concurrence ont été formulées à l'égard de la nouvelle politique commerciale de Michelin envers les négociants spécialistes qui ne font pas partie de son propre réseau, intervenue en 2008.

Ainsi, il a été relevé que Michelin refusait désormais de conclure des conventions de prestations de service avec les enseignes contrôlées par les manufacturiers concurrents (Bridgestone, Goodyear Dunlop, etc.). Par ailleurs, tous les négociants spécialistes n'étaient pas soumis aux mêmes conditions d'accès aux conventions de prestations de services et à un même système de rémunération de ces services.

D'autres préoccupations de concurrence ont été formulées concernant certaines modalités de fonctionnement du «*CPRM*» (contrat performance et responsabilité Michelin), relatives au fonds de professionnalisation et à la formation du partenaire en matière commerciale, susceptibles de renforcer la position de Michelin sur les marchés concernés. Enfin, étaient concernées certaines stipulations figurant dans le CPRM et les conventions de services, qui permettaient à Michelin d'accéder à des informations sensibles sur les concurrents et sur les négociants.

Michelin a proposé des engagements afin de répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité.

Michelin s'engage notamment à ouvrir les conventions de prestations de services «*enseigne*» à toutes les enseignes quel que soit leur lien avec les manufacturiers concurrents. Il s'engage également à abandonner les différences de traitement entre les négociants adhérents au CPRM et les autres négociants spécialistes et à modifier les modalités de fonctionnement du CPRM.

La mise en œuvre de ces engagements débutera au cours de la négociation des différentes conventions et partenariats concernés qui interviendra entre les mois de septembre et décembre 2010. Les conventions de prestations de services et les contrats qui en résulteront entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier de l'année 2011. Les engagements resteront en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015. La vérification de leur mise en œuvre est en cours.

L'Autorité a accepté ces engagements, considérant qu'ils sont de nature à résoudre les difficultés de concurrence et qu'ils présentent un caractère crédible et vérifiable.

### Engagements concernant la revente et le contrôle du recyclage des déchets plastiques triés (10-D-28)

Le 13 mars 2006, la société DKT international (ci-après DKT) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Éco-Emballages et Valorplast au cours des années 2005 et 2006, c'est-à-dire au moment du renouvellement de la plupart des contrats passés entre Éco-Emballages et les collectivités territoriales en vue de la reprise des déchets d'emballages pour leur valorisation.

DKT a fait valoir dans sa saisine qu'elle avait été victime de pratiques d'éviction sur le marché du négoce des déchets d'emballages plastiques. Sur ce marché, qui concerne des repreneurs qui fournissent des déchets plastiques triés aux industriels qui recyclent ces produits, trois types de reprises sont possibles. Valorplast offre à toutes les collectivités un prix de reprise uniforme sur tout le territoire et la « reprise garantie » de tous les déchets triés. Depuis 2005, le marché a été ouvert, dans le cadre d'une « reprise garantie », à des sociétés adhérentes à l'une au moins des deux fédérations de repreneurs, lesquelles négocient le prix de reprise avec la collectivité cocontractante. Enfin, les collectivités peuvent, depuis l'origine du système, assurer elles-mêmes le négoce de ces déchets. DKT souhaitait opérer dans cette troisième voie. Elle prétend s'être vue imposer des exigences discriminatoires par Éco-Emballages, chargée de contrôler, en aval de la reprise, le caractère effectif du recyclage de ces déchets, qui conditionne le versement par cette société aux collectivités contractantes d'un soutien financier à la tonne de déchets triée. Étaient mises en cause les pratiques d'Éco-emballages vis-à-vis de la société plaignante et des collectivités pour les inciter à choisir la reprise garantie par Valorplast, les modalités de preuve du recyclage exigées par Éco-Emballages, les clauses des contrats programme de durée (CPD) liant les collectivités territoriales et Éco-Emballages ainsi que le repreneur pendant six ans, durée de l'agrément d'Éco-emballages, les liens entre Éco-Emballages et Valorplast et l'évolution et la formation des prix offerts aux collectivités par celle-ci.

Dans sa décision 09-D-12 du 18 mars 2009, l'Autorité de la concurrence avait considéré que les conditions n'étaient pas réunies pour prononcer les mesures d'urgence demandées (décision confirmée par la cour d'appel de Paris le 11 novembre 2009) mais avait décidé d'examiner l'affaire au fond.

Les investigations effectuées ont permis de constater que Éco-Emballages accordait ou refusait de manière empirique des lettres de « non-objection » sans lesquelles un repreneur avait peu de chances de démarcher avec succès les collectivités territoriales. Ce mécanisme peu objectif et peu transparent pouvait constituer un obstacle à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché de la reprise des déchets plastiques.

D'autres préoccupations de concurrence ont été formulées concernant notamment la rigidité des contrats qui permettait difficilement aux collectivités de changer de voie de reprise pendant six ans, ou encore le manque de neutralité d'Éco-Emballages dans la présentation des voies de reprise et des recycleurs.

À l'approche du renouvellement de l'agrément d'Éco-Emballages pour six ans par le ministère chargé de l'Écologie, Éco-Emballages et Valorplast ont proposé onze mesures afin de répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité, parmi lesquelles :

*La publication par Éco-Emballages, notamment sur Internet, d'un « vade-mecum » objectif de la reprise des déchets d'emballages ménagers en plastique est un élément important du développement de la libre concurrence sur les marchés concernés.*

Éco-Emballages s'engage à ne plus effectuer de validation *a priori* d'un recycleur, en abandonnant sa procédure de « *non-objection* ». Les collectivités disposeront d'un « *vade-mecum* » les aidant à effectuer un choix éclairé grâce à une présentation neutre des règles applicables aux différentes voies de reprises des déchets.

*Les collectivités locales pourront changer de voie de reprise au cours des six ans. En aval la concurrence sera aussi plus animée.*

Valorplast et Éco-Emballages s'engagent à prévoir dans leurs contrats, au profit des collectivités locales ayant initialement choisi Valorplast, une faculté de résiliation ouverte au bout de trois ans afin qu'elles puissent choisir un autre mode de reprise. Inversement, une collectivité qui aura initialement choisi un repreneur de la deuxième ou de la troisième voie pourra changer pour Valorplast après avoir mis fin à ses engagements contractuels précédents. L'Autorité de la concurrence considère que cet engagement permet de concilier une animation satisfaisante de la concurrence sur les marchés concernés et la viabilité de Valorplast qui est soumise à des obligations particulières.

Enfin, Valorplast, principal repreneur en France, s'engage à offrir des tonnages disponibles aux recycleurs non encore liés à elle par des contrats à long terme.

L'Autorité, considérant que les engagements proposés sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable, les a acceptés et rendu obligatoires.

## **Engagements concernant le secteur de la publicité en ligne (10-D-30)**

L'Autorité de la concurrence a été saisie, le 16 février 2010, d'une plainte de la société Navx dirigée contre des pratiques mises en œuvre par les sociétés Google Ireland et Google Inc. (ci-après « *Google* »).

Navx faisait valoir que Google, qui serait en position dominante sur le marché de la publicité en ligne, notamment liée aux recherches, aurait exploité de manière abusive cette position. Elle aurait également abusé de la situation de dépendance économique dans laquelle se serait trouvée Navx vis-à-vis d'elle. La plaignante dénonçait principalement une rupture brutale des relations contractuelles établies, un refus de vente et une pratique de discrimination. Accessoirement à sa saisine au fond, Navx sollicitait le prononcé de mesures conservatoires tendant à faire cesser les pratiques dénoncées.

Dans sa décision **10-MC-01** du 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en l'état actuel de l'instruction, la politique de contenus AdWords avait été mise en œuvre par Google dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires, au détriment des fournisseurs de bases de données radars et particulièrement de la société Navx, ce qui était susceptible d'être prohibé par les règles communautaires et nationales de concurrence.

Dans l'attente de sa décision au fond, elle a donc enjoint à Google de rendre plus transparentes et prévisibles pour les annonceurs sa politique de contenus AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en France ainsi que les procédures de contrôle de cette politique. Elle a, par ailleurs, imposé le rétablissement, dans les cinq jours, du compte AdWords de la société Navx, afin que cette dernière puisse diffuser à nouveau ses annonces publicitaires. À la suite de la décision d'urgence prononcée par l'Autorité en juin dernier et dans le cadre de l'instruction au fond du dossier, Google a rétabli le compte AdWords de la société Navx et proposé des engagements concernant le fonctionnement de son service AdWords.

Ainsi, Google s'est engagée à rendre plus transparent et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords concernant les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France :

- en spécifiant les dispositifs dont la publicité est autorisée ou interdite, s'agissant notamment des avertisseurs et des bases de données radars ;
- en précisant le champ d'application de l'interdiction et notamment, si celle-ci s'applique seulement aux contenus des annonces ou si elle s'étend aux pages de destination et de renvoi des annonceurs et à l'utilisation de mots-clés ;
- en mettant en place une procédure d'information et de notification ciblée des modifications de la politique de contenus AdWords (les changements plus restrictifs devant être annoncés en respectant un préavis de trois mois, sauf exceptions précisées par les engagements) ;
- en précisant la procédure pouvant mener à la suspension du compte de l'annonceur en cas de violation de la politique de contenus AdWords. Sauf exceptions, cette procédure prévoit au moins deux étapes, dont l'envoi d'un dernier avertissement formel informant l'annonceur de la violation qui lui est reprochée et du risque de suspension de son compte.

Pris pour une durée de trois ans, les engagements proposés offrent aux annonceurs concernés les garanties qui, selon l'analyse préliminaire de l'Autorité, faisaient défaut dans la mise en œuvre de la politique de contenus d'AdWords relative aux dispositifs de contournement des contrôles routiers, tout en préservant la liberté de Google de définir sa politique de contenus.

L'Autorité a accepté et rendu obligatoires les engagements de Google, qui, tels qu'améliorés par rapport aux propositions d'origine de l'entreprise, répondent aujourd'hui à ses préoccupations de concurrence.

# Contrôle des concentrations

## Notion d'entreprise

Le deuxième alinéa du I de l'article L. 430-1 du Code de commerce précise qu'une opération de concentration est réalisée « *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* ». Dans plusieurs décisions, notamment **10-DCC-15**<sup>140</sup> et **10-DCC-16**<sup>141</sup>, l'Autorité a estimé que les opérations n'étaient pas soumises au contrôle des concentrations dans la mesure où l'une des deux parties à l'opération, à savoir des personnes physiques, ne détenait, avant l'opération, le contrôle d'aucune autre entreprise.

## Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'article L. 430-1 définit la notion de concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable. L'Autorité tient compte des principes dégagés par la Commission européenne pour la mise en œuvre de la notion de concentration afin de garantir une cohérence entre le contrôle communautaire et le contrôle national.

Ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies par les statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature du contrôle sur une entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles, ajoutés aux prérogatives conférées aux différents actionnaires peuvent établir un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise de façon exclusive par une seule entreprise ou conjointement par deux entreprises ou plus.

L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

<sup>140</sup>. Décision 10-DCC-15 du 18 février 2010, relative au changement de contrôle de la société Jormas.

<sup>141</sup>. Décision 10-DCC-16 du 24 février 2010, aux conseils de la société SARL Madorinvest, relative à la prise de contrôle de la société SAS Mélaury.

### *Participation minoritaire et contrôle conjoint*

L'Autorité a confirmé, dans de nombreuses décisions relatives au secteur de la distribution à dominante alimentaire<sup>142</sup>, l'analyse qu'elle avait menée en 2009 en ce qui concerne le caractère conjoint du contrôle exercé par le moyen de prises de participations minoritaires dans le cadre du commerce indépendant dit « *organisé* » (franchises, commerce associé, etc.).

Ces participations minoritaires sont détenues, par des sociétés représentant la tête du réseau, au capital des sociétés d'exploitation des fonds de commerce des points de vente concernés. En vertu des statuts de ces sociétés, ces participations correspondent à la minorité nécessaire au blocage des décisions extraordinaires, parmi lesquelles figure le changement d'enseigne du magasin. L'actionnaire majoritaire est donc contraint d'exploiter ce point de vente dans le cadre du contrat d'enseigne concerné dont les clauses relatives à l'approvisionnement, aux marques de distributeurs et à la politique promotionnelle déterminent largement sa stratégie commerciale. Ces contrats d'enseigne comportent de plus fréquemment des clauses de préemption qui limitent les possibilités de cession des points de vente.

Ainsi, les statuts des sociétés Arige et Douprim, prévoyant d'une part, l'exploitation des magasins concernés sous enseigne Champion ou toute autre enseigne du même groupe, et conférant d'autre part, un droit de veto sur toutes les décisions extraordinaires et notamment toute modification statutaire, l'Autorité a conclu dans la décision **10-DCC-04**<sup>143</sup> que la société CSF, filiale du groupe Carrefour, exerçait un contrôle conjoint sur ces sociétés.

142. Voir les décisions 10-DCC-14 du 17 février 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Stradis SAS par les sociétés Corlam SAS et ITM Alimentaire Ouest (Groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-18 du 17 février 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nougain SA sur certaines filiales de la société Retail Leader Price Investissement ; 10-DCC-27 du 18 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société SAS Copra par la société ITM Alimentaire Sud Ouest (groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-28 du 26 mars 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Fragui par les sociétés Gamax et ITM Entreprises ; 10-DCC-36 du 22 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Catilix par la société ITM Alimentaire Centre Ouest (Groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-38 du 26 avril 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Atacla SAS par les sociétés Bamhug SA et ITM Entreprises ; 10-DCC-43 du 25 mai 2010, relative à la création d'une entreprise commune par la société ITM Entreprises et la société Lugos ; 10-DCC-44 du 25 mai 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Bridis SAS par le groupe ITM Entreprises et la société Jonaly SAS ; 10-DCC-59 du 23 juin 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Sylvéric SA par les sociétés Saffreny SARL et ITM Entreprises ; 10-DCC-62 du 21 juin 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société SAS Luniker par la société Brielomat SAS et la société ITM Alimentaire Ouest (Groupe ITM Entreprises) ; 10-DCC-101 du 2 septembre 2010, relative à la prise de contrôle de la société Prima SA par la société Xana ; 10-DCC-88 du 4 août 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nico par la société Machal ; 10-DCC-102 du 31 août 2010, relative à la prise de contrôle de la société Lanrod par la société ITM Alimentaire Centre Est ; 10-DCC-106 du 7 septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Sodina, Rophidina et Gwen Ran par la société ITM Alimentaire Ouest ; 10-DCC-111 du 15 septembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Debehold SAS, Roumar SAS et Nitour SARL par M. Tony Bontemps, *via* la société Tobodis et ITM Entreprises ; 10-DCC-134 du 13 octobre 2010, relative à une prise de contrôle de la société Vical par la société Alimentaire Sud-Ouest ; 10-DCC-143 du 28 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Fonty par le groupe ITM Entreprises ; 10-DCC-135 du 18 octobre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Sodrap par la société ITM Entreprises ; 10-DCC-136 du 22 octobre 2010, relative à la prise de contrôle de la société Lascap par la société Fivaro et le groupe ITM Entreprises ; 10-DCC-156 du 6 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Alfa, Sodom et Sedavi par la société Mauralli et la société ITM Entreprises ; 10-DCC-177 du 8 décembre 2010, relative à la prise de contrôle de la société Goelan SAS par la société Cazabarda et la société ITM Entreprises ; 10-DCC-183 du 13 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Solyade par la société Ausoe et ITM Entreprises.

143. Décision 10-DCC-04 du 4 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Arige et Douprim par la société CSF (groupe Carrefour).

De la même manière, l'Autorité a conclu dans de nombreuses décisions<sup>144</sup> à un contrôle conjoint du groupe ITM sur des sociétés par actions simplifiées au capital desquelles cette société détient une action de préférence lui permettant de bloquer le changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce s'ils venaient à exploiter un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente, pendant une durée de quinze ou vingt ans selon les cas. Au-delà de cette période, ITM Entreprises jouit d'un droit de préférence en cas de cession de titres par les autres actionnaires pendant encore plus de deux ans. Parallèlement, le contrat d'enseigne conclu avec ITM peut prévoir un droit de priorité en cas de cession du fonds de commerce à un prix calculé selon une formule déterminée, pendant la durée du contrat et éventuellement pour une période après l'expiration du contrat d'enseigne.

Dans d'autres cas, le droit de veto repose sur la distinction faite entre les droits attachés aux actions détenues en nue-propriété et celles détenues en usufruit. Par exemple, dans la décision **10-DCC-29**<sup>145</sup>, la société Cynell était détenue préalablement à l'opération, à plus de 50 % en pleine propriété par les époux X, leurs proches et la société SAS Cinebell, à moins de 35 % en usufruit par M. X, à moins de 35 % en nue-propriété par la société ITM Alimentaire région parisienne, filiale d'ITM Entreprises et à moins de 0,5 % par la société ITM Entreprises. Grâce à cette participation, ITM Entreprises pouvait bloquer tout changement d'enseigne de la société Cynell, tant pendant la durée des contrats d'adhésion et d'enseigne, qu'à leur échéance. En effet, même si M. X exerçait seul, dans les assemblées générales ordinaires, les droits de vote attachés aux actions dont il a l'usufruit, ITM Alimentaire Région parisienne conservait, dans les assemblées générales extraordinaires, les droits de vote attachés aux actions qu'il détenait en nue-propriété. Les décisions de ces assemblées extraordinaires devant être prises à la majorité des deux tiers ou à l'unanimité des voix des associés présents ou représentés, ITM Alimentaire Région parisienne détenait en conséquence un droit de veto sur toute modification des dispositions statutaires.

L'autorité a également été amenée à constater l'influence déterminante exercée par un actionnaire sur une entreprise dans d'autres secteurs.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-34**<sup>146</sup>, l'Autorité a été amenée à conclure que les sociétés CIAB et Arrivé exerçaient sur la société Cap Elevage un contrôle conjoint préalablement à l'opération. La CIAB et Arrivé étaient coactionnaires de la société SAS Cap Elevage respectivement à hauteur de 60 % et 40 %. Cap Elevage exerçait deux activités : une activité principale d'achat et de revente de poussins et d'autres produits et services utiles à l'élevage avicole (médicaments,

<sup>144</sup>. Décisions 10-DCC-09 du 3 février 2010, relative à la prise de contrôle de la société Menaphi SAS par la société ITM Alimentaire Région parisienne et 10-DCC-19 du 24 février 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la SA Ségur Distribution par la société ITM Alimentaire Ouest.

<sup>145</sup>. Décision 10-DCC-29 du 30 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cynell SA par la société ITM Entreprises.

<sup>146</sup>. Décision 10-DCC-34 du 22 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Arrivé Nutrition animale, Arrivé Division Petfood, Arrivé Bellanné et Cap Elevage par la Coopérative interdépartementale des aviculteurs du bocage.

gaz, prestations sanitaires...) réalisés quasi exclusivement pour le compte des éleveurs de la CIAB et une activité secondaire de négoce de volailles vivantes. Les statuts de Cap Elevage prévoyaient que toutes les décisions collectives, ordinaires ou extraordinaires, seraient prises à la majorité des deux tiers outre celles explicitement soumises à l'unanimité. Le président était « nécessairement présenté par la société CIAB » et assisté d'un directeur général, « nécessairement présenté par la société Arrivé », disposant des mêmes pouvoirs. Ces deux dirigeants siégeaient aux côtés de trois représentants de la CIAB et de trois représentants d'Arrivé, au sein d'un conseil d'orientation qui délibérait sur les décisions stratégiques de l'entreprise à la majorité simple, la voix du président n'étant pas prépondérante.

Dans la décision **10-DCC-02**<sup>147</sup>, l'Autorité a considéré que SNCF Participations et la Caisse de dépôt et placement du Québec (ci-après « CDPQ ») exerçaient un contrôle conjoint sur les sociétés Effia et Keolis, *via* la société Kuvera Développement, dont le capital est détenu à 56,7 % par SNCF Participations, à 40,8 % par Kebexa (contrôlée par CDPQ) et à 2,5 % par Keos Management. L'opération consistait en l'apport par SNCF Participations de sa participation au capital d'Effia et de ses filiales (hormis Effia Services) à Kuvera Développement. Cette opération s'accompagnait d'une modification du pacte d'actionnaires entre SNCF-P et Kebexa sur Kuvera Développement, chacune étant alors en mesure de bloquer les décisions stratégiques prises par le conseil de surveillance de Kuvera Développement. L'autorité a mené une analyse de même nature dans les décisions **10-DCC-63**<sup>148</sup>, **10-DCC-189**<sup>149</sup> et **10-DCC-187**<sup>150</sup>.

### *Fusion de fait*

Une fusion de fait est réalisée lorsque la combinaison des activités d'entreprises juridiquement indépendantes aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique.

Cela peut notamment être le cas lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre et sans qu'il existe de mutation dans la détention de leur capital respectif, établissent éventuellement un ensemble de relations qui impliquent une gestion économique unique et durable.

Dans la décision **10-DCC-52**<sup>151</sup>, l'Autorité de la concurrence, après avoir analysé les implications de la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM) par les sociétés d'assurance mutuelle Matmut, MAIF et MACIF a consi-

147. Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

148. Décision 10-DCC-63 du 21 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des groupes Ne Varietur et C12E par la société Arlight Capital Partners.

149. Décision 10-DCC-189 du 15 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint par la Caisse des dépôts et consignations et CNP Assurances de deux centres commerciaux.

150. Décision 10-DCC-187 du 13 décembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) et Sébastien G de la société RLPG Développement ainsi qu'à la prise de contrôle par RLPG de cinq magasins de distribution de produits alimentaires sous enseigne Leader Price.

151. Décision 10-DCC-52 du 2 juin 2010, relative à la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle par la MACIF, la MAIF et la MATMUT.

déré qu'il s'agissait en l'espèce d'une fusion de fait constitutive d'une opération de concentration. Elle a en effet relevé que la création de la SGAM SFEREN par les trois groupes précités constituait le prolongement de liens de partenariat de longue date entre eux. La SGAM SFEREN a vocation à assurer une solidarité financière entre elle et les sociétés des groupes Matmut, MAIF et MACIF, dont le bénéfice pourra être sollicité par celles-ci en cas de dégradation de leur situation financière. Par ailleurs, la SGAM SFEREN constituera la société mère de filiales communes entre les trois groupes concernés par l'opération et pilotera les orientations stratégiques de certaines d'entre elles. L'Autorité de la concurrence a également pris en considération l'existence de projets de développement d'activité de la SGAM SFEREN et de ses filiales en matière de réassurance, d'assurance emprunteur, d'achat hors assurance, de gestion d'actifs, de services à la personne, d'assurance-vie, de dépendance et de services bancaires.

Au vu de ces éléments de droit et de fait, l'opération en cause a été considérée comme une fusion de fait entre la MACIF, la MAIF et la Matmut, conformément aux dispositions du paragraphe 23 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations<sup>152</sup>.

### *Contrôle sur une base purement contractuelle*

À elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Dans la décision **10-DCC-61**<sup>153</sup>, l'Autorité de la concurrence a examiné, à l'occasion de l'acquisition de la totalité du capital de la société SRD<sup>154</sup> par la société Colas auprès d'Exxon Mobil et de Total, dans quelle mesure les contrats d'approvisionnement conclus entre SRD, d'une part, et les compagnies pétrolières approvisionnant cette raffinerie (Exxon Mobil et Total), d'autre part, étaient susceptibles de permettre à ces deux compagnies pétrolières de garder éventuellement un contrôle sur la gestion et les ressources de la société SRD.

L'Autorité a constaté que les contrats que la société SRD et les compagnies pétrolières l'approvisionnant envisageaient de conclure avaient pour seul objet de garantir la poursuite de l'activité de SRD postérieurement à l'opération et de permettre à Colas d'acquérir de l'expérience dans le secteur du raffinage. Par ailleurs, l'Autorité a relevé que ces contrats seraient conclus pour une durée maximum de trois ans et ne pourraient être tacitement reconduits. Au vu de ces éléments, l'Autorité

<sup>152</sup>. Le paragraphe 23 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations précise que « 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 ».

<sup>153</sup>. Décision 10-DCC-61 du 15 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la Société de la raffinerie de Dunkerque par la société Colas.

<sup>154</sup>. SRD est une société possédant une raffinerie de pétrole située à Dunkerque, exploitée comme une raffinerie de façonnage.

a considéré que ces contrats ne confèreraient pas aux compagnies pétrolières cédantes une influence déterminante sur la cible dont le contrôle exclusif serait assuré par l'acquéreur, la société Colas.

### *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 consolidée. D'une part, le caractère transitoire doit être convenu entre les acquéreurs de manière juridiquement contraignante et, d'autre part, il ne doit pas exister de doutes quant à la célérité de la deuxième étape.

L'Autorité de la concurrence a ainsi considéré dans son analyse de l'opération SAS Ebimis/ITM Alimentaire Centre Est (**10-DCC-07**) que l'acquisition des actions de la société cible par ITM Alimentaire Centre Est, d'une part, et leur rétrocession immédiate à M. X *via* sa société SAS Ebimis, d'autre part, constituaient une opération de concentration unique.

### *Les 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. Cette conditionnalité est normalement démontrée lorsque les opérations sont juridiquement liées. Toutefois, comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne « *si une conditionnalité de fait peut être établie de manière satisfaisante, elle peut également être suffisante pour permettre de considérer les opérations comme une opération de concentration unique* ». La Commission européenne souligne à cet égard que « *l'interdépendance d'opérations multiples peut apparaître au vu des déclarations faites par les parties elles-mêmes ou de la conclusion simultanée des accords en cause* ». Elle indique aussi que « *les opérations qui constituent un tout en fonction des objectifs économiques poursuivis par les parties doivent également être appréciées dans le cadre d'une seule et même procédure. Dans ces cas, la modification de la structure du marché est induite par l'ensemble de ces opérations mises bout à bout* »<sup>155</sup>.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-79**, l'Autorité a considéré que l'acquisition consécutive de deux instituts de formation par un même fonds d'investissement, Duke Street Holdings Ltd, constituait une seule et même opération bien que le lien juridique unissant ces deux opérations fût non réciproque. Cette double acquisition apparaissait néanmoins comme concomitante, voulue et organisée comme une seule et même opération par les parties et il a été considéré que cette opération constituait donc une opération unique.

<sup>155</sup>. Paragraphes 43 et suivants de la communication consolidée de la Commission européenne 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.

De même, dans la décision **10-DCC-81**, l'Autorité a estimé que les opérations d'apport de deux sociétés coopératives, Cecab et coopérative de Broons, au profit de la société coopérative Prestor constituaient une seule et même opération de concentration en l'absence d'un lien juridique réciproque entre les deux actes d'apport. L'exposé de l'objectif économique poursuivi par les parties, celui de regrouper les trois coopératives au sein d'une seule, spécialisée en production porcine, et la conclusion simultanée des deux protocoles d'accords en cause ont notamment permis de considérer que ces deux opérations constituaient une opération unique. Le même raisonnement a été suivi dans la décision **10-DCC-140** dans laquelle deux opérations, réalisées le même jour et poursuivant un objectif commun, ont été qualifiées d'interdépendantes par l'Autorité dans le secteur de la vente au détail d'articles de bijouterie-horlogerie.

Dans la décision **10-DCC-132**, l'Autorité relève l'interdépendance de la création de deux entreprises communes par DomusVi et GDP Vendôme. Outre le fait qu'elles soient l'objet d'un même protocole d'accord, ces deux entreprises nouvellement créées procédaient à la réalisation d'un même objectif économique et le transfert des actifs des sociétés opérationnelles d'exploitation à l'une, DVD Participation, ne pouvait s'envisager sans le transfert concomitant des activités, des sociétés de gestion et des services supports à la seconde, DVD Gestion.

Lorsque deux opérations font l'objet d'un lien conditionnel, elles ne peuvent cependant être considérées comme une opération de concentration unique que si, pour chacune d'elles, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises. Ainsi dans sa décision **10-DCC-130**, l'Autorité n'a examiné qu'une seule des trois étapes de l'opération permettant au groupe Invivo de prendre le contrôle d'actifs du groupe Sodistock. Bien qu'étant juridiquement liées par un protocole d'accord conclu entre les parties, les différentes phases de l'opération n'impliquaient pas les mêmes acquéreurs et l'Autorité les a donc examinées de manière distincte.

Enfin, s'agissant d'opérations d'acquisitions multiples et de leur éventuelle assimilation à une concentration unique, l'Autorité a considéré que les opérations de reprise par la RATP d'actifs en provenance des groupes Veolia Transport, d'une part, et Transdev, d'autre part, étaient assimilables à une opération de concentration unique (**10-DCC-83**). En effet, ces reprises d'actifs étaient prévues dans un même protocole d'accord et intervenaient comme une contrepartie globale de la sortie de la RATP du capital de Transdev. Une opération indissociable de celle-ci et conduisant à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations, a néanmoins été traitée de manière distincte par l'Autorité notamment parce qu'elle n'impliquait pas les mêmes acquéreurs (**10-DCC-198**).

### *Entreprises communes*

Conformément aux dispositions de l'article L. 430-1 du Code de commerce, la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises constitue une

concentration dès lors qu'il s'agit « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ».

Au cours de l'année 2010, l'Autorité a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de préciser cette notion et d'appliquer ce critère à différentes situations. Ainsi, dans sa décision **10-DCC-153**<sup>156</sup>, elle a considéré que le projet de création d'une société commune entre les groupes D2T et Mécachrome constituait une entreprise commune de plein exercice disposant de ressources suffisantes de nature à lui permettre de fonctionner sur le marché de manière autonome et durable. En effet, il était prévu que cette nouvelle entité dispose de ses propres ressources humaines (mise à disposition par les sociétés mères de salariés chargés de la prospection commerciale, embauche d'ingénieurs appartenant auparavant au bureau d'études de Mécachrome, embauche de nouveaux salariés), de moyens techniques (notamment en équipements informatiques, particulièrement utiles dans le secteur d'activité concerné) et de moyens financiers (avec un chiffre d'affaires prévisionnel). Il a aussi été relevé que la nouvelle entité avait pour objectif de développer sa propre activité économique de conception clés en mains de groupes motopropulseurs, même s'il était prévu quelle puisse sous-traiter certaines de ses activités à ses sociétés mères, étant précisé que cette sous-traitance devait intervenir, selon le protocole d'accord, à l'issue d'une mise en concurrence, en toute indépendance, sur la base de conditions commerciales normales.

À l'inverse, l'Autorité a estimé que le projet de création, par six entreprises exerçant leur activité dans le secteur de la construction, d'une société par actions simplifiée coopérative à capital variable dont l'objet consistait en la négociation et l'achat de matériaux auprès de fournisseurs de revêtements de sols souples, ne constituait pas une entreprise de plein exercice<sup>157</sup>. Tout d'abord, l'exigence d'autonomie de la nouvelle entité sur le plan fonctionnel n'était pas remplie. En l'espèce, les fonctions de président et de directeurs généraux étaient gratuites et assurées par les associés, les coopérateurs eux-mêmes représentaient les ressources humaines de la nouvelle société et celle-ci devait exercer son activité grâce à l'effort commun de ses membres fondateurs, sans disposer d'un personnel propre. Par ailleurs, au sujet de la démonstration de l'existence d'une « *entreprise accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome* », c'est-à-dire une entité qui opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions normalement exercées par les autres entreprises sur ce marché, l'Autorité a indiqué que la nouvelle entité n'exercerait d'activités que pour le compte de ses sociétés mères. Dans un premier temps, elle devait exécuter les fonctions d'intermédiaire entre certains fournisseurs et celles-ci, en centralisant les intérêts et besoins communs afin de pouvoir négocier de meilleurs prix d'achat au profit des associés. Ces opérations devaient bénéficier directement aux sociétés mères qui devaient acheter elles-mêmes les matériaux suivant les conditions et prix obtenus par la négociation commune. Ce n'était qu'à plus long terme qu'il était envisagé que la nouvelle entité puisse acheter, elle-même,

156. Décision 10-DCC-153 du 12 novembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par D2T et Mécachrome.

157. Décision 10-DCC-49 du 8 juin 2010 constatant l'inapplicabilité du contrôle.

des produits et matériaux afin de les revendre à ses sociétés mères. Dès lors, dans la mesure où la nouvelle entreprise devait rester extrêmement dépendante de ses sociétés mères dans son fonctionnement et n'exister que pour et par ces dernières, l'Autorité a conclu au caractère non concentratif de l'opération envisagée.

D'autres décisions ont confirmé cette interprétation de la notion de plein exercice (**10-DCC-147**; **10-DCC-132**; **10-DCC-119**; **10-DCC-66**).

## Les seuils de contrôle

En ce qui concerne les modalités de calcul des chiffres d'affaires visés à l'article L. 430-2 du Code de commerce, les lignes directrices de l'Autorité précisent que *« 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 notification ; 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 »*. Il est ajouté *« qu'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 certifié »*.

Faisant application de ces critères, l'Autorité a considéré, dans sa décision **10-DCC-44**<sup>158</sup>, que le chiffre d'affaires de l'exercice 2008 de la société Jonaly, une des deux entreprises concernées, qui s'élevait à 13,8 millions d'euros, ne rendait pas compte de la réalité économique de l'entreprise dans la mesure où, à la suite de l'acquisition d'un nouveau fonds de commerce au cours de l'année 2009, le chiffre d'affaires de celle-ci avait plus que doublé. Dès lors, estimant qu'il convenait de prendre en compte le chiffre d'affaires de l'année 2009, bien qu'il ne soit pas encore certifié, l'Autorité a conclu que les seuils de contrôle relatifs au commerce de détail définis au II de l'article L. 430-2 du Code de commerce étaient franchis et que l'opération devait être soumise au contrôle des concentrations.

Par ailleurs, en application des dispositions du même article, lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, une opération est soumise au contrôle prévu par les articles L. 430-3 et suivants du même code 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 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, relatif au contrôle des concentrations »*.

<sup>158</sup>. Décision 10-DCC-44 du 25 mai 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Briday SAS par le groupe ITM Entreprises et la société Jonaly SAS.

L'Autorité a eu l'occasion de constater, dans sa décision **10-DCC-141**<sup>159</sup>, l'absence du premier des critères d'application de ces seuils, relatif à l'exploitation d'un ou plusieurs magasins. En effet, bien que l'entreprise cédée exerçât une activité dans la distribution de fioul domestique et de lubrifiant à des particuliers, l'Autorité a estimé que les seuils définis au II de l'article L. 430-2 du Code de commerce ne pouvaient être appliqués dans la mesure où l'entreprise concernée ne détenait aucun magasin, le fioul étant directement livré aux utilisateurs avec des camions citernes.

### Analyse concurrentielle

#### *L'évaluation des parts de marché*

##### Sur des zones locales de chalandise

Dans certains secteurs, les marchés géographiques sont de dimension locale. Par exemple s'agissant de la distribution au détail, les consommateurs ne sont prêts à se déplacer que sur une distance limitée, en fonction de la nature du produit. De même, la livraison de certains produits pondéreux (granulats<sup>160</sup>, ciment, fioul, céréales<sup>161</sup>, engrais<sup>162</sup>, etc.) ou fragiles (animaux vivants<sup>163</sup>, etc.) n'est possible ou n'est rentable que sur une zone réduite. Cependant, aucune statistique de ventes correspondant à ces zones de x kilomètres de diamètre n'est disponible pour permettre d'évaluer précisément les parts de marché des entreprises sur ces marchés pertinents. Dans certains cas, l'Autorité s'appuie en première approche sur une estimation des ventes réalisées par les implantations physiques dont disposent les entreprises au niveau d'une circonscription administrative telle que le département<sup>164</sup> ou la région. Dans d'autres cas, ces ventes sont estimées sur des cercles plus ou moins étendus centrés sur le lieu d'implantation des points de vente ou points de livraison objets de l'acquisition<sup>165</sup>. En fonction des données disponibles, ces estimations peuvent être limitées au nombre de points d'implantation, ou au nombre de mètres carrés ou aux volumes livrés, la valeur des ventes étant plus rarement connue. Mais il s'agit toujours d'estimations de la totalité des ventes réalisées par les points d'implantation des entreprises présents dans ces zones et non des achats des clients résidant dans cette zone, cette dernière donnée n'étant pas généralement disponible. Dans la réalité, les frontières de ces zones de chalan-

159. Décision 10-DCC-141 du 25 octobre 2010 aux conseils de la société Compagnie Pétrolière de l'Est, relative à la prise de contrôle d'éléments d'actifs corporels et incorporels d'un fonds de commerce.

160. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tarmac par la société Eurovia.

161. Décision 10-DCC-84 du 16 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Compas par la société coopérative agricole Champagne Céréales.

162. Décision 10-DCC-64 du 23 juin 2010, relative à l'acquisition de SPS Participations par Soufflet Agriculture.

163. Décision 10-DCC-107 du 9 septembre 2010, relative à l'apport partiel d'actifs de CAM 56 et Coopagri Bretagne, et à la fusion entre Coopagri Bretagne et Union Eolys.

164. Voir par exemple les décisions relatives à des prises de contrôle dans le secteur de la distribution automobile.

165. Voir par exemple les décisions relatives aux opérations dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire.

dise ou mêmes les frontières des différentes circonscriptions administratives ne sont pas étanches et des clients présents sur ces zones se fournissent auprès d'entreprises situées en dehors de ces zones tandis que les entreprises situées sur ces zones peuvent avoir des clients situés à l'extérieur. Il s'agit cependant d'une première approche qui peut éventuellement être affinée.

L'Autorité a ainsi, dans le cadre de l'examen de l'opération Eurovia/Tarmac<sup>166</sup>, mené une analyse locale des marchés des granulats en tenant compte les spécificités des zones, leur configuration géographique réelle et l'interpénétration éventuelle de ces zones. Les parts de marché ont ainsi été estimées, conformément à la pratique décisionnelle antérieure, sur une zone d'un rayon de 40 kilomètres centrée autour de la carrière considérée en divisant la production des carrières des parties situées dans la zone de référence par la production totale de l'ensemble des carrières situées dans cette zone.

Cependant, dans la mesure où les parts de marché ainsi calculées étaient très sensibles à un éventuel élargissement du rayon de 40 kilomètres, plusieurs carrières exploitées par des concurrents des parties étant situées à la périphérie de ces zones, la prise en compte de ces parts de marché a été complétée par une analyse détaillée de la situation de ces carrières périphériques notamment en ce qui concerne la qualité des granulats produits et les capacités de production disponibles.

### L'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution

Comme cela est précisé dans les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations<sup>167</sup>, 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 concurrentielle, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau.

Pour cela, l'Autorité procède à un examen au cas par cas des contrats liant la tête de réseau à ses adhérents afin d'évaluer le degré d'indépendance de ceux-ci.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-01**<sup>168</sup>, l'Autorité a étudié les quatre contrats propres aux réseaux concernés en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique de la tête de réseau en matière de communication publicitaire, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de la centrale pour une partie des achats, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits développés en marque de distributeur, l'obligation de participation à des campagnes promotionnelles organisées par la tête de réseau, l'interdiction pour l'adhérent de modi-

<sup>166</sup>. Décision 10-DCC-98, précitée.

<sup>167</sup>. Lignes directrices, points 594 et 595.

<sup>168</sup>. Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par la société Mr. Bricolage de la société Passerelle.

fier son point de vente sans l'autorisation de la tête de réseau, la possibilité pour la tête de réseau de fixer des prix maximums ainsi que l'existence de clauses de préemption, de substitution ou de préférence au profit de la tête de réseau en cas de cession de son magasin par l'adhérent.

S'agissant du premier type de contrat (dit « *des membres acheteurs* » du réseau), les adhérents étaient totalement autonomes en matière de politique commerciale vis-à-vis de la tête de réseau. En effet, ces magasins n'étaient liés à la centrale que par un mandat à l'achat leur permettant, s'ils le souhaitaient, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de bricolage et jardinage et ce, sans aucune obligation de volume d'approvisionnement. Par conséquent, ils n'ont pas été pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité. En revanche, les contrats des magasins Mr. Bricolage et Catena/Super Catena imposaient aux affiliés le respect de la politique commerciale élaborée par Mr. Bricolage en matière de communication publicitaire, une exclusivité d'approvisionnement pour une part importante de leurs achats, notamment pour les produits développés en marque de distributeur, et leur interdisait de modifier leur point de vente sans l'accord de la tête de réseau. Les contrats contenaient également des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit de Mr. Bricolage en cas de cession de leur magasin.

De même, en vertu des contrats des magasins Le Club sous enseigne « *Les Briconautes* » les adhérents s'étaient engagés à utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, participer à plusieurs opérations promotionnelles par an, durant lesquelles ils devaient mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires, et à référencer une part importante des lignes de produits Le Club. De plus, Le Club se réservait la possibilité de fixer des prix maximums et une partie des adhérents était tenue de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du Club en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial.

Concernant le quatrième type de contrat (les magasins Le Club sans enseigne), l'Autorité avait relevé que les adhérents étaient relativement indépendants : ces magasins n'étaient pas soumis à une politique d'enseigne, leurs contrats n'étaient que d'un an ; en revanche, ils recouraient à des campagnes de publicité opérées par le groupe, mais sans aucune obligation d'y participer et le contrat donnait la possibilité au Club d'instituer des prix maximums. Toutefois, l'Autorité a relevé que la politique du Club avait évolué vers une intégration plus importante de ses adhérents puisqu'une nouvelle version du contrat type emportait des obligations sensiblement plus contraignantes pour l'adhérent et resserrait ses liens avec la tête de réseau. L'Autorité procédant à une analyse prospective, elle en a conclu que ces adhérents devaient également être pris en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité.

La méthodologie et l'analyse menée par l'Autorité a été validée par le Conseil d'État dans un arrêt du 6 décembre 2010 (voir le recours contre la décision 10-DCC-01).

## *Les effets horizontaux*

### **L'opération Eurovia/Tarmac**<sup>169</sup>

En application de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations, la Commission européenne a renvoyé le 10 juin 2010 à l'Autorité de la concurrence l'examen de la prise de contrôle de la société Tarmac Routes et Carrières par le groupe Eurovia. Cette opération qui concerne le secteur de la production de granulats ainsi que les activités connexes de fabrication d'enrobés bitumineux et de travaux routiers, consistait en l'acquisition par Eurovia de quarante-quatre carrières de granulats détenues par Tarmac dans le Limousin, en Auvergne, en Rhône-Alpes et dans la région Centre.

Conformément aux dispositions de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, l'Autorité de la concurrence a mené une analyse multicritères pour évaluer les effets de l'opération de concentration notifiée présentant des risques d'atteinte à la concurrence par une hausse unilatérale des prix de la nouvelle entité. Cette analyse a consisté en l'examen du poids relatif des parties à la concentration et de ses concurrents, du contre-pouvoir éventuel de la demande et les barrières à l'entrée de nouveaux entrants potentiels.

En l'espèce, compte tenu de la détention par Eurovia d'autres carrières que celles acquises à l'occasion de l'opération, l'Autorité de la concurrence a constaté que l'opération se traduirait par un renforcement substantiel de la position d'Eurovia dans l'offre de granulats sur de nombreuses zones locales des régions de Dijon-Mâcon, Sarlat-Tulle et Châteauroux-Issoudun. Les concurrents présents sur ces mêmes zones, disposaient de capacités de production inexploitées mais ne pouvaient augmenter leur capacité de production effective qu'au prix d'investissements supplémentaires importants. De plus, le test de marché effectué a révélé une substituabilité très imparfaite des carrières du fait, notamment, de l'existence de différences de qualité de granulat d'une carrière à l'autre, et de coûts de transport élevés. Enfin, des barrières importantes à l'entrée sur ce marché ont été constatées, dans la mesure où l'ouverture d'une nouvelle carrière nécessite une autorisation administrative et où de nombreuses contraintes environnementales limitent l'implantation de nouvelles carrières.

Au vu de ces éléments, l'Autorité n'a autorisé la réalisation de l'opération qu'à la condition que six carrières situées sur les zones locales où la position d'Eurovia se trouvait particulièrement renforcée, soient cédées par celle-ci.

<sup>169</sup>. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tarmac par la société Eurovia.

### L'opération MACIF/MAIF/Matmut relative à la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle

Dans une décision **10-DCC-52**<sup>170</sup> concernant le secteur de l'assurance, l'Autorité de la concurrence a de nouveau utilisé une analyse multicritères destinée à évaluer les effets horizontaux unilatéraux de l'opération notifiée.

Aux termes de ladite opération consistant en la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM) par la MACIF, la MAIF, la Matmut, les parts de marché de la nouvelle entité représentaient plus de 30 % sur les marchés de l'assurance automobile pour les quatre roues et les deux roues.

S'agissant du marché de l'assurance pour véhicules automobiles quatre roues, marché mature sur lequel la concurrence s'exerce principalement par les prix, il est apparu que le consommateur disposait de la faculté de faire jouer la concurrence entre les fournisseurs de prestations d'assurances de manière assez aisée du fait du développement du courtage, particulièrement sur Internet, et du fait que les contrats peuvent être résiliés avant leur échéance annuelle. Le test de marché a permis de mettre en évidence l'existence de certaines barrières à l'entrée dans le secteur de l'assurance, liées à la nécessité, pour tout nouvel opérateur, de bénéficier d'une solide assise financière ainsi que d'un réseau de distribution important, et lié également à l'importance de la marque. Toutefois, en l'espèce, l'Autorité de la concurrence a relevé que la nouvelle entité serait confrontée à la forte concurrence de grands groupes d'assurances, de mutuelles ainsi que de banques qui disposent d'une puissance financière, d'une couverture géographique, d'une gamme de produits, d'un réseau de distribution et d'une intégration verticale équivalents à ceux de la nouvelle entité, de même qu'à la pression concurrentielle exercée par les courtiers sur ce marché. Le risque d'atteinte à la concurrence sur le marché de l'assurance pour véhicules automobiles quatre roues à destination des particuliers a donc pu être écarté.

De même, sur le marché de l'assurance pour véhicules motorisés deux-roues, l'Autorité de la concurrence a conclu à l'absence de risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux unilatéraux au motif que les nombreux comparateurs de prix permettaient aux consommateurs de faire jouer la concurrence et que la nouvelle entité serait confrontée à la concurrence de compagnies d'assurances, de banques, ainsi qu'à la pression concurrentielle exercée par les courtiers.

### L'opération Tereos/Groupe quartier Français

Dans sa décision **10-DCC-51**<sup>171</sup> concernant le secteur de la production et la distribution de sucre, de mélasse, d'alcool et de produits destinés à l'alimentation animale, l'Autorité de la concurrence a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés

<sup>170</sup>. Décision 10-DCC-52 du 2 juin 2010, relative à la création d'une société de groupe d'assurance mutuelle par la MACIF, la MAIF et la MATMUT.

<sup>171</sup>. Décision 10-DCC-51 du 28 mai 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos.

à l'acquisition de la prise de contrôle exclusif de la Société sucrière du quartier français (ci-après dénommée « SSQF ») par le groupe Tereos.

L'opération était susceptible de provoquer l'apparition d'un quasi-monopole sur le marché de la commercialisation, à la Réunion, du sucre industriel, d'une part, et du sucre de bouche, d'autre part. En effet, avant l'opération, la commercialisation du sucre auprès des industriels et des distributeurs de la Réunion était assurée en quasi-totalité par les deux sociétés Eurocanne et Mascarin, le capital de la première étant détenu conjointement par Tereos et SSQF, la seconde étant contrôlée par la société SSQF.

L'Autorité de la concurrence a constaté, s'agissant du sucre industriel, que les industriels ne peuvent recourir à des importations pour accroître leur pouvoir de négociation puisque celles-ci impliquent des commandes portant sur des quantités importantes et la mise en place d'une logistique lourde. Par ailleurs, l'importation de sucre de canne en provenance de pays proches de la Réunion mais tiers à l'Union européenne serait frappée de droits de douane élevés. En outre, bien que le prix du sucre importé de pays de l'Union européenne, incluant le coût de l'octroi de mer et du fret maritime, soit sensiblement équivalent à celui du sucre produit localement, la prise en compte par les industriels de préoccupations écologiques amenait à relativiser les possibilités de substitution du sucre importé au sucre produit localement.

De même, s'agissant de la commercialisation du sucre de bouche, aucune alternative crédible au sucre de canne produit sur l'île de la Réunion n'a pu être identifiée. En effet, les importations en provenance de la métropole sont marginales, et portent sur des sucres conditionnés en sachets, du sucre glace ou des édulcorants. Par ailleurs, le coût du sucre roux importé de métropole ou d'un pays tiers à l'Union européenne est supérieur à celui produit localement. De plus, une préférence très marquée des consommateurs réunionnais pour le sucre roux et des distributeurs pour les produits locaux a été relevée.

Un risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux unilatéraux a donc été identifié sur les marchés de la commercialisation, à la Réunion, de sucre industriel et de sucre de bouche. L'opération n'a pu être autorisée qu'au regard des mesures correctives proposées par les parties.

### **L'opération TF1/TMC-NT1** <sup>172</sup>

L'Autorité de la concurrence a estimé que l'opération consistant en la prise de contrôle exclusif de la chaîne NT1 et de la chaîne TMC par TF1 était de nature à renforcer la position d'acheteur du groupe TF1 sur les marchés des droits audiovisuels ainsi que sa position dominante sur le marché de la publicité télévisée.

Sur les marchés de l'acquisition de droits, l'Autorité a constaté que le groupe TF1 disposait d'ores et déjà, antérieurement à l'opération, de positions fortes en tant qu'acheteur, la chaîne acquérant environ 40 % des films tant américains que français

<sup>172</sup>. Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés NT1 et Montecarlo Participations (groupe AB).

diffusés à la télévision, près de 40 % des fictions françaises réalisées pour la télévision et 45 % des séries américaines récentes. Si l'acquisition de TMC et NT1 contribuait peu à renforcer les parts du groupe dans les achats sur ces marchés, la possibilité de rentabiliser les droits acquis par le groupe TF1 sur trois chaînes en clair au lieu d'une seule constitue un avantage concurrentiel important par rapport à l'ensemble des autres acheteurs en compétition.

Sur le marché de la publicité télévisée, la demande d'écrans publicitaires télévisés a été particulièrement affectée par la crise économique au dernier trimestre 2008 et au premier semestre 2009, ce qui a compliqué l'analyse par l'Autorité de l'état de la concurrence sur un marché marqué par ailleurs par l'arrêt partiel de la publicité sur France Télévisions, qui a réduit l'offre d'espaces publicitaires. L'Autorité a néanmoins constaté qu'avec près de 50 % de parts de marché, le groupe TF1 conservait une position dominante sur ce marché qui ne pourrait qu'être renforcée par l'opération notifiée, dans la mesure où, si TMC et NT1 ne détenaient, au moment de l'acquisition, que des parts de marché très faibles (moins de 2 % au total), leur potentiel de croissance apparaissait comme important.

Les effets unilatéraux liés à ce renforcement ont fait l'objet d'une analyse très détaillée prenant en compte les spécificités des marchés concernés. L'Autorité a ainsi relevé que la chaîne TF1 détenait une position particulièrement forte sur le segment des écrans publicitaires puissants, c'est-à-dire susceptibles de rassembler une large audience sur la cible visée. Cependant, dans la mesure où TMC et NT1 n'étaient pas en mesure de proposer de tels écrans aux annonceurs, l'opération ne pouvait avoir d'effet sur les prix de ces écrans. De plus, l'Autorité a considéré que, sur le segment des écrans peu puissants, proposés par TF1 comme par TMC et NT1, il était peu probable que l'opération conduise à une hausse des prix dans la mesure où les chaînes concurrentes proposaient également ce type d'écrans et disposaient de plus de capacités disponibles suffisantes pour accueillir un report de la demande.

L'autorité a toutefois rappelé que l'augmentation unilatérale de ses prix n'est que l'une des formes que peut prendre l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise en position dominante et que l'analyse concurrentielle d'une opération de concentration ne peut se réduire à ce seul effet direct et immédiat, encore appelé « *effet statique* ». En l'espèce, elle a examiné d'autres effets liés au renforcement de la position dominante de TF1 (voir *infra* « *Effets congloméraux* »).

De plus, l'Autorité a noté que les chaînes de la TNT étaient de nouveaux entrants qui animaient la concurrence sur le marché de la publicité télévisuelle, et exerçaient une pression concurrentielle réelle sur les chaînes historiques et que l'opération affaiblirait le potentiel d'animation de cette frange concurrentielle.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence, le groupe TF1 a pris devant l'Autorité de la concurrence un ensemble d'engagements.

## L'opération Veolia Transport/Transdev<sup>173</sup>

À l'occasion de l'examen du projet de création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations réunissant les activités de leurs filiales de transport respectives, Veolia Transport et Transdev, l'Autorité a estimé que la concentration envisagée était porteuse de risques concurrentiels sur les marchés du transport public urbain et interurbain de voyageurs hors Ile-de-France par le biais d'effets horizontaux.

Sur le marché du transport urbain, l'analyse concurrentielle de l'opération a tenu compte des caractéristiques particulières de ce marché sur lequel la concurrence s'organise autour d'appels d'offres lancés par les autorités organisatrices de transport (ci-après «AOT»). L'Autorité n'a cependant pas considéré, comme l'y invitaient les parties, que la disparition de l'un des offreurs sur ce marché n'aurait pas d'effet dans la mesure où l'affrontement de deux candidats seulement sur un appel d'offres suffisait à obtenir une offre très concurrentielle. Elle a certes noté qu'un contrat de DSP est attribué à un opérateur unique, et que du fait de l'importance des chiffres d'affaires générés par ces contrats, chaque appel d'offres constitue un enjeu significatif pour les différents opérateurs de transport, ce qui donne un poids significatif à chaque appel d'offres. Cependant, l'Autorité a également estimé que la probabilité de remporter un appel d'offres pour une DSP de transport urbain n'est pas totalement indépendante du résultat des appels d'offres précédents. Elle peut au contraire être affectée :

- d'une part, par des effets d'expérience et de réputation qui peuvent profiter à l'opérateur sortant ;
- d'autre part, par des économies d'échelle qui peuvent être obtenues soit dans la phase de réponse à l'appel d'offres, soit dans la phase d'exploitation du réseau, si l'opérateur est déjà présent dans la zone géographique concernée. Or, dans ces conditions, il ne peut être conclu que le pouvoir de marché d'une entreprise est remis en jeu à chaque appel d'offres et ne dépend en rien de sa taille et donc de sa part de marché. Sur un tel marché, l'analyse des effets d'une fusion repose comme sur d'autres types de marchés largement sur le nombre et le pouvoir de marché des offreurs présents ainsi que sur l'importance des barrières à l'entrée sur le marché et l'existence d'entrants potentiels et plus le nombre de candidats à un appel d'offres est élevé, plus les offres seront compétitives.

Or, l'Autorité a constaté que l'opération a nécessairement pour effet une diminution du nombre des offres remises dans la mesure où, en raison de l'existence de fortes barrières à l'entrée, la disparition de l'un des acteurs ne peut être compensée par une augmentation des offres en provenance des concurrents actuels ou potentiels de la nouvelle entité. L'Autorité a précisé que cette baisse du nombre de candidats lors de futures mises en concurrence organisées par les AOT, emportait un risque de détérioration du niveau tarifaire des offres reçues. Elle a relevé que ce risque était la conséquence non seulement de la capacité de la nouvelle

173. Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

entreprise commune à réduire le niveau de ses offres, mais également de la réaction de ses concurrents face au relâchement de l'intensité concurrentielle dû à la disparition d'un des acteurs. L'Autorité a également observé que la diminution du nombre de candidats consécutive à l'opération était susceptible d'entraîner un appauvrissement de la diversité des propositions faites aux autorités organisatrices de transport lors des futures mises en concurrence. Dans sa décision, l'Autorité a en effet observé que lors d'un appel d'offres concernant un contrat de transport urbain, les réponses soumises à l'AOT par chaque transporteur candidat ne se résument pas à une proposition tarifaire. Les offres remises sont également appréciées en fonction de critères qualitatifs tels que, par exemple, la transparence de la gestion, les objectifs environnementaux, la politique marketing ou encore la relation voyageurs. La concurrence s'exerce donc entre les différents répondants à l'appel d'offres sur de multiples critères, chacun proposant sa vision du service de transport urbain pour l'agglomération considérée.

En outre, l'Autorité a relevé que les effets identifiés risquaient plus particulièrement d'affecter la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA), dans laquelle l'opération renforçait significativement la position du nouvel ensemble. Compte tenu de l'existence d'économies d'échelle géographiques, l'exploitation par un transporteur d'un nombre important de réseaux proches les uns des autres lui donne un avantage concurrentiel par rapport à ses compétiteurs dans les appels d'offres lancés par les AOT dans la région. L'Autorité a observé que si une telle situation permet aux AOT de disposer d'offres plus compétitives de la part d'un opérateur fortement implanté localement, elle peut aussi avoir des effets anti-concurrentiels compte tenu du fonctionnement du marché. En effet, pour une entreprise de transport, la décision de concourir pour l'obtention d'un contrat de transport urbain résulte d'un arbitrage entre, d'une part, le coût de réponse à l'appel d'offres et, d'autre part, la probabilité de remporter le marché. Du fait de la présence sur la zone considérée d'un opérateur bénéficiant d'un avantage de coût, les concurrents potentiels anticiperont une moindre probabilité de remporter l'appel d'offres et seront moins incités à déposer des offres dans cette zone. L'Autorité a ainsi constaté que la forte concentration géographique de la nouvelle entité en PACA risquait d'entraîner une baisse du nombre moyen d'offres reçues par les AOT de cette région.

Sur les marchés départementaux de transport interurbain, l'Autorité a constaté que la nouvelle entité renforçait, du fait de l'opération, sa position dans cinq départements (Var, Vaucluse, Eure-et-Loir, Loir-et-Cher et Haute-Savoie). Au regard du contexte concurrentiel de ces départements, et des caractéristiques des marchés considérés qui fonctionnent par appels d'offres, l'Autorité a estimé que la nouvelle entité serait en position dominante sur ces marchés.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence induits par l'opération, Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et des consignations ont pris devant l'Autorité de la concurrence plusieurs engagements structurels et comportementaux ayant conditionné la décision d'autorisation de l'opération.

## Concentrations dans l'industrie alimentaire

L'Autorité a été amenée à examiner plusieurs opérations de concentration dans le secteur de l'industrie alimentaire<sup>174</sup>, à l'occasion desquelles elle a pris en compte 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, pour déterminer l'existence d'éventuels effets horizontaux unilatéraux.

Ainsi, dans la décision **10-DCC-110**<sup>175</sup> relative au secteur des fromages, l'Autorité a relevé que, si les parties à l'opération, les groupes Entremont et Sodiaal, représentaient l'essentiel des volumes de vente du fromage à raclette vendu sous marque de fabricant (ci-après «*MDF*»), leur position devait être relativisée compte tenu du fait, d'une part, qu'aucune des deux marques sous lesquelles étaient vendus leurs produits n'apparaissait incontournable et, d'autre part, que les produits vendus sous marque de distributeur (ci-après «*MDD*») exerçaient une pression concurrentielle non négligeable sur les marques des parties. De même, leur forte position sur le marché amont mettant en présence les grandes et moyennes surfaces et l'ensemble des fournisseurs de produits MDD devait être relativisée du fait de la puissance d'achat de la grande distribution sur ces marchés (les contrats sont généralement de courte durée avec recours à des appels d'offres; la demande de la grande distribution n'est pas contrainte par celle des consommateurs finals, comme cela peut être le cas s'agissant de marques notoires; le fait qu'un même acheteur répartit souvent ses achats entre plusieurs fournisseurs pour le même produit apparaît comme un moyen de pression sur les prix).

S'agissant des barrières à l'entrée, l'Autorité de la concurrence a relevé qu'au vu de la substituabilité assez forte constatée du côté de l'offre entre le fromage à raclette et les autres fromages à pâte pressée non cuite, de nouveaux concurrents pouvaient entrer facilement sur ce marché et répondre à des appels d'offres de la grande distribution, notamment du fait du niveau peu élevé des investissements technologiques nécessaires pour entrer sur le marché, révélé par un test de marché, et du fait de l'absence, pour les produits MDD, de coûts liés à la publicité ou au marketing des produits. Enfin il a été relevé, en tout état de cause, l'existence, chez les producteurs actuels de fromage à raclette, d'importantes capacités de production excédentaires. Dès lors les risques d'augmentation unilatérale de ses prix par la nouvelle entité ont été écartés.

## Concentrations dans le secteur des coopératives agricoles

L'examen par l'Autorité d'opérations impliquant des coopératives agricoles tient compte de la particularité du lien unissant les coopératives à leurs adhérents.

<sup>174</sup>. Voir not. les décisions 10-DCC-21 du 15 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Champiloire par la société Bonduelle (secteur des légumes), 10-DCC-60 du 14 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Soparo par le groupe R & R Ice Cream (dans le secteur des crèmes glacées), 10-DCC-110 du 1<sup>er</sup> septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal (dans le secteur des fromages).

<sup>175</sup>. Décision 10-DCC-110 du 1<sup>er</sup> septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal.

Ainsi dans la décision **10-DCC-84**<sup>176</sup> Champagne Céréales/Compas, l'Autorité a relevé que le groupe acquéreur, constitué sous la forme d'une coopérative, renforçait sa position sur les marchés de la collecte de céréales et de l'agrofourmiture. Toutefois, les adhérents, également actionnaires de la coopérative, conservaient une grande latitude quant à leurs engagements de livraison et d'approvisionnement auprès de celle-ci, limitant ainsi les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux.

Dans une décision **10-DCC-122**<sup>177</sup> concernant le secteur de la volaille, l'Autorité de la concurrence a considéré que le statut de coopérative du groupe acquéreur devait être pris en compte pour relativiser l'importance des parts de marché de la nouvelle entité sur certaines zones de collecte d'abattoirs. En effet, l'Autorité a considéré que la puissance de marché de la coopérative vis-à-vis de ses adhérents était limitée par le fait qu'elle ne maîtrise pas son approvisionnement, constitué quasi exclusivement d'achats auprès de ses adhérents. En revanche, les adhérents de la coopérative bénéficient d'une sécurisation de leurs débouchés.

### *Les concentrations verticales*

Une concentration verticale peut restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. Ce verrouillage peut viser les marchés aval, lorsque l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval. La stratégie de verrouillage peut également concerner les marchés amont lorsque la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux.

### **Des risques d'effets verticaux ont été identifiés dans l'opération Eurovia/Tarmac**<sup>178</sup>

Dans le cadre de l'examen de cette opération, l'Autorité a relevé que les carrières d'extraction de granulats exploitées par les parties fournissent notamment les centrales de fabrication d'enrobés bitumeux nécessaires à la construction et à l'entretien des routes, secteur sur lequel l'acquéreur occupait une position significative. L'analyse menée par l'Autorité a permis d'écartier tout risque d'atteinte à la concurrence sur les marchés des granulats par un verrouillage de l'accès des carrières concurrents de la nouvelle entité à la clientèle aval. En revanche, l'Autorité a relevé que le renforcement de la position du groupe Eurovia sur les marchés des granulats faisait craindre un verrouillage de l'accès à cet intrant au détriment de ses concurrents sur les marchés des enrobés et des travaux routiers. Ceux-ci

176. Décision 10-DCC-84 du 16 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Compas par la société coopérative agricole Champagne Céréales.

177. Décision 10-DCC-122 du 17 septembre 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Gastronomes Condom par les sociétés Euralis Coop, SCA Vivadour, Terrena et Maisadour.

178. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tarmac par la société Eurovia.

s'approvisionnaient en effet, antérieurement à l'opération, d'autant plus volontiers auprès du groupe Tarmac, que celui-ci n'était pas un de leurs concurrents sur les marchés des enrobés ou des travaux routiers.

### *Les critères d'analyse et leur application*

Afin d'évaluer la probabilité d'un tel scénario de verrouillage du marché des granulats, l'Autorité a examiné, premièrement, si la nouvelle entité aurait, après la fusion, la capacité de restreindre l'accès aux intrants de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire étaient suffisantes, et, troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

### *Capacité de verrouiller l'accès aux intrants*

L'Autorité a tout d'abord relevé l'absence de transparence tarifaire sur le marché des granulats en précisant que cette absence était un facteur de nature à favoriser la mise en place d'une discrimination tarifaire entre les différentes catégories de clients des parties.

L'Autorité a ensuite souligné que les granulats sont une matière première essentielle à la production d'enrobés, puisque ces derniers sont composés à 95 % de granulats, ainsi qu'à la construction de couches de fondation et de base des routes. Elle a conclu qu'il était donc nécessaire pour les producteurs d'enrobés et les constructeurs de routes, qu'il s'agisse d'opérateurs d'envergure nationale ou de dimension plus modeste, d'avoir un accès sécurisé à des granulats, même si, dans certains cas, les constructeurs de route peuvent utiliser un traitement fait de ciment et de bitume pour les couches de fondation et de base.

De plus, l'Autorité a rappelé que la capacité de la nouvelle entité à limiter l'accès de ses concurrents aval aux matières premières qui leur sont nécessaires dépend de la possibilité qu'ont ces concurrents de trouver d'autres sources d'approvisionnement. Dans son analyse, l'Autorité a donc tenu compte des parts de marché des parties mais également de la capacité des autres carriers à fournir une demande supplémentaire, des coûts de changement d'opérateur et des barrières à l'entrée sur le marché des granulats.

### *Les incitations à la mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage*

L'Autorité a observé en outre que l'incitation à forclore l'accès des concurrents aux granulats dépendait essentiellement de l'effet d'un tel scénario sur la rentabilité globale du groupe verticalement intégré. Sur ce point elle a souligné que dans les zones sur lesquelles la nouvelle entité détenait des positions fortes sur les marchés des granulats, et dans la mesure où les sources d'approvisionnement alternatives étaient insuffisantes, une augmentation des prix ou une limitation des quantités de granulats offertes ne se traduirait pas par une baisse de la marge réalisée en amont sur les granulats. De plus, le renchérissement des coûts des concurrents non intégrés sur les marchés aval était de nature à permettre au groupe verticalement intégré de renforcer sa position sur ces marchés et d'assurer

la rentabilité de cette stratégie pour l'ensemble du groupe même si elle ne l'était pas pour la branche aval.

### *Effet significatif sur le marché en cause*

L'Autorité a remarqué que le verrouillage de l'accès des producteurs d'enrobés et des opérateurs de travaux routiers concurrents de la nouvelle entité au marché des granulats aurait un effet d'autant plus significatif sur la concurrence sur ces marchés qu'il toucherait au premier chef les opérateurs non intégrés verticalement, qui sont sur ces marchés d'importants animateurs de la concurrence face aux grands groupes tels que Colas et Eurovia. Notamment, dans la région Châteauroux-Issoudun, l'Autorité a relevé que le groupe Toffolutti, concurrent de la nouvelle entité et qui ne disposait pas de carrière en propre, pouvait avoir des difficultés à se tourner vers des fournisseurs alternatifs et était ainsi exposé à une stratégie de discrimination du groupe Eurovia.

### **Les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux ont pu être écartés dans les autres décisions de l'Autorité**

Dans la plupart des opérations susceptibles d'emporter des effets verticaux, l'Autorité a écarté tout risque d'atteinte à la concurrence compte tenu de l'incapacité de l'entité fusionnée à verrouiller les marchés concernés de manière significative. L'Autorité considère en effet qu'une opération de concentration est en principe insusceptible d'emporter des risques de verrouillage lorsque la part de l'entreprise issue de l'opération sur les marchés concernés ne dépasse pas 30 %.

Notamment, à l'occasion de l'examen de la concentration Coopagri Bretagne/CAM 56/Union Eolys<sup>179</sup>, l'Autorité a considéré que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux eu égard à la part de marché modérée de la nouvelle entité sur les différents segments concernés. De même, dans le secteur des services aux entreprises, l'Autorité a relevé dans ses décisions Vinci/Faceo<sup>180</sup> et Faceo/Sofinord/Ceritex qu'en raison de la faible position des entités fusionnées, il n'y avait pas lieu de craindre un verrouillage des marchés considérés. La part de marché restreinte de la partie notifiante à l'issue de l'opération a également été invoquée par l'Autorité à l'occasion du rachat de plusieurs sociétés Arrivés par CIAB<sup>181</sup>, pour justifier d'une absence d'effets verticaux dans le secteur de l'alimentation animale.

La mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage est également peu probable lorsque des alternatives sont offertes par des concurrents. Ainsi, dans sa décision

<sup>179</sup>. Décision 10-DCC-107 du 9 septembre 2010, relative à l'apport partiel d'actifs de CAM 56 à Coopagri Bretagne, et à la fusion entre Coopagri Bretagne et Union Eolys.

<sup>180</sup>. Décision 10-DCC-82 du 28 juillet 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Faceo par VINCI Energies (groupe VINCI) et 10-DCC-75 du 6 juillet 2010, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Ceritex par les groupes Faceo et Sofinord.

<sup>181</sup>. Décision 10-DCC-34 du 22 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Arrivé Nutrition animale, Arrivé Division Petfood, Arrivé Bellané et Cap Elevage par la Coopérative Interdépartementale des Aviculteurs du Bocage.

10-DCC-11 relative à l'opération TF1/NT1/Monte-Carlo<sup>182</sup>, l'Autorité de la concurrence a observé que dans l'hypothèse où TF1 International refuserait l'accès à son catalogue de films aux chaînes concurrentes ou favoriserait les chaînes de son groupe, les chaînes concurrentes disposeraient de sources d'approvisionnement alternatives vers lesquelles elles pourraient reporter leur demande. S'agissant de la production de bitumes utilisés pour la production d'enrobés à chaud et de matériaux d'étanchéité bitumineux, l'Autorité, dans sa décision **10-DCC-61** relative à la prise de contrôle de SRD par la société Colas, a également considéré que l'opération était peu susceptible d'entraîner un surenchérissement des coûts d'achat de bitume en raison de la présence de raffineries proches du site racheté.

La pratique décisionnelle nationale considère par ailleurs qu'une opération est peu susceptible d'entraîner un risque de verrouillage dès lors que l'entreprise fusionnée est incapable de satisfaire la demande de ses propres filiales. À l'occasion de sa décision relative à l'opération TF1/NT1/Monte-Carlo, l'Autorité a ainsi relevé que, bien que la nouvelle entité détienne une position prééminente sur les marchés de l'acquisition de films de catalogue américains et EOF, son catalogue était d'ores et déjà largement insuffisant en termes de diversité, mais aussi de volume, pour alimenter à lui seul les chaînes du groupe TF1, notamment au regard de ses obligations réglementaires relatives à la production et à la diffusion. Ainsi, l'Autorité a constaté que le groupe TF1 continuerait à l'issue de l'opération à s'approvisionner auprès de ses concurrents sur les marchés amont de vente de films de catalogue pour des montants d'achat et des volumes significatifs. De la même façon, dans sa décision 10-DCC-61<sup>183</sup> précitée, l'Autorité a écarté un risque de verrouillage des débouchés pour les producteurs de bitumes, le groupe intégré verticalement étant incapable de satisfaire seul l'ensemble de ses besoins nationaux. On peut également citer sur ce point l'opération groupe Quartier français/Tereos<sup>184</sup>, pour laquelle l'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de craindre d'éventuels effets verticaux sur le marché français du sucre de bouche dans la mesure où, notamment, il existait de nombreuses sources alternatives d'approvisionnement autres que la nouvelle entité.

L'Autorité a pareillement écarté le risque d'une atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux en raison des caractéristiques propres à la demande sur les marchés considérés. Dans le secteur des coopératives agricoles, à l'occasion de sa décision RAGT/CAF Grains<sup>185</sup>, l'Autorité a ainsi constaté que les coopératives choisissaient les semences essentiellement en fonction des critères agronomiques et qualitatifs des différentes variétés, le prix n'intervenant que marginalement : un agriculteur recherche, pour un certain type de semence, la variété la plus adaptée à

<sup>182</sup>. Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

<sup>183</sup>. Décision 10-DCC-61 du 15 juin 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la Société de la raffinerie de Dunkerque par la société Colas.

<sup>184</sup>. Décision 10-DCC-51 du 28 mai 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos.

<sup>185</sup>. Décision 10-DCC-66 du 28 juin 2010, relative à la transformation de RAGT Semences en entreprise commune contrôlée par RAGT et CAF Grains.

ses besoins, aux conditions pédoclimatiques de la zone dans laquelle il est établi. De ce fait, les coopératives concernées par l'opération pouvaient difficilement limiter leur approvisionnement auprès d'un unique producteur si celui-ci ne disposait pas des variétés les plus adaptées à la demande de leurs agriculteurs. Dans le secteur des produits laitiers, à l'occasion de l'examen de l'opération Les maîtres laitiers du Cotentin («*MLC*»)/Van de Woestyne<sup>186</sup>, l'Autorité s'est également intéressée à l'organisation de la demande de produits laitiers pour apprécier le risque d'effets verticaux. Elle a notamment relevé s'agissant des risques de verrouillage de l'accès à la clientèle constituée par la RHF (restauration hors foyer), que les clients grands comptes de la RHF négociaient de plus en plus leurs achats directement auprès des industriels, en contournant les grossistes distributeurs dont le rôle se limitait alors à une prestation de stockage et de transport. Dès lors, les capacités de verrouillage par *MLC* de l'accès à cette clientèle ont été jugées très limitées.

### *Les concentrations conglomérales*

L'Autorité apprécie le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux à l'issue de l'opération. Ces effets sont susceptibles de prendre place lorsque la présence simultanée d'une entreprise sur des marchés présentant des liens de connexité autres que vertical permet à cette entreprise de s'appuyer sur la position qu'elle occupe sur l'un de ces marchés pour évincer ou affaiblir la position de ses concurrents sur l'autre marché.

#### *L'appréciation des liens de connexité entre les marchés*

À titre liminaire, l'Autorité vérifie que les entreprises parties à l'opération sont actives sur des marchés connexes, cette notion de connexité devant être appréciée au cas d'espèce.

Dans sa décision **10-DCC-02**, l'Autorité a ainsi expliqué les raisons qui l'ont amenée à analyser si la présence simultanée de la nouvelle entité sur les marchés de la gestion de parkings, *via* Effia, et du transport urbain de voyageurs, *via* Keolis était susceptible de conférer à Keolis un avantage déterminant par rapport à ses principaux concurrents et de donner lieu à des effets congloméraux. D'une part l'Autorité a indiqué que l'activité d'Effia est essentiellement orientée vers la gestion de parkings de gares ferroviaires, ces gares jouant un rôle majeur, appelé à croître, dans l'articulation entre les différents modes de transport et d'autre part, elle a précisé que les appels d'offres relatifs à la gestion du transport urbain de voyageurs peuvent prévoir la nécessité pour le soumissionnaire de gérer des parcs-relais. De ce fait, l'activité de gestion de parkings a été considérée, en l'espèce, comme connexe à celle du transport urbain de voyageurs.

De la même façon, dans la décision **10-DCC-198**, Veolia/Transdev, l'Autorité a étudié la connexité des marchés du transport urbain et interurbain. L'Autorité a considéré dans ce cas que dans la mesure où la présence simultanée au niveau

<sup>186</sup>. Décision 10-DCC-158 du 22 novembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de neuf sociétés du groupe Van de Woestyne par le groupe Les maîtres laitiers du Cotentin.

local d'un transporteur sur ces deux marchés ouvre la possibilité de développer des synergies de coûts, ces marchés présentent des liens de connexité. Elle a par ailleurs rejeté la possibilité d'un effet de levier entre le marché du transport routier de voyageurs et les marchés de la distribution d'eau, du traitement des déchets ou du financement des collectivités locales en indiquant d'une part que le fait pour les maisons mères d'offrir des services sur ces marchés ne leur permettait pas de développer de synergies et d'autre part que ces différents services n'étaient « *pas non plus complémentaires ni d'un point de vue fonctionnel [...], ni d'un point de vue contractuel [...]* ».

L'Autorité examine ensuite si l'entité issue de la fusion aurait, après l'opération, la possibilité de mettre en place une stratégie d'affaiblissement voire d'éviction des concurrents.

### **L'accroissement du pouvoir de marché de la nouvelle entité**

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 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 **10-DCC-02**, l'Autorité indique qu'« *à l'issue de l'opération, la SNCF aura acquis le principal opérateur de transport routier urbain de voyageurs, qui est également le deuxième opérateur sur le marché du transport routier interurbain de voyageurs. Il convient dès lors de déterminer si la SNCF pourrait s'appuyer sur la forte position de Keolis sur les marchés du transport routier de voyageurs pour conforter sa position sur le transport ferroviaire de voyageurs dans la perspective d'une ouverture possible de ce marché à la concurrence* ».

Au contraire, lorsque les parties ne détiennent pas de pouvoir de marché sur l'un des marchés à partir duquel faire jouer un effet de levier, l'Autorité considère qu'il est peu probable que l'opération soit susceptible de porter atteinte à la concurrence par le moyen d'effets congloméraux. Les autorités de la concurrence tant nationales que communautaire retiennent généralement un seuil de 30 % de parts de marché en deçà duquel l'opération est présumée ne pas porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets congloméraux.

### **L'existence de clients communs en cas de ventes groupées ou liées**

Par ailleurs, lorsque les effets congloméraux sont susceptibles de prendre la forme d'offres groupées ou liées, ces offres ne peuvent avoir un impact 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, notamment dans ses décisions **10-DCC-02**, **10-DCC-76**, **10-DCC-87** et **10-DCC-115**, l'Autorité a mis en avant le fait que seule une minorité des clients était commune.

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. L'Autorité met en avant cet argument dans sa décision 10-DCC-21 : « *Le groupe Bonduelle fait valoir qu'il lui serait très difficile de lier ses ventes de légumes, d'une part, et ses ventes de champignons, d'autre part, dans la mesure où les négociations des contrats concernant ses deux types de produits sont menées de façons distinctes, en avril-juin pour les contrats annuels d'achat de légumes et en décembre pour les négociations relatives aux champignons.* »

### La crédibilité et l'effectivité de la mise en place d'une stratégie d'éviction par la nouvelle entité

L'Autorité prend en considération la possibilité pour les concurrents de la nouvelle entité de contrer l'éventuelle stratégie de verrouillage. Ainsi, dans ses décisions **10-DCC-76**, **10-DCC-82** et **10-DCC-165**, l'Autorité relève, pour écarter le risque d'effets congloméraux, la détention par au moins un concurrent d'une gamme équivalente. Ainsi, « *de nombreux concurrents possèdent aussi une gamme étendue d'espèces et de variétés de semences* » (10-DCC-66) ; « *leurs principaux concurrents, tels que Axa et BNP Paribas Assurances, disposent de gammes de produits tout aussi complètes et de marques également attractives.* » (10-DCC-165). « *De plus, il existe, dans le secteur des fromages, des gammes de produits et des portefeuilles de marques concurrents équivalents, voire plus importants que ceux du groupe acquéreur. [...] D'autres groupes concurrents possèdent également un large portefeuille de marques et une gamme de produits étendue* » (10-DCC-110). L'Autorité vérifie néanmoins également que le concurrent possédant la gamme équivalente soit effectivement en mesure de contrer la stratégie de ventes liées notamment en termes de présence sur les marchés.

L'Autorité prend également en compte l'éventuel pouvoir de négociation des clients dans son analyse de l'effectivité des scénarios étudiés. Elle a ainsi considéré, dans sa décision 10-DCC-87 qu'un scénario visant à l'éviction ou à la marginalisation par le groupe Alfesca de ses concurrents était peu vraisemblable notamment parce qu'« *en ce qui concerne plus particulièrement les ventes en GMS et freezer centers, la nouvelle entité commercialisera ses produits auprès de clients qui disposent d'un fort pouvoir de négociation, tels qu'Intermarché, Auchan et Carrefour sur le segment des GMS, Picard et Thiriet sur celui des freezer centers* ». De même, dans sa décision 10-DCC-110, l'Autorité indique que « *la puissance d'achat dont disposent les acteurs de la grande distribution est à prendre en considération. Les conditions d'achat et de référencement, la part de plus en plus grande des MDD dans le secteur des fromages, en particulier sur le marché de la raclette, lui permettent de contester les fortes positions des fabricants de fromages. Le référencement dont a fait l'objet l'une des marques les plus notoires du marché des fromages, pendant plus d'un an, par le Galec, centrale d'achat des magasins Leclerc, en est un exemple* ».

## Les effets congloméraux dans l'affaire TF1

La décision 10-DCC-11 relative à l'acquisition par le groupe TF1 des chaînes TMC et NT1, les effets congloméraux illustre deux différents types d'effets congloméraux liés à une concentration.

### *Risques de ventes liées ou de couplage*

L'Autorité a tout d'abord considéré que la position dominante de TF1 sur le marché de la publicité télévisuelle et, plus particulièrement, sur le segment des écrans puissants, lui donnait la possibilité de faire jouer un effet de levier entre les ventes d'écrans publicitaires des chaînes TMC et NT1 par des pratiques de couplages, voire d'exclusivités.

Dans cette affaire, la question de la connexité des marchés se présentait de façon atypique par rapport à la pratique décisionnelle existante dans la mesure où l'Autorité n'a pas conclu, en procédant à la délimitation des marchés pertinents, à l'existence de marchés distincts pour les écrans puissants d'une part, et pour les écrans non puissants, d'autre part, tout en relevant que les deux étaient peu substituables mais qu'il était difficile de calculer des parts de marché en fonction de la puissance des écrans. L'analyse concurrentielle a donc pris en compte la spécificité des écrans puissants par rapport aux écrans non puissants.

En tout état de cause, l'Autorité a rappelé que *« les effets de levier, c'est-à-dire la possibilité pour une entreprise d'exploiter la forte position qu'elle détient sur un produit pour développer les ventes d'autres produits, sont effectivement essentiellement analysés par les autorités de la concurrence lorsqu'il s'agit de produits appartenant à des marchés différents et dans le cadre de concentrations conglomérales. Néanmoins, le même type d'effet peut également être constaté au sein d'un même marché, par exemple lorsqu'une entreprise est en mesure de s'appuyer sur la détention d'une marque incontournable pour développer les ventes d'autres marques au sein d'un même marché de produit. En l'espèce, l'Autorité n'a pas distingué un marché des espaces publicitaires télévisuels "puissants" [...]. Néanmoins, [...] au-dessus d'une certaine puissance, les écrans publicitaires présentent des avantages spécifiques pour les annonceurs, et [...] ces écrans puissants sont essentiellement concentrés sur la chaîne TF1. Ils peuvent donc servir de point d'appui pour développer les ventes d'autres produits, comme les écrans des chaînes acquises ».*

Une fois la connexité ainsi appréciée, l'Autorité a procédé à l'analyse du risque d'effet de levier en examinant la capacité du groupe TF1 à faire jouer un tel effet. L'intérêt pour les annonceurs à recourir à des offres couplées ou groupées, ou à des remises d'exclusivité a tout d'abord été examiné. Puis l'Autorité a vérifié que les concurrents ne détenaient pas une gamme équivalente avant d'apprécier l'incitation du groupe TF1 à mettre en œuvre des stratégies de couplage en étudiant les pratiques passées et la rentabilité de telles stratégies. Ces points établis, l'Autorité a enfin identifié les effets sur la concurrence de ces stratégies de couplage.

### *Effet spiral*

L'Autorité a également constaté dans cette affaire un effet congloméral lié au renforcement de la position de la nouvelle entité sur le marché de la publicité télévisée puis sur les marchés des droits puis l'audience des chaînes, du fait d'une forte interdépendance de ces marchés. Elle a considéré que cette interdépendance pouvait permettre à TF1 d'amorcer une dynamique conduisant à plus long terme

au renforcement de sa position et à l'affaiblissement voire l'exclusion des concurrents : « *La télévision gratuite est [...] un marché biface (two sided market) mettant en relation des annonceurs et des téléspectateurs. Une chaîne de télévision gratuite fournit aux téléspectateurs des programmes dont la qualité conditionne l'audience. À son tour, l'audience conditionne la valeur des espaces publicitaires de la chaîne et donc les revenus avec lesquels cette dernière pourra acquérir des programmes attractifs. Dans un tel contexte, le renforcement du pouvoir de marché d'un acteur sur le marché de la publicité télévisuelle est susceptible de se transmettre sur les marchés des droits, dans la mesure où l'accroissement de ses recettes publicitaires lui donne les moyens d'obtenir des programmes plus attractifs, puis à nouveau sur le marché de la publicité, l'attractivité des programmes soutenant l'audience et donc la demande des annonceurs.* »

Reposant donc sur le caractère biface de la télévision gratuite, la position forte de TF1 tant sur les marchés de droits que sur le marché de la publicité télévisuelle, une certaine inertie en télévision gratuite qui réside dans l'effet de réputation de la chaîne et dans la façon dont les annonceurs choisissent les chaînes qu'ils utilisent dans leur campagne (notamment leurs anticipations des audiences sont basées pour partie sur les audiences passées), la rareté des contenus les plus attractifs et la capacité très limitée des chaînes concurrentes de la TNT à investir dans des programmes plus attractifs pour accroître leur audience et casser la spirale, l'interaction entre audience, marché de la publicité et marchés des droits était de nature à amorcer une dynamique conduisant à renforcer encore la position dominante du groupe TF1 sur le marché de la publicité et à affaiblir ses concurrents.

Des mesures correctives permettant de remédier à ses effets sur les marchés des droits et sur l'audience des chaînes ont donc été prévues en plus de celles visant à prévenir les risques de couplage identifiés sur le marché de la publicité télévisuelle.

### Les mesures correctives

Lorsqu'une opération de concentration est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne peuvent être compensés par un apport suffisant au progrès économique et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'Autorité 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<sup>187</sup>.

Ces mesures peuvent, soit être proposées par les parties en application de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase I ou de l'article L. 430-7, II dudit code en phase II, soit être imposées par l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 430-7, III du code précité.

Les mesures proposées par les parties doivent permettre, une fois mises en œuvre, de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. À ce titre, l'Autorité de la concurrence vérifie, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes

<sup>187</sup>. Voir paragraphes 521 et suivants des lignes directrices.

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 sept opérations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties<sup>188</sup>. Trois d'entre elles faisaient l'objet d'une demande de renvoi présentée par l'Autorité de la concurrence en application de l'article 9, paragraphe 3), point b) du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil<sup>189</sup>. Les mesures correctives prévues sont pour la plupart destinées à jouer sur la structure des marchés concernés. Des engagements visant à contraindre le comportement futur des entreprises concernées complètent ces engagements structurels ou sont prévus à titre principal, lorsqu'aucune mesure structurelle ne s'avère proportionnée aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés.

### Mr. Bricolage/groupe Passerelle

Dans la décision **10-DCC-01**, relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle, l'opération conduisait à renforcer significativement le pouvoir de marché de Mr. Bricolage dans 8 zones de chalandise, sur lesquelles les magasins de la nouvelle entité auraient détenu plus de 50 % de parts de marché, sans que les concurrents présents ne soient susceptibles d'exercer une pression suffisante pour assurer le maintien d'une concurrence efficace. Afin de répondre aux problèmes identifiés et ainsi éviter que l'opération ne porte atteinte à la concurrence, Mr. Bricolage a pris deux types d'engagements de nature à réduire ou supprimer le cumul de parts de marché. Il s'est engagé d'une part, sur sept zones de chalandise (La Bresse, Lannion, Paimpol, Coulommiers, Auch, Saint-Girons, Oléron) à ne pas renouveler les contrats conclus avec certains de ses adhérents et d'autre part, sur une zone de chalandise, à céder l'un de ses magasins (Mende).

---

**188.** Décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle.

Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

Décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

Décision 10-DCC-25 du 19 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution (groupe HOIO).

Décision 10-DCC-51 du 28 mai 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos.

Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

**189.** Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec.

Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations.

### Groupe Hoio/actifs du groupe Louis Delhaize

La décision **10-DCC-25**, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution (groupe Hoio), a conduit l'Autorité de la concurrence à examiner le rachat par le groupe Hoio d'un hypermarché à Cayenne, d'une cinquantaine de magasins de proximité en Guyane, à la Martinique et en Guadeloupe, ainsi que de la société Propadis, grossiste alimentaire situé en Guyane. Antérieurement à l'opération, le groupe Hoio n'était pas présent sur les marchés de la distribution de détail à dominante alimentaire de la Guyane et de la Guadeloupe. En revanche, il exploitait des supérettes, des supermarchés et des hypermarchés à la Martinique. Sur la zone du Lorrain, située sur cette île, l'Autorité a considéré que l'opération renforcerait la position dominante que le groupe Hoio détenait déjà. Celui-ci s'est donc engagé à céder à un tiers le magasin acquis sur cette zone. Dans les autres zones, l'Autorité a constaté que la présence de plusieurs autres groupes de distribution permettait le maintien d'une concurrence suffisante.

### Tereos/groupe Quartier français

Dans la décision **10-DCC-51**, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Quartier français par Tereos, il a été remédié à la situation de monopole, résultant de la fusion au sein du même groupe des deux sociétés (Eurocane et Mascarin) commercialisant le sucre produit sur l'île de la Réunion à destination des distributeurs et des industriels locaux, par l'engagement de Tereos de céder à un tiers indépendant les actifs du distributeur Mascarin, qui comprennent non seulement les actifs liés à la commercialisation du sucre (la marque Mascarin notamment) mais également l'unité de stockage et de conditionnement du Port. Dans l'hypothèse où le repreneur ne souhaiterait pas faire l'acquisition de cette unité, Tereos s'est engagé à lui proposer des capacités de stockage et de conditionnement dimensionnées à ses besoins.

Par ailleurs, dans la mesure où le groupe Tereos assurera désormais seul la production de sucre sur l'île, il s'est engagé à livrer au nouveau distributeur indépendant pendant une durée de vingt ans des quantités minimums de sucre à des prix de cession déterminés.

### Eurovia/Tarmac

Dans la décision **10-DCC-98**, relative à une concentration dans le secteur de la production de granulats, l'acquisition par Eurovia de quarante-quatre carrières de granulats détenues par la société Tarmac dans le Limousin, en Auvergne, en Rhône-Alpes et dans la région Centre conférerait à l'entité issue de l'opération des parts de marché élevées dans l'offre de granulats sur de nombreuses zones locales. En effet, la disparition de Tarmac dans les zones de Dijon-Mâcon, Sarlat-Tulle et Châteauroux-Issoudun privait les concurrents de la possibilité de s'approvisionner en granulats auprès d'un fournisseur indépendant. En outre, dans le Limousin, où Eurovia acquerrait plusieurs carrières, la question de l'indépendance des sources

d'approvisionnement des concurrents dans le secteur du BTP se posait. Afin de répondre aux problèmes identifiés, tant horizontaux que verticaux, Eurovia a proposé de céder six carrières de granulats situées à Saint-Julien-le-Petit (87), Pouligny (36), Montagny-lès-Buxy (71), La Salle (71), Voutezac (19) et Royères (87).

## Veolia Environnement/Transdev

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence liée à la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations dans le secteur du transport routier de voyageurs (**10-DCC-198**), les parties ont proposé de céder une série d'actifs sur les marchés du transport interurbain (exploitation de lignes d'autocars avec le matériel roulant, les dépôts et ateliers de réparation) dans quatre départements où la position acquise par le nouvel ensemble portait atteinte à la concurrence : le Var, le Vaucluse, l'Eure-et-Loir et le Loir-et-Cher. En Haute-Savoie, département dans lequel l'opération fragilise dans une moindre mesure la situation concurrentielle, la nouvelle entité s'est engagée à ne pas procéder à de nouvelles acquisitions significatives pour les cinq années à venir : celles-ci seront plafonnées à 3 millions d'euros et 2 % du marché du transport interurbain dans le département pour toute la période.

De plus, les parties se sont engagées à ne pas se grouper, pendant une durée de cinq ans, avec les principaux acteurs de dimension nationale ou internationale présents sur le marché pour répondre à des appels d'offres interurbains lancés dans ces cinq départements. Cet engagement permet de faire jouer pleinement la concurrence entre les principaux acteurs du marché, au bénéfice des collectivités locales et, *in fine*, des utilisateurs de ces moyens de transport.

Veolia Environnement et la CDC se sont également engagées à céder la part et les actifs qu'elles détiennent dans l'exploitation des réseaux de transport urbain de plusieurs villes de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur<sup>190</sup>, ce qui permettra l'émergence, dans cette zone, d'un ou plusieurs candidats capables d'animer à moyen et long terme le jeu concurrentiel.

En dernier lieu, une mesure corrective innovante a été mise en place afin d'abaisser les barrières à l'entrée sur le marché du transport urbain sur lequel ces barrières jouent lors de chaque appel d'offres lancé par les autorités organisatrices de transport. Les parties se sont engagées à cet effet à financer la création d'un fonds d'animation de la concurrence à hauteur de 6,54 millions d'euros. Ce fonds permettra aux autorités organisatrices de transport d'intensifier la concurrence lors des appels d'offres lancés sur le marché du transport urbain en encourageant le dépôt d'offres plus nombreuses et en développant leur propre expertise des réseaux de transport délégués. D'abord, il indemnifiera des candidats non retenus aux appels d'offres, la couverture partielle ou totale des frais de réponse pouvant inciter davantage de concurrents à participer aux appels d'offres. Ensuite, il financera le recours par les collectivités, notamment de petite taille, à des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage, leur permettant d'améliorer leurs connaissances

<sup>190</sup>. Aubagne, Salon-de-Provence, Fréjus-Saint-Raphaël et Carpentras.

des réseaux et donc l'efficacité des mises en concurrence qu'elles organisent. Le financement de ces actions d'animation de la concurrence sera réservé aux réseaux de transport dont Veolia Transport et Transdev sont les opérateurs sortants et qui feront l'objet d'une mise en concurrence dans les cinq années qui suivent la date de réalisation de l'opération.

Un gestionnaire indépendant des parties, agréé par l'Autorité de la concurrence, gèrera le fonds. Il sera supervisé par un mandataire qui veillera notamment à ce que les candidats (pour le remboursement des frais de réponse) ou les collectivités (pour la prise en charge de l'assistance à maîtrise d'ouvrage) éligibles à ce fonds soient traités de manière objective, transparente et non discriminatoire.

### TF1/TMC et NT1

Dans le cadre de l'acquisition par TF1 de 100 % du capital de la chaîne NT1 et 80 % de la chaîne TMC (**10-DCC-11**), le groupe TF1 a pris devant l'Autorité un ensemble d'engagements visant à remédier aux effets de l'opération sur les marchés des droits de diffusion audiovisuels, sur l'audience des chaînes et sur le marché de la publicité télévisée, et notamment à enrayer l'effet de spirale décrit ci-dessus.

En ce qui concerne les marchés de droits de diffusion, les engagements visent à faciliter la circulation des droits au bénéfice des chaînes concurrentes. Ainsi, TF1 s'engage à prendre des mesures de nature à permettre une meilleure circulation des droits portant sur les œuvres patrimoniales d'expression originale française (EOF) et les œuvres cinématographiques EOF, de manière à faciliter l'accès à ces droits sur les seconds marchés. En ce qui concerne les œuvres audiovisuelles patrimoniales EOF, TF1 s'engage en premier lieu à ce que, lorsque les contrats en cours ou les nouveaux contrats prévoient qu'il bénéficie d'un droit de premier et dernier refus, ce droit soit compris comme un droit de préférence à conditions au moins égales vis-à-vis d'une offre concurrente. En deuxième lieu, afin d'éviter que TF1 n'utilise ce type de clause pour restreindre abusivement l'accès aux droits des chaînes concurrentes, l'exercice de ce droit de premier et dernier refus est conditionné à l'engagement de TF1 de diffuser les œuvres concernées dans un certain délai et en journée ou en soirée. En dernier lieu, TF1 s'engage à effectivement diffuser les films préemptés.

S'agissant de l'effet sur l'audience, TF1 s'est engagé à limiter la rediffusion des œuvres et programmes au sein du groupe. Ainsi, pour les droits sportifs, TF1 s'engage à ne pas répondre à un même appel d'offres pour l'acquisition de droits de diffusion d'événements sportifs pour plus de deux chaînes en clair du groupe. De la même manière, pour les séries américaines, les œuvres audiovisuelles patrimoniales EOF, les séries EOF et les programmes de flux, TF1 s'engage à ne pas rediffuser ces programmes sur plus d'une autre chaîne en clair du groupe. TF1 a ensuite pris des engagements afin de ne procéder à aucune promotion croisée des programmes des chaînes TMC et NT1 sur la chaîne TF1.

Enfin, afin de garantir que l'opération ne permette pas au groupe TF1 de soutenir la vente d'espaces publicitaires sur TMC et NT1 en s'appuyant sur sa forte position sur le marché, TF1 s'engage en premier lieu à ne pratiquer aucune forme de

couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les espaces publicitaires de la chaîne TF1 et les espaces publicitaires de la chaîne TMC et de la chaîne NT1. Pour assurer le respect de cet engagement, TF1 s'engage à ce que la commercialisation des espaces publicitaires des chaînes TMC et NT1 soit assurée de façon autonome par une autre société que celle qui gère la régie publicitaire de la chaîne TF1. Seules certaines fonctions de *back-office* pourront être mises en commun, les informations sur les clients, les tarifs et les données commerciales ne pouvant en aucun cas être partagées entre TF1 Publicité et la régie autonome.

### SNCF/Caisse des dépôts de Québec/Keolis

Dans la décision **10-DCC-02**, qui concernait le secteur du transport public de voyageurs ainsi que les activités connexes de conseil, d'audit et de gestion de gares routières, l'Autorité était amenée à se prononcer sur la prise de contrôle de Keolis et d'Effia par la SNCF et la Caisse de dépôt et de placement du Québec. En acquérant le contrôle conjoint de Keolis, premier opérateur de transport urbain et second opérateur de transport interurbain en France, la SNCF renforce sensiblement sa présence le long de la chaîne du transport public de voyageurs. L'opération induit également un rapprochement entre Keolis et Effia, société qui développe notamment des activités de conseil en matière de transport public, d'audit d'opérateurs de transport public et de gestion de gares routières. Afin de répondre aux problèmes de concurrence sur le marché des prestations de contrôle qualité, et d'éviter que Keolis n'ait ainsi accès à des données confidentielles concernant ses concurrents, les parties se sont engagées à ce qu'Effia ne réponde plus aux appels d'offres portant sur des prestations de contrôle qualité de réseaux de transport public de voyageurs urbains ou interurbains exploités par des concurrents de la société Keolis. Par ailleurs, les autorités organisatrices qui le souhaiteraient auront la possibilité de rompre le contrat qui les lie à Effia sans pénalité contractuelle.

Sur le marché du transport urbain et interurbain, les parties ont pris trois types d'engagements. D'abord, afin d'éviter que la SNCF ne favorise les demandes de correspondances garanties<sup>191</sup> provenant de Keolis au détriment de celles des autres opérateurs de transport public, la SNCF s'est engagée à répondre de manière transparente et non discriminatoire à toute demande visant la conclusion d'une convention de correspondances garanties qui lui serait faite par un opérateur de transport public routier de voyageurs, quel qu'il soit. En outre, pour éviter les risques d'exclusion ou de discrimination concernant l'accès à ces informations, la SNCF s'est engagée à mettre à disposition de tout transporteur public routier de voyageurs, qui en ferait la demande, les horaires prévisionnels de ses transports ferroviaires publics de voyageurs pour l'année à venir, dans des conditions transparentes et non discriminatoires. Enfin, dans le but d'éviter que la SNCF ne transmette tardivement les informations sur les changements d'horaires aux concurrents de Keolis ou ne dégrade la qualité de l'information fournie, elle s'est engagée à fournir de manière transparente et non discriminatoire à tout opéra-

<sup>191</sup> Elles définissent notamment les modalités d'information mutuelle ainsi que les conditions d'attente des véhicules routiers en cas de retard des trains.

teur public routier de voyageurs qui lui en ferait la demande par écrit, les informations relatives aux modifications apportées au plan de transport théorique en cours par le gestionnaire d'infrastructure. Sur le marché de l'accès aux services en gare, afin d'éviter que la SNCF ne favorise les demandes de Keolis concernant l'implantation de services en gares destinés à informer les voyageurs, la SNCF s'est engagée à établir, dans le courant du premier semestre 2010, un catalogue des services en gare accessibles à l'ensemble des transporteurs routiers de voyageurs desservant les points d'arrêt concernés et à les attribuer de manière équitable et non discriminatoire.

### 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. 410-2, 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 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale*

Le 21 décembre 2009, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi d'une demande d'avis portant sur un projet d'ordonnance prévu par l'article 69 de la loi « *Hôpital, patient, santé et territoires* » relatif à l'organisation de la biologie médicale et visant à réaffirmer la

reconnaissance de la biologie comme un maillon essentiel du parcours de soins et renforcer la collaboration entre le clinicien prescripteur et le biologiste médical. À titre liminaire, l'Autorité a rappelé que les professions libérales sont des activités économiques consistant à offrir des services sur le marché, mais qui font l'objet de réglementations particulières, exorbitantes du droit commun, spécialement dans le secteur de la santé. Elle a ensuite examiné les questions posées par le projet d'ordonnance.

### **Les questions relatives à la structure juridique et capitalistique des laboratoires**

Les articles L. 6223-3 et L. 6223-4 du projet d'ordonnance visaient à prévenir des conflits d'intérêts directs et indirects, pour les laboratoires de biologie médicale privée constitués sous la forme d'une structure juridique à but lucratif, en interdisant aux professions de santé, qui prescrivent les analyses médicales, de détenir une participation dans un laboratoire. La même restriction s'imposait aux distributeurs de dispositifs médicaux, ainsi qu'aux organismes d'assurance et de prévoyance, de retraite ou de protection sociale.

L'Autorité a admis la légitimité de principe de telles restrictions tout en soulignant que leur champ et leur portée devaient être strictement limités à ce qui est nécessaire à l'objectif de protection de santé publique poursuivi.

Ainsi, s'agissant des restrictions visant les professions de santé dans leur ensemble, l'Autorité a considéré que le champ de la restriction allait au-delà de ce qui était nécessaire à l'objectif poursuivi. Elle a estimé qu'il convenait de distinguer les professionnels susceptibles de prescrire des analyses médicales de ceux qui n'ont pas cette faculté et de limiter les restrictions aux seuls prescripteurs.

De même, s'agissant des restrictions visant les fabricants et distributeurs de dispositifs médicaux, l'Autorité a considéré qu'elles devaient être limitées aux seuls fournisseurs potentiels des laboratoires. Néanmoins, elle a estimé, d'une part, que la large portée de ces restrictions pouvait être nécessaire à leur effectivité. D'autre part, elle a relevé que les situations où un opérateur dispose du contrôle d'une entreprise avec 10 % au moins du capital sont exceptionnelles. Dès lors, elle a recommandé de substituer la notion de participation, au sens de l'article L. 233-2 du Code de commerce (à savoir une part du capital supérieure à 10 %), à celle de fraction du capital, afin d'atténuer le caractère restrictif de la mesure, sans que s'en trouve altéré l'objectif de santé publique poursuivi.

De plus, l'Autorité a estimé que les restrictions pesant sur les entreprises d'assurance, de prévoyance ou autre visées aux articles L. 6223-3 et L. 6223-4 allaient au-delà de ce qui était nécessaire à l'objectif poursuivi dans la mesure où le risque d'interférences était limité (violation du secret médical) et que de telles interférences étaient passibles de sanctions pénales très dissuasives.

Enfin, en l'absence d'un objectif de santé publique clairement identifié, l'Autorité a proposé de supprimer la mention figurant à l'article L. 6223-6 imposant

aux biologistes médicaux exerçant au sein du laboratoire de détenir une fraction du capital social.

### Les limitations relatives aux conditions d'exercice des laboratoires

#### *Les limitations au stade du prélèvement, les examens délocalisés et la transmission d'échantillons*

Les articles L. 6212-14 et L. 6212-15 organisaient le prélèvement des échantillons biologiques. L'article L. 6212-14 posait le principe de limitations territoriales dans le domaine de la collecte des échantillons obligatoirement réalisée sur les territoires de santé infrarégionaux d'implantation du laboratoire de biologie médicale. L'article L. 6212-18 relatif à la transmission d'échantillons, visait à maintenir la compétence du laboratoire, lequel devait avoir une vision d'ensemble pour assurer la cohérence du diagnostic.

L'Autorité a émis des réserves à l'égard de ces restrictions, qui portaient une atteinte significative à la concurrence. Elle a admis que ces restrictions pouvaient avoir une certaine logique dans le contexte de l'approche de médicalisation et de proximité tout au long de la chaîne retenue par le projet d'ordonnance. Toutefois, elle a observé que d'autres modes d'organisation non restrictifs de concurrence étaient possibles, sans porter atteinte à l'objectif de santé publique poursuivi.

#### *Les limitations au stade de l'ouverture et du fonctionnement des laboratoires*

L'article L. 6222-1 limitait l'implantation des sites d'un laboratoire à trois territoires de santé limitrophes. Cette limitation, qui avait pour effet de limiter le développement des laboratoires, en les confinant à une zone géographique, était donc clairement restrictive de concurrence, mais s'inscrivait dans le cadre d'un principe de proximité. L'Autorité a souligné la nécessité de lire cet article en liaison avec l'article L. 6223-2, qui posait le principe selon lequel une même personne ne pouvait investir dans plus d'un laboratoire sur un territoire de santé et les territoires limitrophes.

En effet, si l'interdiction pour un laboratoire, entité fonctionnelle, d'intervenir sur plus de trois territoires de santé limitrophes pouvait éventuellement se justifier par le principe de proximité, ce dernier principe ne s'oppose pas à ce qu'une même holding, entité capitaliste et non fonctionnelle, détienne un réseau de laboratoires couvrant le cas échéant la totalité du territoire national. Or, tel qu'était rédigé l'article L. 6223-2, la constitution d'un tel réseau était impossible, du fait de l'interdiction de détention de deux laboratoires actifs sur un territoire limitrophe.

L'Autorité a donc estimé que l'article L. 6223-2 était restrictif de concurrence, dans la mesure où il constituait une barrière à l'entrée et au développement des opérateurs sur le marché. Elle a relevé qu'aucun objectif de santé publique ne venait justifier cette restriction de la concurrence. En conséquence, elle a estimé que l'article L. 6222-1 ne serait acceptable qu'à la condition que l'article L. 6223-2 soit supprimé.

Par ailleurs, l'article L. 6222-2 permettait au directeur général de l'agence régionale de santé (ci-après «ARS») de s'opposer, d'une part, à l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site d'un laboratoire et, d'autre part, à l'acquisition ou la fusion de laboratoires, « pour des motifs de santé publique, avec non-respect du schéma régional d'organisation des soins ». L'Autorité a distingué ces deux cas de figure.

### *S'agissant d'une concentration entre laboratoires*

La mesure visait à éviter que, sur un territoire de santé donné, la concentration de l'offre ne porte atteinte à la santé publique. L'Autorité a admis que cette mesure répondait à un objectif de santé publique mais a recommandé de fixer des critères plus précis, comme par exemple un seuil de part de marché, tout en laissant le cas échéant au directeur général de l'ARS un pouvoir d'appréciation au-dessus de ce seuil.

De plus, elle a considéré qu'il convenait de préciser que le pouvoir d'opposition du directeur général de l'ARS ne jouerait que si l'opération conduisait à une addition de parts de marché sur le territoire concerné.

Enfin, elle a noté que le dispositif de contrôle prévu à l'article L. 6222-2 n'était pas cohérent avec l'article L. 6223-2 qui interdisait l'investissement par une même personne dans plus d'un laboratoire sur un territoire de santé et les territoires limitrophes car ce dernier article posait une interdiction générale et absolue, contraire aux principes de liberté du commerce et de l'industrie et de propriété. Pour ces raisons, l'Autorité a proposé la suppression de l'article L. 6223-2.

### *S'agissant de l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site*

La possibilité pour le directeur général de l'ARS de s'opposer à des ouvertures était, selon l'Autorité, restrictive de concurrence, dans la mesure où elle constituait une barrière à l'entrée et au développement sur le marché géographique concerné.

L'Autorité a souligné que le risque que l'ouverture d'un nouveau laboratoire ne mette en difficulté un laboratoire déjà existant ne relevait pas d'une préoccupation de santé publique, mais de protection des intérêts économiques des opérateurs installés. Elle a, en outre, identifié des solutions alternatives, non restrictives de concurrence, permettant d'atteindre un objectif de rééquilibrage géographique.

Par conséquent, elle a recommandé de supprimer à l'article L. 6222-2, 2° la faculté pour le directeur général de l'ARS de s'opposer à l'ouverture d'un laboratoire ou d'un site.

## **Les autres questions de concurrence soulevées par le projet d'ordonnance**

### *Les contrats de coopération de proximité et « les prix planchers »*

L'article L. 6212-20 interdisait toute ristourne par rapport au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale, en dehors du cas particulier des contrats de coopération.

L'Autorité a estimé que rien ne justifiait, du point de vue de l'objectif de protection de la santé publique, une disposition interdisant les remises au bénéfice des établissements de santé, publics ou privés, ou des régimes ou des organismes d'assurance maladie. Au contraire, elle a relevé que la liberté tarifaire avait pu s'exercer pendant de nombreuses années sans qu'aucun inconvénient pour la santé publique n'ait pu en découler.

En conséquence, l'Autorité a estimé que la proscription des remises au bénéfice des établissements de santé et de l'assurance maladie était injustifiable. Elle a insisté tout particulièrement sur la nécessité de rétablir la rédaction suivante de l'article L. 6211-6 du Code de la santé publique : « *Sous réserve des accords ou conventions susceptibles d'être passés avec des régimes ou des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé publics ou privés.* »

### *La réservation de certains examens à des laboratoires spécialisés*

L'article L. 6212-22 concernait les conditions et les modalités d'exécution de certains examens qui présentent un risque particulier lors de leur réalisation ou qui requièrent une qualification spéciale. Il prévoyait notamment la mise en place d'une commission contribuant à établir la liste des examens concernés par la restriction ainsi que celle des laboratoires et des catégories de personnes habilitées à les effectuer.

L'Autorité a recommandé à la commission d'établir des critères objectifs, transparents et non discriminatoires. En outre, afin de limiter les risques de « *capture* » réglementaire, elle a estimé souhaitable que cette commission soit composée majoritairement de membres de l'administration. Si le gouvernement ne retenait pas cette option, et optait pour une commission majoritairement composée de représentants des acteurs de la profession, elle a précisé qu'il conviendrait de s'assurer que l'autorité publique conserve un réel pouvoir d'approbation ou de réformation des avis de la commission, et ne se borne pas à être une simple chambre d'enregistrement de ceux-ci.

### *La publicité*

L'article L. 6222-6 posait le principe de l'interdiction de la publicité ou de la promotion par un laboratoire de biologie médicale ou en faveur d'un laboratoire de biologie médicale. Toutefois, l'information sur l'accréditation du laboratoire de biologie médicale étant une obligation découlant de l'accréditation elle-même, elle était explicitement sortie du champ de la publicité.

L'Autorité a considéré qu'il ne lui appartenait pas de déterminer si, au sein des activités de biologie médicale, certaines pouvaient relever d'une interdiction de publicité et d'autres non, comme par exemple les tests liés à l'environnement ou à la cosmétologie. Cependant, elle a relevé, en première analyse, que l'interdiction de principe de publicité ou promotion par un laboratoire de biologie médicale ou en faveur d'un laboratoire de biologie médicale était susceptible d'être justifiée au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

***Avis 10-A-03 du 3 février 2010 et 10-A-16 du 28 juillet 2010 relatifs à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d’Outre-mer***

À deux reprises, le ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi a saisi l’Autorité de la concurrence de deux projets de décret réglementant le prix des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements français d’Outre-mer (DOM), sur le fondement de l’article L. 410-2 du Code de commerce.

Ce texte prévoit en effet que, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d’approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d’État peut réglementer les prix après consultation de l’Autorité de la concurrence.

Or, selon le ministre, les entreprises du secteur des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les DOM étaient, de fait, en situation de monopole ou en situation d’oligopole restreint, ce qui limitait la concurrence au sein de la filière. Le ministre en a déduit la nécessité d’administrer les prix des produits concernés afin d’éviter toute hausse excessive de prix au détriment du consommateur, en attendant que des réformes de structure de la filière puissent être engagées.

Dans un premier temps, le ministre de l’Économie a saisi l’Autorité de la version initiale des deux projets de décret, puis, dans un second temps, de leur version modifiée pour tenir compte de certaines des observations formulées par l’Autorité. L’institution a donc rendu deux avis successifs : l’avis 10-A-03 sur la version initiale et l’avis 10-A-16 sur la version modifiée des deux projets de décret.

### **L’avis 10-A-03 relatif aux projets de décret initiaux**

Le ministre a initialement saisi l’Autorité des deux projets de décret le 27 novembre 2009.

Les projets de décret découlaient de la réflexion engagée par le gouvernement sur la situation de la concurrence dans les départements ultramarins, réflexion dans laquelle s’était inscrit l’avis 09-A-21 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les DOM.

Dans cet avis, l’Autorité avait souligné la singularité de la réglementation tarifaire dans ces départements. En effet, alors que seul le marché de gros au stade de l’approvisionnement des zones concernées était en situation de monopole, la régulation des prix avait été, dès l’origine, appliquée aux prix de détail. L’Autorité avait relevé que le dispositif était paradoxal puisque *« le marché de détail, qui apparaît potentiellement concurrentiel, est maintenu sous une régulation stricte alors que la régulation des marchés de gros, dont la justification économique est la plus forte, ne joue qu’un rôle subsidiaire »*. Elle avait alors proposé de moderniser le fonctionnement du marché et d’engager la réforme suivant trois axes :

- « – renforcer la régulation amont pour mieux encadrer les monopoles en amont et garantir des approvisionnements au meilleur prix ;
- assouplir la régulation de détail en passant d'une fixation administrative des prix à un contrôle administratif avec plafonnement en cas de dérive des marges ;
- prévoir une période d'expérimentation de trois ans afin d'observer les évolutions réelles du marché et procéder aux ajustements nécessaires. »

Ainsi, les réformes proposées étaient de trois ordres : des mesures structurelles, des mesures permettant une meilleure fluidité du marché et des mesures relatives à la régulation des prix.

De prime abord, les projets de décret semblaient perpétuer le modèle ancien de réglementation des prix. Toutefois, dans son avis 10-A-03, l'Autorité a relevé que cette impression première devait être dépassée dans la mesure où les évolutions structurelles souhaitées étaient en cours et que la libéralisation des prix de détail ne pouvait être mise en œuvre que de façon progressive. Elle a donc estimé que les deux projets de décret devaient être considérés comme une étape intermédiaire.

Dès lors, si l'Autorité a rappelé que la régulation était toujours nécessaire, notamment pour mieux encadrer les monopoles en amont et garantir des approvisionnements au meilleur prix, elle a insisté sur le fait que la régulation tarifaire ne saurait pallier l'ensemble des difficultés de fonctionnement des marchés et a renouvelé les propositions qu'elle avait formulées dans son avis 09-A-21 en matière d'adoption de mesures à caractère structurel, seules à même d'ouvrir ces marchés à plus de concurrence et de dynamisme.

Les projets de décret visaient à simplifier et à rendre plus transparent le mécanisme de fixation des prix des carburants, ainsi qu'à donner plus de réactivité au préfet en cas d'évolution du prix du brut, afin que ces changements – notamment en cas de baisse des cours du brut – soient plus rapidement répercutés au consommateur.

L'Autorité n'a pu qu'accueillir favorablement de tels objectifs.

Cependant, elle a relevé que si les objectifs de simplification et de réactivité paraissaient pouvoir être atteints, l'objectif de transparence ne pourrait être réellement satisfait que par des modifications ou des compléments apportés aux projets de décret. Ainsi, elle a souligné que seule la référence à des prix réels de marché était de nature à assurer le caractère objectif et transparent de la régulation des prix d'approvisionnement des carburants raffinés. À cet égard, elle a demandé que l'article 2 des deux projets de décret soit modifié et que soit précisé que la cotation de référence est celle du lieu d'approvisionnement effectif.

De plus, elle a observé que la mise en œuvre de cette réglementation du prix des produits pétroliers ne serait complète que lorsque tous les textes en préparation auront été adoptés.

Enfin, elle a émis le souhait qu'à l'occasion de la modification du décret relatif à l'Observatoire des prix et des marges, les observatoires puissent être dotés du pouvoir de la saisir, soit directement, soit indirectement par le biais d'une demande d'avis du gouvernement.

Elle a également souhaité que le ministre de l'Économie la saisisse pour avis sur les arrêtés méthodologiques pris par chacun des préfets des départements ultramarins et établissant les paramètres de calcul des différents prix et marges. Elle a notamment souhaité pouvoir se prononcer sur la méthode retenue par le préfet de chaque département pour choisir la société de cotation retenue comme référence pour établir le prix maximum des produits importés. Elle a suggéré que le choix de la société de cotation se fonde sur des critères tels que la fiabilité, la représentativité et les usages professionnels du secteur.

### **L'avis 10-A-16 relatif aux projets de décret modifiés**

Les projets de décret ont été modifiés afin de tenir compte, notamment, des recommandations émises par l'Autorité dans son avis 10-A-03.

Le 21 juillet 2010, le ministre de l'Économie a saisi l'Autorité de ces projets modifiés. Dans son avis 10-A-16, l'Autorité a d'abord précisé que son avis 10-A-03 demeurerait pertinent pour l'ensemble des dispositions reconduites dans les deux projets de décret modifiés.

Elle s'est ensuite félicitée de la prise en compte de sa demande tendant à ce que les projets de décret précisent que la cotation de référence est celle du lieu d'approvisionnement effectif.

Elle a enfin examiné les dispositions nouvelles qui étaient relatives à la fixation des prix des produits importés. À cet égard, elle a estimé que la réglementation des prix des produits pétroliers raffinés importés, proposée par le nouveau projet de décret, entrait dans la logique de renforcement de la régulation des prix en amont que l'Autorité avait mis en exergue dans son avis 10-A-03. Elle a donc souligné que les recommandations formulées précédemment demeuraient pertinentes et notamment son appel à une plus grande transparence dans la détermination des bases de calcul.

Elle a, en outre, formulé deux souhaits d'amélioration. D'abord, elle a demandé à ce que soient précisées les situations dans lesquelles les pouvoirs publics entendent recourir à la fixation des prix des produits pétroliers raffinés importés, afin de donner un peu plus de visibilité aux acteurs. Ensuite, elle a recommandé que les marges maximales de distribution au stade de gros et de détail arrêtées par les préfets soient fixées en valeur absolue et non en valeur relative. À cet égard, elle a renouvelé son souhait initial d'être de nouveau consultée pour avis sur les arrêtés méthodologiques pris par chacun des préfets.

### ***Avis 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité***

Le 14 avril 2010, la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a saisi l'Autorité de la concurrence du projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité («*NOME*»). Ce projet s'inscrivait dans le contexte d'ouverture des marchés européens de l'électricité à la concurrence, instaurée par

les directives communautaires successives de 1996, 2003 et 2009 et transposées en droit national par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et ses modifications ultérieures. Il poursuivait trois principaux objectifs :

- préserver les tarifs réglementés de vente d'électricité pour les ménages et les petites entreprises ;
- assurer le financement du parc de production existant et favoriser les nouveaux investissements conformément aux engagements pris lors des négociations « Grenelle » sur l'environnement ;
- favoriser la concurrence par un dispositif de régulation permettant à tous les fournisseurs d'électricité en France de s'approvisionner auprès d'EDF aux conditions économiques du parc nucléaire historique. La dynamique du marché en résultant devrait permettre la disparition des tarifs réglementés pour les grands clients en 2015, et la concurrence devrait faire émerger des offres innovantes, en particulier en ce qui concerne l'amélioration de la gestion de la demande d'électricité.

Pour atteindre ces objectifs, le moyen choisi était l'instauration d'un droit d'accès pour les fournisseurs alternatifs à l'électricité d'origine nucléaire produite par EDF, dans la limite d'un volume global de 120 TWh par an, avec un prix de cette électricité fixé par l'État pendant quinze ans. Le dispositif créé était dénommé « accès régulé à la base » ou ARB, la loi intervenant pour corriger, pendant une durée limitée, l'effet sur le marché de l'électricité de la détention par EDF de la totalité des centrales nucléaires en service, ce qui procurait à l'opérateur historique un avantage compétitif en matière de coût de production de l'électricité se révélant, au moins à moyen terme, inégalable par les fournisseurs concurrents.

### Un dispositif utile mais devant demeurer transitoire

L'Autorité a considéré que le dispositif d'accès régulé était utile car il neutralisait l'avantage historique d'EDF sur l'électricité de base, tout en laissant la concurrence s'exercer entre les opérateurs sur les autres composantes de la fourniture d'électricité au consommateur final, que sont l'électricité de pointe et les services associés à la vente, pour lesquels EDF ne détenait pas d'avantages comparatifs inégalables.

Cependant, l'Autorité a souligné que le dispositif ARB, qui était une forme d'économie administrée, avait vocation à s'appliquer sur une très longue période et que les restrictions importantes ainsi apportées au fonctionnement du marché, n'avaient de sens que si une amélioration véritable de la situation de la concurrence sur le marché de l'électricité était obtenue, au terme de la période de régulation de quinze ans.

Elle a, en outre, considéré que le projet de loi devait prévoir les modalités à même d'assurer une sortie progressive de la régulation, afin d'organiser le retour à des conditions normales de marché en matière d'approvisionnement pour les fournisseurs alternatifs.

## Les recommandations relatives aux modalités d'accès régulé à l'électricité de base d'origine nucléaire

L'Autorité a avancé les recommandations suivantes à propos de plusieurs points du dispositif ARB. Concernant le volume global d'électricité régulée accessible aux fournisseurs alternatifs, elle a estimé que la loi devrait énoncer une réduction progressive du plafond de 120 TWh, échelonnée sur la période de quinze ans, l'objectif pour les fournisseurs étant de se préparer progressivement à l'échéance, du 31 décembre 2025, date à partir de laquelle ils ne pourront plus se procurer de l'électricité à des conditions de prix et de volumes hors marché. Par ailleurs, l'attribution annuelle de l'électricité régulée risquait de donner lieu à des échanges d'informations entre chaque fournisseur demandant l'ARB et EDF, avec un risque réel de concertation entre les entreprises sur leurs stratégies commerciales voire leurs politiques de prix, qui serait contraire aux règles de concurrence. En particulier, la conception même du dispositif ARB, faisant qu'EDF, entreprise dominante sur le marché, aurait des contacts commerciaux avec chacun de ses concurrents.

Dans ce contexte, l'Autorité a recommandé que les contrats ARB annuels mentionnent les informations quantitatives nécessaires à leur réalisation sous la forme la plus agrégée et la plus anonyme possible. Elle a estimé que la communication à EDF des courbes de consommation de clients ou de catégories de clients du fournisseur alternatif était à exclure. L'Autorité a indiqué que les règles de calcul du prix de l'électricité régulée devaient être claires et prévisibles sur l'ensemble de la durée de l'ARB, au besoin en distinguant l'existence de plusieurs périodes avec des règles de calcul différentes au sein de la durée totale de quinze ans.

Cette visibilité des règles lui est apparue indispensable s'agissant de fournisseurs en phase de démarrage de leur activité, qui devraient de plus, être incités à investir dans leurs propres moyens de production afin de pouvoir concurrencer EDF avec les mêmes armes. L'Autorité a estimé que le maintien des tarifs réglementés de vente de l'électricité pour les particuliers et les petits professionnels devrait s'accompagner de règles claires pour leur fixation qui assurent la prise en compte de la totalité des coûts correspondant à cette fourniture.

Elle a recommandé de réduire au maximum la durée de la période de transition ouverte par le projet de loi, ou à défaut de rapprocher progressivement, d'ici l'échéance du 31 décembre 2015, le niveau des tarifs réglementés des coûts supportés par leurs fournisseurs. L'Autorité a relevé que le complément de prix à payer par le fournisseur revendant l'électricité régulée pour un autre usage que la fourniture à un consommateur final était indispensable pour assurer la cohérence et l'efficacité du dispositif ARB.

Mais, elle a estimé que le fonctionnement équilibré du dispositif demandait que le projet de loi soit complété sur les points essentiels suivants :

- la périodicité du paiement du complément devrait figurer dans la loi : le mois ou le trimestre constituerait une référence adaptée au vu de la saisonnalité marquée de la consommation d'électricité;

- le principe d'un complément de prix majoré, en cas de demande excessive d'électricité régulée d'un opérateur par rapport à ses ventes effectives était contestable car il faisait double emploi avec l'abus passible parallèlement d'une sanction pécuniaire prononcée par le comité des différends de la CRE ;
- surtout, ce complément de prix majoré s'exerçait dans le cadre du contrat d'approvisionnement ARB conclu entre EDF et un fournisseur alternatif, or, l'exercice de la concurrence ne permettait pas d'envisager qu'EDF, opérateur dominant sur le marché, soit en mesure d'apprécier le caractère excessif de la demande d'électricité d'un de ses concurrents, de fixer la pénalité applicable et d'en encaisser le montant ;
- le renvoi, notamment sur ces aspects, à un contrat type d'approvisionnement défini par arrêté du ministre chargé de l'Énergie sur proposition de la CRE ne semblait pas suffisant.

L'Autorité a émis le souhait que ce texte relève de la procédure prévue à l'article L. 462-2 du Code de commerce prévoyant sa consultation préalable obligatoire pour tout texte réglementaire imposant « *des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* ». Enfin, l'Autorité a considéré que l'émergence d'une concurrence réelle rendait nécessaire de favoriser une incitation à l'investissement par les fournisseurs alternatifs dans les moyens de production d'électricité de pointe comme de base. Le mécanisme des certificats de capacités proposé allait dans ce sens. Mais la complexité de la conception de ce mécanisme et de son application, qui faisait appel à RTE et à la CRE, devait être soulignée. Pour cette raison et également afin d'inciter les fournisseurs alternatifs à investir dans les moyens de production de base, au vu de la durée de quinze ans retenue pour le dispositif ARB, l'Autorité a réitéré sa proposition de prévoir une baisse progressive et échelonnée du volume global d'électricité de base régulée fixée par le projet de loi.

### ***Avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles***

Le 3 novembre 2010, le ministre en charge de l'Économie a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis relative à deux projets de décret rendant obligatoire la contractualisation dans les secteurs laitier et des fruits et légumes.

#### **Les deux projets de décret**

Les deux projets de décret intervenaient à la suite de la loi de modernisation de l'agriculture et la pêche (ci-après « *LMA* »), promulguée le 28 juillet 2010.

Cette loi avait, notamment, pour objectif de renforcer la compétitivité de l'agriculture française.

Dans un contexte de volatilité des prix, il était apparu nécessaire de mettre en œuvre des outils de stabilisation des marchés. Or, le renforcement du dispositif contractuel dans le secteur agricole avait été considéré comme un élément indispensable pour favoriser cette stabilisation des prix et également permettre au producteur d'avoir une meilleure visibilité sur ses débouchés et d'obtenir des prix de cession davantage rémunérateurs.

À cet effet, la LMA disposait, en son article 12, que « *la conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation* » (article L. 631-24 du Code rural).

Ce dispositif pouvait être mis en œuvre de deux façons :

- soit par l'extension ou l'homologation d'un accord interprofessionnel ;
- soit, si aucun accord interprofessionnel ayant le même objet n'avait été étendu ou homologué, par un décret en Conseil d'État.

En l'absence d'accord interprofessionnel relatif à la contractualisation dans les secteurs laitier et des fruits et légumes, le ministre de l'Agriculture avait choisi de recourir à la voie réglementaire.

L'Autorité a souligné que les deux secteurs concernés avaient déjà fait l'objet d'une analyse par le Conseil puis par l'Autorité de la concurrence et que les avis rendus avaient effectivement constaté la faible formalisation des relations commerciales au stade de la première mise en marché<sup>192</sup>.

Les projets de décret soumis à l'examen de l'Autorité tendaient à rendre la contractualisation obligatoire entre les producteurs et leurs acheteurs. Ils précisaient la durée minimale des contrats (3 ans pour les fruits et légumes, 5 ans pour le lait), ainsi que les clauses devant figurer dans ces contrats :

- les volumes et caractéristiques des produits à livrer ;
- les modalités de collecte et de livraison des produits ;
- les modalités et critères de détermination du prix ;
- les modalités de facturation et de paiement ;
- les modalités de révision du contrat ;
- les modalités de résiliation du contrat et préavis de rupture.

Cette promotion de la contractualisation dans les secteurs laitier et des fruits et légumes appelait à la fois des remarques de principe sur les bénéfices attendus de la contractualisation et une analyse pratique du dispositif adopté.

<sup>192</sup>. Avis 08-A-07 du 7 mai 2008, relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes et 09-A-48 du 2 octobre 2009, relatif au fonctionnement du secteur laitier.

### Les recommandations

L'Autorité s'est déclarée favorable à ce que soit promue la contractualisation dans les deux secteurs concernés, lesquels se caractérisaient par une forte volatilité des prix. Dans ces deux précédents avis, elle avait déjà souligné le rôle positif que pourrait jouer la contractualisation pour atténuer les effets néfastes de la volatilité des prix.

Cependant, si la contractualisation est par principe un mécanisme vertueux, les bénéfices qui en découlent dépendent des modalités de sa mise en œuvre.

À cet égard, l'Autorité a constaté que la démarche adoptée par le pouvoir réglementaire nécessitait la pleine adhésion des acteurs des filières. Elle s'est donc réjouie de la décision de l'interprofession des fruits et légumes de chercher à élaborer un accord interprofessionnel sur la contractualisation.

En outre, elle a formulé plusieurs remarques sur le contenu des contrats.

Tout d'abord, elle a estimé qu'il conviendrait de conserver une certaine souplesse dans la durée des contrats, notamment par le moyen de clauses de rendez-vous, de manière à ce que cet engagement, sans rebuter certains acteurs, puisse s'adapter aux caractéristiques des marchés concernés et, notamment, à l'ampleur des investissements imposés au producteur, sans pour autant verrouiller les marchés.

Elle a ensuite précisé que les clauses de prix ne devaient pas constituer un moyen pour les producteurs ou les acheteurs de se coordonner de manière à réduire la concurrence. En particulier, et comme elle l'avait indiqué dans son avis 09-A-48, elle a souligné que les recommandations de prix émanant de l'interprofession dans le secteur laitier n'étaient pas susceptibles de remédier aux difficultés structurelles du secteur et présentaient un réel risque juridique au regard des règles de concurrence, même assouplies au plan communautaire compte tenu des annonces faites pour le secteur laitier.

Enfin, elle a considéré que la mise en œuvre d'une obligation de contractualiser dans des secteurs où l'offre est particulièrement atomisée pourrait être de nature à faire émerger des pratiques concertées. À cet égard, elle a rappelé, tant aux organisations de producteurs agissant comme des mandataires sans transfert de propriété, qu'aux associations d'organisations de producteurs dites « *de gouvernance* » qui n'ont pas la charge de la commercialisation des produits, que leur rôle ne pouvait pas consister à favoriser la coordination des prix entre les offreurs.

## Avis sur le fonctionnement concurrentiel des marchés

### *Avis 10-A-02 du 1<sup>er</sup> février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma*

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 27 octobre 2009 par la ministre chargée de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, afin d'examiner un dispositif de soutien financier proposé par le Centre national de la cinématographie et de l'image animée (ci-après « *CNC* ») pour l'équipement numérique des salles de cinéma.

## La numérisation des salles de cinéma

La projection numérique, dont le but est de dématérialiser la distribution des films en salle, devrait profondément transformer l'industrie du cinéma et conduire à une réorganisation complète de la filière. En effet, l'équipement d'une salle de cinéma en projecteurs numériques devrait permettre le passage de la copie argentique, coûteuse à produire et à transporter, à la copie numérique, aisément répliquable et transportable.

Toutefois, les avantages et les coûts de cette révolution technologique devraient se répartir différemment selon les différents niveaux de la filière : exploitants, distributeurs et industries techniques. Ainsi, les investissements devraient être supportés par les exploitants alors que les gains en résultant devraient, pour l'essentiel, être captés par les distributeurs.

Cette situation a conduit à l'émergence d'un marché du financement de l'équipement numérique des salles, confiant à des intermédiaires – les tiers investisseurs – la mission de transférer partiellement aux exploitants, pour leur permettre de financer en partie les investissements de la projection numérique, les économies obtenues par les distributeurs sur le tirage de copies, *via* les « *frais de copie virtuelle* » (VPF), sorte de droit d'usage versé par les distributeurs sur les équipements numériques.

Cependant, une partie des salles ne devrait pas être en mesure de financer l'équipement numérique et ne devrait pas, non plus, être en mesure de faire appel aux tiers investisseurs, la nature et le volume de leur programmation ne coïncidant pas avec la viabilité des modèles mis en place par ces intervenants privés.

Pour répondre à cette difficulté, le CNC avait prévu de mettre en place un fonds de mutualisation, fonctionnant sur le modèle des tiers investisseurs, qu'il prévoyait de gérer directement. Ce fonds devait avoir pour mission de collecter auprès des distributeurs des VPF d'un montant unique, servant à financer à hauteur de 75 % les investissements des exploitants de salles. Le fonctionnement du fonds devait être équilibré financièrement grâce au versement d'aides publiques et par la mutualisation (des salles rentables venant compenser des salles non rentables), et chaque exploitant devait pouvoir choisir entre l'offre du CNC et l'offre des tiers investisseurs.

### Un projet correspondant à un objectif d'intérêt général mais de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence

L'Autorité a souligné qu'il n'entrait pas dans sa compétence de se prononcer sur l'opportunité d'instaurer un service d'intérêt économique général. En effet, elle a rappelé qu'il incombe aux seuls pouvoirs publics, sous le contrôle le cas échéant du juge administratif, de déterminer si un objectif d'intérêt général et une défaillance du marché justifient une intervention des pouvoirs publics.

Toutefois, elle a relevé que le mode d'intervention choisi par le CNC, reposant sur un mécanisme de subventions croisées, induisait, par construction, des distorsions de concurrence.

Ces distorsions découlaient du statut même du CNC.

L'Autorité a ainsi indiqué que le CNC était un régulateur sectoriel, qui disposait de pouvoirs réglementaires, collectait des taxes, distribuait des aides, et dont l'action était structurante pour l'ensemble de la filière du cinéma français. La perspective de voir un régulateur sectoriel intervenir directement sur le marché concurrentiel régulé était donc singulière. En tout état de cause, une telle intervention était de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence, voire à éliminer toute concurrence, sur le marché du financement du cinéma numérique.

L'Autorité a toutefois relevé qu'il découlait de l'article 106 du traité et de la jurisprudence du Conseil d'État qu'une telle situation était susceptible d'être admise s'il était établi qu'il n'existait pas d'alternative moins restrictive de concurrence permettant d'atteindre l'objectif d'intérêt général préalablement identifié dans des conditions économiques acceptables.

### **La nécessité d'expertiser des solutions alternatives, permettant d'atteindre le même objectif de façon plus économique et moins restrictive de concurrence**

Ayant admis la légitimité de l'intervention de la puissance publique dans le financement du cinéma numérique, l'Autorité a considéré qu'il était essentiel, pour s'assurer de la proportionnalité, et partant de la légalité, du projet du CNC, que soient expertisées l'ensemble des solutions alternatives permettant d'atteindre l'objectif d'intérêt général fixé par le CNC, dans des conditions économiques acceptables, sans pour autant fausser la concurrence.

C'est pourquoi, sans renoncer à l'objectif d'intérêt général, l'expertise de solutions alternatives, permettant d'atteindre ce même objectif de façon plus économique et moins restrictive de concurrence, a été recommandée par l'Autorité.

En particulier, l'Autorité a estimé qu'une solution consistant en des aides directes, financées par une taxe sur les VPF, pouvait constituer une alternative méritant d'être évaluée. *Prima facie*, ce mécanisme neutre d'un point de vue concurrentiel et pour les finances publiques, permettrait de cibler au mieux la défaillance de marché à laquelle l'intervention publique souhaitait remédier. En outre, il devrait être moins lourd à mettre en place que le fonds de mutualisation, mieux correspondre au mode d'intervention usuel du CNC et permettre de préserver le principe de solidarité auquel le CNC était légitimement attaché.

Toutefois, l'Autorité a relevé qu'il ne lui appartenait pas de trancher cette question, qui relevait en premier lieu de l'expertise du CNC, et de l'appréciation des pouvoirs publics, sous le contrôle, le cas échéant, du juge administratif et de la Cour de justice de l'Union européenne.

***Avis 10-A-07 du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministre chargé de l'Industrie sur le programme national « très haut débit »***

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 26 janvier 2009 par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, ainsi que par le ministre chargé de l'Industrie, d'une demande d'avis sur le programme national « très haut débit » envisagé par le gouvernement. Ce programme visait à faciliter le déploiement des réseaux très haut débit sur l'ensemble du territoire. Il devait être financé par une partie de l'emprunt national, à hauteur de 2 milliards d'euros et prévoyait d'organiser des appels à projets selon trois volets :

- le « *volet A* » était destiné à stimuler l'investissement privé dans les zones rentables par l'attribution d'un label assorti d'un soutien financier non subventionnel ;
- le « *volet B* » visait à apporter un soutien financier aux collectivités territoriales sous forme de subventions, pour les zones non rentables en complément du volet A ;
- le « *volet C* » était prévu pour assurer une couverture « *systématique* » du territoire en complément des volets A et B.

**Le déploiement des réseaux de nouvelle génération : un enjeu essentiel légitimant l'intervention de la puissance publique en dehors des zones très denses**

L'Autorité a souligné, ainsi qu'elle l'avait déjà fait à plusieurs reprises, que le déploiement des réseaux de nouvelle génération était un enjeu essentiel, non seulement sur un plan technologique mais aussi concurrentiel. En effet, le déploiement d'une nouvelle boucle locale en fibre optique pourrait offrir l'opportunité aux opérateurs alternatifs de s'affranchir progressivement des infrastructures de l'opérateur historique et permettre, à terme, une réduction du champ de la régulation sectorielle *ex ante*. Inversement, les exemples étrangers ont montré que ces réseaux pourraient être l'occasion pour les opérateurs historiques de remettre en cause le développement de la concurrence qu'avait permis le dégroupage de la boucle locale cuivre.

L'Autorité a également précisé que la France n'était pas isolée, sur un plan international, dans sa volonté de promouvoir la meilleure couverture de son territoire en réseaux de nouvelle génération. Par rapport aux solutions retenues ailleurs, l'Autorité a compris que le programme soumis à son examen privilégiait une certaine continuité dans le fonctionnement du secteur, plutôt qu'un changement plus radical portant sur le rôle de la puissance publique et la structure de la concurrence. Tenant compte de nombreuses contraintes, notamment de la multiplicité des acteurs en présence, le programme du gouvernement privilégiait une approche pragmatique tendant à favoriser une intervention efficace du marché et des collectivités territoriales plutôt qu'à s'y substituer.

L'Autorité a ensuite précisé que, lorsqu'elle est saisie pour avis d'une intervention publique dans un secteur concurrentiel, elle s'attache à examiner la légitimité d'une telle intervention au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis et les conditions dans lesquelles celle-ci doit être conduite pour minimiser son impact sur la concurrence.

Ainsi, s'agissant de la légitimité de l'intervention de l'État, l'Autorité a appelé le gouvernement à clarifier les objectifs d'intérêt général poursuivis. Dans son examen, elle a retenu l'objectif d'assurer la couverture d'une partie prépondérante du territoire dans un délai raisonnable par de nouveaux réseaux de boucle locale en fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH), dans des conditions permettant une concurrence effective sur le marché aval. Sur cette base, elle a considéré que la puissance publique était légitime à intervenir, en dehors des zones très denses et en complément de la régulation sectorielle ainsi que de l'application du droit de la concurrence, en vue de :

- favoriser la bonne articulation entre l'intervention publique et l'investissement privé ;
- garantir la couverture intensive des zones de desserte des opérateurs, c'est-à-dire le raccordement à terme de l'ensemble des foyers et entreprises concernées ;
- apporter un soutien financier pour le déploiement du FTTH dans les zones non desservies par le marché.

L'Autorité a estimé que le programme du gouvernement était de nature, dans son principe, à répondre aux objectifs d'intérêt général identifiés et a salué la volonté du gouvernement de prendre en compte l'objectif de concurrence dans le cadre du volet A.

### **Un programme dont la bonne marche repose sur un équilibre entre les incitations des différents acteurs à y inscrire leurs déploiements**

L'Autorité a relevé que l'articulation des appels à projets du volet A, en direction des opérateurs, et du volet B, en direction des collectivités territoriales, pouvait apporter une clarification dans le partage des rôles entre les acteurs et inciter au déploiement de la fibre, notamment par l'opérateur historique dans les zones rentables.

Cependant, en pratique, compte tenu du caractère non contraignant du programme, l'Autorité a estimé que la bonne marche de ce dernier reposait sur un équilibre entre l'incitation des différents acteurs à y inscrire leurs déploiements, ce qui l'a conduite à formuler les observations suivantes :

- l'engagement de couverture « *intensive* » que seront amenés à prendre les opérateurs dans le cadre du volet A étant tout à fait crucial, le gouvernement pourrait chercher à préciser les obligations de couverture des opérateurs de façon à maximiser les chances que ces engagements soient pleinement mis en œuvre et ne soient pas l'objet de contestations ultérieures ;
- l'Autorité a très vivement recommandé d'exclure du volet B les projets de montée en débit par modernisation du réseau téléphonique ; au-delà des limites que soulèveraient de tels projets sur un plan concurrentiel, l'objectif du programme devrait rester le déploiement d'un nouveau réseau pérenne ; en incitant les

- collectivités territoriales à mettre en œuvre ce type de projet par nature transitoire, l'État désinciterait l'opérateur historique d'investir dans le FTTH ;
- pour la bonne articulation de l'intervention des collectivités et des opérateurs, le gouvernement devrait veiller au séquençage adéquat des appels à projets de ces deux catégories d'acteurs ; l'Autorité a souligné que le dialogue entre collectivités et opérateurs sous l'égide du régulateur sectoriel était plus que jamais nécessaire pour éviter une trop grande dispersion des pratiques locales.

### **Des risques concurrentiels sur le marché du très haut débit, résultant de la plus grande capacité de l'opérateur historique à déployer la fibre et à agir par effet de levier en s'appuyant sur les marchés de gros et de détail**

L'Autorité a relevé un certain nombre de risques concurrentiels sur le marché du très haut débit. Ces risques résultant de la plus grande capacité de l'opérateur historique à déployer la fibre, en tout cas à l'horizon des prochaines années, ou de sa capacité à agir par effet de levier en s'appuyant sur les marchés de gros et de détail, étaient les suivants :

- préemption des déploiements, conduisant à une dégradation des conditions d'accès des tiers au réseau, liée à l'architecture de ce dernier, et à une régression de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail ;
- préemption de la partie « *horizontale* » des déploiements, conduisant à une dissuasion des déploiements alternatifs ;
- accès privilégié à certaines informations ou infrastructures nécessaires aux déploiements ;
- conditions d'utilisation des réseaux FTTH par la branche de détail de l'opérateur historique, pouvant dissuader les déploiements tiers ou favoriser les déploiements propres.

Pour limiter ces risques, l'Autorité a formulé des observations concernant les modalités du programme et proposé des mesures complémentaires visant notamment à favoriser le co-investissement.

#### *Les observations concernant les modalités du programme*

Pour répondre à ces risques, l'Autorité a formulé les remarques suivantes :

- certains engagements que le gouvernement cherchait à obtenir par la voie du label paraissaient également relever de la régulation sectorielle, ce qui appelait à une bonne articulation avec l'ARCEP ;
- les lots sur lesquels se feront tant l'attribution du label que l'appel au co-investissement devraient être dimensionnés avec attention, de manière à ne pas accroître artificiellement les barrières à l'entrée, tout en répondant aux contraintes opérationnelles de déploiement des réseaux ;
- les aides financières devraient pouvoir bénéficier à l'ensemble des parties prenantes en cas de co-investissement ;

- la « *clause de paysage* » envisagée par le programme, consistant à conférer au titulaire du label une forme d'exclusivité territoriale, n'était ni nécessaire ni faisable juridiquement, et ne correspondait pas à l'approche générale retenue par le gouvernement.

### *Les mesures complémentaires visant notamment à favoriser le co-investissement*

Au-delà du programme lui-même, la lettre de saisine des ministres invitait l'Autorité à se prononcer sur d'éventuelles mesures nécessaires à l'exercice d'une concurrence effective. À cet égard, l'Autorité a souligné qu'en favorisant une accélération dans le déploiement de la fibre le programme risquait d'avantager l'opérateur le plus avancé et le mieux outillé pour déployer, c'est-à-dire l'opérateur historique. La puissance publique nationale ou locale pourrait ainsi favoriser malgré elle la constitution d'un monopole sur la fibre.

S'agissant des zones rentables en situation de monopole naturel, l'Autorité a estimé que la possibilité, pour les opérateurs alternatifs, de co-investir avec l'opérateur historique pourrait limiter les risques concurrentiels, notamment en offrant un « *droit de regard* » aux opérateurs alternatifs sur l'architecture du réseau. À cette fin, le programme du gouvernement et, plus précisément, les avantages liés à l'obtention du label ne paraissaient pas pouvoir constituer un levier suffisant. Par conséquent, l'Autorité a invité l'ARCEP à faire usage de ses compétences de régulation *ex ante* pour favoriser le co-investissement et, le cas échéant, en encadrer les modalités.

S'agissant des zones non rentables, l'opérateur historique paraissait disposer d'une capacité à distordre la concurrence de manière significative dans le cadre des appels d'offres des collectivités territoriales. L'Autorité a précisé qu'il s'agissait d'une simple possibilité et que le droit de la concurrence pourrait avoir un effet dissuasif. Elle a indiqué que l'ARCEP pourrait également chercher, dans ses travaux avec les collectivités territoriales et les opérateurs, à dégager des bonnes pratiques quant à la définition de conditions favorables à la concurrence en amont des appels d'offres.

Enfin, compte tenu du manque de recul et du caractère embryonnaire du marché, l'Autorité a estimé qu'il convenait de conserver de la souplesse dans le dispositif. Elle a recommandé de fixer une clause de rendez-vous, par exemple à l'horizon de deux ans, pour permettre au marché de révéler ses intentions. En tout état de cause, elle a précisé que les observations formulées dans son avis ne sauraient valoir au-delà d'une durée de cet ordre.

Sous ces réserves, elle a émis un avis favorable au programme qui lui était soumis par le gouvernement.

## *Avis 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français*

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 11 juillet 2008 par l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (ci-après «AMCRI») d'une demande d'avis portant sur les problèmes de concurrence pouvant résulter d'une éventuelle privatisation des aéroports français. Cette association, qui regroupait principalement des entreprises actives dans le bâtiment et les travaux publics, indépendantes des grands groupes du secteur que sont Vinci, Eiffage et Bouygues, craignait que ces groupes ne prennent le contrôle des sociétés gestionnaires d'aéroports, afin de favoriser leur propre activité.

Le gouvernement n'avait pas annoncé de projet en ce sens et la privatisation d'Aéroports de Paris nécessiterait une loi. L'avis rendu à la demande de l'association a donc, pour l'essentiel, une valeur prospective.

### **Le contexte de la saisine**

Jusqu'aux réformes de 2004 et 2005, l'exploitation des aéroports français était assurée par les chambres de commerce et d'industrie en vertu de concessions octroyées par l'État. Les aéroports parisiens étaient, quant à eux, concédés à un établissement public, Aéroports de Paris (ci-après «ADP»). La réforme de la gestion des aéroports français en 2004 et 2005 s'est traduite par la création de sociétés aéroportuaires régionales (ci-après «SAR») et par la transformation d'ADP en société anonyme.

Dans sa demande d'avis, l'AMCRI faisait valoir que cette évolution du statut juridique des aéroports en sociétés commerciales pourrait être suivie d'une privatisation de leur capital à plus ou moins longue échéance, avec le risque que leurs marchés de travaux ou de services ne soient plus soumis aux règles de la commande publique imposant une mise en concurrence préalable.

L'Autorité a d'abord relevé que les questions posées par la saisine étaient proches de celles qui avaient été soumises à l'examen du Conseil de la concurrence en 2005, à l'occasion de la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA). Dans son avis 05-A-22, le Conseil avait recommandé de préserver, après la privatisation de ces sociétés, des mécanismes de mise en concurrence proches de ceux de la commande publique. Il avait également préconisé des mesures visant à renforcer la transparence des coûts afin de permettre à l'État d'assurer efficacement sa mission de contrôle de l'exploitation des réseaux d'autoroutes, en qualité de concessionnaire et non plus d'actionnaire.

L'Autorité a également souligné que l'analyse pouvait utilement être replacée dans la perspective plus générale des enjeux de la régulation publique des transports, alors même que le secteur ferroviaire français faisait l'objet d'un processus graduel d'ouverture à la concurrence, assortie de la création d'une autorité de régulation indépendante.

### **Le maintien de la concurrence sur les marchés passés par les aéroports**

L'Autorité a d'abord constaté que, dans l'hypothèse d'une privatisation, les SAR et ADP resteraient des entités adjudicatrices soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la directive n° 2004/17/CE et l'ordonnance du 6 juin 2005 pour ceux de leurs marchés passés dans le cadre de leur activité d'exploitant aéroportuaire.

Elle a ainsi souligné que la situation juridique des sociétés aéroportuaires se distinguait de celle des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, dont la privatisation avait eu pour conséquence la perte de leur statut de pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire et du droit national, et pour lesquelles le Conseil de la concurrence avait recommandé, dans son avis 05-A-22, de réintroduire les obligations de mise en concurrence s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs par la voie de leurs contrats de concession.

Toutefois, l'Autorité a recommandé que, dans le cas d'une éventuelle privatisation des sociétés aéroportuaires, le cahier des charges des aéroports concernés prévoit l'existence d'une commission d'appel d'offres indépendante, qui rendrait un avis conforme sur les marchés de travaux et de service au-delà de seuils fixés de manière à couvrir l'essentiel des commandes en valeur.

### **La proposition de créer une autorité de régulation indépendante**

L'Autorité était également interrogée par l'AMCRI sur la régulation des tarifs des aéroports pour les services rendus aux transporteurs aériens.

Elle a d'abord relevé que l'État cumulait les rôles de régulateur de l'activité aéroportuaire et d'actionnaire des exploitants d'aéroports ainsi que de la principale compagnie aérienne nationale, Air France KLM. Elle a indiqué que cette situation était susceptible de donner naissance à des conflits d'intérêts pour la détermination du niveau et de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, les décisions de l'État régulateur ayant une incidence sur la valeur des sociétés dont il est actionnaire.

L'Autorité a également observé que la directive n° 2009/12/CE sur les redevances aéroportuaires commandait la mise en place d'une autorité de supervision indépendante pour la fixation des redevances aéroportuaires.

Elle a donc considéré que la création de cette autorité s'imposait et invité à la constitution d'une autorité de régulation des transports intermodale, à partir du socle constitué par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires instituée par la loi du 8 décembre 2009, ainsi que le Conseil de la concurrence l'avait fait dans son avis 08-A-17 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs.

Dans cet avis, le Conseil avait indiqué que les transports aériens, autoroutier et ferroviaire avaient pour trait commun de faire l'objet d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles, lesquelles

conserveraient le caractère de monopoles malgré la libéralisation des activités de services les utilisant, en particulier pour des raisons de coûts ou de rareté des espaces.

Il avait également rappelé les précédents du régulateur sectoriel des communications électroniques, dont la compétence a été élargie au secteur postal, et du régulateur sectoriel de l'électricité, dont la compétence a été étendue au secteur gazier, soulignant qu'il était « *généralement plus efficace d'élargir les compétences d'un régulateur pour des secteurs connexes que de multiplier les régulateurs sectoriels sur des champs de compétence trop étroits* ».

Dès lors, l'Autorité a estimé qu'une fusion des compétences au sein d'un régulateur unique des transports permettrait de mieux appréhender les problématiques communes à tous les modes de transports.

Toutefois, elle a précisé qu'il ne lui appartenait pas de trancher cette question relevant d'un choix politique appartenant au gouvernement et au Parlement.

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

Le 11 février 2009, la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture (ci-après « CAS ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la compatibilité de ses enquêtes statistiques annuelles avec les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'Autorité a relevé que la CAS était un syndicat professionnel regroupant des fabricants, importateurs et distributeurs de supports de culture, d'amendements organiques et d'engrais organiques, comptant une cinquantaine de membres.

Elle a également observé que la CAS réalisait chaque année une collecte de données auprès de ses adhérents mais aussi d'autres sociétés actives sur les marchés concernés, laquelle donnait lieu à l'établissement de synthèses statistiques portant sur les volumes produits, ainsi que sur les chiffres d'affaires réalisés et les prix moyens de vente, par type de produits et selon les débouchés et les modes de commercialisation.

La CAS justifiait la réalisation de ces enquêtes statistiques par la nécessité de fournir à ses adhérents des informations sur les marchés concernés. Selon elle, il n'existait, en effet aucune statistique officielle en ce domaine et la taille modeste de la plupart des entreprises du secteur ne leur permettait pas de faire appel à des instituts privés d'études de marchés.

L'Autorité a rappelé que les échanges d'informations entre entreprises, s'ils peuvent parfois être considérés comme proconcurrentiels, peuvent aussi conduire les entreprises à ne plus définir leur politique commerciale de façon autonome, avec un risque de mise en place d'un équilibre collusif contraire aux dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'Autorité a précisé que le caractère pro ou anticoncurrentiel des échanges d'informations s'apprécie au cas par cas en prenant en considération la nature des

informations échangées, les caractéristiques du système d'échange, ainsi que la structure du marché considéré.

### La nature des informations échangées

L'Autorité a rappelé que les informations échangées ne doivent pas porter sur des données stratégiques futures et, notamment, sur celles relatives à la fixation des prix. En effet, l'échange de telles données est particulièrement susceptible de permettre une coordination du comportement des entreprises.

L'Autorité a également souligné que sont prohibées les diffusions de prix théoriques résultant d'études de coûts, dans la mesure où de telles pratiques peuvent introduire des rigidités dans la fixation des prix en dissuadant les entreprises de fixer ceux-ci de façon autonome à partir d'une connaissance de leurs propres coûts et des conditions du marché.

S'agissant de l'échange de données passées, l'Autorité a indiqué que les critères pris en considération sont leur caractère public ou confidentiel, leur caractère stratégique ou de secret d'affaires, leur degré d'ancienneté, ainsi que leur niveau d'agrégation.

À cet égard, elle a précisé que l'échange d'informations déjà publiques n'est, en principe, pas considéré comme anticoncurrentiel et que le caractère public des données concernées s'apprécie au regard de leur facilité d'accès et donc du coût qu'engendrerait leur collecte par un autre biais que l'échange. Elle a ajouté qu'est également pris en compte le fait que les données échangées soient diffusées largement ou non.

Elle a, en outre, expliqué que les échanges sont d'autant plus susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels qu'ils portent sur des données stratégiques, récentes et individuelles ou trop peu agrégées.

À cet égard, elle a indiqué que le niveau d'agrégation doit être suffisant afin qu'il soit impossible de désagréger les informations et ainsi de permettre à des entreprises d'identifier directement ou indirectement les stratégies concurrentielles des concurrents.

En définitive, elle a conclu que l'exigence d'anonymat des informations objet de l'échange conduit à privilégier les formes agrégées de diffusion de l'information, telles que les valeurs moyennes ou les indices.

### Les caractéristiques du système d'échange

L'Autorité a rappelé qu'il convient de prendre en considération la fréquence des échanges et leur aptitude à éliminer ou restreindre l'incertitude sur la stratégie commerciale des concurrents. À cet égard, elle a rappelé que l'échange d'informations est d'autant plus susceptible d'influer sur les décisions commerciales des participants qu'il se fait de manière systématique et sur la base d'une périodicité rapprochée.

Elle a également souligné que les données doivent être collectées *a posteriori* et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation et qu'elle peut prendre en considération l'utilisation concrète faite par les entreprises des données échangées.

### **La prise en compte des caractéristiques du marché concerné**

L'Autorité a observé que la transparence accrue du marché résultant des échanges d'informations entre entreprises concurrentes a un impact différent selon le nombre d'entreprises actives sur le marché, leur force commerciale respective et l'intensité de la compétition les opposant.

Elle a notamment relevé qu'un échange d'informations est d'autant plus susceptible d'altérer les conditions d'exercice de la concurrence sur un marché et de favoriser la mise en place d'un équilibre collusif que ce marché est oligopolistique et que les barrières à l'entrée sont élevées.

Toutefois, elle a souligné que l'analyse doit toujours s'effectuer au cas par cas car des échanges d'informations peuvent avoir des effets anticoncurrentiels même sur des marchés atomisés.

En revanche, elle a indiqué que si la part de marché cumulée des participants à l'échange est faible, l'échange paraît peu susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels, dans la mesure où l'incertitude subsiste quant au comportement des entreprises non participantes à l'échange.

Enfin, elle a précisé que d'autres éléments relatifs à la structure du marché peuvent être pris en considération, tels que l'homogénéité des produits, la stabilité de la demande, la symétrie des acteurs (notamment en termes de structures de coûts et de capacités) et l'existence de liens structurels entre eux.

### **Sur l'échange d'informations organisé par la CAS**

L'Autorité a d'abord constaté que les marchés concernés ne paraissaient pas particulièrement concentrés et que les entreprises concernées étaient très diverses. Elle a également noté que la part de marché cumulée des participants à l'échange n'était pas massive et que, sur plusieurs des secteurs concernés, les entreprises leaders étaient absentes de l'échange. Par conséquent, les statistiques ne reflétaient pas l'état exact du marché, ce qui amoindrissait le risque de scénario collusif.

L'Autorité a ensuite relevé que les données échangées étaient, pour certaines, sensibles (chiffres d'affaires, volumes...) mais qu'elles étaient annuelles et diffusées six mois après la fin de l'année. En outre, leur agrégation au niveau national et par grandes catégories de produits ou de débouchés rendait difficile l'identification de situations individuelles.

Par ailleurs, ces enquêtes étaient susceptibles d'améliorer les performances des entreprises grâce à une meilleure connaissance des marchés.

L'Autorité a donc estimé que l'échange d'informations organisé par la CAS ne recérait, *a priori*, pas de risques au regard de la concurrence.

Finalement, elle a seulement recommandé à la CAS de s'assurer du respect de certaines bonnes pratiques en la matière, pour garantir notamment la confidentialité des données individuelles (avant agrégation). À cet égard, elle a proposé, par exemple, que le règlement intérieur de la CAS précise les conditions de collecte, de conservation et de traitement des données.

### *Avis 10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé*

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 8 janvier et le 5 février 2010 par le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, ainsi que par deux syndicats de la profession d'expert-comptable, l'Institut français des experts-comptables et des commissaires aux comptes et Experts-comptables et commissaires aux comptes de France, sur la question de l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé.

Cette saisine faisait suite à un communiqué de presse du 22 décembre 2009 dans lequel le garde des Sceaux, ministre de la Justice, faisait part de son intention de déposer au début de l'année 2010 un projet de loi mettant en œuvre les préconisations du rapport sur les professions du droit, dit rapport « Darrois », rendu en mars 2009. En effet, le rapport de la commission présidée par M<sup>e</sup> Jean-Michel Darrois, laquelle avait été chargée par le président de la République d'engager une réflexion sur la modernisation des professions du droit, avait proposé d'introduire en droit français le contreseing d'avocat des actes sous seing privé.

Après la saisine de l'Autorité, le gouvernement a déposé un projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées, visant à introduire le contreseing d'avocat des actes sous seing privé.

### **L'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé et l'inquiétude de la profession des experts-comptables**

Jusque-là, les parties qui souhaitaient contracter par écrit disposaient de deux outils :

- l'acte authentique, dressé devant notaire, délégataire de la puissance publique qui participait à la confection de l'acte et y apposait la formule exécutoire, et pour lequel les effets conférés étaient indissociables de l'intervention de ce professionnel ;
- l'acte sous seing privé, qui émanait des parties et pour la rédaction duquel l'intervention d'un professionnel ne conférait aucun effet juridique supplémentaire.

L'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé répondait, selon le rapport Darrois, à un double objectif :

- d'une part, elle visait à encourager le recours aux conseils de l'avocat à l'occasion de la négociation, de la rédaction et de la conclusion des actes sous seing privé, dans une perspective d'accès au droit, de protection juridique et de sécurité des individus et des entreprises ;

- d'autre part, elle tendait à renforcer la valeur de l'acte sous seing privé en tenant l'acte pour légalement reconnu au sens de l'article 1322 du Code civil et en lui attribuant entre les parties la même force probante que l'acte authentique.

La profession des experts-comptables s'inquiétait de cette nouvelle disposition. D'abord, elle soutenait que le contreseing d'avocat d'actes sous seing privé entraînerait l'intervention d'un professionnel supplémentaire, sans véritable valeur ajoutée pour le client, dans la mesure où l'expert-comptable, en tant que rédacteur habituel de l'acte soumis à un devoir de conseil, endossait déjà la responsabilité des actes qu'il rédigeait.

En outre, elle estimait que le contreseing d'avocat risquait de donner un avantage compétitif aux avocats, en leur accordant, à l'exclusion de tout autre rédacteur d'actes juridiques, la possibilité de contresigner les actes sous seing privé.

### **Un dispositif insusceptible d'avoir des effets négatifs sensibles sur la concurrence**

Avant toute chose, l'Autorité a précisé que les transferts de revenus entre les différentes professions intervenant sur un marché, entraînés par telle ou telle modification des règles applicables à ces professions, n'intéressent pas, en tant que tels, le droit de la concurrence.

En revanche, elle a indiqué qu'il lui appartient d'examiner si, en réservant aux avocats la faculté de contresigner des actes sous seing privé, l'introduction du contreseing risquait de porter atteinte à la concurrence et, notamment, aux règles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dès lors que les échanges entre États membres étaient susceptibles d'être d'affectés.

En l'espèce, elle a précisé qu'il convenait d'examiner dans quelle mesure le contreseing d'avocat des actes sous seing privé pourrait constituer un droit spécial ou exclusif, qui placerait les avocats en situation d'abuser automatiquement d'une position dominante et qui ne pourrait se prévaloir d'aucune justification permettant d'échapper à une interdiction.

En premier lieu, l'Autorité a observé que le fait de réserver aux avocats le contreseing des actes sous seing privé ne pouvait pas être qualifié de « *droit exclusif* » et pouvait difficilement être rangé au nombre des « *droits spéciaux* » au sens des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

En second lieu, elle a relevé que les avocats ne disposaient pas d'une position dominante collective, compte tenu notamment du caractère fortement atomisé de la profession, de l'absence de *numerus clausus* et du caractère fortement disputé du marché du conseil et de la rédaction d'actes juridiques. Le dispositif envisagé ne pouvait donc pas conduire les avocats à se trouver nécessairement en situation d'abuser d'une prétendue position dominante.

En troisième lieu, l'Autorité a précisé que le risque que les experts-comptables soient évincés du marché du conseil juridique aux PME n'était pas non plus avéré. À cet égard, elle a souligné que les experts-comptables étaient en relation directe

avec les entreprises en raison du monopole dont ils disposaient sur la tenue de la comptabilité des entreprises et que cette position particulière rendait peu probable leur éviction du marché des prestations juridiques aux entreprises.

En quatrième et dernier lieu, l'Autorité a souligné que le droit de l'Union comme le droit national permettaient, dans certaines conditions, de justifier certaines distorsions de concurrence indispensables pour assurer la viabilité de projets répondant à un objectif d'intérêt général, sous la condition cependant que ces atteintes soient proportionnées à l'objectif poursuivi et qu'il n'existe pas d'autre moyen moins restrictif de concurrence permettant d'atteindre cet objectif dans des conditions économiques acceptables.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que le gouvernement avait indiqué, dans l'exposé des motifs du projet de loi, que l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé visait à renforcer la sécurité juridique des actes des entreprises et à prévenir les contentieux. Elle a donc estimé que l'objectif de sécurité juridique accrue attribué au contreseing pourrait justifier que ce dernier soit réservé à des professionnels du droit, dont la matière juridique constitue l'activité principale et la formation initiale et continue, à l'exclusion d'opérateurs qui n'exercent des activités juridiques qu'à titre accessoire, à l'instar des experts-comptables.

Toutefois, elle a précisé qu'il conviendrait de s'assurer, en pratique, que le dispositif n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet.

En définitive, l'Autorité a considéré que l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé n'était pas, en l'état du dispositif qui lui avait été soumis et des effets qui en étaient attendus, de nature à enfreindre les règles de la concurrence.

### *Avis 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique*

Le Conseil de la concurrence avait été saisi le 26 septembre 2007 par l'Union des opticiens (ci-après « *UDO* »), syndicat professionnel, d'une demande d'avis relative à la création en juin 2007 du Conseil interprofessionnel de l'optique (ci-après « *CIO* »).

Le *CIO*, regroupant la totalité des syndicats professionnels de l'optique à l'exception du syndicat saisissant, procédait à d'importants échanges d'informations pour accomplir ses diverses missions dont, notamment, l'assistance des divers acteurs dans la promotion du système de vente à distance des produits optiques.

La question posée était la suivante : le *CIO* était-il susceptible de donner lieu à des échanges d'informations contraires aux règles de concurrence, dès lors que son champ d'intervention théorique était relativement étendu et qu'il regroupait en son sein la quasi-totalité des représentants des opérateurs du marché de l'optique, particulièrement ceux des fabricants et des distributeurs ?

## **Les échanges d'informations entre entreprises dans le cadre d'un syndicat professionnel**

À titre liminaire, l'Autorité a rappelé que le fonctionnement concurrentiel d'un marché repose sur l'autonomie des entreprises présentes sur ce marché dans la détermination de leur politique commerciale et donc sur l'incertitude de chaque opérateur quant au comportement futur de ses concurrents.

Aussi, a-t-elle précisé que dès lors que des entreprises s'échangent volontairement et de manière réciproque des informations non accessibles à l'ensemble du marché et stratégiques, elles ne sont plus en mesure de définir leur politique commerciale avec un degré d'autonomie suffisant, entraînant par là même le risque de la mise en place d'un équilibre collusif.

Toutefois, elle a expliqué que si, dans certains cas, les échanges d'informations entre entreprises peuvent être porteurs d'effets anticoncurrentiels de type collusif, ils peuvent aussi donner lieu à des effets pro concurrentiels.

Elle a indiqué que le caractère pro ou anticoncurrentiel d'un système d'échanges d'informations relève d'une analyse au cas par cas, en fonction de critères tenant, notamment, à la forme et à la nature de l'échange, à l'utilisation faite des données et à la prise en compte de l'intensité de la concurrence sur le marché concerné.

L'Autorité a également rappelé qu'il importe peu, au regard des règles de concurrence, que les pratiques soient mises en œuvre dans le cadre d'un syndicat regroupant des entreprises ou dans le cadre d'un syndicat constitué d'autres syndicats professionnels, tel que le CIO.

Elle a ainsi expliqué le rôle d'un syndicat professionnel au regard des règles de concurrence et, notamment, qu'il incombe au syndicat professionnel non seulement de ne pas concourir à la commission de pratiques anticoncurrentielles, mais aussi de mettre en garde ses adhérents contre le caractère manifestement anticoncurrentiel de leurs comportements.

S'agissant des échanges d'informations, elle a précisé qu'un syndicat peut délivrer des informations ou des conseils à destination de ses adhérents, dès lors que ces informations ont un degré de généralité suffisant et que cette diffusion n'interfère pas dans le processus des négociations commerciales entre opérateurs économiques.

L'Autorité a ensuite rappelé les conditions de forme et de nature auxquelles doivent se conformer les informations échangées, ainsi que les caractéristiques du système d'échanges afin que les échanges d'informations ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels. Elle a également précisé prendre en considération les caractéristiques du marché.

### **L'analyse des échanges d'informations organisés au sein du CIO**

Compte tenu des informations dont elle disposait, l'Autorité a estimé que les échanges d'informations organisés au sein du CIO ne paraissent pas porter sur des données stratégiques permettant d'identifier la politique et la stratégie commerciales de telle ou telle entreprise.

De même, s'agissant de la fréquence des échanges d'informations effectués au sein du CIO, elle a considéré qu'il ne ressortait pas des éléments recueillis lors de l'instruction que ces échanges avaient lieu de manière systématique et sur la base d'une périodicité rapprochée, ce qui réduisait les possibilités pour les entreprises susceptibles d'avoir accès aux informations échangées de les utiliser, notamment en vue d'éliminer ou de restreindre l'incertitude sur la stratégie commerciale de leurs concurrents.

L'Autorité a ensuite relevé que le CIO regroupait la totalité des syndicats professionnels, à l'exception du syndicat saisissant, ce qui contrastait avec l'atomicité du marché considéré. Elle en a déduit que la part de marché cumulée des participants aux échanges d'informations organisés au sein du CIO était en théorie massive, compte tenu du nombre relativement faible des opérateurs représentés par le seul syndicat qui n'adhérait pas au CIO.

Dès lors, elle a estimé que, dans l'hypothèse où le CIO collecterait des informations stratégiques, confidentielles et non anonymes et les diffuserait à ses adhérents, la quasi-totalité des entreprises opérant dans le secteur de l'optique pourraient avoir accès à ces informations et les utiliser en vue d'atténuer, voire de supprimer le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché, avec comme conséquence une restriction injustifiable de la concurrence entre entreprises.

Cependant, compte tenu de la nature des informations échangées au sein du CIO et des caractéristiques du système d'échanges mis en place, elle a considéré que cette hypothèse ne paraissait pas être vérifiée.

L'Autorité a enfin vérifié que le CIO n'était pas susceptible d'excéder sa mission d'information, d'assistance, de conseil à l'égard de ses adhérents et de défense des intérêts collectifs des professionnels du secteur de l'optique. À cette occasion, elle a souligné l'adoption par le CIO d'une charte éthique portant rappel de règles de concurrence et devant être signée par les adhérents de l'organisme interprofessionnel, qu'elle a considérée comme une mesure utile.

Néanmoins, elle a estimé que, compte tenu du regroupement au sein du Conseil interprofessionnel de l'optique de la quasi-totalité des syndicats professionnels de la filière et du risque collusif potentiel qui en résultait, l'organisme interprofessionnel devrait rester attentif et établir les conditions d'une vigilance concurrentielle constante concernant tous les échanges d'informations effectués en son sein.

### ***Avis 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle***

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office pour avis le 14 décembre 2009 de la question de l'utilisation croisée des bases de clientèle (dites *cross-selling*) et plus spécifiquement des effets possibles de ce type de pratique dans le secteur des communications électroniques. Elle a procédé à la jonction de cette saisine d'office avec celle, plus ancienne, du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi « sur la

*situation concurrentielle et sur l'état de fonctionnement des marchés des communications électroniques compte tenu des profondes modifications qu'ils connaissent actuellement».*

## **Analyse de l'utilisation croisée des bases de clientèle et des pratiques associées au regard du droit de la concurrence**

L'Autorité a expliqué que lorsqu'une entreprise diversifie son activité sur plusieurs marchés de produits touchant la même clientèle, elle peut être incitée à utiliser la position acquise sur l'un de ses produits pour promouvoir ses autres produits. Dans cet objectif, cette entreprise peut utiliser les informations détenues sur ses clients mais aussi sa renommée ou celle de son produit d'origine.

C'est ce qui a pu être constaté par exemple dans le secteur bancaire, lorsque les établissements de crédit ont lancé des offres de produits d'assurance, ou dans le secteur de l'énergie, lorsque les opérateurs historiques ont développé leurs activités sur des marchés connexes. Dans ces situations, les entreprises se sont appuyées sur la clientèle acquise dans leur métier historique pour développer une nouvelle activité.

L'Autorité a précisé que sous l'appellation de *cross-selling*, communément utilisée dans le vocabulaire commercial, se distinguaient en réalité deux types de pratiques qui devaient être appréhendées différemment par les règles de la concurrence : l'utilisation croisée de bases de clientèle, d'une part, et les ventes couplées, d'autre part. S'agissant de l'utilisation croisée des bases de clientèle, l'Autorité a relevé que cette pratique était courante. Elle pouvait, par exemple, permettre à une entreprise présente sur un marché de pénétrer plus facilement sur un nouveau marché à l'aide des informations détenues sur ses clients.

L'Autorité a considéré que, dès lors que cette pratique permettait en général de dégager des gains d'efficacité, en réduisant le coût d'acquisition des nouveaux clients, elle bénéficiait en principe à la concurrence et aux consommateurs.

Toutefois, elle a estimé que cette pratique était susceptible de produire des effets négatifs lorsqu'elle était mise en œuvre par une entreprise dominante sur l'un des marchés concernés et que cette entreprise utilisait des données qui n'étaient ni accessibles à ses concurrents ni reproductibles par eux, pouvant ainsi conduire à leur éviction. Elle a précisé que tel pouvait être le cas, notamment, des informations obtenues dans la situation particulière d'un monopole de fait ou dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public.

L'Autorité a indiqué qu'utilisée en combinaison avec des ventes groupées, l'exploitation croisée des bases de clientèle était, en outre, susceptible de rendre la technique de couplage et ses éventuels effets restrictifs de la concurrence plus efficaces.

Si une telle pratique ne saurait être interdite *a priori* et par principe, l'Autorité a considéré que sa mise en œuvre par une entreprise dominante pouvait constituer un abus lorsqu'elle permet à celle-ci de transférer son pouvoir d'un marché à un autre pour y obtenir un avantage concurrentiel sans rapport direct avec ses mérites, conduisant ainsi à l'éviction possible des autres acteurs du marché.

### Application au secteur des communications électroniques

L'Autorité a relevé que, dans le secteur des communications électroniques, l'utilisation croisée des bases de clientèle entre les marchés du haut débit et du mobile s'était intensifiée à la suite de l'intégration de Neuf Cegetel au sein de SFR et de l'entrée de Bouygues Télécom sur le marché du haut débit. Ces acteurs ont également mis sur le marché des offres de couplage tarifaire (*quadruple play*) et technique (*femtocell*). Ces évolutions suggéraient une orientation du marché vers un modèle dit d'«*opérateur universel*», capable de répondre à l'ensemble des besoins des consommateurs, et conduisaient l'opérateur historique, France Télécom, à s'interroger sur sa capacité à s'inscrire dans ce modèle sans entraver le droit de la concurrence.

L'Autorité a considéré que l'utilisation croisée par France Télécom de ses bases de clientèle entre les marchés du mobile et du haut débit ne paraissait pas, de prime abord, pouvoir distordre la concurrence à elle seule. En effet, l'on pouvait présumer que France Télécom avait acquis ses clients et donc les données y afférentes, par les mérites sur des marchés concurrentiels.

En revanche, l'Autorité a estimé que la mise sur le marché d'offres de convergence commerciale ou technique par France Télécom pouvait soulever des préoccupations concurrentielles.

En premier lieu, elle a considéré que la généralisation des offres de convergence risquait d'accroître les coûts de changement d'opérateur pour le consommateur. Sur le marché de la téléphonie mobile, les durées longues d'engagement et l'augmentation des services à valeur ajoutée proposés (applications, téléchargements audio, vidéo ou de jeux, espace de stockage...) constituaient des freins au changement pour le consommateur. Sur le marché de l'accès à Internet haut débit, les barrières au changement d'opérateur étaient plutôt d'ordre technique (accès Internet interrompu à cause du délai de raccordement par le nouvel opérateur). Par ailleurs, il subsistait encore des difficultés s'agissant de la portabilité des numéros de téléphone. Le risque était que les offres de convergence conduisent à cumuler ces coûts de changement, limitant ainsi l'intensité de la concurrence.

En deuxième lieu, l'Autorité a expliqué que les offres de convergence présentaient un risque de verrouillage, non plus uniquement des clients, mais des foyers : pour un foyer disposant d'un abonnement Internet haut débit et de plusieurs abonnements mobiles, les avantages techniques ou tarifaires des offres de couplage et de convergence incitaient ses membres à migrer vers le même opérateur pour tous leurs besoins. Or ce mouvement avait de fortes chances d'avantager mécaniquement les opérateurs qui disposaient des meilleures parts de marché («*effet club*»).

En troisième lieu, l'Autorité a indiqué que, compte tenu des barrières à l'entrée sur le marché mobile, la généralisation des offres de convergence pouvait distordre la concurrence au bénéfice des trois opérateurs mobiles en place et au détriment des autres opérateurs. En effet, dans un secteur s'orientant vers le modèle d'opérateur universel proposant au consommateur des offres «*tout en un*», un opérateur, même efficace, éprouvant des difficultés pour pénétrer l'un des marchés

concerné, pouvait se trouver gravement pénalisé dans l'exercice de la concurrence et risquer l'éviction.

Néanmoins, l'Autorité a précisé qu'elle ne saurait se prononcer sur la conformité au droit de la concurrence des offres de France Télécom sans en connaître les caractéristiques, ni les justifications que l'opérateur pourrait avancer au titre des gains d'efficacité ou de la nécessité d'agir pour préserver ses intérêts commerciaux, dans l'hypothèse où ceux-ci seraient effectivement menacés par les pratiques de ses concurrents.

Indépendamment des caractéristiques des offres de convergence proposées par France Télécom, l'Autorité a estimé que l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché mobile était de nature à limiter les effets d'éviction. En pratique néanmoins, cela supposait que le nouvel entrant bénéficie rapidement d'une prestation d'itinérance, non seulement sur les réseaux 2G mais aussi sur les réseaux 3G, afin qu'il puisse efficacement concurrencer les trois opérateurs de réseaux mobiles installés.

Par ailleurs, et même si cela ne relevait pas directement du droit de la concurrence, l'Autorité a noté que certaines mesures favorables aux consommateurs de services haut débit et mobile pouvaient également améliorer la fluidité des marchés et prévenir le risque de verrouillage des consommateurs, voire des foyers, chez un unique opérateur.

Elle a précisé que ces mesures devaient avoir pour objectif de limiter les durées d'engagements, de ne pas réengager les clients souscrivant une offre de couplage ou encore de synchroniser le terme des abonnements aux services haut débit et mobile.

De même, elle a expliqué que les opérateurs pouvaient mettre en œuvre un niveau minimum de standardisation, ainsi que la portabilité des services convergents développés à destination des consommateurs détenant des abonnements multiples auprès d'un même fournisseur.

Certaines de ces mesures pouvaient être mises en œuvre à l'initiative des opérateurs, d'autres pouvaient nécessiter l'adoption de textes législatifs ou réglementaires. L'Autorité a relevé, à cet égard, que l'ARCEP devait remettre au gouvernement un rapport de mise en œuvre de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

### ***Avis 10-A-20 du 29 septembre 2010 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris***

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 18 février 2010 par Syntec-Ingénierie, un syndicat professionnel regroupant principalement des entreprises exerçant de façon habituelle une activité dans le domaine de l'ingénierie. Ce syndicat s'inquiétait du caractère dérogatoire des dispositions applicables aux marchés d'ingénierie ferroviaire et de délégation de maîtrise d'ouvrage dans le cadre du Grand Paris,

qui pouvaient, selon lui, mettre la RATP, la SNCF et RFF en situation d'abuser de leur position dominante.

Le projet du Grand Paris visait à susciter, par la création d'un réseau de transport public de voyageurs en double boucle croisée unissant les zones les plus attractives de la capitale et de la région Île-de-France, un développement économique et urbain structuré autour de territoires et de projets stratégiques identifiés, définis et réalisés conjointement par l'État et les collectivités territoriales.

Deux articles de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris organisaient les modalités de conclusion de ces marchés en prévoyant dans certains cas des procédés dérogatoires au droit commun :

- l'article 17 prévoyait que l'établissement public « *Société du Grand Paris* » (ci-après « SGP »), chargé de concevoir et de réaliser les projets d'infrastructures de ce réseau, pouvait, pour des raisons techniques tenant aux exigences essentielles de sécurité, d'interopérabilité ou à l'impératif de continuité du service public, confier des marchés à la RATP, à la SNCF ou à RFF selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ;
- l'article 18 donnait la possibilité à la SGP de déléguer la maîtrise d'ouvrage et précisait que lorsque l'opération présentait un caractère d'urgence, le maître d'ouvrage délégué pouvait assurer lui-même la maîtrise d'œuvre.

Syntec-Ingénierie considérait qu'en permettant à la SGP de confier aux trois opérateurs publics concernés, par procédure négociée et à certaines conditions, des marchés de maîtrise d'œuvre, d'études et d'assistance nécessaires à la réalisation des infrastructures et à l'acquisition des matériels prévus dans le cadre du projet du Grand Paris, ainsi que des mandats de maîtrise d'ouvrage, lesdits opérateurs seraient en mesure de contrôler le marché de l'ingénierie ferroviaire, notamment en recourant à la sous-traitance.

### Sur les procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence de l'article 17

L'Autorité a considéré qu'il appartiendrait, au premier chef, à la SGP de veiller aux différents intérêts publics en présence et, notamment, de faire une application mesurée et justifiée des dispositions de l'article 17 de la loi, compte tenu de leur caractère dérogatoire aux principes et procédures de mise en concurrence. En particulier, elle a estimé que ces dispositions ne sauraient être utilisées dans l'unique but de gagner du temps par la désignation systématique du gestionnaire de l'infrastructure à chaque fois qu'il s'agirait de développer, prolonger ou étendre les lignes, ouvrages ou installations existants dont celui-ci a la responsabilité.

Toutefois, l'Autorité a relevé que la loi relative au Grand Paris ne donnait pas d'éléments sur les moyens propres d'expertise humains et techniques à la disposition de la SGP pour lui permettre d'identifier, en connaissance de cause et de manière indépendante, les cas justifiant la mise en œuvre des dispositions dérogatoires de l'article 17. Elle a souligné que dans l'hypothèse où la SGP souhaiterait faire appel à des compétences extérieures, dans le cadre par exemple d'une

mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage, il ne devrait pas être possible de solliciter l'assistance des opérateurs publics pour décider de la mise en œuvre de l'article 17, sauf à encourir le risque d'un conflit d'intérêts pour le choix de la procédure et des prestataires en ce qui concerne la maîtrise d'ouvrage déléguée, la maîtrise d'œuvre et autres missions d'étude ou d'assistance. Or, elle a considéré que le III et le IV de l'article 17, en prévoyant notamment que les dispositions de la loi MOP ne s'appliquaient pas, permettaient précisément un tel cumul des rôles.

L'Autorité a donc incité à ce que la SGP dispose des compétences et moyens d'expertise suffisants pour limiter au maximum les situations dans lesquelles elle n'assurerait pas elle-même les études visant à déterminer la nécessité du recours aux dispositions dérogatoires du II et du III de l'article 17.

### **Sur le cumul de la maîtrise d'ouvrage déléguée et de la maîtrise d'œuvre prévu par l'article 18**

L'Autorité a relevé que le maître d'ouvrage délégué pourrait dans nombre de cas être conduit à assumer lui-même la maîtrise d'œuvre. Aussi, a-t-elle estimé qu'il était probable qu'au moment de choisir le maître d'ouvrage délégué, la SGP prendrait en considération notamment la capacité de ce dernier à assumer, le cas échéant, la maîtrise d'œuvre des opérations, ce qui pourrait être au bénéfice d'opérateurs ayant à la fois l'expérience de la maîtrise d'ouvrage et celle de la maîtrise d'œuvre.

En revanche, il lui a semblé qu'il fallait écarter une application combinée des dispositions du III de l'article 17 et de l'article 18 qui permettrait aux trois opérateurs mentionnés d'être choisis comme mandataires du maître d'ouvrage sans mise en concurrence et de décider seuls d'assurer eux-mêmes la maîtrise d'œuvre.

Néanmoins, l'Autorité a recommandé une application mesurée des dispositions de l'article 18 de la loi relative au Grand Paris, eu égard à leur caractère dérogatoire à la loi MOP et à la notion d'urgence retenue à cet article, éléments conduisant à restreindre la concurrence sur les marchés concernés.

### **Sur le risque de contrôle du secteur de l'ingénierie ferroviaire par le recours à la sous-traitance à l'occasion des marchés confiés à la RATP, la SNCF et RFF en application des articles 17 et 18**

L'Autorité a relevé que le recours à la sous-traitance devrait rester limité à des aspects marginaux de la tâche demandée. Elle a, en outre, souligné que la RATP et la SNCF étaient des entités adjudicatrices au sens de l'ordonnance n° 2005-649 et que tout recours à la sous-traitance de leur part devait respecter les principes et procédures prévus par l'ordonnance.

Par ailleurs, l'Autorité a expliqué que la présence sur le marché de l'ingénierie ferroviaire de filiales de la RATP et de la SNCF obligeait à être vigilant sur les risques de distorsion de concurrence liés aux éventuelles subventions croisées. Elle a précisé que cette diversification pouvait poser des problèmes de concurrence au regard des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE, applicables aux abus de position dominante.

Pour prévenir les distorsions de concurrence, l'Autorité a indiqué qu'il fallait, ainsi qu'exposé dans l'avis 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF, assurer la « *séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification* ». Pour l'Autorité, la filialisation garantit une véritable séparation et favorise une plus grande transparence des passerelles entre activités en monopole et activités concurrentielles, comme, par exemple, la facturation à son coût réel du réseau commercial de l'opérateur historique.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que la RATP et la SNCF avaient diversifié leurs activités dans le domaine concurrentiel de l'ingénierie, notamment de l'ingénierie ferroviaire. Elle a recommandé que, tant qu'il ne serait pas recouru aux dispositions dérogatoires des articles 17 et 18, ce soient lesdites filiales et non les services de la RATP ou de la SNCF qui fournissent elles-mêmes, le cas échéant, des services d'ingénierie à la SGP.

En définitive, l'Autorité a estimé que la loi pouvait être mise en œuvre sans entraîner de graves restrictions de concurrence, à condition que la SGP fasse une application stricte et mesurée des dispositions dérogatoires aux principes et procédures de mise en concurrence.

### ***Avis 10-A-22 du 19 novembre 2010 relatif au projet de lancement par la communauté urbaine de Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de l'extension de son réseau***

Le 12 novembre 2009, la communauté urbaine de Bordeaux (CUB) a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, dans le cadre de l'extension de son réseau de transport par tramways, au sujet des questions posées, au regard du droit de la concurrence, par le lancement d'un marché de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique.

Le réseau de l'agglomération bordelaise, mis en service en 2003, a été doté d'un système d'alimentation électrique sans fil sur certains tronçons du centre-ville. Ce dispositif d'alimentation électrique par le sol (ci-après « *APS* ») a pour objet de permettre aux rames de traverser le centre historique de la ville sans recourir à des lignes aériennes de contact, lesquelles ne sont pas conformes aux exigences architecturales imposées par les Bâtiments de France.

Alstom Transport, qui est devenu propriétaire du système APS, était aussi le fournisseur des rames du tramway bordelais.

Dans le cadre de l'extension de son réseau, la CUB considérait qu'elle n'avait d'autre choix que de s'approvisionner exclusivement auprès d'Alstom Transport en rames et en système d'alimentation sans fil, en raison du refus du constructeur de vendre l'APS séparément de la rame et de fournir les spécifications d'interface entre les équipements embarqués de l'APS et la rame.

Aussi, la CUB interrogeait-elle l'Autorité, notamment sur le point de savoir si le comportement d'Alstom Transport pouvait être assimilé à l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché pertinent de la fourniture de rames de tramway et de systèmes d'alimentation électrique, notamment par refus de vente et par présentation d'une offre globale.

### **Sur le caractère économique de l'activité en cause**

Au préalable, l'Autorité a d'abord souligné qu'il ne faisait aucun doute que l'activité d'Alstom Transport, consistant en la fourniture de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique, constituait une activité de production et de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, soumise aux règles du droit de la concurrence.

À cet égard, elle a précisé que l'exercice d'une activité de transport de voyageurs par une collectivité territoriale relève d'une activité économique soumise aux règles du droit de la concurrence nonobstant le cadre juridique de l'activité, son mode de financement et les conditions de cet exercice. De même, elle a indiqué que l'achat par une collectivité publique de rames de tramway et de leur système d'alimentation électrique sur le marché de la fourniture de rames relève aussi d'une activité économique et doit être dissocié de l'acte juridique par lequel la commande publique est passée qui ne constitue pas une activité s'exerçant sur un marché.

### **Sur la décision de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence**

L'Autorité a indiqué que la décision prise par la collectivité publique de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence, se fondant sur les droits d'exclusivité détenus par Alstom Transport sur ses rames et son système APS, mettait en œuvre les dispositions du Code des marchés publics et relevait du contrôle de légalité d'un acte administratif exercé par le juge administratif.

À cet égard, elle a précisé que, dans le cadre de son contrôle, le juge administratif devrait s'assurer que la décision prise par la CUB ne place pas la société Alstom Transport en situation d'abuser d'une éventuelle position dominante.

En revanche, elle a souligné qu'elle serait seule compétente pour apprécier les éventuels abus de position dominante reprochés le cas échéant à Alstom Transport, consistant par exemple à déposer une offre globale, aux motifs qu'un tel comportement est détachable de l'appréciation de la légalité de l'acte de consultation et relève de l'activité économique du soumissionnaire.

### **Sur l'application des règles de concurrence au cas particulier**

L'Autorité a ensuite analysé le refus d'Alstom Transport au regard de la théorie des facilités essentielles et des autres règles de concurrence.

### *La théorie des facilités essentielles*

L'Autorité a d'abord rappelé les critères pris en considération, notamment dans le cas où la facilité essentielle est un droit de propriété intellectuelle. Elle a indiqué que, dans ce cas, les critères sont renforcés par rapport à la théorie générale et que ce renforcement porte principalement sur la notion de produit nouveau correspondant à une demande des consommateurs, dont la mise sur le marché serait rendue impossible en raison du refus d'accès à l'infrastructure couverte par le droit de propriété intellectuelle.

En l'espèce, l'Autorité a relevé que le refus d'accès à la technologie portait simultanément sur des éléments couverts par les brevets de l'APS et sur des données non protégées (savoir-faire ou secret d'affaires). Elle a donc estimé que l'analyse devrait s'effectuer au regard des critères des deux théories.

Ce faisant, elle a observé que l'APS embarqué n'était pas strictement nécessaire à l'exercice d'une activité concurrente sur le marché des rames car l'alimentation par caténaires restait la norme et le recours à des technologies compatibles était autorisé.

Elle a également constaté que, si le refus d'Alstom était établi, ce refus pourrait recevoir des justifications objectives en termes d'intégration du système embarqué à la logique de rames et des risques que ferait courir sur les performances et la sécurité du matériel roulant l'intégration du module embarqué à la rame d'un constructeur tiers.

Pour ces motifs, l'Autorité a estimé que la théorie des facilités essentielles, que ce soit la théorie générale ou celle adaptée par la jurisprudence aux droits de la propriété intellectuelle, serait d'application malaisée.

### *Les autres règles de concurrence*

L'Autorité a d'abord rappelé que pour qualifier un abus de position dominante, il faut au préalable rechercher l'existence d'une position dominante sur un marché pertinent.

À cet égard, elle a souligné 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.

En l'espèce, elle a précisé qu'il convenait de distinguer le marché initial de la constitution du réseau de tramways des marchés de développement du réseau.

### *Sur le marché initial de la constitution du réseau de tramways*

L'Autorité a relevé, qu'à ce stade, la propriété intellectuelle détenue par Alstom sur son système APS ne pouvait fonder une position dominante en raison du choix

concurrentiel qui s'offrait à la collectivité publique entre les différentes technologies existantes.

Toutefois, elle a relevé que les choix alors opérés par la collectivité territoriale pouvaient ne pas être neutres au regard de l'intensité concurrentielle. En effet, ils étaient susceptibles de conditionner les choix futurs et de limiter la faculté d'arbitrage de la collectivité dans le choix des rames supplémentaires.

L'Autorité a donc estimé que c'était à ce stade que la concurrence devait être la plus intense car elle pouvait s'abstraire de contraintes technologiques affectant de manière induite les marchés d'extension du réseau ou de renouvellement du parc.

Aussi a-t-elle recommandé de favoriser l'expression du plus grand choix concurrentiel et de permettre la réversibilité des options technologiques initiales par tout moyen approprié.

Elle a donc fait les préconisations suivantes pour favoriser l'intensité concurrentielle lors du marché initial et des marchés ultérieurs :

- les collectivités publiques devraient organiser le découplage de leurs appels d'offres, les marchés du système d'alimentation et des rames étant scindés, afin de favoriser la multiplicité des réponses technologiques ;
- les collectivités publiques devraient prévoir l'appel d'offres le plus ouvert possible quant aux solutions techniques proposées en évitant tout ciblage *a priori* de la technologie de l'un des soumissionnaires potentiels ;
- les données assurant l'interopérabilité d'une rame concurrente devraient être fournies dès le marché initial pour desserrer aux stades ultérieurs la contrainte technologique induite par le marché primitif. Lors du marché initial, la collectivité devrait donc avoir communication des données assurant l'interopérabilité avec le système en place dans la perspective de marchés de renouvellement ou de complément. Ces spécifications devraient être actualisées périodiquement au fur et à mesure de l'exécution du marché.

### *Sur les marchés de développement du réseau*

Au stade des marchés ultérieurs de renouvellement des rames ou d'extension de capacités, l'Autorité a relevé que la concurrence entre fournisseurs de rames devait s'exercer dans le cadre de la solution technique choisie initialement. La liberté d'acquisition de la collectivité était nécessairement réduite par la technologie d'alimentation électrique sans fil préexistante, par les investissements réalisés en application du choix technique effectué et par son système d'intégration à la rame.

L'Autorité a ainsi observé que la collectivité n'avait pas d'autre choix que de s'adresser au fournisseur détenteur de la technologie en renonçant à une mise en concurrence ou de mettre en compétition les fabricants de rames tiers, à condition qu'ils puissent fournir un matériel roulant compatible avec le système préexistant.

Or, cette compatibilité supposait que la rame puisse être alimentée sur tous les tronçons du réseau, qu'ils soient équipés en APS ou alimentés par la ligne aérienne de contact. La compétition entre les fournisseurs de rames ne pourrait être effective que si la collectivité était mise en mesure par le détenteur de la technologie

APS de fournir aux tiers fabricants soit la technologie elle-même (APS embarqué et données d'intégration à la rame) soit plus vraisemblablement les données techniques nécessaires.

Dès lors, l'Autorité a estimé que la collectivité devait être en mesure de fournir aux soumissionnaires potentiels les données techniques permettant d'assurer l'interopérabilité de la rame avec le système au sol préexistant.

S'agissant des données relatives à l'APS dont la communication était litigieuse dans le cadre du marché en cours, l'Autorité a fait les préconisations suivantes :

- la note de spécification des données d'interface entre l'APS au sol et le matériel roulant pourrait faire l'objet d'une expertise technique indépendante pour vérifier sa pertinence dans le cadre d'une mise en concurrence ;
- la communication par Alstom Transport de la note d'interfaces entre l'APS embarquée et le matériel roulant pourrait être effectuée, sous réserve que les risques d'intégration soient transférés au constructeur retenu.

### ***Avis 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs***<sup>193</sup>

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office le 19 mars 2010 sur les contrats de « *management catégoriel* » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

Elle s'était fixé pour objectif d'estimer la fréquence et la portée des « *accords de management catégoriel* », d'identifier les motivations des opérateurs amont et aval à recourir à ce type de délégation et d'apprécier le pouvoir d'influence du « *capitaine de catégorie* » sur le distributeur qui l'avait choisi. Elle souhaitait également apprécier les risques que ces accords pouvaient faire peser sur la concurrence et évaluer les effets de la mise en œuvre de cette forme de coopération commerciale entre industriels et distributeurs sur le marché final.

L'Autorité a rendu un avis identifiant un certain nombre de risques potentiels et posant un cadre général dont l'objectif est de guider les comportements des acteurs du secteur.

### **Définitions et domaines d'application du management catégoriel**

L'Autorité a expliqué que le management catégoriel (ou *category management* ou encore « *management par catégorie* ») était une pratique de marketing mise en œuvre dans les grandes surfaces commerciales, le plus souvent par l'intermédiaire ou avec la collaboration d'un ou de plusieurs fournisseurs.

193. L'étude thématique « *Concurrence et distribution* » du présent rapport propose également une analyse détaillée de cet avis.

Elle a précisé que, pris dans son sens le plus général, le management catégoriel consistait à organiser et gérer la distribution d'une catégorie de produits comme une unité d'analyse stratégique, une « *catégorie* » de produits se définissant alors comme un ensemble de produits similaires, complémentaires ou substituables, répondant à une même logique de consommation. Elle a donné l'exemple de la catégorie « *petit-déjeuner* » où pouvaient être inclus, selon les distributeurs, les cafés, les thés, les chocolats en poudre, les céréales, les biscottes, les brioches, les jus de fruit, les viennoiseries fraîches, etc. Le management par catégorie consisterait alors, pour l'essentiel, à organiser la présentation de la catégorie de produits comme un ensemble cohérent plutôt que comme la juxtaposition de décisions portant sur chaque produit de la catégorie. La présence de « *capitaines de catégorie* » au sein des groupes de distribution (et salariés de ces mêmes groupes) répondrait à cet objectif.

L'Autorité a relevé que son avis intervenait relativement tôt dans le développement du management catégoriel en France : si l'apparition de ce mode d'organisation remonte au début des années 2000, son essor véritable pourrait n'avoir débuté qu'à partir de 2007-2008 et la plupart des acteurs interrogés se sont accordés à reconnaître que cette pratique ne pourrait concrètement faire sentir ses effets qu'à moyen ou long terme.

Néanmoins, elle a pu observer que tel que mis en œuvre dans le secteur français de la grande distribution à dominante alimentaire, le management catégoriel consistait en une collaboration plus ou moins étroite entre un fournisseur, fréquemment, mais pas systématiquement, choisi parmi les leaders de sa catégorie de produits, et un distributeur. L'objectif de telles collaborations serait de permettre aux distributeurs de mieux s'adapter aux évolutions de la demande (variabilité saisonnière, émergence de nouveaux besoins, etc.) et de l'offre (apparition de nouveaux produits) et d'encourager ainsi la croissance de l'ensemble de la catégorie de produits.

### **Modalités de la collaboration entre fournisseurs et distributeurs**

Selon les opérateurs auditionnés et les documents transmis lors de l'instruction, l'Autorité a relevé que le fournisseur partenaire ne pourrait qu'émettre des recommandations au distributeur, relatives à l'assortiment, l'agencement des rayons et la politique promotionnelle de l'ensemble de la catégorie de produits sur laquelle porte la collaboration. Si dans certains cas, tous les fournisseurs d'une catégorie avaient le loisir de formuler des recommandations de ce type, dans d'autres cas en revanche, une collaboration privilégiée pouvait s'instaurer, le plus souvent à la demande du distributeur, avec un fournisseur, qui assistait alors à des réunions, suivait l'évolution de la catégorie de façon plus régulière et plus détaillée, notamment grâce à certains transferts de données, et bénéficiait d'une plus grande attention de la part du distributeur partenaire.

Selon toute vraisemblance, le fournisseur partenaire ne détiendrait formellement aucun pouvoir de décision, bien qu'il puisse, dans certains cas et selon certains opérateurs, bénéficier d'un accès facilité aux linéaires de ses distributeurs partenaires et qu'il lui serait alors possible de modifier, au moins à la marge, l'assortiment et

l'agencement d'un rayon à son avantage. Dans d'autres cas, des échanges spécifiques de données détaillées pouvaient également être effectués, permettant au fournisseur de suivre l'évolution de l'ensemble de la catégorie en revente chez le distributeur.

L'Autorité a souligné que la fréquence de ces partenariats était difficile à appréhender de façon statistique dans la mesure où il n'existait pas de contrats permettant formellement d'identifier l'existence de tels partenariats. Plusieurs fournisseurs importants ont toutefois indiqué être impliqués dans des partenariats de management catégoriel, parfois avec plusieurs distributeurs de façon simultanée. En outre, des partenariats relativement formalisés, impliquant un échange de données spécifiques et la tenue de réunions très régulières, ont été conclus. La sophistication croissante des données et la relance de la concurrence en prix dans le secteur de la grande distribution pourraient également favoriser un déploiement accru de telles collaborations.

### **Analyse concurrentielle du « management catégoriel »**

Du point de vue de l'analyse concurrentielle, l'Autorité a relevé que l'absence de transfert du pouvoir de décision des distributeurs aux fournisseurs atténuait l'effet négatif que de telles pratiques pourraient entraîner pour le jeu concurrentiel. En effet, elle a estimé qu'il était plus difficile pour un fournisseur de mettre en œuvre une entente entre plusieurs distributeurs ou d'évincer des produits concurrents de sa catégorie, chaque distributeur restant décisionnaire de sa politique commerciale et pouvant toujours souhaiter dévier de la ligne d'action recommandée par son partenaire.

Néanmoins, elle a considéré que des risques concurrentiels demeuraient liés à ces collaborations, qu'il s'agisse de l'éviction de concurrents des linéaires du distributeur partenaire ou de la facilitation d'une pratique concertée, notamment entre distributeurs.

### *Les risques d'éviction des concurrents*

L'Autorité a estimé que le capitaine de catégorie, participant parfois à la politique d'implantation des produits en magasin, pourrait chercher à profiter de sa relation privilégiée avec le distributeur pour influencer significativement l'assortiment et l'agencement des rayons, à son avantage et au détriment de ses concurrents, surtout lorsque ces derniers ont un moindre pouvoir de marché (PME, etc.)

Par ailleurs, la spécificité du management par catégorie étant de fréquemment s'appuyer sur des comparaisons entre produits, l'Autorité a indiqué que lors des présentations faites au distributeur, le capitaine de catégorie pourrait être tenté de dévaluer volontairement la performance des produits concurrents en présentant des données erronées ou en faussant l'interprétation de données exactes.

### *Les risques d'échanges d'informations*

L'Autorité a expliqué que les collaborations de management catégoriel étaient l'occasion d'échanges d'informations privilégiés entre fournisseurs et distributeurs : d'une part, le fournisseur partenaire accédait de façon exclusive à certaines données quantitatives transmises par le distributeur (données issues des cartes de fidélité, données sur les ventes, les prix et les stocks, par magasins et par référence sur une base hebdomadaire) et d'autre part, le capitaine de catégorie pouvait anticiper de façon privilégiée les évolutions de la stratégie commerciale du distributeur.

### *Les risques d'ententes, notamment entre distributeurs*

L'Autorité a relevé que le management catégoriel pouvait favoriser la réalisation d'ententes horizontales entre distributeurs. En effet, dans le cas où un même fournisseur exercerait les fonctions de capitaine de catégorie auprès de plusieurs distributeurs de façon simultanée, le risque existe qu'il serve de « pivot » à une entente en facilitant la transmission d'informations entre distributeurs. Un fournisseur partenaire pourrait ainsi informer ses distributeurs partenaires de leurs intentions respectives et permettre la mise en œuvre d'une pratique concertée consistant, par exemple, en une hausse des prix et/ou en une réduction de la variété des produits mis en vente.

## **Les recommandations**

À ce stade de déploiement des activités de management catégoriel et au vu des éléments qui ont pu être rassemblés quant à leurs effets, l'Autorité a estimé que la seule application des dispositions du Code de commerce sur les abus de position dominante et les ententes horizontales et verticales devrait suffire à prévenir les risques concurrentiels identifiés. À cet égard, elle a précisé que les grilles d'analyse présentées dans son avis devraient permettre aux opérateurs de vérifier la conformité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence et qu'elles pourraient également aider à la réalisation d'un code de bonnes pratiques en matière de management catégoriel.

Néanmoins, l'Autorité a souhaité souligner trois points.

Premièrement, elle a rappelé que l'efficacité du droit de la concurrence dépendait étroitement de la veille concurrentielle menée par les opérateurs susceptibles d'être lésés par certaines pratiques. Or, dans le cas du management catégoriel, l'opacité à l'égard des tiers des relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs partenaires était patente. L'Autorité a donc regretté que la désignation d'un capitaine de catégorie soit rarement rendue publique, par exemple par le biais d'un appel à candidatures décrivant les moyens mis en œuvre, et qu'il soit dès lors difficile pour les concurrents d'apprécier les effets de cette désignation sur leur présence dans les linéaires du distributeur partenaire.

Deuxièmement, l'Autorité a relevé qu'une large part des interrogations suscitées par le management catégoriel provenait de l'étendue variable des domaines d'intervention du fournisseur partenaire. L'absence de contrat ou de convention

précisant les tâches relevant effectivement du capitaine de catégorie et celles relevant exclusivement du distributeur partenaire, qui entraînait également l'absence de rémunération des prestations de management catégoriel, n'était pas étrangère aux suspicions qui pesaient sur cette pratique.

Troisièmement, l'Autorité a indiqué que les effets de certaines des pratiques mises en œuvre dans le cadre de partenariats de management catégoriel dépendaient étroitement de la part de marché couverte par le partenariat. Une attention particulière devrait donc être portée aux développements futurs des pratiques de management catégoriel, afin d'analyser dans quelle mesure des recommandations plus strictes, voire des dispositions législatives, devraient éventuellement être énoncées pour atténuer les risques d'effets anticoncurrentiels de ces collaborations si celles-ci venaient à couvrir des parts de marché importantes dans un nombre élevé de catégories de produits.

À cet égard, l'Autorité a estimé que la Commission d'examen des pratiques commerciales pourrait jouer un rôle très utile dans la formulation de bonnes pratiques et dans l'exercice d'une certaine vigilance au moment où se développent ces collaborations entre distributeurs et fournisseurs, dans un cadre encore très flou et relativement opaque.

### ***Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire<sup>194</sup>***

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office le 25 février 2010 afin d'appréhender les éventuels obstacles à la concurrence que pouvaient représenter, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, les modalités de gestion du foncier commercial, d'une part, et les contrats d'affiliation et de franchise, d'autre part.

#### **Analyse concurrentielle**

Au terme de son analyse, l'Autorité a estimé que le niveau de concentration de certaines zones de chalandises était élevé, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Elle a, en outre, constaté que la situation était figée en raison de barrières à l'entrée et des difficultés rencontrées par les magasins indépendants pour changer d'enseigne. Elle a ainsi relevé que, globalement, la durée d'implantation d'un hypermarché, entre la recherche du foncier commercial adéquat et la finalisation du projet, pouvait prendre entre sept à dix ans.

Ces difficultés à s'implanter résultent de la réglementation entourant l'exercice de l'activité de commerce alimentaire, de la relative rareté du foncier éligible à une activité commerciale à dominante alimentaire et de l'existence de recours contre

<sup>194</sup>. L'étude thématique « *Concurrence et distribution* » du présent rapport propose également une analyse détaillée de cet avis..

les autorisations d'implantation et les octrois des permis de construire. Mais, elles sont également liées au comportement des groupes de distribution qui introduisent fréquemment dans les contrats de vente et d'achat des terrains des clauses de non-concurrence et des droits de priorité pouvant aller jusqu'à cinquante ans.

L'Autorité a, par ailleurs, constaté que les six principaux groupes présents en France étaient rarement tous présents sur une même zone de chalandise et que si le consommateur disposait d'un choix important en terme de nombre d'enseignes, cette diversité ne reflétait pas forcément le degré de concurrence réel qui existait dans sa zone de chalandise.

Sur le format des hypermarchés par exemple et à un degré moindre des supermarchés, elle a indiqué qu'il demeurait fréquent qu'un groupe de distribution ne soit confronté, sur une zone de chalandise donnée, qu'à la concurrence de deux ou trois opérateurs. Quant au commerce de proximité, il demeurait majoritairement concentré autour de deux opérateurs. À cet égard, l'Autorité a souligné le cas de Paris, où seuls deux groupes de distribution, présents sous de nombreuses enseignes différentes, étaient réellement en concurrence.

L'Autorité a estimé que cette concentration des zones de chalandise était d'autant plus préoccupante que le secteur présente des barrières à l'entrée, résultant, notamment, des réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial.

Dans ce contexte, elle a expliqué que tout comportement susceptible d'accroître les obstacles à l'entrée renforçait la concentration des zones de chalandises et était susceptible d'atténuer l'intensité de la concurrence entre magasins.

Au final, l'Autorité a souligné que c'est le consommateur qui était susceptible d'être lésé par ces comportements.

## **Les recommandations**

S'étant saisie d'office pour avis, l'Autorité ne pouvait, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. Elle a rappelé que seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du Code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation.

Elle s'est donc bornée à émettre des recommandations, récapitulées de façon synthétique dans un tableau, afin de faciliter l'implantation de nouveaux magasins et la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes.

S'agissant du foncier commercial, l'Autorité a ainsi préconisé la suppression des clauses de non-concurrence et des droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial.

S'agissant des relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés, elle a proposé :

- la conclusion d'un accord-cadre unique complété, le cas échéant, de contrats d'application;

- la communication du projet d'accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers;
- le renforcement de l'information précontractuelle fournie au candidat à l'affiliation;
- la limitation de la durée des contrats d'affiliation à cinq ans maximum;
- l'harmonisation de la durée et des modalités de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs d'une même relation;
- l'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation;
- la limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence postcontractuelles dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés à une durée d'un an et au magasin objet du contrat;
- l'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé;
- l'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.

L'Autorité a souligné que la mise en œuvre de ces recommandations était dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui avaient le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par l'avis. Elle a, par ailleurs, indiqué qu'une intervention du législateur pourrait s'avérer opportune pour assurer durablement la fluidité du marché.

### *Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne*

L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 18 février 2010 par le ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi au sujet du fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne.

Elle a relevé qu'Internet occupait une place croissante dans la vie quotidienne des particuliers comme dans la sphère marchande. Les moteurs de recherche, et particulièrement la société Google, à l'origine de progrès considérables dans la qualité et la rapidité des recherches sur Internet, étaient devenus le point d'entrée et de référence pour de très nombreux internautes dans le monde. En jouant un rôle essentiel dans la navigation de ces derniers, les moteurs de recherche se sont également rendus utiles, sinon indispensables, aux nombreux acteurs, marchands ou non, souhaitant mettre en avant leurs contenus, leurs services ou simplement leur marque sur Internet.

L'Autorité a ainsi observé que les liens commerciaux offraient de nouveaux canaux aux annonceurs, particulièrement aux PME et aux e-marchands, qui pouvaient ainsi développer leurs activités à l'export ou apporter de nouveaux services ou des baisses de prix aux consommateurs par le développement de la distribution en ligne par exemple. La publicité constituait, en outre, une source de revenus importante permettant aux acteurs de l'Internet d'apporter aux internautes des services

et des contenus continuellement renouvelés, en alimentant ainsi un cycle d'innovation tout à fait vertueux dans son principe.

Cependant, l'Autorité a constaté que cette situation centrale des moteurs de recherche et de la société Google, qui s'est très rapidement retrouvée en position de leader, avait généré des critiques, voire des inquiétudes de la part de nombreux acteurs, dont certains s'estimaient victimes de comportements déloyaux voire illégitimes de la part du moteur de recherche. De manière schématique il s'agissait :

- de moteurs de recherche concurrents qui estimaient que l'hégémonie de Google résultait de pratiques de fermeture du marché, ou d'acteurs présents sur Internet qui redoutaient que les conditions dans lesquelles Google se diversifiait sur d'autres marchés ne relèvent pas d'une concurrence par les mérites ;
- de clients annonceurs ou d'éditeurs de sites Internet membres du réseau de syndication publicitaire de Google qui, compte tenu de leur faible pouvoir de négociation, dénonçaient des agissements arbitraires et opaques de Google ;
- de la presse, à la fois cliente, partenaire, concurrente et potentiellement fournisseur de Google, qui, outre les griefs déjà mentionnés ci-dessus, s'estimait victime de pratiques de parasitisme et de prix prédateurs aggravant la situation du secteur.

L'Autorité a rappelé que la mission « *Création et Internet* », confiée à MM. Patrick Zelnik, Jacques Toubon et Guillaume Cerutti, avait fait état de ces inquiétudes dans son rapport remis au ministre de la Culture et de la Communication en janvier 2010. Cette mission avait préconisé de saisir l'Autorité pour avis sur la situation du marché publicitaire en ligne.

Aussi, lorsque le ministre de l'Économie a saisi l'Autorité, il l'a invitée à se prononcer sur les points suivants :

- la segmentation éventuelle du marché de la publicité en ligne entre annonces contextuelles et « *display* » ;
- les barrières techniques à l'entrée sur le marché des moteurs de recherche, de nature à conférer au principal acteur de ce marché une position de force vis-à-vis des tiers ;
- les relations contractuelles entre éditeurs de sites, d'une part, et moteurs de recherche agissant comme régies, d'autre part ;
- les risques pouvant résulter de l'intégration verticale des activités de moteur de recherche et d'éditeur de sites ;
- la nature des remèdes aux risques éventuels d'atteinte à la concurrence qui pourraient être envisagés en vue de garantir une bonne régulation concurrentielle de la publicité en ligne.

À titre liminaire, l'Autorité a précisé que, parmi ces questions, nombre d'entre elles ne relevaient pas du seul droit de la concurrence. Certaines relevant du droit des marques ou des relations contractuelles, étaient de la compétence du juge commercial. D'autres découlaient du fonctionnement normal des marchés qui, tel Internet, est soumis à un processus d'innovation perpétuel, les nouveaux modèles, techniques ou économiques, remettant en cause les anciens, amenant chacun à se repositionner.

Or, à cet égard, l'Autorité a souligné qu'il était essentiel de ne pas entraver ce processus. En effet, elle a expliqué que les innovations technologiques étaient source de gains de productivité, d'investissements et d'emplois et contribuaient à animer la compétition sur les marchés. En particulier, l'apparition, puis l'enrichissement permanent, des moteurs de recherche avait apporté des fonctionnalités réellement utiles aux internautes, pouvant également être créatrices de valeur pour les annonceurs et les partenaires des réseaux de syndication.

### La position dominante de Google sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche

Pour apprécier les questions proprement concurrentielles, l'Autorité a lancé une enquête sectorielle, dont les conclusions sont résumées dans l'avis, afin d'examiner les différentes offres de publicité en ligne et de déterminer dans quelle mesure celles-ci pouvaient être interchangeables pour les annonceurs. Elle a étayé cet examen par une instruction approfondie, notamment au travers de questionnaires envoyés aux annonceurs, et l'a nourri des observations recueillies à l'issue d'un débat riche, associant de très nombreux acteurs concernés.

Il en est ressorti que les liens commerciaux proposés par les moteurs de recherche revêtaient une réelle spécificité pour les annonceurs, du point de vue de l'objectif de communication recherché, du ciblage offert, de la position dans laquelle ils intervenaient dans la navigation de l'internaute, ainsi que des modalités tarifaires. En particulier, les liens commerciaux sont apparus comme faiblement substituables aux offres d'affichages de bannières ou de vidéo (« *display* »). L'Autorité a relevé que le développement des *smartphones* et des réseaux sociaux, concentrant une part croissante du trafic, pourrait remettre en cause cette appréciation à l'horizon de quelques années. Cependant, à la date de l'avis, ces alternatives ne semblaient pas exercer de pression concurrentielle sensible sur les moteurs de recherche.

L'Autorité s'est également penchée sur la situation occupée par les principaux acteurs de la publicité en ligne en France, à savoir Google ainsi que Pages Jaunes. De nombreux éléments ont mis en évidence une position particulièrement forte occupée par Google : part de marché, niveau de prix, nature des relations avec les clients, niveau de marge, etc. En outre, les barrières à l'entrée sont apparues élevées pour développer une activité de moteur de recherche compétitive, compte tenu, notamment, des investissements en jeu pour le développement des algorithmes et de l'indexation des contenus, ainsi que de l'effet de taille.

Sous réserve de données ou d'arguments nouveaux n'ayant pas été portés à la connaissance de l'Autorité dans cette procédure consultative, ces éléments ont conduit à penser que Google disposait d'une position fortement dominante sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche. Si la position de Pages Jaunes était également prépondérante sur les activités d'annuaire en ligne, les barrières à l'entrée paraissaient moindres.

## **Le fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne**

L'Autorité a précisé que la position dominante de Google n'était, bien sûr, pas condamnable en soi : elle résultait d'un formidable effort d'innovation, soutenu par un investissement important et continu. Seul l'exercice abusif d'un tel pouvoir de marché pourrait être sanctionné.

L'Autorité a donc examiné le fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne et dressé, pour plusieurs types de pratiques, une grille d'analyse permettant d'apprécier leur compatibilité avec le droit de la concurrence.

Elle a distingué les possibles abus d'éviction, destinés à décourager, retarder ou éliminer les concurrents par des procédés ne relevant pas d'une compétition par les mérites (élévation artificielle de barrières à l'entrée, clauses d'exclusivité excessives par leur champ, leur durée ou leur portée, obstacles techniques, etc.) et les éventuels abus d'exploitation, par lesquels le moteur de recherche imposerait des conditions exorbitantes à ses partenaires ou clients, les traiterait de manière discriminatoire ou refuserait de garantir un minimum de transparence dans les relations contractuelles nouées avec eux.

L'Autorité, qui s'exprimait à titre consultatif et non contentieux, ne s'est pas prononcée sur la licéité de telles pratiques, qui auraient mérité, pour être poursuivies, des investigations souvent longues et complexes.

Pour autant, elle a montré que ce cadre d'analyse montrait bien que le droit de la concurrence pouvait mettre des bornes aux agissements de Google et répondre aux enjeux concurrentiels soulignés par les acteurs.

À cet égard, elle a rappelé que, saisie par la société Navx de pratiques opaques et discriminatoires de Google, elle avait ordonné au moteur de recherche de mettre en œuvre une série de mesures conservatoires, qui ont ensuite été pérennisées et précisées dans le cadre d'une procédure d'engagements. Elle a également indiqué que la Commission européenne venait, de son côté, d'ouvrir une procédure formelle concernant Google, qui devait, notamment, traiter de la question des modalités de classement des sites Internet par le moteur de recherche dans les résultats de recherche naturelle ou dans le cadre des liens commerciaux.

## **Les recommandations**

L'Autorité n'a pas recommandé la mise en œuvre d'un cadre de régulation d'ensemble, à l'image de ceux qui ont été instaurés pour assurer l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux.

Pour autant, elle a relevé que certaines questions nouvelles résultant du modèle spécifique des moteurs de recherche pouvaient appeler l'adoption de mesures ciblées par les pouvoirs publics, de manière à assurer un traitement non discriminatoire des acteurs sur un plan réglementaire et fiscal.

S'agissant en particulier de la presse, très concernée par l'avis, car étant à la fois cliente, partenaire, concurrente et potentiellement fournisseur de Google, l'Autorité a relevé que le cadre juridique issu de la loi Sapin concernant la transparence

dans le secteur de la publicité n'était pas pleinement adapté aux offres de Google, qui n'existaient pas lors de l'adoption de la loi. Par conséquent, elle a invité le législateur à préciser ou compléter ce cadre juridique afin de tenir compte des nouvelles conditions de fonctionnement du secteur de la publicité.

Elle a toutefois précisé que la presse était confrontée au défi du numérique et qu'il ne serait pas sérieux de désigner Google comme la principale cause des difficultés traversées par ce secteur. À cet égard, elle s'est félicitée des initiatives prises par les acteurs du secteur pour mutualiser leurs moyens et favoriser l'émergence d'un modèle payant. Dans un souci de sécurité juridique, l'avis a donné des éléments d'analyse sur la manière d'assurer la compatibilité des kiosques numériques envisagés avec le droit de la concurrence.

Les propositions de l'Autorité pour répondre aux préoccupations des acteurs sont récapitulées dans des tableaux à la fin de l'avis.

### Avis rendus aux régulateurs

#### *Avis 10-A-12 du 9 juin 2010 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 de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles*

Saisie le 23 avril 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « ARCEP ») en application des dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du Code des postes et communications électroniques (ci après « CPCE »), l'Autorité de la concurrence a rendu un avis portant sur le deuxième cycle d'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles (période 2010-2013).

À titre liminaire, l'Autorité a distingué deux catégories de SMS :

- le SMS vecteur de conversation, le plus souvent entre deux personnes physiques, plus rarement entre une personne et une machine, ces SMS dits « *interpersonnels* » représentant plus de 90 % des terminaisons de SMS en volume ;
- le SMS vecteur de transmission d'un service de notification ou d'accès à un contenu, gratuit ou payant (de type météo, publicité, réponse annuelle, horoscope, alerte bancaire...), ces SMS dits « *de contenu* » mettant en relation un utilisateur final et une entreprise.

S'agissant des SMS de contenu, elle a souligné l'existence d'un type d'acteur particulier : l'agrégateur. Elle a précisé que l'agrégateur avait le statut d'opérateur de communications électroniques et se chargeait du raccordement technique des réseaux concernant l'envoi et la réception de SMS, en faisant l'interface entre les éditeurs de services et les opérateurs mobiles destinataires des SMS.

## La nécessité de réguler les marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et dans les DOM

L'Autorité a rappelé que le Conseil de la concurrence avait rendu un avis 06-A-05 sur le premier cycle d'analyse (période 2006-2009).

Elle a également rappelé qu'en application du cadre communautaire des communications électroniques, l'ARCEP avait qualifié de pertinents pour la régulation *ex ante* les marchés de la terminaison d'appel SMS sur chacun des trois réseaux individuels des opérateurs mobiles métropolitains (Orange France, SFR et Bouygues Télécom). L'ARCEP avait, ensuite, désigné chacun d'entre eux comme opérateur puissant sur le marché de la terminaison d'appel SMS de son réseau.

Au-delà de l'obligation imposée aux opérateurs mobiles de faire droit aux demandes raisonnables d'accès et d'interconnexion formulées par tout opérateur de communications électroniques, une régulation tarifaire réduisant significativement les prix des terminaisons d'appel de chacun de ces opérateurs avait notamment été décidée, cet encadrement tarifaire se limitant à préciser des plafonds maximums.

Ce premier cycle ne concernait pas les DOM mais, dans son avis 06-A-05, le Conseil avait invité l'ARCEP à examiner la possibilité d'étendre la régulation à ces territoires.

Dans son avis, l'Autorité a constaté la persistance d'obstacles à la concurrence.

Elle a ainsi considéré que chaque opérateur mobile disposait d'un monopole et qu'aucun contre-pouvoir d'acheteur n'était venu contrebalancer ce pouvoir de marché. À cet égard, elle a estimé qu'aucun élément nouveau ne permettait de remettre en cause les analyses développées dans l'avis 06-A-05.

Elle a ensuite rappelé que l'inscription de marchés pertinents sur la liste des marchés régulables en application des articles L. 37-1, L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du CPCE ne se justifiait qu'au regard d'une analyse des obstacles au développement d'une concurrence effective, au vu de trois critères cumulatifs : l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence, l'absence de dynamisme de la concurrence et l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier à ces obstacles.

En l'espèce, elle a considéré que ces conditions étaient réunies tant en métropole que dans les DOM et a, dès lors, estimé qu'il était pertinent de maintenir une régulation en métropole et de l'étendre dans les DOM. La poursuite ou l'instauration d'un mouvement d'orientation des niveaux de charge de terminaison d'appel vers les coûts lui sont, en effet, apparues comme un moyen de préserver une concurrence sur le marché de détail, notamment dans une perspective de dynamisation du marché par les petits opérateurs ou par un nouvel entrant.

### Les recommandations complémentaires

L'Autorité a souhaité revenir sur certains éléments d'analyse concurrentielle.

Après avoir abordé la question de la prise en compte, dans l'analyse de substitutabilité, du développement des terminaux mobiles multimédias et des *smartphones*,

elle a abordé les problèmes spécifiques rencontrés par les agrégateurs et le lien entre les accords récents de baisse de charges de terminaison d'appel entre opérateurs métropolitains sur l'analyse de la puissance de marché de chaque opérateur mobile.

S'agissant des problèmes spécifiques rencontrés par les agrégateurs, l'Autorité a estimé que des risques de discrimination n'étaient pas à exclure, au vu de la structure de marché opposant, d'une part, les opérateurs mobiles verticalement intégrés et susceptibles de traiter les demandes des éditeurs de services sur le marché de détail et, d'autre part, les agrégateurs présents uniquement sur le marché aval en se fournissant en gros auprès de ces mêmes opérateurs mobiles.

Il lui est donc apparu légitime que l'ARCEP régule la relation entre les opérateurs mobiles et les agrégateurs de manière à s'assurer de l'absence de discrimination technique et tarifaire.

Dans le cadre de la régulation technique que l'ARCEP était susceptible de mettre en œuvre, l'Autorité a indiqué qu'il serait utile que cette dernière apporte les précisions nécessaires sur les prestations techniques accessibles aux agrégateurs dans le cadre de leur demande d'accès et d'interconnexion, sans préjudice de la possibilité pour elle de s'associer aux travaux de réflexion conduits en vue d'accroître l'efficacité de l'encadrement déontologique, au vu des risques que pourrait présenter pour les consommateurs le développement massif de SMS publicitaires de type *spam*.

### ***Avis 10-A-17 du 29 juillet 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer***

Saisie le 25 juin 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après «*ARCEP*»), l'Autorité de la concurrence a rendu un avis dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer.

L'ARCEP s'interrogeait sur la définition des marchés pertinents et sur la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur les marchés concernés. Sa demande d'avis s'inscrivait dans le cadre de la procédure définie à l'article L. 37-1 du Code des postes et des communications électroniques (ci-après «*CPCE*») selon lequel l'ARCEP détermine, après avis de l'Autorité de la concurrence, les marchés de produits et de services du secteur des communications électroniques pour lesquels elle souhaite imposer *ex ante* des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative.

L'avis de l'Autorité a été rendu dans le cadre du troisième cycle d'analyse de marché (période 2011-2013). Il a fait suite aux avis 04-A-17, 07-A-01 et 07-A-05.

## La nécessité de maintenir une régulation *ex ante*

L'Autorité a relevé que plusieurs évolutions positives du marché de détail de la téléphonie mobile, en métropole (développement des offres d'abondance *all-net*, apparition de forfaits de communications fixes vers mobiles dans les offres *triple play* des fournisseurs d'accès à Internet) comme dans les DOM (réduction des écarts entre tarifs *on-net* et *off-net*, lancement d'offres d'abondance *all-net*), découlaient en grande partie de la régulation *ex ante* appliquée par l'ARCEP sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal.

Pour autant, elle a constaté que l'écart qui demeurait entre les charges de terminaison d'appel pratiquées par les opérateurs et les coûts sous-jacents restait un obstacle au développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, à la modération des prix des communications fixes vers mobiles et à l'apparition d'offres de convergence innovantes.

Or, l'Autorité a souligné que le prix des charges de terminaison d'appel était déterminant dans l'animation concurrentielle des marchés de détail. En effet, une charge élevée pouvait inciter les opérateurs à privilégier les appels à destination de leur réseau (*on-net*) au détriment des appels vers les réseaux concurrents (*off-net*). Les « *effets clubs* » en découlant, jouaient au détriment des petits opérateurs disposant d'un nombre d'abonnés plus restreint, dont les offres devenaient moins attractives.

Dans ces conditions, l'Autorité a émis un avis favorable à la proposition de l'ARCEP de maintenir une régulation sur ces marchés et appelé de ses vœux le maintien du rythme de baisse de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles.

En ce qui concerne Free Mobile et UTS Caraïbe, elle a estimé que l'absence d'ouverture de leurs services commerciaux justifiait qu'une régulation *ex ante* ne soit pas mise en place immédiatement les concernant.

Néanmoins, elle a estimé nécessaire que l'ARCEP se livre au plus vite à l'analyse des nouveaux marchés de gros de la terminaison d'appel de Free Mobile et UTS Caraïbe après l'entrée de ces acteurs sur le marché, sans attendre la mise en place du futur cycle de régulation.

## La nécessité de favoriser l'émergence rapide de « *full MVNO* »

Afin que la régulation sur les marchés de gros bénéficie bien à l'ensemble des consommateurs, l'Autorité a, en parallèle, invité l'ARCEP à continuer de porter ses efforts sur le développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, que ce soit en agissant sur la fluidité du marché comme elle a pu le faire pour la portabilité des numéros mobiles, ou en favorisant l'entrée de nouveaux opérateurs, qu'il s'agisse d'opérateurs de réseaux comme Free Mobile ou UTS Caraïbe, mais aussi d'opérateurs virtuels.

Comme elle l'avait déjà fait dans son avis 08-A-16, l'Autorité a souligné que les MVNO pouvaient jouer un rôle déterminant dans l'animation concurrentielle du marché, à la condition qu'ils disposent d'une autonomie suffisante vis-à-vis de leurs opérateurs hôtes, à la fois sur les plans contractuel, technique et économique.

À cet égard, elle a estimé que le modèle *full* MVNO permettait aux opérateurs virtuels de gagner en autonomie vis-à-vis de leur clientèle, en réactivité, en maîtrise de la qualité de leurs services et des coûts. À la différence de simples MVNO, les *full* MVNO possédaient en propre des éléments de réseaux comme les HLR (*home location register*) – bases de données contenant tous les paramètres relatifs aux cartes SIM ainsi que leur localisation –, et des éléments de cœur de réseau permettant de terminer les appels *via* un autre opérateur que l'opérateur de réseau hôte. Mais l'Autorité a constaté que, contrairement à la plupart des autres pays européens, le modèle *full* MVNO peinait à s'imposer en France. Elle a donc souhaité que soient mises en œuvre toutes les incitations de nature à convaincre les opérateurs ayant leur réseau propre de prendre l'engagement d'accueillir des *full* MVNO sur leur réseau.

### ***Avis 10-A-18 du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses***

Le 27 juillet 2010, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après «ARCEP») a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence sur un projet de décision réglementaire concernant le déploiement de la fibre optique.

A titre liminaire, l'Autorité a rappelé que les limites physiques des réseaux actuels de communications électroniques à haut débit appelaient le déploiement de réseaux de nouvelle génération à très haut débit, notamment de réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné (*fibre to the home*, ci-après «FTTH»). En France, le déploiement de ces réseaux a commencé depuis quelques années. L'ARCEP a estimé à 910 000 le nombre de foyers français qui, au 30 juin 2010, étaient éligibles à des offres commerciales à très haut débit sur technologie FTTH et à 365 000 le nombre de foyers abonnés à des offres à très haut débit (toutes technologies confondues).

L'Autorité a également précisé qu'elle avait déjà rendu des avis, d'une part, sur les modalités du déploiement de la fibre optique en zones très denses (09-A-47) et, d'autre part, sur le «*programme national très haut débit*» du gouvernement (10-A-07).

Le projet soumis à l'examen de l'Autorité portait, cette fois, sur les conditions de déploiement des réseaux de boucle locale en fibre optique dans les zones de moyenne et de faible densité, pour lesquelles le déploiement de plusieurs de ces réseaux est peu crédible à moyen terme.

### **La nécessité d'une régulation spécifique**

L'Autorité a estimé que le déploiement d'un nouveau réseau en fibre optique appelait la mise en place d'un cadre de régulation *ex ante* clair et prévisible. En effet, par rapport aux zones très denses, où l'ARCEP avait d'ores et déjà défini les règles applicables pour permettre à chaque opérateur de déployer son propre réseau en fibre optique, les zones moins denses se caractérisaient par une appétence bien

plus faible des acteurs privés à investir. Comme l'ARCEP, l'Autorité a considéré que ces spécificités appelaient un cadre réglementaire adapté, visant à concilier incitation à l'investissement et préservation de la concurrence.

### **La nécessité d'une régulation adaptée, incitant à l'investissement et préservant la concurrence**

En premier lieu, l'Autorité a soutenu l'ARCEP dans sa volonté de promouvoir le partage du risque, en permettant au plus grand nombre d'opérateurs de prendre part à l'investissement. Elle a estimé que le co-investissement, comme la mise à disposition de droits d'usage pérenne, permettait à la fois de favoriser l'investissement et d'apporter des garanties aux opérateurs quant à leurs conditions d'accès au réseau.

Pour autant, il lui a semblé essentiel que des offres de gros adaptées soient disponibles pour permettre aux petits opérateurs et aux nouveaux entrants, n'ayant pas la taille ou la puissance financière suffisante pour investir ou co-investir dans un réseau fibre, de servir le marché du très haut débit. Dans les zones moins denses, il lui est apparu peu crédible que de telles offres de gros émergent spontanément. Une offre de gros régulée, de type « *location à la ligne* », lui a ainsi paru indispensable, celle-ci pouvant donner lieu à une juste rémunération afin de maintenir une incitation à investir.

En deuxième lieu, l'Autorité a relevé qu'à la différence du réseau cuivre qui était déjà installé lorsqu'il a été ouvert à la concurrence par le biais du dégroupage, l'architecture du réseau fibre constituait un enjeu de régulation. L'opérateur déployant la fibre pourrait, en effet, être tenté d'opérer des choix d'architecture limitant les possibilités des concurrents de fournir des services très haut débit sur le réseau. Or, ces choix ne sont généralement pas réversibles à un coût raisonnable et il s'est, par conséquent, avéré indispensable que la régulation *ex ante* puisse les encadrer. Dans ce contexte, l'Autorité a appelé l'ARCEP à la plus grande vigilance concernant la question de la taille des points de mutualisation.

Les points de mutualisation sont les points de concentration du réseau auxquels l'opérateur a vocation à donner accès à son réseau en fibre optique desservant, en aval, les logements ou les locaux à usage professionnel. C'est là que les opérateurs devraient installer leurs matériels pour proposer des services très haut débit. L'Autorité a relevé que des points de mutualisation trop petits pourraient durablement compromettre l'exercice de la concurrence, au détriment des consommateurs et des entreprises utilisatrices. Elle a estimé qu'il appartenait à l'ARCEP de vérifier que les contraintes avancées par les opérateurs utilisant la technologie PON pour limiter la taille des points de mutualisation étaient fondées sur des hypothèses solides et pérennes. En outre, si l'existence d'une offre de collecte pouvait constituer un palliatif, cela supposait *a minima* que l'existence d'une telle offre soit garantie et ses modalités encadrées par la régulation.

Dans un souci d'équilibre, l'Autorité a également invité l'ARCEP à prendre davantage en considération les spécificités de la technologie point-à-point sur la question de l'hébergement des équipements actifs.

En troisième lieu, l'Autorité a demandé à l'ARCEP d'affiner ou de préciser certaines des obligations qu'elle envisageait d'imposer afin de conserver un caractère incitatif au dispositif, et plus précisément :

- de limiter le risque juridique lié à des obligations de couverture qui seraient imprécises ;
- de prendre en compte la spécificité des projets des collectivités territoriales ;
- d'étudier la possibilité que l'opérateur initiant un déploiement ne soit pas nécessairement, en cas de co-investissement, le seul à assumer les obligations d'accès au réseau.

Enfin, l'Autorité a souligné la difficulté de la tâche de l'ARCEP : le manque de retour d'expérience compliquait la fixation de règles qui étaient pourtant nécessaires pour permettre aux acteurs d'investir en connaissance de cause. Comme plusieurs acteurs l'ont suggéré, l'ARCEP pourrait utilement prévoir une clause de rendez-vous pour ajuster ou compléter son dispositif autant que de besoin.

### ***Avis 10-A-23 du 29 novembre 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur les conditions de réalisation d'infrastructures et des réseaux de communications électroniques pour bénéficier des aides du fonds d'aménagement numérique des territoires***

Le 18 octobre 2010, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « ARCEP ») a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, en application des dispositions de l'article 24 de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.

#### **Le fonds d'aménagement numérique des territoires**

La loi relative à la lutte contre la fracture numérique prévoyait la mise en œuvre d'un fonds d'aménagement numérique des territoires (ci-après « le fonds ») pour financer le déploiement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques à très haut débit. Ce fonds avait pour objet de contribuer au financement de certains travaux de réalisation des infrastructures et réseaux envisagés par les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique mentionnés à l'article L. 1425-2 du Code général des collectivités territoriales.

La détermination de certains critères d'attribution des aides de ce fonds relevait de la compétence de l'ARCEP. Il en allait ainsi des conditions d'ouverture et d'accessibilité des infrastructures et réseaux aidés par le fonds : « *Les aides du fonds d'aménagement numérique des territoires ne peuvent être attribuées qu'à la réalisation d'infrastructures et de réseaux accessibles et ouverts, dans des conditions précisées par*

*l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, après avis des associations représentant les collectivités territoriales et de l'Autorité de la concurrence et consultation des opérateurs de communications électroniques.»*

Les aides concernées devaient être attribuées, sur demande, aux maîtres d'ouvrage des travaux de réalisation d'infrastructures et de réseaux par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Aménagement du territoire et du ministre chargé des Communications électroniques pris après avis du comité national de gestion du fonds.

Le projet de décision transmis à l'Autorité avait également été soumis pour avis aux associations représentant les collectivités territoriales et fait l'objet, de manière parallèle, d'une consultation publique des opérateurs de communications électroniques.

### **Les recommandations**

L'Autorité a estimé que le soutien financier mis en place par la loi pour favoriser le déploiement futur des réseaux à très haut débit devait remplir un objectif d'intérêt général que le marché ne suffisait pas à satisfaire.

À cet égard, elle a considéré que l'objectif d'assurer la fourniture de services de communications électroniques à très haut débit relevait de l'intérêt général, sous réserve de respecter certains critères de technologie, de couverture et de concurrence prédéfinis. Elle a donc précisé que c'est au regard de ces éléments que la mise en œuvre de l'action publique devait être analysée et que le projet de décision de l'ARCEP appelait les principales observations suivantes.

S'agissant du critère technologique, l'Autorité a indiqué qu'il était souhaitable d'explicitier le traitement des différentes technologies envisageables et, dans ce cadre, d'une part, de ne pas inclure dans le champ d'application de la loi les projets de montée en débit en l'état actuel de la technologie et, d'autre part, de clarifier la situation des réseaux câblés par rapport aux conditions d'ouverture que ce type de réseau était capable de garantir.

Au vu de la difficulté à justifier des projets limités à la réalisation de réseaux de collecte raccordant des réseaux d'accès préexistants, en particulier au regard du critère d'insuffisance de l'initiative privée, l'Autorité a ensuite estimé qu'il était préférable d'exclure ce type de projet du fonds d'aménagement des territoires, sauf en tant qu'accessoire à la réalisation d'un nouveau réseau d'accès à très haut débit.

À cet égard, elle a précisé qu'en portant sur le seul champ d'application du fonds d'aménagement numérique des territoires, cette analyse ne remettait aucunement en cause la légitimité d'une action des collectivités territoriales tendant à établir des réseaux de collecte pour structurer l'aménagement numérique de leur territoire.

L'Autorité a enfin relevé que l'hypothèse amenant à octroyer directement une aide financière publique à un acteur privé était potentiellement source de distorsions de concurrence. Dans ces conditions, elle a indiqué que la définition de garde-fous aussi bien en termes de procédure qu'en termes de prévention des risques de conflits d'intérêt apparaissait nécessaire.

# Suivi de l'exécution des décisions





# Suivi de l'exécution des décisions

## **Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication)**

|   |     |
|---|-----|
| _____   | 383 |
| <b>Les engagements rendus obligatoires sur le fondement<br/>du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce</b> _____  | 383 |
| Les engagements exécutés _____  | 383 |
| Les engagements en cours de vérification _____  | 386 |
| <b>Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement<br/>du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce</b> _____                                | 387 |
| Les engagements exécutés _____  | 387 |
| Les engagements en cours de vérification _____  | 389 |
| Les engagements non exécutés _____  | 390 |
| <b>Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I<br/>de l'article L. 464-2 du Code de commerce</b> _____  | 390 |
| Les injonctions en cours de vérification _____  | 390 |
| <b>Les injonctions décidées dans le cadre de demande de mesures<br/>conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code<br/>de commerce)</b> _____ | 391 |
| Les mesures conservatoires ayant épuisé leurs effets _____  | 391 |

## **Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration** \_\_\_\_\_ 392



# Suivi de l'exécution des décisions

## Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication)

Les dispositions de l'article L. 464-8, alinéa 6 du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, prévoient désormais que « *l'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions* », alors que cette fonction était auparavant dévolue au ministre chargé de l'Économie.

Les décisions dont le suivi incombe à l'Autorité 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 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-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 confèrera 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 présagent 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-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 qui a reçu les indicateurs à un an a demandé un avis technique à l'ARCEP en vue de les analyser.

**Décision 09-D-32 du 26 octobre 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton.

Le jeu cumulé des différentes clauses présentes dans les contrats de Photomaton, susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines de photographies d'identité, est apparu de nature à créer des barrières à l'entrée sur ce marché, eu égard notamment au champ d'application et à la portée extensifs de la clause d'exclusivité, à la durée effective importante des contrats, à l'inclusion de clauses de tacite reconduction et à la prolongation artificielle possible des contrats.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, la société Photomaton s'est engagée notamment, à modifier ses contrats pour en exclure les clauses d'exclusivité, de tacite reconduction pour des périodes supérieures à un an, et à ne pas conclure de contrat d'une durée supérieure à trente-six mois ou dans lequel figurerait une prise d'effet à la date de livraison du matériel.

Elle a aussi, conformément à ses engagements, diffusé une lettre-circulaire à tous ses cocontractants dont le contrat comporte une clause d'exclusivité pour les informer des modifications apportées par les engagements.

Ces engagements ont été exécutés.

**Décision 10-D-01 du 11 janvier 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones.

Les sociétés Apple et Orange ont pris des engagements pérennisant les injonctions prises dans le cadre de mesures conservatoires, visant à ce que les produits iPhone ne soient plus exclusivement commercialisés par Orange mais puissent

l'être par tout autre opérateur de réseau souhaitant bâtir une offre avec ce terminal. Ces mesures remettent en cause non seulement l'exclusivité dont bénéficie Orange en tant qu'opérateur de réseau mais également celle dont il bénéficie en tant que grossiste pour la distribution de l'iPhone, ainsi que les stipulations du contrat type de distribution d'Apple qui obligeait tout candidat distributeur de l'iPhone à ne le distribuer qu'associé aux services Orange.

Ces engagements ont été exécutés.

**Décision 10-D-18 du 14 juin 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil général du Pas-de-Calais, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais.

Le conseil général, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais qui avaient conclu et mis en œuvre une convention pour cinq ans fixant les prix de plusieurs analyses pratiquées par le laboratoire départemental d'analyses et les modalités du versement aux éleveurs de subventions données par le conseil général et le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais, subordonnées à la réalisation des analyses vétérinaires au sein du seul laboratoire départemental d'analyses, se sont engagés, s'agissant du conseil général et du Groupement de défense sanitaire, à supprimer cette condition d'octroi des subventions et à diffuser cette information dans la presse agricole locale. De son côté, le groupement technique vétérinaire s'est engagé à ne plus signer de convention conditionnant l'octroi de subventions à la réalisation d'analyses vétérinaires au sein du seul laboratoire départemental d'analyses et à informer les vétérinaires du Pas-de-Calais de cet engagement.

Ces engagements ont été exécutés.

Ont également été exécutés les engagements contenus dans les décisions **07-D-07**, relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, **07-D-31**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën, **09-D-01**, relative à des pratiques mises en œuvre par le CESAM dans le secteur de l'expertise des bateaux de plaisance et **09-D-27**, relative à des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de la Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées.

### *Les engagements en cours de vérification*

**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.

Les sociétés concessionnaires d'autoroute ont mis en place des procédures de mise en concurrence avec recours systématique à un avis d'appel à candidature, en limitant la durée de validité des agréments à cinq ans pour le dépannage des véhicules légers et à sept ans pour le dépannage des poids lourds. Elles ont commencé à renouveler les agréments selon la nouvelle procédure, l'ensemble de ces renouvellements devant intervenir dans un délai de trois ans. Les sociétés STRF et APPR se heurtent pour l'instant à l'impossibilité d'obtenir de la préfecture du

Rhône, l'instauration et la tenue d'une commission interdépartementale d'agréments à qui doivent être soumis les dossiers de candidature.

**Décision 10-D-20 du 25 juin 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction.

L'émission et la diffusion de coupons de réduction *via* Internet ou e-couponing constituent un nouveau canal de distribution des offres promotionnelles. Les e-coupons sont imprimés par les internautes soit après réception d'un courriel dans le cadre d'une campagne e-mailing du diffuseur, soit directement à partir du site Internet de la marque, du distributeur ou encore des sites spécialisés dits plateformes multimarques ou portails multiannonceurs. Or, il est apparu que Perifem, Sogec et HighCo ont valorisé le format Webcoupon à travers des mesures de promotion dont aucun autre format n'a pu bénéficier en pratique. Ces sociétés ont pris des engagements visant notamment à exposer, dans le cadre d'une communication, le caractère ouvert du cahier des charges de la sécurisation des e-coupons qui n'a pas vocation à être un standard unique, le fait que le Webcoupon n'en est qu'une solution applicative et que tout opérateur souhaitant émettre ou diffuser des e-coupons est libre de définir sa propre solution technique, sous sa propre marque, en respectant ce cahier des charges.

Elles se sont aussi engagées à ne pas s'opposer au développement de nouveaux standards d'émission d'e-coupons par l'une ou par les deux d'entre elles et, s'agissant de HighCo et Sogec, à ne pas restreindre la liberté de Perifem de participer à l'élaboration d'autres standards d'émission d'e-coupons de son choix.

Sont également en cours de vérification l'exécution des engagements contenus dans les décisions **10-D-06**, relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des téléphériques de la Grande Motte (STGM), **10-D-27**, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber, **10-D-29**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, **10-D-30**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'Internet.

## 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 07-D-21 du 26 juin 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

L'ensemble des sociétés a honoré ses engagements

**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 doit continuer à informer l'Autorité de l'exécution des engagements pendant une durée de cinq ans.

**Décision 08-D-20 du 1<sup>er</sup> 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 2010, le 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 du droit de la concurrence). Un tel rapport de suivi annuel, élaboré par la direction générale de la société, doit être adressé à l'Autorité pendant une durée de cinq ans.

**Décision 08-D-32 du 16 décembre 2008**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

Les sociétés PUM Service Acier, Arcelor Profil, AMD Sud-Ouest, KDI, ainsi que la FFDM venant aux droits du FNA, ont exécuté leurs engagements qui consistaient à prévenir la survenance de nouvelles pratiques anticoncurrentielles en leur sein, en élaborant des règles d'organisation des réunions et de contrôle de leur contenu (par exemple, par la rédaction d'ordres du jour et de procès-verbaux à conserver durant 5 ans), en limitant les rencontres syndicales régionales à des situations particulières et encadrées, les sociétés adhérentes en cause ayant par ailleurs pris des engagements sur leur retrait de l'organisation professionnelle si les changements n'étaient pas réalisés dans les délais fixés. Ces dernières entreprises ont globalement souscrit des engagements de mise en conformité de leurs pratiques avec les règles de concurrence, comprenant la mise en place de chartes, de programmes de formation interne et de sensibilisation du personnel en charge (*compliance*), mais également l'extension des systèmes d'alerte professionnelle existants (*whistleblowing*) aux infractions au droit de la concurrence, ainsi que, pour l'une d'entre elles, des consignes de comportement avec les concurrents et, pour une autre, l'insertion dans les contrats des cadres dirigeants et commerciaux, d'une clause spécifique relative au respect du droit de la concurrence rappelant que toute

violation de ces règles constitue une faute grave qui sera sanctionnée en tant que telle, dans le respect de la réglementation sociale.

**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. En outre, par décision **09-DSE-01 du 7 décembre 2009**, l'Autorité de la concurrence a donné approbation à la société Randstad de la procédure d'archivage et de la désignation d'un intervenant extérieur mises en place dans le cadre des engagements souscrits à la suite de la décision 09-D-05 du 2 février 2009. Par ailleurs, s'agissant de l'extension du périmètre du dispositif d'alerte professionnelle, elles ont obtenu l'autorisation de la CNIL. Enfin, les sociétés ont transmis, au cours de l'année écoulée un rapport relatif à la mise en œuvre de leurs engagements.

### *Les engagements en cours de vérification*

**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. Toutefois, des précisions ont été demandées à la SNCF sur l'engagement relatif à la suppression des coûts de licence Ravel Premier et Ravel Classic à destination des agences en ligne, et à la diminution des coûts de licence et d'implantation RWS.

Par ailleurs, s'agissant de la dématérialisation des billets de train, l'e-billet a été généralisé à tous les canaux de vente SNCF et aux agences de voyage.

Est également en cours la vérification des engagements contenus dans les décisions, **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 et **10-D-39 du 22 décembre 2010** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

## *Les engagements non exécutés*

En 2010, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître, à une reprise, du non-respect d'engagements par les entreprises qui y avaient souscrit.

**Décision 10-D-21 du 30 juin 2010**, relative au respect, par les sociétés Neopost France et Satas, des engagements pris dans la décision n° 05-D-49 du 25 juillet 2005 concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal : l'Autorité de la concurrence a constaté que les entreprises Neopost France et Satas n'avaient pas respecté l'engagement relatif à l'indemnité due en cas de résiliation anticipée qui était de *« supprimer, dans tous ses contrats de location entretien de machines d'affranchissement postal, en cours ou à venir, toute clause prévoyant le versement, à titre de dédommagement forfaitaire en cas de résiliation anticipée, d'une somme supérieure au montant de la location restant à courir jusqu'à la fin de la période de durée initiale du contrat, s'agissant des résiliations anticipées intervenant au cours de cette période de durée initiale, ou jusqu'à la fin de la période de renouvellement, s'agissant des résiliations anticipées intervenant au cours de cette période de renouvellement »*.

L'Autorité de la concurrence a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris du 21 février 2006, aux termes de laquelle *« par nature, le non-respect d'injonctions claires, précises et dépourvues d'ambiguïté revêt un caractère de particulière gravité. C'est ce qu'a relevé la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 11 janvier 2005 relatif à la vérification d'une injonction par la société France Télécom, qui a doublé la sanction pécuniaire infligée par le Conseil en précisant : « Considérant que, s'agissant de la gravité des faits, le Conseil a exactement relevé, notamment, que le non-respect d'une injonction qui, en soi, constitue une pratique d'une gravité exceptionnelle, a permis à France Télécom de fermer à la concurrence le seul canal technique, constitué par l'option 3 qui restait ouvert, et de rester sur le marché en situation proche du monopole ; [...] »*

Elle a relevé qu'au même titre que le non-respect d'injonction, le non-respect d'engagement est une pratique grave en elle-même. Elle a souligné encore que cette pratique est d'autant plus grave que les engagements sont pris à l'initiative des parties en cause qui bénéficient, en contrepartie, d'une diminution de la sanction qui leur est infligée.

## **Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce**

### *Les injonctions en cours de vérification*

**Décision 10-D-13<sup>1</sup> du 15 avril 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

1. Cette décision a été partiellement réformée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2011.

**Décision 10-D-28<sup>2</sup> du 20 septembre 2010**, relative à la situation de la concurrence concernant les tarifs et les conditions liées appliqués par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis par les entreprises aux fins d'encaissement.

### 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 10-MC-01** du 30 juin 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité par Internet.

L'Autorité a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond.

Elle a enjoint à Google, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de « *définir, dans les quatre mois suivant la notification de la présente décision, la portée du règlement AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en ce qui concerne les comportements interdits aux annonceurs (mots-clés, texte de l'annonce, page de destination, pages de renvois, etc.). Ces informations devront être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et devront préciser le délai dans lequel les règles ainsi modifiées s'appliqueront aux annonceurs, de manière à leur laisser un préavis suffisant* » (art. 1<sup>er</sup>).

Il a également été enjoint à Google de « *clarifier, dans les quatre mois suivant la notification de la présente décision, le règlement AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en ce qui concerne les dispositifs autorisés et interdits, notamment les avertisseurs et les bases de données radars. Ces informations devront être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et devront préciser le délai dans lequel les règles ainsi modifiées s'appliqueront aux annonceurs, de manière à leur laisser un préavis suffisant* » (art. 2).

Il lui a également été enjoint de « *clarifier, dans les quatre mois suivant la notification de la présente décision, les procédures AdWords pouvant conduire à la suspension du compte d'un annonceur, incluant au moins un avertissement formel de format clairement distinct des alertes de refus d'annonces et un préavis suffisant. Ces informations devront être mises à la disposition des annonceurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et devront préciser le délai dans lequel les procédures ainsi modifiées s'appliqueront aux annonceurs, de manière à leur laisser un préavis suffisant* » (art. 3).

Enfin, il lui a été enjoint de « *rétablir, dans les cinq jours suivant la notification de la présente décision, le compte AdWords de la société Navox, de manière à lui permettre de diffuser ses annonces publicitaires, sans préjudice de la faculté pour les sociétés Google*

2. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

*Ireland et Google Inc. d'appliquer de manière non discriminatoire à Navox le règlement AdWords et ses procédures tels qu'ils auront été précisés dans le respect des injonctions imposées aux articles précédents* » (art. 4).

Ces injonctions ont été mises en œuvre et la décision sur le fond qui est intervenue le 28 octobre 2010 (**10-D-30**) a rendu obligatoires les engagements pris par les sociétés Google Ireland et Google Inc.

Sont en outre exécutées les injonctions imposées à EDF dans le cadre de la décision **09-MC-01** du 8 avril 2009, relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Solaire Direct.

## Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration

Conformément au III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, l'Autorité assure le suivi des engagements pris devant elle dans le cadre du contrôle des concentrations ainsi que des engagements pris au cours des années antérieures devant le ministre de l'Économie et des Finances. Cette activité englobe notamment l'agrément des mandataires chargés du suivi de la mise en œuvre des engagements comportementaux et des mandataires chargés des cessions d'actifs, l'étude des rapports envoyés par ces mêmes mandataires, et l'instruction des demandes de modification des engagements.

Au total, treize décisions dans lesquelles des engagements ont été pris devant le ministre et sont toujours en cours d'exécution, ainsi que dix décisions d'autorisations sous réserve d'engagements pris devant l'Autorité depuis sa création (trois en 2009 et sept en 2010) ont fait l'objet d'un suivi à ce titre en 2010. Elles sont listées dans le tableau ci-dessous.

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. Aucune décision n'a été rendue sur ce fondement en 2010.

## Suivi de l'exécution des décisions

| Décision          | Nom des parties       |                                       | Date d'ouverture | Commentaires  |
|-------------------|-----------------------|---------------------------------------|------------------|---|
| <b>C2001-77*</b>  | Pathé                 | Gaumont                               | 21/02/2001       | Cessions<br>Interdiction des exclusivités<br>Séparation de la gestion des salles et de la distribution<br>Non-discrimination  |
| <b>C2006-11*</b>  | Spir<br>Communication | S3G JV                                | 15/09/2006       | Non-couplage en matière de petites annonces<br>Séparation des équipes commerciales chargées de l'espace publicitaire et des petites annonces<br>Cession d'un titre de presse  |
| <b>C2006-155*</b> | Cafom                 | Fincar                                | 31/08/2007       | Cession de magasins ou de l'exploitation de magasins  |
| <b>C2007-14*</b>  | CCIP                  | Unibail                               | 13/11/2007       | Extension des surfaces d'exposition<br>Régulation tarifaire<br>Non-discrimination dans l'accès aux sites gérés par CCIP/Unibail   |
| <b>C2007-19*</b>  | Spir<br>Communication | Schibsted                             | 10/09/2007       | Non-couplage en matière de petites annonces automobiles ou de bateaux   |
| <b>C2007-97*</b>  | LVMH                  | Les Échos                             | 19/12/2007       | Cession de <i>La Tribune</i><br>Mise en place d'une possibilité de couplage entre <i>La Tribune</i> et <i>Investir</i> en matière de publicité financière<br>Absence de couplage entre <i>Les Échos</i> et <i>Investir</i><br>Gestion séparée de la publicité financière d' <i>Investir</i> et de celle des <i>Échos</i>  |
| <b>C2007-127*</b> | GHM                   | Pôle Sud de Lagardère                 | 07/12/2007       | Engagement de non-couplage d'espaces publicitaires ou de petites annonces<br>Séparation des équipes chargées de la commercialisation des petites annonces et de la publicité commerciale  |
| <b>C2007-171*</b> | Somfy                 | Zurflüh-Zeller                        | 12/06/2008       | Engagements à ne pas coupler commercialement et techniquement les offres relatives aux différentes pièces de volets roulants fabriquées par les parties   |
| <b>C2007-181*</b> | SFR                   | Neuf Cegetel                          |                  | Lancement d'une offre publique permettant l'accueil effectif d'un nouveau MVNO sur le réseau SFR<br>Mise à disposition de fibres optiques noires<br>Mise à disposition de services de collecte DSL<br>Mise à disposition de chaînes, etc.   |
| <b>C2008-04*</b>  | Vivarte               | Défimode                              | 04/04/2008       | Cession de trois magasins<br>Renonciation aux autorisations obtenues auprès des CDEC/CNEC et au dépôt de demandes d'autorisation auprès de CDEC/CNEC dans 4 zones<br>Engagements de cession non-respectés dans les délais. Décision de prolonger les engagements  |
| <b>C2008-16*</b>  | Vivarte               | Supersport                            | 30/04/2008       | Cession de deux magasins<br>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  |
| <b>C2008-39*</b>  | PMU                   | Geny Infos                            | 16/07/2008       | Accès non discriminatoire à la Base Info Centre   |
| <b>C2008-100*</b> | Bigard                | Socopa                                | 17/02/2009       | Cession d'abattoirs<br>Cession d'usines de production<br>Engagement de non-couplage<br>Licence de marque concernant Valtero   |
| <b>09-DCC-16</b>  | Banque Populaire      | Caisse d'Épargne                      | 22/06/2009       | Autonomie des politiques commerciales des filiales respectives Banque Populaire et Caisse d'Épargne à la Réunion<br>Surveillance de l'évolution des prix à la Réunion par rapport à la moyenne des prix pratiqués par les banques   |
| <b>09-DCC-54</b>  | 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<br>Accès transparent et non discriminatoire aux services de Novatrans à tous les transporteurs routiers extérieurs au groupe<br>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 |
| <b>09-DCC-67</b>  | LDC                   | Arrivé                                | 23/11/2009       | Cession de Fermiers landais<br>Engagement de non-couplage   |
| <b>10-DCC-01</b>  | Mr. Bricolage         | Briconaute                            | 12/01/2010       | Cession d'un magasin et résiliation de contrats d'adhésion  |
| <b>10-DCC-02</b>  | SNCF/CDPQ             | Keolis/Effia                          | 12/01/2010       | Transmission des horaires<br>Accès aux services en gare<br>Effia ne répond plus aux appels d'offres portant sur des contrôles qualité visant les concurrents de Keolis<br>Convention d'horaires garantis avec la SNCF   |
| <b>10-DCC-11</b>  | TF1                   | NT1/TMC                               | 26/01/2010       | Accès aux droits de diffusion<br>Limitation des rediffusions et de la promotion croisée<br>Autonomie des régies   |
| <b>10-DCC-25</b>  | Ho Hio Hen            | Topaze                                | 10/03/2010       | Cession d'un magasin  |
| <b>10-DCC-51</b>  | Tereos                | Société sucrière du quartier français | 28/05/2010       | Cession d'une unité de stockage et conditionnement  |
| <b>10-DCC-98</b>  | Eurovia               | Tarmac                                | 20/08/2010       | Cession de carrières  |
| <b>10-DCC-198</b> | Veolia                | Transdev                              | 30/12/2010       | Cession d'entreprises de transport urbain et de transport interurbain<br>Création d'un fonds d'animation de la concurrence sur le marché du transport urbain  |

\* Décisions ministérielles prises avant l'entrée en vigueur de la réforme (2 mars 2009), laquelle a transféré le contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence.



# Jurisprudence des juridictions de contrôle





# Jurisprudence des juridictions de contrôle

|   |     |
|---|-----|
| <b>Jurisprudence de la cour d'appel de Paris</b> _____                                      | 399 |
| <b>Sur la procédure</b> _____   | 400 |
| Sur l'enquête administrative _____  | 400 |
| Sur la saisine de l'Autorité _____  | 400 |
| Sur la compétence de l'Autorité _____   | 401 |
| Sur la procédure suivie devant l'Autorité _____   | 403 |
| Sur la procédure suivie devant la cour d'appel _____  | 413 |
| <b>Sur le fond</b> _____  | 425 |
| Sur la définition du marché pertinent _____   | 425 |
| Sur les pratiques d'entente _____   | 427 |
| Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique _____            | 440 |
| <b>Sur l'application du droit communautaire</b> _____                                       | 451 |
| <b>Sur l'imputabilité des pratiques</b> _____   | 453 |
| <b>Sur les sanctions</b> _____  | 455 |
| Sur le droit applicable _____   | 455 |
| Sur le plafond légal _____  | 455 |
| Sur la gravité des pratiques _____  | 457 |
| Sur le dommage à l'économie _____   | 465 |
| Sur la situation des entreprises _____  | 472 |
| Sur l'individualisation et la motivation de la sanction _____                               | 477 |
| Sur la situation de crise économique affectant le secteur concerné par les pratiques _____  | 478 |
| Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération _____                                  | 479 |
| Sur la détermination des sanctions dans les procédures de non-contestation des griefs _____ | 480 |
| Sur la détermination des sanctions dans les procédures de clémence _____                    | 481 |

|  |     |
|--|-----|
| Sur la comparaison entre les sanctions prononcées dans une même affaire _____                                      | 481 |
| Sur la comparaison avec des sanctions appliquées par la Commission européenne _____                                | 482 |
| Sur l'impossibilité pour la cour d'appel d'aggraver les sanctions prononcées contre les sociétés requérantes _____ | 482 |
| Sur la publication _____   | 482 |

## **Jurisprudence de la Cour de cassation** \_\_\_\_\_ 483

|   |     |
|---|-----|
| <b>Sur la procédure</b> _____                             | 483 |
| Sur la procédure suivie devant l'Autorité _____           | 483 |
| Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation _____ | 485 |
| <b>Sur les mesures conservatoires</b> _____               | 487 |
| <b>Sur le fond</b> _____                                  | 488 |
| L'entente anticoncurrentielle _____                       | 488 |
| L'abus de position dominante _____                        | 491 |
| <b>Sur les sanctions</b> _____                            | 493 |
| Sur le dommage causé à l'économie _____                   | 493 |
| L'individualisation de la sanction _____                  | 494 |

## **Jurisprudence du Conseil d'État** \_\_\_\_\_ 495

|  |     |
|--|-----|
| <b>Conseil d'État, Mr. Bricolage</b> _____   | 495 |
| Sur la motivation _____  | 495 |
| Sur l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération litigieuse _____  | 496 |
| <b>Conseil d'État, Société métropole télévision</b> _____  | 499 |
| Sur l'intervention en défense de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, de l'Union syndicale de la production audiovisuelle et du Syndicat des producteurs de films d'animation _____ | 499 |
| Sur les conclusions de la société M6 _____   | 499 |

# Jurisprudence des juridictions de contrôle

## Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2010, 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 vingt et un arrêts<sup>1</sup>, dont dix-sept dans lesquels la cour s'est prononcée sur le fond :

- dans douze affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil ou de l'Autorité en rejetant les recours ;
- quatre décisions de sanction ont fait l'objet d'annulation ou de réformation partielle, portant soit sur le fond (annulation d'un des griefs ou mise hors de cause d'une des entreprises sanctionnées et réduction subséquente des sanctions), soit seulement sur le montant des sanctions ;
- dans une affaire, elle a annulé la décision de l'Autorité, estimant que le droit communautaire n'était pas applicable en l'espèce, puis, statuant en fait et en droit sur les griefs, elle a confirmé l'essentiel de la décision, écartant toutefois un des griefs retenus à l'encontre d'une des entreprises sanctionnées et réduisant en conséquence la sanction infligée à cette dernière.

---

1. Dans trois affaires, la cour d'appel était saisie après cassation.

## Sur la procédure

### *Sur l'enquête administrative*

**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**

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>2</sup>, la cour, sur renvoi, a confirmé la régularité des saisies effectuées lors de l'enquête administrative en estimant que les enquêteurs avaient pu valablement, sans outrepasser le champ de l'autorisation judiciaire, appréhender des pièces relatives à d'autres marchés locaux que ceux qui étaient expressément mentionnés dans l'ordonnance ou relatives aux marchés du transport interurbain et du transport scolaire alors que seul le marché du transport urbain était visé par le juge. La cour a relevé que l'ordonnance décrivait des pratiques d'entente commises par des entreprises « dont l'implantation nationale leur a permis d'obtenir des marchés [...] sur l'ensemble du territoire » et qu'au-delà des villes nommément désignées par l'ordonnance que l'administration avait invoquées à l'appui de sa demande d'autorisation, était visé l'ensemble du « marché de transport urbain de personnes » pouvant être concerné par les pratiques. De même, la cour a approuvé le Conseil qui avait estimé que des pièces relatives aux marchés du transport interurbain et scolaire, si elles ne pouvaient être utilisées pour fonder des griefs, avaient pu valablement être saisies et être versées au dossier dès lors qu'elles « [contenaient] des éléments éclairants sur la coopération explicite des entreprises dans le secteur du transport urbain, étroitement imbriqué avec celui du transport interurbain » (cf. décision 05-D-38).

Voir aussi *infra* « *Sur la procédure suivie devant la cour d'appel/Sur le recours prévu par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie/Sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et de saisie : arrêt Colas Rail du 29 juin 2010* ».

### *Sur la saisine de l'Autorité*

#### **Sur l'absence prétendue d'objet de la saisine**

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>3</sup>, la cour a rejeté le moyen tiré de l'absence d'objet de la saisine du Conseil. La SNCM (Société maritime Corse Méditerranée) avait été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du

2. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

3. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

renouvellement de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse en présentant une offre globale et indivisible excluant les autres soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure de proposer une telle offre. Cette affaire avait donné lieu à une décision de mesures conservatoires, rendue à la demande de deux sociétés concurrentes, la Compagnie méridionale de navigation (CMN) et Corsica Ferries, par laquelle le Conseil avait enjoint à la SNCM de présenter une offre divisible, ligne par ligne, permettant à la collectivité corse de comparer les différentes offres en concurrence sur leurs mérites propres. Le recours formé par la SNCM contre cette décision avait été déclaré irrecevable par la cour d'appel<sup>4</sup>, comme sans objet, car, dans l'intervalle, le Conseil d'État avait annulé la procédure de passation de la délégation de service public. La SNCM se prévalait de l'arrêt rendu par la cour d'appel pour soutenir qu'en raison de l'annulation rétroactive par le Conseil d'État de la procédure de passation de la délégation de service public et, subséquemment, des offres présentées, la saisine au fond du Conseil s'était trouvée dès l'origine privée d'objet, ce qui devait entraîner l'annulation de la décision, comme étant également dépourvue d'objet. Mais la cour a estimé que l'annulation de l'appel d'offres par le Conseil d'État, si elle avait anéanti l'offre de la SNCM, n'avait pas pour autant fait disparaître le comportement infractionnel de l'intéressée : la décision d'annulation ne constituait donc pas un obstacle au contrôle de ce comportement au regard des règles de la concurrence. La cour a précisé que dans son arrêt rendu sur le recours contre la décision de mesures conservatoires, elle ne s'était pas prononcée sur la recevabilité de la saisine du Conseil mais avait seulement déclaré dépourvues d'objet les demandes de la SNCM et sa propre saisine : son arrêt déclarant le recours de la SNCM irrecevable n'interdisait donc pas au Conseil de statuer sur sa saisine au fond (cf. décision 09-D-10).

### *Sur la compétence de l'Autorité*

Dans l'arrêt **Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>5</sup>, la cour a confirmé la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître des pratiques d'instances ordinales qui avaient exercé des pressions sur leurs adhérents à des fins de boycott. La cour, rappelant la jurisprudence du Tribunal des conflits (4 mai 2009, Gisserot)<sup>6</sup>, a estimé qu'en adressant une circulaire à ses adhérents chirurgiens-dentistes pour leur donner une interprétation sciemment inexacte sur la portée, au regard de la déontologie, d'un accord passé avec une société de services intervenant pour des compagnies d'assurances et des

4. CA Paris, 6 février 2007, SNCM (décision 06-MC-03).

5. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

6. « 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. »

mutuelles en matière de couverture complémentaire santé <sup>7</sup> et pour les inciter à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion à cet accord, en appelant leur attention sur le risque d'éventuelles conséquences disciplinaires, les instances ordinales étaient sorties de la mission de service public que leur confère le Code de la santé publique. Elles étaient intervenues dans le cadre d'une activité de services, prenant position « sur une question marchande », ce comportement relevant du champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce. La cour a précisé que les menaces adressées aux praticiens dans la circulaire ne pouvaient être considérées comme relevant de la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire reconnu aux conseils de l'ordre.

La cour a rappelé à cette occasion que la compétence de l'Autorité de la concurrence est indépendante de celle reconnue aux juridictions judiciaires de droit commun et aux juridictions administratives d'annuler un contrat ou un acte constitutif d'une pratique anticoncurrentielle et d'allouer, le cas échéant, des dommages et intérêts en réparation des préjudices résultant de telles pratiques (cf. décision 09-D-07).

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010** concernant l'affaire du cartel de la sidérurgie, la cour a écarté le moyen tiré de l'incompétence du Conseil qui aurait résulté, selon les sociétés requérantes, de l'applicabilité, au moins à une partie des faits reprochés qui s'étaient étalés de 1999 à 2004, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en vigueur jusqu'au 23 juillet 2002. La cour, se référant à la Communication CE « sur certains aspects du traitement des affaires de concurrence résultant de l'expiration du traité CECA » du 26 juin 2002<sup>8</sup> et à la jurisprudence communautaire<sup>9</sup>, a jugé que le traité CECA, norme à la fois spéciale et temporaire, avait perdu son objet et donc son empire en arrivant à expiration et devait céder la place à la norme générale et à durée indéterminée qui l'avait remplacé – le traité CE –, dès lors que les « termes, finalités et économie » des deux traités n'étaient pas incompatibles mais poursuivaient, au contraire, un même objectif de concurrence non faussée (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>10</sup>, la cour a confirmé la compétence du Conseil pour qualifier le comportement de la SNCM à l'occasion de sa réponse à l'appel d'offres lancé par l'Office des transports de Corse en vue du renouvellement, pour les années 2007 à 2010, de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse. La SNCM, qui avait été sanctionnée par le Conseil pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public sur ces liaisons en présentant une offre globale et indivisible excluant les autres soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure de pro-

7. En matière de soins dentaires, cette société avait développé un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires qui s'engageaient sur un certain nombre d'actions visant à la modération des tarifs et au développement de services pour les patients, visant par exemple à faciliter l'accès au tiers payant.

8. Cette communication prévoit notamment « qu'à partir du 24 juillet 2002, les secteurs précédemment couverts par le traité CECA et les règles de procédure et du droit dérivé du traité CECA seront soumis aux règles du traité CE ainsi qu'aux règles de procédure et au droit dérivé du traité CECA » et que les autorités nationales de concurrence « seront désormais compétentes pour appliquer les règles de concurrence européennes aux industries du charbon et de l'acier ».

9. Not. TPICE, 31 mars 2009, Arcelor, T-405/06, points 45 et s.

10. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

poser une telle offre, soutenait que la proposition par laquelle elle avait répondu à l'appel d'offres n'était pas détachable de la procédure de dévolution de la délégation de service public et relevait par conséquent, du contrôle exclusif de la juridiction administrative. La cour a rappelé que «*selon l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles définies au livre IV de ce code [...] 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, si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, et donc comme en l'espèce pour apprécier la régularité de la procédure d'appel d'offres dans le cadre d'une délégation de service public et en prononcer le cas échéant l'annulation, l'Autorité de la concurrence est compétente 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 pour prononcer, le cas échéant, des sanctions à l'encontre des entreprises dont le comportement serait constitutif d'une des pratiques prohibées [...]*». Ainsi, en l'espèce, l'intervention du juge administratif, pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre de l'appel d'offres, ne faisait pas obstacle à la compétence du Conseil pour examiner des pratiques anticoncurrentielles à l'occasion de la réponse des entreprises, sans se prononcer sur d'éventuelles irrégularités de l'appel d'offres : à l'occasion d'une procédure de passation d'un marché pour une délégation de service public, il appartient au juge administratif de se prononcer sur la légalité des actes de la puissance publique, tandis qu'il revient, le cas échéant, à l'Autorité de la concurrence d'apprécier le comportement des entreprises qui se positionnent sur ce marché par leur réponse à l'appel d'offres. En l'espèce, le Conseil d'État avait examiné le contenu de l'offre de la SNCM afin de rechercher si l'autorité délégante avait respecté ses obligations et de son côté, le Conseil de la concurrence, pour apprécier le comportement de la SNCM, ne s'était pas prononcé sur la légalité de l'appel d'offres, pas même sur sa conformité au regard de ces règles, mais seulement sur le grief notifié à la SNCM, «*sans que l'on puisse lui reprocher de l'avoir apprécié dans son contexte*». Le Conseil avait seulement sanctionné l'entreprise fautive sans empiéter sur la compétence exclusive du juge administratif (cf. décision 09-D-10).

### *Sur la procédure suivie devant l'Autorité*

#### Sur la procédure de mesures conservatoires

Dans l'**arrêt Euro Power Technology du 2 décembre 2010**, la cour a rejeté le recours formé par la société saisissante contre la décision par laquelle l'Autorité avait rejeté sa saisine au fond, faute d'éléments suffisamment probants, et, avait rejeté également, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires qui était jointe. La cour a écarté le moyen de procédure par lequel la requérante critiquait l'unicité de la décision rendue par l'Autorité, soutenant que l'Autorité aurait dû rendre deux décisions : l'une sur la «*recevabilité*» de la saisine au fond, l'autre sur le bien fondé de la demande de mesures conservatoires : «*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 [...] ; [...] par application de cette disposition réglementaire, qui fait nécessairement de la demande de mesures conservatoires un accessoire d'une saisine au fond, le rejet de la saisine par application de l'article L. 462-8 emporte rejet, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires sans examen de celle-ci.» (cf. décision 10-D-14).*

## Sur le retrait de pièces obtenues sur la base d'une ordonnance de référé rétractée

Dans l'**arrêt Euro Power Technology du 2 décembre 2010**, la cour a rejeté le moyen par lequel la requérante reprochait à l'Autorité d'avoir écarté des débats des pièces obtenues sur la base d'ordonnances de référé qui avaient fait l'objet d'une décision de rétractation. Elle a retenu que l'ordonnance de rétractation, qui avait été elle-même rendue par la voie du référé, était exécutoire à titre provisoire<sup>11</sup> même si elle n'avait pas autorité de la chose jugée. Il ne pouvait, par conséquent, être reproché à l'Autorité d'avoir respecté cette décision et écarté les pièces litigieuses au motif que cette communication était entachée d'irrégularité dès lors que la connaissance de l'existence même de ces pièces internes à l'entreprise puisait sa source dans les ordonnances rétractées et les saisies nécessairement invalidées qui en avaient découlé, peu important que leur restitution n'ait pas été expressément ordonnée par l'ordonnance de rétractation (cf. décision 10-D-14).

## Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

### *Communication de la plainte aux parties mises en cause*

Dans l'**arrêt Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>12</sup>, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les parties requérantes soutenaient qu'elles avaient obtenu communication de la plainte les mettant en cause tardivement de sorte qu'elles n'avaient pas été mises en mesure de se défendre utilement. La cour a constaté qu'elles avaient pu exercer leurs droits de la défense dès la notification de griefs, qu'elles n'établissaient pas avoir été empêchées de consulter la saisine jointe à la notification de griefs et que « *la communication spécifique ou séparée* » de cette saisine ne leur était pas due avant la notification des griefs.

La cour a précisé à cette occasion que « *l'ADLC [...] qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, qui est chargée par la loi d'une mission de protection de l'ordre public économique, n'a pas à justifier des circonstances de sa saisine, pas plus qu'elle n'aurait d'ailleurs de comptes à rendre à l'auteur de cette saisine* » (cf. décision 09-D-07).

11. « [...] En application de l'article 484 du Code de procédure civile, une ordonnance de référé n'a pas autorité de la chose jugée au principal et ne s'impose pas au juge du fond saisi aux mêmes fins ; quelle est cependant exécutoire à titre provisoire ; qu'il s'ensuit que l'ordonnance de rétractation [...] est exécutoire serait-ce à titre provisoire. »

12. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

### *Accès au dossier (dans la procédure d'engagements)*

Dans l'**arrêt Canal 9 du 1<sup>er</sup> juin 2010**, la cour d'appel, sur renvoi après cassation partielle<sup>13</sup>, 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 indépendants. 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 négociation<sup>14</sup> 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 avaient 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 faite 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, après avoir, avant dire droit, demandé à l'Autorité de communiquer aux parties les deux documents litigieux<sup>15</sup>, a réexaminé l'affaire. Elle a rappelé le principe, qui avait été énoncé par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 novembre 2008, de la transmission aux parties de l'intégralité des documents ayant servi à l'établissement de l'évaluation préliminaire et de ceux ayant

13. Cass. com., 4 novembre 2008, Canal 9.

14. 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.

15. CA Paris, 6 octobre 2009, Canal 9.

été soumis à l'Autorité. Elle a précisé que pour que ce principe soit respecté, il ne suffit pas que les parties (le plaignant et le mis en cause) aient eu accès aux mêmes pièces (qu'il n'y ait pas eu rupture de l'égalité entre les parties) ou encore que les pièces non transmises n'aient pas été utiles à la procédure. En l'absence, comme en l'espèce, d'une transmission intégrale de ces pièces, elle a vérifié, comme le lui demandait la Cour de cassation, si le défaut de communication avait ou non porté concrètement atteinte aux intérêts de la partie qui s'en plaignait. En matière d'engagements, la notion « d'intérêt » des parties, a relevé la cour, prend une dimension nécessairement plus réduite qu'en matière contentieuse, de sorte que « *le défaut de communication de pièces en violation du principe contradictoire n'est susceptible de constituer une atteinte concrète à l'intérêt des parties que s'il est établi qu'en l'absence de cette irrégularité, les engagements n'auraient pas été adoptés ou auraient eu un contenu différent* »<sup>16</sup>. Après un examen concret des éléments du dossier, la cour a écarté l'argumentation de Canal 9 qui soutenait que la communication des pièces litigieuses lui aurait permis de mieux se défendre, estimant qu'aucun élément ne permettait d'affirmer que la communication des pièces aurait conduit à une décision différente du Conseil sur les engagements.

Canal 9 n'ayant pas pu démontrer qu'une atteinte concrète avait été portée à ses droits, a vu son recours rejeté (cf. décision 06-D-29).

### *Egalité des armes et gestion du secret des affaires par le rapporteur*

Voir *infra* **arrêt Adecco France du 26 février 2010**, « *Secret des affaires et saisie de messageries électroniques* ».

### *Secret des affaires*

#### *Secret des affaires et saisie de messageries électroniques*

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>17</sup>, la cour a écarté les critiques des parties relatives à la gestion par le rapporteur, au titre de la protection du secret des affaires, de messageries électroniques saisies lors des perquisitions et à leur accès à ces pièces classées en annexe confidentielle. Ces messageries avaient été d'emblée classées dans leur intégralité en annexe confidentielle par le rapporteur, puis ensuite partiellement déclassées à la demande du rapporteur : les parties, qui n'avaient demandé qu'un classement partiel de ces messageries, contestaient d'abord leur classement global, expliquant qu'il aurait été possible, après une saisie qui pouvait être globale, d'individualiser, au cours de l'instruction, les courriels saisis ; elles critiquaient, par ailleurs, le fait que le rapporteur ait pu déclasser à sa guise certains éléments à charge, alors qu'elles-mêmes, privées de la possibilité de prendre connaissance de l'intégralité des messageries, n'avaient pu se prévaloir d'éventuels documents à décharge, utiles à leur défense.

<sup>16</sup>. La cour a rappelé également que « *la procédure d'engagements ne vise 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 à ces dernières; qu'il s'agit donc d'un outil de régulation, et non d'une procédure de sanction* ».

<sup>17</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

La cour s'est prononcée implicitement en faveur de la possibilité pour l'Autorité de classer globalement les messageries. Elle a rappelé que dans cette affaire, le juge des libertés et de la détention avait validé la saisie globale des messageries, considérant une boîte de messagerie comme une pièce unique quand bien même elle ne serait que partiellement utile au dossier. Dès lors, le Conseil était bien fondé, même si les entreprises n'avaient demandé qu'un classement partiel de leurs messageries en annexe confidentielle, à les classer globalement. S'agissant de l'accès aux pièces et de leur éventuel déclassé, la cour a estimé qu'il n'y avait eu aucune atteinte à l'égalité des armes dès lors que le rapporteur avait régulièrement obtenu, sur le fondement de l'ancien article R. 463-15, le déclassé de certaines pièces qu'il estimait nécessaires à la procédure, que ces pièces avaient été ensuite inventoriées, citées, versées au dossier, proposées à la consultation et soumises à la contradiction des parties et que les parties, de leur côté, n'avaient pas usé de la faculté qu'elles avaient de demander le déclassé des messageries en arguant qu'elles étaient nécessaires à l'exercice de leurs droits (*cf.* décision 09-D-05).

### *Violation du droit à la protection du secret des affaires*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>18</sup>, la cour a écarté l'argumentation par laquelle une requérante expliquait qu'elle n'avait pas été en mesure de faire des demandes de classement au titre du secret des affaires pour ses réponses à des appels d'offres figurant dans la version non confidentielle du dossier jointe à la notification de griefs, ce qui aurait porté atteinte à ses droits de la défense. La cour a observé que dès lorsqu'aucune demande de secret des affaires n'était présentée, les informations et documents étaient réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires et que la violation du secret ne saurait entraîner la nullité de la procédure et de la décision que s'il résultait de cette violation une atteinte irréparable et concrète aux droits de la défense dont la preuve incombait à l'entreprise qui s'en plaignait. Or, une telle violation n'était pas démontrée en l'espèce (*cf.* décision 09-D-36).

### *Défaut de « déconfidentialisation »*

Dans l'**arrêt Euro Power Technology du 2 décembre 2010**, la cour a écarté le moyen par lequel la requérante soutenait que l'Autorité avait montré sa partialité en ne « déconfidentialisant » pas des informations communiquées par la partie mise en cause. Elle a d'abord constaté que la requérante n'avait pas exercé de recours contre les nombreuses décisions de classement qui lui avaient été notifiées. Elle a indiqué ensuite que le déclassé des pièces confidentialisées produites par la partie mise en cause ne devait pas venir suppléer la carence de la partie plaignante à qui il incombait d'apporter des éléments suffisamment probants à l'appui de sa saisine pour justifier une instruction de celle-ci. Elle a estimé par conséquent qu'il ne pouvait être reproché à l'Autorité d'avoir, en complétant par une instruction sommaire son examen des pièces produites au soutien de la saisine, « *mis en balance le droit à la protection du secret des affaires avec les nécessités de la procédure* »

<sup>18</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

et fait « preuve de prudence en protégeant le secret des affaires de toutes les parties, y compris celui de [la plaignante], afin d'éviter que sa saisine ne constitue indûment un instrument d'accès aux secrets des affaires des sociétés adverses » (cf. décision 10-D-14).

### *Notification de griefs*

#### *Précision dans la rédaction des griefs*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>19</sup>, la cour a rejeté l'argumentation relative à l'imprécision des griefs. Elle a rappelé qu'« un grief est un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise », que « les griefs énoncés doivent être interprétés par référence aux développements préalables du rapporteur », qu'ils « doivent être communiqués de sorte d'être soumis à la discussion éclairée des entreprises mises en cause ; que cette communication exigée par l'article L. 463-2 du Code de commerce doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, seraient-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance du comportement qui leur est reproché [...] ; que cette exigence est respectée lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans la communication des griefs et ne retient que des faits sur lesquels les intéressés ont eu l'occasion de s'expliquer ». La cour a jugé que les réponses apportées par la requérante à la notification de griefs et au rapport montraient que l'entreprise avait été en mesure de comprendre la portée des griefs qui lui avaient été notifiés et de se défendre en toute connaissance de cause (cf. décision 09-D-36).

#### *Modification du grief au stade de la décision*

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>20</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a écarté le reproche fait au Conseil d'avoir violé les droits de la défense, d'une part, en modifiant le grief d'entente nationale portant sur une entente tripartite, tel que notifié, et en retenant en guise d'entente à trois, une double entente bilatérale reposant sur la participation d'une des trois entreprises incriminées aux deux niveaux d'échanges, d'autre part, en retenant des éléments non débattus, relatifs à un mécanisme de repréailles et à un effet de hausse des prix. La cour a estimé que le raisonnement du Conseil, certes différent de celui du rapporteur, n'avait pas entraîné de modification des termes du grief et que les éléments prétendument nouveaux étaient en fait induits par la nature même de la pratique dénoncée. Elle a précisé qu'il importait peu que le grief ait été retenu au terme d'une analyse différente de celle du rapporteur dès lors que tous les éléments sur lesquels le Conseil s'était appuyé figuraient bien au dossier et avaient été soumis au contradictoire (cf. décision 05-D-38).

#### *Ajout d'un nouveau grief au stade du rapport ou de la décision*

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>21</sup>, la cour a écarté le moyen par lequel une des parties soutenait que le Conseil, en violation du principe du contradic-

19. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

20. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

21. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

toire, avait retenu des pratiques qui étaient visées dans le rapport, mais pas dans la notification de griefs. Elle a rappelé que, sauf notification de griefs complémentaire, l'Autorité ne peut sanctionner une pratique qui n'a pas été visée dans la notification des griefs, même si cette pratique a été dénoncée ensuite dans le rapport et que les parties s'en sont expliquées<sup>22</sup>. Mais elle a estimé, qu'en l'espèce, les pratiques invoquées par la requérante comme n'ayant pas été régulièrement visées dans les griefs faisaient, en réalité, partie du cadre contractuel existant entre les sociétés en cause qui était décrit dans la notification de griefs et que si la formulation de ces pratiques figurait dans la décision d'une façon légèrement différente de celle de la notification de griefs, c'était le résultat du débat contradictoire qui s'était instauré devant le Conseil. Cette nouvelle formulation n'avait pas modifié le champ des griefs et ne constituait donc pas une nouvelle accusation puisqu'elle ne s'appuyait que sur des stipulations contractuelles et des comportements déjà contenus dans la notification de griefs (cf. décision 09-D-06).

### *Délai pour répondre*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a estimé suffisant le délai légal de deux mois laissé à une partie pour répondre à la notification de griefs (cf. décision 08-D-32).

### *Délimitation du marché*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>23</sup>, la cour a écarté le reproche fait à l'Autorité d'avoir retenu une délimitation du marché différente de celle proposée par le rapporteur dès lors que l'analyse du marché contenue dans la décision n'était basée que sur des éléments qui avaient tous été soumis à la contradiction (cf. décision 09-D-36).

### *Éléments servant à la détermination de la sanction*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a écarté le moyen tiré de la violation des droits de la défense qui aurait résulté de l'absence de discussion relative au chiffre d'affaires ayant servi de référence au calcul de la sanction ou aux effets des pratiques. Elle a estimé que les parties avaient disposé du temps et des moyens procéduraux nécessaires pour exposer leur cause et que l'ensemble des éléments objectifs ayant permis au Conseil d'évaluer l'ampleur du dommage à l'économie figurait au dossier et avait donc été soumis au contradictoire (cf. décision 08-D-32).

22. «Le respect des principes fondamentaux de la procédure, inscrits dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et rappelés à l'article L. 463-1 du Code de commerce, impose que la notification des griefs [...] informe précisément les entreprises poursuivies des pratiques reprochées; qu'ainsi elle doit contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés par l'autorité de la concurrence et de se défendre; que le Conseil ne saurait, en l'absence d'une notification de griefs complémentaire, sanctionner une pratique qui n'a pas été visée dans la notification des griefs, même si elle a été dénoncée ensuite dans le rapport et que les parties s'en sont expliquées devant lui; qu'à l'inverse le principe de la contradiction et les droits de la défense sont respectés lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans les notifications de griefs et ne retient que des faits sur lesquels ils ont eu l'occasion de s'expliquer.»

23. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

### *Motivation de la décision*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>24</sup>, la cour a rappelé que « *les décisions de l'Autorité étant motivées en fait et en droit, aucune nullité ne saurait résulter de ce qu'elle n'a pas examiné de manière exhaustive et dans le détail toute l'argumentation de l'entreprise mise en cause, ni même toutes les pièces fournies à l'appui de cette argumentation; que l'entreprise a du reste tout loisir de soumettre à nouveau les mêmes arguments et les mêmes annexes à la cour au soutien de son recours de pleine juridiction [...]; qu'il appartient alors à la cour de tirer, dans sa motivation au fond, toute conséquence de ce que l'Autorité n'a pas développé de réponse aux thèses ou aux documents qui seraient de nature à faire douter du bien-fondé de la poursuite et de la sanction* » (cf. décision 09-D-36).

### *Procédure de mesures conservatoires (délais pour répondre)*

Dans l'**arrêt Euro Power Technology du 2 décembre 2010**, la cour a rejeté le recours formé par la société saisissante contre la décision par laquelle l'Autorité avait rejeté sa saisine au fond, faute d'éléments suffisamment probants, et, avait rejeté également, par voie de conséquence la demande de mesures conservatoires qui était jointe. La cour a écarté le moyen par lequel la requérante soutenait que les délais insuffisants qui lui avaient été imposés pour répondre aux écritures de la partie dont elle avait dénoncé les pratiques avaient compromis ses droits de la défense. La cour a rappelé qu'en matière de procédure de mesures conservatoires, l'admission de la saisine par l'Autorité repose sur la valeur probante des éléments qu'il incombe à la partie saisissante de produire et que cette procédure d'urgence doit répondre à un impératif de diligence mais n'impose pas, pour autant, des délais précis. Elle a constaté, qu'en l'espèce, l'Autorité, avant de rejeter la saisine, avait préalablement accompli des actes d'instruction en complément des éléments apportés par la plaignante et a estimé que la durée de la procédure (21 mois) était raisonnable compte tenu des mesures ordonnées par les services d'instruction : si l'instruction s'était accélérée au cours des semaines précédant la séance, les délais laissés aux parties pour répondre aux demandes de déclassement de l'Autorité et pour s'exprimer sur les pièces déclassées leur avaient permis de s'expliquer en séance sur l'ensemble des pièces versées aux débats. La cour a estimé, en définitive, que si des délais plus longs auraient pu être accordés aux parties, en particulier à la suite des déclassements intervenus, toutes avaient été traitées de la même manière et avaient pu s'expliquer contradictoirement sur l'ensemble des pièces produites aux débats, dans les délais prescrits répondant à l'impératif de diligence attaché à la procédure de mesures conservatoires. Ainsi, la cour a jugé que la requérante ne démontrait nullement que les délais de la procédure et son rythme avaient porté « *une atteinte irréversible et concrète à ses droits* » (cf. décision 10-D-14).

<sup>24</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

### Sur la loyauté de la preuve

Dans l'arrêt **Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>25</sup>, la cour a écarté la critique relative au non-respect du contradictoire qui aurait résulté de l'utilisation à charge contre les entreprises de déclarations recueillies lors de l'instruction émanant d'une personne qui avait ensuite été convoquée en qualité de témoin lors de la séance de l'Autorité, mais qui n'avait pu déposer dans la mesure où elle avait préalablement assisté aux débats. La cour a estimé que ses propos recueillis au cours de l'instruction, qui avaient été régulièrement versés au dossier et qui avaient donc pu être débattus contradictoirement, avaient pu néanmoins être retenus aux débats (*cf.* décision 09-D-25).

### Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Dans l'arrêt **Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>26</sup>, la cour a écarté les moyens tirés de manquements du rapporteur à l'impartialité. Il était reproché à ce dernier d'avoir, dès le début de l'instruction, adressé aux parties des accusations « *immédiates et sévères* » d'atteinte à la concurrence et des menaces de sanctions pénales, montré son « *aversion* » pour l'institution ordinaire et affiché une proximité flagrante avec un dirigeant de la société plaignante en rédigeant une note élogieuse à son propos à l'occasion d'un colloque. La cour a constaté que les entreprises ne démontraient pas qu'elles avaient été empêchées d'exercer leurs droits de la défense : « *Ces droits ont été respectés dès lors que, dès la notification de griefs, qui marque l'ouverture de la phase contradictoire de la procédure, [les entreprises] disposent de la faculté de consulter le dossier, de demander l'audition de témoins à décharge, de présenter leurs observations sur les griefs, puis sur le rapport, et de s'exprimer oralement devant l'Autorité.* » Elle a précisé qu'il incombe au rapporteur, durant l'enquête, d'appeler l'attention des personnes auditionnées sur l'objet de l'instruction, sur les principaux éléments de la saisine, ainsi que sur les sanctions prévues par l'article L. 450-8 du Code de commerce<sup>27</sup> : cette obligation ne peut être constitutive d'une violation du principe d'impartialité mais vise au contraire à ce que puissent être préservés les droits de la défense. De même, la cour a estimé que le fait que le rapporteur ait indiqué aux parties que, compte tenu de la matérialité des faits et des actes d'instruction auxquels il avait déjà procédé, il envisageait de formuler des griefs, ne pouvait caractériser une quelconque partialité, la notification de griefs constituant seulement le point de départ du débat contradictoire. Elle a estimé que la prétendue « *aversion* » manifestée par le rapporteur ne pouvait être déduite des éléments rapportés et qu'il s'agissait d'une extrapolation de sentiments subjectifs « *qui ne sauraient constituer la base d'une argumentation sérieuse* ». Enfin, elle a indiqué que « *la participation à un colloque, serait-elle accompagnée d'un rappel des problématiques d'actualité et d'une introduction flatteuse*

25. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

26. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

27. « *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. 420-1 sont chargés en application du présent livre.* »

*pour les différents intervenants, n'est pas une prise de position qui engage l'Autorité, surtout si elle n'émane pas de ses organes légalement représentatifs, et n'est donc pas incompatible avec l'exercice ultérieur des fonctions de rapporteur» (cf. décision 09-D-07).*

Voir aussi ci-dessous **arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010** : « *Sur la qualité et la loyauté de l'instruction* »

### **Sur la qualité et la loyauté de l'instruction (défaut de réponse du rapporteur aux arguments des mis en cause)**

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a écarté le moyen tiré de la déloyauté et de la partialité de l'instruction par lequel étaient critiqués à la fois la non-prise en compte par le rapporteur d'éléments à décharge et l'examen non individualisé des éléments à charge : « *Les requérantes ne sont pas fondées à se plaindre d'éventuels manquements à la loyauté de la procédure dès lors qu'à compter de la notification de griefs les parties disposaient d'un droit d'exercice effectif de la contradiction concrétisé par l'accès au dossier, la demande d'audition de témoins à décharge, la présentation d'observations sur la notification de griefs et/ou sur le rapport ainsi que la faculté d'être entendu oralement lors de la séance du Conseil.* » (cf. décision 08-D-32).

### **Sur la durée de la procédure (le délai raisonnable)**

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a écarté le moyen tiré de la violation des droits de la défense découlant du délai déraisonnable de la procédure. Elle a estimé que la durée de la procédure ne pouvait être considérée comme excessive au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans la mesure où la requérante ne démontrait pas en quoi, concrètement, elle aurait été privée du droit de se défendre : en effet, celle-ci ne démontrait pas, ni même ne prétendait, avoir été empêchée de préparer utilement sa défense devant l'Autorité puis devant la cour d'appel. La cour a toutefois rappelé le raisonnement adopté dans l'arrêt relatif au secteur de la parfumerie de luxe (décision 06-D-04 *bis*)<sup>28</sup>, selon lequel la durée de la procédure doit être appréciée par rapport à l'ensemble de cette procédure, pas seulement la phase contradictoire postérieure à la notification de griefs, mais aussi la phase initiale d'enquête : « *Le respect des droits de la défense revêtant une importance capitale dans les procédures telles que celle en l'espèce, il importe d'éviter que ces droits 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*

<sup>28</sup>. CA Paris, 10 novembre 2009, Beauté Prestige International. Cet arrêt a été annulé en toutes ses dispositions par la Cour de cassation, dans un arrêt « Ministre de l'Économie » du 23 novembre 2010 (voir *infra* « Jurisprudence de la Cour de cassation »).

à la durée totale de celle-ci, enquête comprise; que pour autant, la durée excessive de la procédure ne peut être déterminée en soi de façon abstraite.» (cf. décision 09-D-14).

### Sur la procédure de clémence

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a validé l'utilisation des éléments (déclarations et documents) issus de la procédure de clémence qui était contestée par les entreprises qui n'en avaient pas bénéficié : « *Si le bénéficiaire de la clémence peut avoir [...] tendance à minimiser l'importance de sa contribution à l'infraction et à maximiser celle des autres, l'argument des deux sociétés requérantes ne répond pas à la logique inhérente de la procédure prévue par la communication sur la clémence; qu'en effet, le fait de demander à bénéficier de l'application de celle-ci en vue d'obtenir une réduction de l'amende ne crée pas nécessairement une incitation à présenter des éléments de preuves déformés quant aux autres participants de l'entente incriminée; que toute tentative d'induire [...] l'Autorité en erreur pourrait remettre en cause la sincérité ainsi que la complétude de la coopération du demandeur et, partant, mettre en danger la possibilité pour celui-ci de tirer pleinement bénéfice des dispositions sur la clémence [...].* »<sup>29</sup>

En l'espèce, la cour a estimé que l'entreprise qui avait obtenu le bénéfice de la clémence n'avait ni minimisé sa participation aux pratiques, ni maximisé celle des autres cartellistes, et que l'argumentation soulevée consistait en réalité en une critique, irrecevable, de la loi (cf. décision 08-D-32).

### *Sur la procédure suivie devant la cour d'appel*

#### **Sur le délai de recours ouvert contre une décision de rejet de la saisine pour défaut d'éléments suffisamment probants et de rejet, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires**

Dans l'**arrêt Euro Power Technology du 1<sup>er</sup> juin 2010**, la cour a rappelé que le délai de recours contre une décision de rejet d'une saisine pour défaut d'éléments suffisamment probants (sur le fondement de l'article L. 462-8, alinéa 2 du Code de commerce) et de rejet, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires, est celui d'un mois, prévu par les articles L. 464-8 et l'article R. 464-12 du Code de commerce qui visent les décisions rendues en application de l'article L. 462-8, et non pas le délai de dix jours prévu aux articles L. 464-7 et R. 464-20 qui ne concerne que les décisions prises « au titre de l'article L. 464-1 », soit les décisions qui se prononcent sur la demande de mesures conservatoires. Or, tel n'est pas le cas d'une décision de rejet de la saisine au fond faute d'éléments probants qui emporte rejet de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci. En conséquence, le recours introduit selon les modalités prévues à l'article L. 464-1, a été déclaré irrecevable : « *Tout recours contre une décision rendue sur le fondement de l'article L. 462-8 du Code de commerce, doit s'exercer dans le respect des*

<sup>29</sup>. La cour renvoie à la jurisprudence communautaire (TPICE, 16 novembre 2006, Peroxidos Organicos, T-120/04).

*dispositions de l'article L. 464-8 du Code de commerce, lequel prévoit que "les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées [à l'article] L. 462-8 sont notifiées aux parties en cause et au ministre 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; que par application de l'article R. 464-12 du Code de commerce, les recours fondés sur l'article L. 464-8 doivent être formés par une déclaration écrite au greffe de la cour d'appel de Paris; [...] qu'il n'est pas fait exception à ces règles au motif que la décision de rejet de la saisine emporterait rejet d'une demande de mesures conservatoires; qu'en effet, si l'Autorité [...] peut [...] prendre des mesures conservatoires [...], l'article R. 464-1 du Code de commerce prévoit 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 [...]; que par application de cette disposition réglementaire qui fait nécessairement d'une demande de mesures conservatoires l'accessoire d'une saisine au fond, le rejet de la saisine par application de l'article L. 462-8 du Code de commerce emporte rejet, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci; qu'en l'espèce, l'Autorité [...], qui a rejeté la saisine au fond, faute d'éléments probants, a également rejeté, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires; qu'en somme cette unicité de la décision de l'Autorité conduit également à l'unicité du régime procédural du recours; qu'il suit de là que la décision rendue sur ce fondement [l'article L. 462-8 du Code de commerce] entre dans les prévisions de l'article L. 464-8 du Code de commerce.»*

La cour a écarté l'argumentation du requérant qui soutenait que l'article L. 464-7 ouvrait la faculté d'un recours spécial, à bref délai, lorsque l'Autorité rendait une décision en matière de mesures conservatoires : « *Les dispositions de l'article L. 464-7 sont propres aux recours contre les décisions qui se prononcent expressément sur les mesures conservatoires tandis que l'instruction au fond a été ouverte, et non point à celles qui statuent sur lesdites mesures par accessoire implicite d'une décision de rejet d'une saisine; que dans l'interprétation contraire, la cour serait amenée, à l'issue d'une procédure très sommaire, à examiner les raisons de fond pour lesquelles l'Autorité a rejeté la saisine, pour statuer ensuite sur l'utilité de mesures conservatoires.* » (cf. décision 10-D-14).

(Voir en ce sens : CA Paris, 2 juillet 2008, CDG Participations; 15 octobre 2008, SCEA Vergers de la Motte).

## Sur la recevabilité du recours incident de la plaignante

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>30</sup>, la cour a déclaré recevable le recours incident de la société plaignante, relevant que celle-ci avait été partie devant l'Autorité et que les articles L. 464-8, R. 464-12 et R. 464-16 du Code de commerce, qui prévoient qu'un recours contre les décisions de l'Autorité est ouvert aux parties en cause et au ministre auxquels elles sont notifiées, ne font pas de distinction selon que le recours est principal ou incident, ni selon qu'il émane d'une entreprise plaignante ou d'une entreprise mise en cause (cf. décision 09-D-36).

<sup>30</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

### **Sur les conditions de recevabilité des moyens et pièces présentés par les requérants (moyen tiré de l'incompétence de l'Autorité, soulevé devant la cour d'appel par des sociétés qui avaient accepté de ne pas contester les griefs)**

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a estimé qu'un tel moyen était recevable dès lors qu'il était présenté par au moins une entreprise qui n'avait pas renoncé à contester les griefs. Elle n'a pas tranché la question de l'éventuelle irrecevabilité d'un tel moyen en ce qu'il était également présenté par des sociétés qui, au cours de la procédure suivie devant le Conseil, avaient, elles, obtenu le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs ou de la procédure de clémence (*cf.* décision 08-D-32).

### **Sur l'irrecevabilité du recours formé contre la décision de sursis à statuer et de renvoi de l'affaire à l'instruction**

Dans l'**arrêt France Télécom du 6 avril 2010**<sup>31</sup>, la cour a déclaré irrecevables les recours formés contre la décision par laquelle l'Autorité avait sursis à statuer et renvoyé à l'instruction le dossier relatif au secteur de la téléphonie mobile en France métropolitaine. France Télécom et sa filiale Orange soutenaient que cette décision leur faisait grief à divers titres, notamment parce qu'elle arrêtaient de façon définitive une délimitation du marché, contestable selon les requérantes, et qu'elle écartait différents moyens de procédure qu'elles avaient soulevés. La cour a rappelé les dispositions de l'article R. 463-7 du Code de commerce qui énoncent que les décisions de renvoi à l'instruction ne sont pas susceptibles de recours. Elle a relevé que l'Autorité avait été obligée de répondre, en l'état du dossier dont elle était saisie, à l'argumentation des parties sur la définition du marché et la régularité de la procédure suivie jusque-là mais qu'elle n'avait tranché définitivement aucune de ces questions comme le montrait son dispositif qui se limitait à un renvoi du dossier à l'instruction. Ainsi, la cour a estimé que l'Autorité n'avait pris qu'une mesure d'ordre interne concernant l'instruction d'une affaire estimée incomplète dont elle ne s'était pas dessaisie et que sa décision ne faisait pas grief aux requérantes (*cf.* décision 09-S-03).

### **Sur l'irrecevabilité du recours exercé, devant la cour d'appel de renvoi, par une partie qui n'a pas formé de pourvoi en cassation ou qui, ayant formé un tel pourvoi, n'a pas présenté le moyen à l'origine de la cassation et du renvoi devant la cour d'appel**

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>32</sup>, la cour, sur renvoi après cassation partielle, a déclaré irrecevables les recours incidents de deux sociétés : l'une n'avait pas formé de pourvoi ; l'autre avait formé un pourvoi mais avait soulevé un moyen qui avait été rejeté. Ces deux sociétés prétendaient néanmoins bénéficier de la cassation prononcée sur un moyen présenté par une troisième entreprise et invoquaient le caractère indivisible du litige en se fondant sur l'article 615 du

31. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

32. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

Code de procédure civile qui prévoit « *qu'en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties le pourvoi de l'une produit effet à l'égard des autres même si celles-ci ne sont pas jointes à l'instance de cassation [...]* ».

Mais la cour a estimé qu'il n'y avait pas d'indivisibilité en l'espèce dès lors que, si un même grief avait été notifié aux trois entreprises, ce grief leur avait été notifié séparément, que les sanctions prononcées avaient été déterminées de façon individuelle et que chaque sanction pouvait être appréciée et exécutée séparément (cf. décision 05-D-38).

### **Sur l'irrecevabilité de la demande de sursis à l'exécution d'une décision de l'Autorité (article L. 464-8, alinéa 2, du Code de commerce) formée par déclaration d'intervention volontaire**

Dans l'**ordonnance Perrigault du 22 juin 2010**, 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 déclaré irrecevable l'intervention volontaire d'une société, partie à la procédure devant l'Autorité, qui entendait demander, par cette voie procédurale, le sursis à l'exécution de la décision mais qui n'avait pas respecté les formes requises par les articles R. 464-22, R. 464-23 et R. 464-24 du Code de commerce. Selon ces dispositions, les demandes de sursis à exécution doivent être portées par voie d'assignation devant le premier président de la cour d'appel selon les modalités de l'article 485, alinéa 2, du Code de procédure civile (cf. décision 10-D-13).

### **Sur l'intervention de l'Autorité de la concurrence devant la cour d'appel à l'occasion des recours formés contre ses décisions : les observations écrites et orales de l'Autorité devant la cour d'appel**

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>33</sup>, la cour a écarté l'argumentation présentée par les parties pour contester, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la CEDH, l'intervention de l'Autorité à l'occasion des recours exercés contre ses décisions. Il était soutenu que la faculté ouverte à l'Autorité de faire des observations répondant aux critiques émises par les requérants à l'encontre de sa décision, conférait à une autorité quasi juridictionnelle de première instance le droit de défendre sa propre décision et donc de disposer d'un statut assimilable à celui d'une partie au litige, en violation du principe d'égalité des armes et du droit à un procès effectif.

S'agissant de la possibilité pour l'Autorité d'intervenir à l'écrit et à l'oral devant la cour au soutien de sa décision, la cour a rappelé que « *l'Autorité de la concurrence est [...] une autorité administrative indépendante [qui] veille au libre jeu de la concurrence et apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international* ». Elle a jugé qu'elle ne peut être par conséquent partie à la procédure puisqu'elle inflige des sanctions et qu'elle ne peut davantage être une juridiction ou une quasi juridiction de première instance puisque i) elle participe d'une politique publique, ii) que le statut de ses membres ou son organisation

33. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

ne prétendent pas garantir l'impartialité au sens de la CESDH, iii) qu'elle n'est pas dotée d'une commission des sanctions et œuvre à travers un collège unique et enfin iv) que son président peut désormais se pourvoir en cassation. La cour a relevé encore que les dispositifs de ce type sont jugés conformes à la CEDH à la condition qu'un contrôle de pleine juridiction soit exercé, même *a posteriori*, par une juridiction dont l'indépendance et l'impartialité soient incontestables.

La cour a précisé que l'Autorité tient des articles R. 461-1 alinéa 2 et R. 464-18, le droit de présenter dans le cadre de la procédure de recours des observations écrites qui sont portées à la connaissance des parties : « *Il ne s'agit pas [...] d'un mémoire en défense d'une administration devant son juge, mais d'une prérogative expressément affirmée par la loi par exception au Code de procédure civile applicable devant la juridiction judiciaire.* » En l'état du droit, ces dispositions, quelle que soit la tonalité des observations écrites présentées par l'Autorité, ne méconnaissent pas en elles-mêmes l'exigence d'un procès équitable, dès lors que les parties disposent de la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations. Ces considérations peuvent être étendues aux observations orales présentées par l'Autorité à l'audience. S'agissant de la teneur des observations faites par l'Autorité, la cour a jugé qu'« *il n'est pas interdit à l'Autorité d'étoffer son argumentation devant la cour par rapport à la décision elle-même, dès lors que la cour examine à nouveau l'ensemble des faits instruits par le rapporteur.* » Elle a ainsi rejeté l'argumentation selon laquelle l'introduction d'éléments nouveaux dans les observations de l'Autorité, qui ne figuraient pas dans la décision, aurait privé les requérants de leur droit à un recours effectif (cf. décision 09-D-36).

### Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8, alinéa 2, du Code de commerce<sup>34</sup>

#### *Injonction de cesser une pratique anticoncurrentielle et sa portée*

Dans l'**ordonnance Perigault du 22 juin 2010**, 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 rejeté la demande de sursis à l'exécution présentée par les sociétés Perrigault et TPO dans le cadre de leur recours contre la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

L'Autorité avait sanctionné, notamment, une pratique d'entente de partage de clientèle entre Perrigault, qui exerce une activité de manutention portuaire au Havre, et sa filiale à 50 % TPO, constituée avec la société danoise d'armement Maersk<sup>35</sup>. Cette dernière avait notamment dénoncé l'application extensive d'une clause de

34. « *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.* »

35. La décision de l'Autorité a été réformée par arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2011 (Perrigault), la cour ayant jugé que le grief de partage de clientèle n'était pas établi.

non-concurrence contenue dans l'acte fondateur de TPO, par laquelle Perrigault et TPO s'étaient entendues pour interdire à TPO de proposer son offre de manutention à des clients autres que Maersk, ce qui avait eu pour effet de faire disparaître toute pression concurrentielle de la part de TPO et, par conséquent, de limiter la concurrence entre manutentionnaires au détriment des armateurs. Pour assurer l'effectivité de l'entente de partage de clientèle, Perrigault faisait sous-traiter par TPO l'activité de manutention d'une de ses filiales en propre : cette sous-traitance contribuait à saturer les capacités de TPO et à l'empêcher efficacement de concurrencer les autres terminaux du Havre qui n'étaient pas couverts par la clause de non-concurrence. La décision avait ainsi clairement incriminé deux cas de sous-traitance portant sur deux lignes de manutention.

La demande de sursis portait sur la mise en œuvre de l'injonction par laquelle l'Autorité avait demandé aux deux entreprises en cause de cesser de mettre en œuvre l'entente de partage de clientèle et, en particulier, de cesser de faire une application extensive de la clause de non-concurrence. Sitôt la décision rendue, le plaignant Maersk avait adressé une mise en demeure à sa filiale TPO pour lui ordonner de mettre fin immédiatement à toute activité de sous-traitance pour le compte de la filiale de manutention de Perrigault : c'est cette démarche qui avait conduit les deux entreprises sanctionnées à demander la suspension de l'injonction.

Le magistrat délégué, suivant en cela l'analyse de l'Autorité, a retenu que les conséquences manifestement excessives invoquées par les requérantes se rattachaient, non pas à l'injonction prononcée, mais à l'interprétation erronée que Maersk avait donnée de cette injonction dans la sommation délivrée à TPO. Il a constaté que la demande de Maersk était manifestement excessive et dépassait les termes de l'injonction en ce qu'elle visait la sous-traitance dans son principe et non pas seulement dans les cas où elle présentait un caractère anticoncurrentiel en servant de support à l'entente de partage de clientèle. Les accords de sous-traitance n'étaient en réalité prohibés par l'injonction que s'ils concernaient des lignes non couvertes par la clause de non-concurrence ou s'ils n'étaient pas justifiés par l'incapacité de la filiale manutention de Perrigault, TN, de traiter les lignes concernées ou encore s'ils empêchaient TPO d'offrir ses services aux armateurs dans des conditions normales de concurrence. Les requérantes n'étaient donc pas tenues par la mise en demeure que leur avait adressée Maersk mais seulement par les termes de l'injonction de l'Autorité.

Le magistrat a encore vérifié que l'application de l'injonction aux deux cas de sous-traitance incriminés dans la décision n'aurait pas les conséquences manifestement excessives invoquées : il a rappelé que ces conséquences devaient être appréciées strictement, le demandeur au sursis devant « *prouver que sa situation est telle qu'[il] a dû se séparer de certaines de ses activités et qu'[il] peut être considér[é] comme proche du dépôt de bilan* » et constaté qu'en l'espèce les services concernés par les cas de sous-traitance, recensés dans la décision comme anticoncurrentiels, ne concernaient qu'une petite partie de l'activité de l'entreprise, et que le risque de difficulté de trésorerie invoqué par TPO comme devant résulter de sa baisse

d'activité entraînée par l'exécution de l'injonction n'était pas réel compte tenu des réserves de trésorerie dont disposait la société.

A été, par ailleurs, rejetée la suggestion du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi de faire droit à la demande de sursis au motif que la décision de l'Autorité était sujette à interprétation, le magistrat délégué rappelant que « *l'interprétation d'une décision de l'autorité relève du fond et ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure relative à une demande de sursis à exécution* » (cf. décision 10-D-13).

### Sur l'étendue des pouvoirs de la cour d'appel

#### *Impossibilité d'aggraver les sanctions prononcées à l'encontre des requérants (en l'absence de recours en ce sens du ministre)*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a rappelé qu'elle n'avait pas le pouvoir d'aggraver les sanctions prononcées par l'Autorité en l'absence de recours du ministre en ce sens (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>36</sup>, la cour a rejeté la demande de la société plaignante, défendeur au recours, tendant au prononcé d'une mesure de publication qui n'avait pas été prévue dans la décision de l'Autorité : « *La publication est une sanction complémentaire et [...] la décision déférée n'y recourant pas, il n'est pas permis à la cour d'y procéder en aggravant ainsi le sort des conseils de l'ordre condamnés.* » (cf. décision 09-D-07) (voir en ce sens : CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort).

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>37</sup>, la cour a déclaré irrecevable la demande des sociétés plaignantes qui lui demandaient d'enjoindre aux sociétés mises en cause des mesures complémentaires aux engagements que celles-ci avaient pris dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs (III de l'article L. 464-2 du Code de commerce). La cour a constaté que les engagements avaient été pris, non pas sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans le cadre d'une procédure d'engagements, mais sur le fondement du III de cet article, dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs. Elle a rappelé qu'en matière de non-contestation de griefs, l'Autorité s'assure du caractère crédible, substantiel et vérifiable des modifications de comportement proposées par l'entreprise et, en fonction de la qualité des engagements proposés, accorde une réduction de sanction à l'intéressée ou l'invite à prendre d'autres engagements, mais sans pouvoir lui donner d'injonctions : « *L'office de l'Autorité de la concurrence consiste notamment à s'assurer du caractère crédible, substantiel et vérifiable des modifications de comportement proposées par l'entreprise pour éviter à l'avenir des atteintes à la concurrence; que dans l'affirmative les conditions d'une réduction de la sanction sont réunies; que dans la négative l'Autorité pourra proposer à l'entreprise de prendre d'autres engagements répondant aux critères précités, et à défaut refuser le bénéfice de la non-contestation des griefs, avec comme conséquence un retour de l'affaire*

36. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

37. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

à l'instruction; qu'en tout cas dans ce cadre précis l'Autorité de la concurrence n'a pas le pouvoir de donner des injonctions.» La cour a estimé, par conséquent, que le champ de sa saisine étant délimité par le cadre juridique de la décision frappée de recours (non-contestation de griefs), elle n'avait pas le pouvoir d'imposer, au moyen d'injonctions, des engagements supplémentaires aux parties (cf. décision 09-D-06).

#### *Contrôle des sanctions prononcées dans le cadre de la procédure de clémence (IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce)*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a précisé l'étendue de son pouvoir de contrôle quant aux sanctions prononcées dans le cadre de la procédure de clémence. Elle a ainsi indiqué que le recours à la procédure de clémence, « qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confié [...] à l'Autorité de la concurrence [...], repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la cour d'appel de Paris ». En conséquence, elle a estimé qu'une entreprise bénéficiaire de la clémence et qui avait accepté une proposition de réduction de la sanction encourue de 10 à 30 %, moyennant divers engagements, était irrecevable à invoquer « une meilleure prise en compte de ses efforts [...] de réorganisation et de modernisation, destinés à rétablir le jeu normal de la concurrence » puisqu'il s'était agi « de l'exécution normale de son engagement vis-à-vis du Conseil ».

En revanche, la cour s'est estimée compétente pour vérifier la licéité de l'accord de clémence au regard du IV de l'article L. 464-2 et a jugé que cette disposition n'autorisait pas les parties à l'accord à prévoir un simple écrêtement de la sanction encourue, la loi prescrivant exclusivement une « exonération totale ou partielle » de la sanction prononcée : la sanction doit donc être évaluée en fonction des critères dégagés pour toutes les entreprises poursuivies et se voir ensuite appliquer un abattement, dans la fourchette convenue entre l'Autorité et l'entreprise. En l'occurrence, la cour a estimé que le Conseil s'était conformé à cette méthode dans sa décision (cf. décision 08-D-32).

#### *Contrôle des sanctions prononcées dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs (III de l'article L. 464-2 du Code de commerce)*

Dans le **même arrêt**, la cour a jugé que la procédure de non-contestation des griefs ne donnait pas lieu à un contrat entre l'Autorité et les entreprises. Ces dernières ayant contesté la réduction qui leur avait été proposée par le rapporteur général, il leur était donc loisible de contester au plein contentieux devant la cour d'appel l'insuffisante indulgence du Conseil (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>38</sup>, la cour a précisé qu'en matière de non-contestation de griefs, l'Autorité s'assure du caractère crédible, substantiel et vérifiable des modifications de comportement proposées par l'entreprise et, en fonction de la qualité des engagements proposés, accorde une réduction de sanction à l'intéressée ou l'invite à prendre d'autres engagements, mais sans pouvoir lui donner

38. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

d'injonctions. Le Conseil n'était donc pas tenu, en l'espèce, de constater que les engagements souscrits par une partie mise en cause dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs donnaient toutes les garanties d'une concurrence pleine et effective ou répondaient à toutes les préoccupations de concurrence. Il ne pouvait davantage exiger que les engagements soient de nature à mettre un terme définitif aux pratiques illicites. La cour d'appel a rappelé que le champ de sa saisine étant délimité par le cadre juridique de la décision frappée de recours, elle n'avait pas davantage de pouvoir à cet égard. En conséquence, elle a estimé qu'elle ne pouvait imposer aux sociétés mises en cause des injonctions venant renforcer les engagements pris par celles-ci devant le Conseil et a déclaré irrecevable la demande en ce sens des sociétés plaignantes (*cf.* décision 09-D-06).

### Sur le recours prévu par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie

Dans quatre arrêts, la cour a statué sur les recours formés par des sociétés requérantes, sur le fondement des dispositions transitoires prévues par l'alinéa 2 du IV de l'article 5 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, contre des ordonnances juridictionnelles ayant autorisé les opérations de visite et de saisie<sup>39</sup>. À chaque fois, elle a rejeté ces recours<sup>40</sup>.

*Sur l'irrecevabilité du recours formé par des entreprises auxquelles des documents saisis avaient été opposés, mais qui n'étaient pas visées par l'ordonnance et n'avaient donc pas personnellement fait l'objet des opérations de visite et de saisie*

Dans l'arrêt **Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>41</sup>, la cour a déclaré irrecevable le recours formé par deux entreprises auxquelles des documents saisis avaient été opposés, mais qui n'étaient pas visées par l'ordonnance et n'avaient donc pas personnellement fait l'objet des opérations de visite et de saisie : « *En dépit de la formulation du texte instituant le recours [...], sans précision quant aux personnes auxquelles il est ouvert, celles-ci ne peuvent être que les personnes visées par l'ordonnance ayant autorisé la saisie, puisqu'il ne s'agit que d'une modalité particulière de l'appel institué par l'article L. 450-4 du Code de commerce dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, destinée à réexaminer des autorisations intervenues dans des affaires n'ayant pas encore abouti à une décision définitive sur le fond.* » La cour a donc jugé que « *seules les personnes ayant subi une atteinte au caractère privé de leur domicile ou une mesure coercitive de saisie de documents personnels* » étaient en droit de critiquer les conditions dans lesquelles l'ordonnance d'autorisation avait été rendue.

<sup>39</sup>. 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.

<sup>40</sup>. Voir aussi CA Paris, 16 juin 2009, Colas Méditerranée (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt) (*cf.* décision 96-D-65).

<sup>41</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

La cour a précisé que « la personne mise en cause au moyen de pièces saisies au cours des opérations n'est pas [...] privée d'un accès équitable au juge, ayant le droit de discuter devant l'Autorité de la concurrence, puis éventuellement devant la cour d'appel de Paris le contenu et la portée des documents qui lui sont opposés » (cf. décision 09-D-25).

### *Sur le caractère effectif du recours ouvert par les dispositions transitoires*

Dans l'**arrêt Ponsaty du 5 janvier 2010**, la cour a jugé que le recours ouvert par les dispositions transitoires était un recours effectif au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *Même si la seule voie de recours permise à l'époque par l'article L. 450-4 du Code de commerce, à savoir le pourvoi en cassation, pouvait être regardée comme insuffisante pour assurer aux personnes concernées par de telles mesures un accès à un tribunal répondant aux exigences du procès équitable posées par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et cela nonobstant la possibilité de contester le déroulement des opérations devant le juge les ayant autorisées, la situation a changé depuis la réforme opérée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 ; qu'en effet, la cour d'appel de Paris saisie du recours en contestation de l'autorisation de visite et de saisie prévue par l'article 5 § IV de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 est tenue d'apprécier en fait et en droit la régularité de la décision du juge des libertés et de la détention au vu des éléments du dossier, ce qui constitue un contrôle juridictionnel effectif.* »

La cour a, par ailleurs, écarté l'argumentation selon laquelle le recours ouvert par les dispositions transitoires n'offrirait pas les garanties d'un procès équitable et impartial dans la mesure où, lors de son examen, la cour ne pourrait faire abstraction de la décision de sanction déjà prise par le Conseil de la concurrence. Elle a ainsi indiqué qu'elle pouvait examiner successivement le recours formé contre l'ordonnance d'autorisation et celui formé contre la décision rendue sur le fond sans porter atteinte à l'exigence d'impartialité<sup>42</sup>. Elle a observé, à cet égard, que la décision du Conseil n'était, par hypothèse, pas définitive au moment où elle statuait sur la régularité de l'ordonnance et que dénier la possibilité d'un procès équitable après une décision de condamnation frappée de recours revenait à empêcher tout jugement porté au second degré<sup>43</sup>. En définitive, la requérante, qui ne formulait aucune critique sur les conditions de fait ou de droit dans lesquelles le juge des libertés et de la détention s'était prononcé, a été déclarée mal fondée en sa demande d'annulation (cf. décision 09-D-03).

De même, dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a écarté l'argumentation selon laquelle le recours ouvert par ces dispositions transitoires ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la CEDH et ne permettait donc

42. Voir en ce sens CA Paris, 16 juin 2009, Colas Midi-Méditerranée : dans cet arrêt, la cour, saisie d'un recours contre l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie, avait jugé qu'elle pouvait statuer à la fois sur ce recours et sur le fond de l'affaire sans porter atteinte à l'exigence d'impartialité.

43. « Ce raisonnement est inopérant puisque la condamnation [...] par le Conseil [...] n'est pas définitive et qu'elle est remise en cause devant la Cour, qui pourra dès lors statuer valablement sur les deux recours, sans qu'il y ait atteinte à l'exigence d'impartialité ; qu'aucun principe ne fait obstacle à ce que le même juge examine successivement la régularité d'une étape de la procédure, puis l'affaire au fond ; qu'enfin dénier la possibilité d'un procès équitable après une décision de condamnation frappée de recours reviendrait à interdire de juger au second degré. »

pas de régulariser rétroactivement l'ordonnance du juge, d'une part, parce qu'ouvert après la décision de sanction du Conseil, il constituait un leurre ne garantissant ni le principe du recours effectif ni celui de l'égalité des armes et, d'autre part, parce que la cour d'appel de Paris allait se prononcer, dans la même composition, à la fois sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation et sur le fond de l'affaire, en violation du principe d'impartialité objective. La cour a confirmé que le recours ouvert par les dispositions transitoires, consistant à faire examiner *in concreto* le bien fondé de l'autorisation attaquée et pouvant aboutir à l'infirmité de cette décision et par suite à l'anéantissement des actes d'enquête avec toutes les conséquences sur les poursuites elles-mêmes, constituait bien un recours, « *certes différé, mais effectif et efficace* ». Elle a relevé que dans le domaine voisin des perquisitions fiscales, un tel dispositif transitoire de validation rétroactive avait été consacré par la Cour de cassation<sup>44</sup>. Pour repousser l'argumentation relative à l'impartialité de la cour, elle a jugé que « *le contrôle en fait et en droit de la régularité de l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie n'implique 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* »<sup>45</sup> (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>46</sup>, la cour, sur renvoi, a également confirmé le caractère effectif du recours ouvert par les dispositions transitoires de l'ordonnance du 13 novembre 2008. Il était objecté, là encore, que ce dispositif ne permettait pas de réparer l'absence de recours effectif au moment où les opérations de visite et saisie avaient été effectuées, que la nouvelle voie de recours était ouverte tardivement, et en tout cas après la décision de sanction prise par le Conseil dont la cour ne pouvait faire abstraction, et que l'entreprise n'avait pas été informée de l'existence de la voie de recours ouverte par les dispositions transitoires : « *S'il est vrai que le pourvoi en cassation qui était ouvert à la date de l'ordonnance déferée pouvait être regardé comme insuffisant pour lui assurer un accès à un tribunal répondant aux exigences du procès équitable posées par l'article 6 § 1 de la CESDH, tel n'est pas le cas désormais, dès lors que, préalablement saisie [...] en application des dispositions précitées de l'ordonnance du 13 novembre 2008 du recours en contestation de l'autorisation de visite et saisie, la cour d'appel de Paris est tenue d'examiner non plus seulement en droit mais aussi en fait, au vu des éléments concrets du dossier, la régularité de la décision d'autorisation de visite et de saisie ; [...] en dépit du prononcé entre-temps par le Conseil [...] d'une décision de condamnation, un tel recours satisfait cependant aux exigences de l'article 6 § 1 de la CESDH en ce qui concerne le droit à un procès équitable, dès lors qu'il revient seulement à la cour de vérifier, indépendamment de l'examen au fond de l'affaire et sans que cela implique pour autant une appréciation préalable de sa part sur le bien fondé des griefs et des sanctions, si le juge qui a autorisé les opérations de visite et saisies l'a fait dans des conditions prescrites par l'article 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu l'article L. 450-4 du Code*

44. Cass. com., 8 et 15 décembre 2009, 08-21.017 et 09-12.734.

45. Voir en ce sens, CA Paris, 16 juin 2009, Colas Midi-Méditerranée.

46. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

*de commerce, au vu de présomptions suffisantes d'une pratique anticoncurrentielle.* » La cour a relevé enfin que les modalités d'exercice du recours exceptionnel étaient clairement précisées à l'alinéa 2 du IV de l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui fait expressément référence à l'article L. 464-8 du Code de commerce, de sorte que la requérante n'était pas fondée à se prévaloir d'un défaut d'information contrevenant aux exigences de l'article 6 § 1 de la CESDH, d'autant qu'elle avait bien exercé ce recours (cf. décision 05-D-38).

La même argumentation a été écartée dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>47</sup>, la cour observant en particulier que *« la critique tenant à une prétendue rétroactivité injustifiée des nouvelles dispositions n'est pas pertinente de la part d'une personne qui se voit offrir une nouvelle possibilité de contester une décision de justice, auparavant définitive, lui faisant grief; que cela n'est pas contraire au principe de non-rétroactivité des lois nouvelles, fondé sur le souci de la sécurité juridique des citoyens, nullement affectée en l'espèce; qu'il n'y a ici aucune ingérence critiquable du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, mais au contraire une nouvelle garantie juridictionnelle accordée au justiciable, l'issue du nouveau recours pouvant être aussi bien l'annulation que la validation de la saisie administrative; [...] les incidences [du contrôle de la cour] à un stade trop avancé de la procédure qui aurait déjà produit des effets irréversibles pourraient le cas échéant engendrer une obligation de réparation, mais sont sans répercussion sur le caractère effectif du recours qui est susceptible d'aboutir à l'annulation des sanctions à la suite de l'annulation de l'autorisation de visite et de saisies; qu'en effet la condamnation de la société [...] n'est pas définitive, et se trouve remise en cause devant la cour; que de plus celle-ci statuera valablement sur les deux recours, sans que cela porte atteinte aux exigences du procès équitable, telle que l'impartialité et l'égalité des armes; qu'aucun principe ne fait obstacle à ce que le même juge examine successivement la régularité d'une étape de la procédure, puis l'affaire au fond; qu'enfin dénier la possibilité d'un procès équitable après une décision de condamnation frappée de recours reviendrait à anéantir le principe même du deuxième degré de juridiction, où les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant la décision frappée de recours [...] »* (cf. décision 09-D-25).

### *Sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et de saisie*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a jugé régulière l'ordonnance d'autorisation prise par le juge, estimant que ce dernier avait satisfait à son obligation de contrôle de la requête en s'assurant, d'une part, de sa recevabilité au travers la qualité des personnes ayant demandé l'autorisation et, d'autre part, de son bien fondé en appréciant le caractère suffisant des présomptions produites. Elle a estimé que le juge avait également satisfait à son obligation d'examen des pièces et de motivation de l'ordonnance. Enfin, elle a précisé, alors qu'était contestée la compétence des agents de la DGCCRF au motif que le traité CECA aurait été applicable aux faits de l'espèce<sup>48</sup>, que les pouvoirs d'investigation conférés par

47. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

48. Voir *supra*, même arrêt, « Sur la compétence de l'Autorité ».

la loi aux agents de la DGCCRF leur permettaient d'effectuer ces visites valablement, l'usage ultérieur des documents saisis ne déterminant pas la validité des opérations de perquisition (cf. décision 08-D-32).

De même, dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>49</sup>, la cour a confirmé la régularité de l'ordonnance d'autorisation, estimant que le juge avait satisfait à son obligation de contrôle de la requête qui lui avait été présentée dans les conditions fixées par les dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce<sup>50</sup>, en s'assurant de sa recevabilité et de son bien fondé au regard au caractère suffisant des présomptions produites. Elle a précisé que *« les visites et saisies autorisées [...] ne présentaient pas un caractère disproportionné par rapport au trouble à l'ordre public économique engendré par une entente comme celle alors suspectée dans le secteur des travaux ferroviaires »*.

La cour a estimé, par ailleurs, que l'ordonnance satisfaisait à l'exigence de précision de l'objet des visites et saisies autorisées en ce qu'elle autorisait la saisie de *« tous documents nécessaires à la recherche de la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 1, 2 et 4 de l'article L. 420-1 du Code de commerce et 81-1 du traité de Rome relevés dans le secteur de la construction et régénération des voies ferrées ainsi que toute manifestation de cette concertation prohibée »* et qu'elle autorisait des visites dans des lieux limitativement énumérés, correspondant aux locaux d'entreprises œuvrant dans ce secteur et de leur syndicat professionnel. Ainsi, l'ordonnance n'était ni globale ni indéterminée même si elle débordait légitimement le cadre des chantiers particuliers cités à titre d'exemples et de présomptions des pratiques suspectées. Les parties ne pouvaient donc soutenir que la décision de l'Autorité s'appuyait sur des pièces saisies n'entrant pas dans le champ de l'ordonnance (cf. décision 09-D-25).

Voir aussi, en ce sens, **arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>51</sup> (cf. décision 05-D-38).

## Sur le fond

### *Sur la définition du marché pertinent*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a entériné la délimitation retenue par le Conseil du marché français du négoce des produits aciers au carbone (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>52</sup>, la cour a estimé que le Conseil avait, à juste raison, retenu le marché, dominé par la SNCM, de la desserte maritime de la Corse au départ de Marseille alors que la SNCM défendait la définition d'un marché global de la desserte maritime de la Corse, au départ des ports français et

49. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

50. L'article L. 450-4, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'ordonnance litigieuse disposait que *« le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée; cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite »*.

51. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

52. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

italiens, marché sur lequel elle n'aurait pas été en position dominante. Le marché retenu était celui qui était délimité par l'appel d'offres à l'occasion duquel la SNCM avait mis en œuvre la pratique abusive reprochée. Le grief visant exclusivement le comportement de la SNCM dans sa réponse à cet appel d'offres, il n'était pas nécessaire d'examiner la position de cet opérateur sur un autre marché plus large ou connexe dès lors que sa domination était démontrée pour le marché concerné (*cf.* décision 09-D-10).

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a confirmé les délimitations retenues par l'Autorité dans sa décision. Le marché de produits avait été défini comme celui de la fourniture d'électricité aux clients « petits professionnels » éligibles (ceux auxquels la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 avait permis d'acheter leur électricité auprès du ou des fournisseurs de leur choix, à un prix déterminé par le marché et non à un tarif réglementé). La cour a rappelé que « *le marché se définit comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique ; que sur un marché donné, 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* ». Au plan géographique, le marché pertinent comprend « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes, et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* ». En l'espèce, le marché géographique pertinent était la zone desservie par le réseau de distribution de l'électricité de Grenoble : les clients professionnels situés dans la zone de desserte de la société Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) ne pouvaient acheter de l'électricité qu'auprès de cette dernière, fournisseur exclusif d'électricité au tarif réglementé sur sa zone, ou, au prix du marché, auprès de fournisseurs alternatifs qui avaient conclu un contrat d'accès au réseau de distribution géré en monopole par GEG pour acheminer leur électricité jusqu'au client final (*cf.* décision 09-D-14).

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>53</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a confirmé la définition du marché national du transport public urbain de voyageurs et la situation d'oligopole occupée, au moment des faits, par les trois sociétés en cause – Keolis, Connex (devenu Veolia) et Transdev – avec environ 60 % du marché (*cf.* décision 05-D-38).

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>54</sup>, la cour a avalisé l'analyse de l'Autorité qui avait délimité trois marchés : celui des services de téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane sur lequel France Télécom était en position dominante ; celui des services de téléphonie mobile dans cette même zone sur lequel Orange Caraïbe, filiale de téléphonie mobile de France Télécom pour la zone Antilles-Guyane, unique offreur, était en position dominante ; enfin, le marché de gros de

53. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

54. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

la terminaison d'appels mobiles sur lequel Orange Caraïbe était également en position dominante pour les appels à destination de son propre réseau : « *Chaque opérateur de réseau mobile, en monopole sur la terminaison d'appels sur son propre réseau, est en position dominante sur ce marché; que ce monopole de fait résulte de la nécessité, pour tout opérateur, de permettre à ses clients d'appeler leurs interlocuteurs quel que soit le réseau auquel ils appartiennent; que cette nécessité commerciale est d'ailleurs conforme à la réglementation résultant de l'article L. 34-8 du Code des postes et télécommunications électroniques aux termes duquel les opérateurs de télécommunications sont tenus de terminer les appels quel que soit le réseau de destination [...].* »

La cour a précisé que lorsque la segmentation d'un marché n'apporte aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée (lorsque celle-ci occupe la même position quelle que soit la segmentation retenue), il n'est pas nécessaire de procéder à une telle segmentation. Le fait de retenir un marché pertinent plus large n'interdit pas de constater les effets des pratiques mises en œuvre sur certains segments de ce marché (cf. décision 09-D-36).

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, relatif à la décision par laquelle l'Autorité avait sanctionné une entente entre deux fabricants de tables d'opération lors de marchés passés par les établissements hospitaliers français, la cour a entériné la délimitation d'un marché français des tables à plateau non transférable et à plateau transférable (cf. décision 10-D-04).

Dans l'**arrêt Euro Power Technology du 2 décembre 2010**, la cour a confirmé le rejet, faute d'éléments suffisamment probants, de la saisine de la société Euro Power Technology et, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires qui lui était jointe. La plainte visait EDF et deux de ses filiales et concernait le secteur de la valorisation électrique du biogaz. La cour a confirmé l'analyse de l'Autorité sur la délimitation des marchés concernés : marché de la fourniture et de l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz et celui, connexe, de la production et de la fourniture d'électricité aux clients finals, petits professionnels et résidentiels, sur lesquels EDF était susceptible de détenir une position dominante (cf. décision 10-D-14).

### *Sur les pratiques d'entente*

#### Sur les ententes horizontales

##### *Cartel*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a statué sur les recours formés contre la décision par laquelle, en 2008, le Conseil de la concurrence avait sanctionné onze entreprises de négoce de produits sidérurgiques ainsi que le syndicat majoritaire de la profession, la Fédération française de distribution des métaux, pour avoir mis en place, sous couvert d'activité syndicale, entre 1999 et 2004, une entente sur les prix, sur la répartition des marchés et des clients ainsi qu'un échange régulier d'informations stratégiques. Cette entente était

remarquable, non seulement par son ampleur, mais aussi par son organisation extrêmement sophistiquée, qui reposait sur l'organisation de réunions, spécialisées par produits, au niveau local, régional et national, la multiplicité de référentiels tarifaires, la mise en place d'instances de contrôle et de soutien, l'instauration d'un suivi régulier des pratiques et la définition d'une échelle de sanctions en cas d'infractions aux règles fixées.

Si la cour a procédé à une importante réduction des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil (voir *infra*), elle a validé l'essentiel des analyses suivies, en ce qui concerne la qualification des pratiques d'entente et la participation des entreprises requérantes à ces pratiques<sup>55</sup>.

Reprenant les motifs du Conseil qui avait rappelé les exigences posées par la jurisprudence communautaire et nationale concernant le standard de preuve relatif à l'adhésion à une entente complexe et continue et à la preuve d'une entente horizontale, la cour a rappelé que *« l'accord de volonté d'une entreprise partie à l'entente est démontré par sa participation à au moins une réunion ayant un objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit nécessaire de constater la mise en œuvre effective des décisions prises ni de démontrer les effets concrets de cette entente, lesquels seront pris en considération pour la détermination des sanctions »* et que *« l'existence et l'effectivité d'une entente, compte tenu de son caractère intrinsèquement occulte, ne doivent pas être nécessairement établies par des documents formalisés, datés ou signés, mais au moyen d'indices variés qui lorsqu'ils sont recoupés, constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes (Cass. com., 8 décembre 1992, Phibor) »* (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>56</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a pour la deuxième fois rejeté le recours formé contre la décision dans laquelle le Conseil avait sanctionné trois entreprises de transport en situation d'oligopole – Keolis, Connex (devenu Veolia) et Transdev – pour s'être concertées, au niveau national, entre 1996 et 1998, en vue de se répartir le marché du transport public urbain de voyageurs. Le Conseil – et après lui, la cour d'appel dans un premier arrêt<sup>57</sup> – avaient retenu une entente tripartite organisée au plan national, reposant sur des rencontres bilatérales concernant des marchés locaux<sup>58</sup>, entre Keolis et Connex (Veolia) d'une part, et entre Keolis et Transdev d'autre part, Keolis qui avait participé aux deux niveaux d'échanges bilatéraux étant considéré comme le pivot de l'entente et le coordonnateur de la stratégie d'ensemble.

La Cour de cassation avait censuré cette analyse<sup>59</sup>. Accueillant un moyen défendu par Veolia, elle avait jugé que n'étaient pas caractérisés les éléments permettant de retenir la participation de cette société à une entente à trois : la cour s'était expressément fondée sur les arrêts Anic et Aalborg Portland de la CJCE (res-

55. Deux entreprises seulement contestaient leur participation aux pratiques d'entente.

56. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

57. CA Paris, 7 février 2006, Transdev.

58. L'entente nationale avait eu plusieurs applications au plan local qui avaient fait l'objet de griefs : le Conseil n'avait toutefois pas sanctionné ces ententes locales en tant que telles, mais les avait examinées pour vider sa saisine et étayer sa démonstration de l'entente nationale.

59. Arrêt Veolia Transport du 9 octobre 2007.

pectivement, 8 juillet 1999 et 7 janvier 2004) en énonçant que « *la participation d'une entreprise à une entente globale, impliquant d'autres entreprises que celles avec laquelle elle s'est directement concertée, n'est établie que s'il est démontré que l'entreprise en cause a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque* ». Si la cour n'avait donc pas avalisé le caractère tripartite de l'entente, elle avait confirmé l'existence de deux ententes bilatérales au niveau national (entre Connex [Veolia] et Keolis d'une part ; entre Keolis et Transdev d'autre part) et n'avait pas remis en cause l'existence des ententes locales mises en œuvre par les trois sociétés de transport dans le prolongement des pratiques concertées au niveau national.

La cour d'appel de renvoi a rejeté le recours de Veolia, mais sans pour autant confirmer l'analyse du Conseil relative à l'entente tripartite reposant sur deux ententes bilatérales avec une entreprise « pivot » participant aux deux niveaux d'échanges. Elle a jugé, en effet, que si le faisceau d'indices graves, précis et concordants retenu par le Conseil démontrait bien que les trois entreprises s'étaient entendues deux par deux, de manière bilatérale, pour coordonner, de manière explicite, au niveau national, leurs comportements en vue de l'attribution des marchés (et qu'en particulier, la participation de Connex (Veolia) à une entente au niveau national était établie), elle a estimé, en revanche, que la participation de Keolis (l'entreprise pivot) à une entente à trois n'était pas démontrée au regard du standard énoncé par la Cour de cassation.

En revanche, la cour a approuvé le Conseil d'avoir retenu que les trois entreprises mises en cause s'étaient concertées « *pour coordonner, de manière explicite, au niveau national, leurs comportements en vue de l'attribution des marchés* ». Elle a relevé l'existence d'indices de concertation concernant des contacts bilatéraux entre les entreprises, ainsi que celle d'indices relatifs à la surveillance des marchés et la possibilité de représailles venant assurer la stabilité et la pérennité du cartel et qui mettaient en évidence le rôle joué par les sociétés mères au niveau national, dans le dispositif. Plusieurs éléments montraient que les entreprises avaient non seulement utilisé les possibilités offertes par les caractéristiques du marché pour vérifier leur soumission réciproque à la ligne de conduite commune mais avaient aussi agi pour améliorer cette vérification et, lorsque des événements imprévus étaient venus troubler « le jeu », avaient étudié effectivement la possibilité de représailles. La cour a précisé qu'« *en raison de l'emploi de la méthode du faisceau d'indices, il n'y a pas lieu de déterminer si, pris séparément, chacun des éléments retenus comme indice a un caractère probant* ».

S'agissant des effets de l'entente, la cour a d'abord relevé que le Conseil, dès lors qu'il avait démontré l'entente ayant un objet anticoncurrentiel, n'était pas tenu de caractériser par surcroît les effets des pratiques, ni *a fortiori* de chiffrer ces effets. Elle a approuvé l'analyse du Conseil qui avait néanmoins relevé que l'entente avait permis aux entreprises de préserver leurs positions respectives et d'empêcher la

concurrence des autres entreprises et qu'elles avaient affecté le niveau des prix du transport urbain : même si cet impact s'était avéré difficile à chiffrer, la cour a observé qu'« *une concurrence faussée par des ententes de répartition de marchés entraîne nécessairement une pression moindre sur les entreprises pour qu'elles fassent des efforts de prix* ».

La cour a confirmé également que Veolia avait participé à une entente locale à Bordeaux avec Keolis, en profitant d'une offre de couverture déposée par cette dernière à son profit. Elle a estimé, par ailleurs, que l'existence d'un cartel national associant les trois entreprises rendait inutile la vérification de l'existence d'ententes particulières sur certains des marchés locaux où ces entreprises étaient présentes, de telles ententes locales n'étant pas dissociables de la pratique générale du cartel national dont elles n'étaient que l'aboutissement : le fonctionnement général du cartel n'exigeait pas qu'il soit doublé d'une entente locale sur un marché particulier. Seuls les cas dans lesquels le cartel rencontrait des difficultés justifiant que ces ententes locales soient examinées. La cour a estimé que même si l'existence d'une entente tripartite dont Keolis aurait été le pivot n'était pas établie, les ententes locales n'en demeuraient pas moins des applications des ententes bilatérales, notamment entre Keolis et Connex (Veolia).

#### *Concertations mises en œuvre au sein d'organismes professionnels (consignes de boycott)*

Dans l'**arrêt Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>60</sup>, la cour a confirmé entièrement la décision de sanction prise contre le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et plusieurs de ses conseils départementaux qui avaient exercé des pressions sur les chirurgiens-dentistes, afin qu'ils boycottent un partenariat passé avec une société de services intervenant pour des compagnies d'assurances et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé et qui avait développé, en matière de soins dentaires, un réseau de chirurgiens-dentistes partenaires qui s'engageaient sur un certain nombre d'actions visant à la modération des tarifs et au développement de services pour les patients. La cour, qui a adopté l'analyse du Conseil, a estimé que le grief d'entente – d'ailleurs non contesté – était établi à l'encontre des instances ordinales qui avaient diffusé une interprétation sciemment inexacte de la portée d'un accord passé avec la société de services afin d'inciter ses adhérents à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion à l'accord et d'évincer du marché la société concernée. La cour a écarté l'argumentation des instances requérantes qui arguaient du comportement répréhensible de la société plaignante : « *L'attitude des différents acteurs d'un marché, à la supposer répréhensible, n'excuse pas et n'atténue même pas la portée des perturbations occasionnées par les autres entreprises ou organismes du même marché, sauf à modérer les sanctions prononcées.* » (cf. décision 09-D-07).

<sup>60</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

### *Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges*

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>61</sup>, la cour d'appel a confirmé entièrement la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné les trois leaders mondiaux du travail temporaire (Adecco, Manpower et VediorBis devenu Randstad), pour s'être entendus, en 2003 et 2004, afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients «grands comptes»<sup>62</sup>. Les entreprises coordonnaient régulièrement leur politique commerciale et tarifaire en échangeant des informations (sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou sur le niveau des rétrocessions d'allègements de charge aux entreprises utilisatrices). Elles avaient aussi, par ailleurs, échangé sur le montant de leurs offres à l'occasion d'un appel d'offres.

Manpower, seule à avoir contesté les faits, soutenait que le Conseil avait tiré profit de ce que les autres entreprises avaient renoncé à contester les griefs, pour considérer comme établie l'existence de l'entente. Elle contestait, par ailleurs, le bien fondé des griefs, déniait le caractère probant des pièces retenues à son encontre, et prétendait que les effets de l'entente n'avaient pas été démontrés.

La cour a confirmé que les autres entreprises ayant renoncé à contester les griefs et n'ayant ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique, ni leur imputabilité, le Conseil avait justement décidé que seule la question de la participation de Manpower à l'entente avait à être discutée. Elle a confirmé la participation de cette société, aux côtés d'Adecco et VediorBis, à une pratique concertée ayant pour objet ou pour effet d'éviter une compétition par les prix, au moyen de discussions et d'une coordination portant sur divers paramètres de la relation commerciale entre entreprises utilisatrices et entreprises de travail temporaire.

La cour a rappelé «*qu'à défaut de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, une pratique anticoncurrentielle peut être établie par un faisceau d'indices précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction*» et «*qu'en raison de l'emploi de la méthode du faisceau d'indices, il n'y a pas lieu [...] de déterminer si, pris séparément, chacun de ces éléments a un caractère probant [...]*». Elle a estimé que les éléments sur lesquels le Conseil s'était fondé (courriers, notes manuscrites et comptes rendus de réunions) constituaient un tel faisceau. Elle a encore rappelé que «*l'exigence d'autonomie des opérateurs économiques s'oppose "à toute prise de contact directe ou indirecte [...] ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché" (CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie ; TPICE, 17 décembre 1991, Hercules Chemicals)*». La cour a encore jugé que le Conseil, ayant démontré l'existence de pratiques présentant un objet anticoncurrentiel, n'était pas tenu de caractériser de surcroît les effets des pratiques (cf. décision 09-D-05).

61. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

62. Entreprises faisant appel de manière régulière et importante à l'intérim.

### Standard de preuve

Dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>63</sup>, la cour a confirmé pour l'essentiel la décision de sanction prise contre cinq sociétés qui s'étaient entendues, en échangeant des informations avant l'ouverture des plis, à l'occasion de marchés passés par la SNCF pour la « régénération » de voies ferrées.

La cour a estimé que les pratiques d'entente étaient établies à l'égard de quatre des cinq requérantes. Elle a rappelé que *« tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun ; 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, mais s'oppose 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 ; qu'ainsi, lors d'un appel à la concurrence, tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude quant au comportement du concurrent, incertitude qui pousse les opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché »*. Pour répondre à la critique des requérantes selon laquelle ne pouvaient être incriminés des échanges d'informations antérieurs à *« l'ouverture des plis »*, la cour a relevé que l'ouverture des plis avait eu lieu presque concomitamment à la date limite de dépôt des offres de sorte que, si une information échangée ne pouvait pas être rattachée aux résultats des offres, c'est qu'elle était probablement antérieure au dépôt des offres.

La cour a estimé que la participation aux faits de quatre entreprises était établie à suffisance au vu des indices retenus par le Conseil qui montrait l'existence d'échanges d'informations entre les entreprises lors des marchés en cause (indices documentaires saisis, déclarations...). Elle a rappelé, à cette occasion, que *« la preuve d'une pratique anticoncurrentielle par échanges d'informations ne nécessite pas la démonstration d'un acte positif d'échange, tel qu'une rencontre ou une réunion, d'autant plus qu'une prise de contact peut être orale et ne pas laisser de trace ; que la preuve d'une entente de cette nature peut donc être apportée par la présomption résultant d'indices graves, précis et concordants ; qu'il y a donc lieu de vérifier, pour chacune des sociétés sanctionnées [...], si concrètement les indices recueillis constituent une preuve suffisante de sa participation »* et que *« la caractérisation du grief requiert seulement la démonstration que l'entreprise à laquelle il est imputé a volontairement émis à destination d'une entreprise concurrente, ou reçu d'elle, des informations sensibles de telle sorte que la concurrence pouvait en être faussée »*. En revanche, les indices retenus à l'encontre d'une cinquième entreprise n'ont pas paru suffisants à la cour pour constituer la preuve de sa participation à un échange d'informations anticoncurrentiel (cf. décision 09-D-25).

<sup>63</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a confirmé la décision par laquelle avaient été sanctionnées quatre entreprises pour une entente commise lors d'un marché passé pour l'électrification rurale et l'éclairage public en Corse. Une seule des entreprises sanctionnées avait formé un recours et contestait le caractère probant des deux documents retenus à son encontre par l'Autorité. La cour a estimé qu'avait été démontrée l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants révélant un échange d'informations auquel avait participé la requérante, antérieurement au dépôt des offres des entreprises, de même que la remise par la requérante d'une offre de couverture destinée à favoriser un concurrent. Elle a rappelé « *qu'à défaut de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, une pratique anticoncurrentielle peut être établie par un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction et qu'en raison de l'emploi de cette méthode du faisceau d'indices il n'y a pas lieu [...] d'examiner si, pris séparément, chacun de ces éléments a un caractère probant* » (cf. décision 09-D-34).

### Entente au sein d'un même groupe

Dans l'**arrêt Aaction Dem du 11 mai 2010**, la cour a, pour l'essentiel, confirmé la décision de sanction prise contre une vingtaine d'entreprises de déménagement qui avaient fourni des devis de complaisance à des militaires. Ces derniers, pour obtenir le remboursement de leur frais de déménagement lors de mutations, devaient fournir à leur administration plusieurs devis concurrents. Les entreprises s'étaient en fait réparti amiablement le marché, chacune ayant émis des devis de couverture et bénéficié, en retour, de semblables devis établis par des concurrents. La cour a jugé que les pratiques d'entente étaient établies à l'encontre des intéressés. Elle a constaté que l'Autorité s'était fondée sur des éléments probants (preuve directe, indices matériels résultant d'anomalies ou d'incohérences apparaissant sur les devis [fautes d'orthographe identiques sur des devis théoriquement concurrents...], antériorité des devis moins disants, déclarations) pour retenir l'implication des entreprises. Elle a écarté l'argumentation des déménageurs qui expliquaient qu'ils avaient remis des devis de complaisance à la demande de leurs clients militaires, ceux-ci souhaitant s'épargner des démarches auprès de plusieurs entreprises de déménagement : la cour a rappelé que « *le comportement des clients ne rend pas licite une pratique anticoncurrentielle* », relevant en outre que les militaires demandeurs des devis n'étaient pas véritablement les clients puisque les frais de déménagement étaient payés en définitive par l'administration.

La cour a écarté également l'argumentation de trois sociétés appartenant à un même groupe, qui contestaient qu'il puisse y avoir entente entre elles au motif qu'elles ne bénéficiaient d'aucune autonomie par rapport à leur actionnaire commun. Elle a rappelé que si une entente suppose un concours de volontés indépendantes émanant d'opérateurs économiques distincts<sup>64</sup>, il en va autrement en matière de marchés faisant appel à la concurrence lorsque des entreprises soumises à un

64. « Pour établir des comportements anticoncurrentiels de concertation, il faut effectivement que soit démontré un accord de volontés entre au moins deux opérateurs économiques différents. »

contrôle commun se présentent comme étant apparemment concurrentes <sup>65</sup> : « *Si des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers déposent, lors d'un appel à la concurrence, des offres distinctes, elles sont censées, puisqu'elles doivent respecter le droit de la concurrence, ne pas s'être concertées et s'être comportées en opérateurs indépendants.* » Par conséquent, « *si elles ont néanmoins agi de concert, leur comportement entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce [...].* » Dès lors, peu importaient en l'espèce les liens structurels et capitalistiques existant entre les trois sociétés puisqu'en présentant sciemment des devis en opposition avec une société du même groupe, chacune s'était prévalu de son autonomie vis-à-vis d'un client fondé à s'en tenir à l'apparence découlant de personnalités morales distinctes.

La cour a constaté que la concertation avait nécessairement fait obstacle à une véritable mise en concurrence, garante de la juste fixation des prix dans l'intérêt des consommateurs. Elle a relevé qu'indépendamment de la question du niveau des prix proposés par les entreprises qui avaient participé aux pratiques, les échanges d'informations préalables et l'établissement de devis de couverture avaient bien pour objet et pouvaient avoir pour effet d'empêcher la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. La cour a précisé enfin que la caractérisation d'une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce ne nécessite pas l'existence d'une plainte d'un concurrent empêché d'accéder au marché (cf. décision 09-D-19).

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a rejeté les recours formés contre la décision par laquelle l'Autorité avait sanctionné une entente entre deux fabricants de tables d'opération, leaders du marché européen et appartenant au même groupe, lors de marchés passés par les établissements hospitaliers français. Il était reproché aux deux fabricants d'avoir présenté des offres séparées, apparemment indépendantes mais qui étaient établies, en réalité, par un même service commercial, né de la fusion des équipes commerciales des deux entreprises intervenue à l'occasion d'une opération de concentration, et d'avoir recouru à divers stratagèmes, pour faire croire à l'autonomie des offres et des entreprises. La cour a rappelé que « *l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre des entreprises en matière de marchés publics sur appels d'offres est établie dès lors qu'il est démontré qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres ou qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date à laquelle le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être.* » Elle a également rappelé que « *lorsque des entreprises appartenant à un même groupe interviennent dans le cadre de procédures de mise en concurrence, le dépôt d'offres distinctes manifeste leur autonomie commerciale ainsi que l'indépendance de ces offres : [...] cependant ces offres ne sont plus indépendantes s'il apparaît qu'elles ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles et que, dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence, pratique qui a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel.* » La cour a estimé que, contrairement à ce qui était soutenu, on ne pouvait considérer que les acheteurs publics avaient

65. En ce sens, CA Paris, 4 juillet 1990, société Razel; 20 novembre 1992, société nationale de construction Quillery; 18 novembre 2003, Signaux Laporte.

eu connaissance des liens entre les deux sociétés : il n'était pas établi que celles-ci avaient, lors du dépôt de leurs offres, clairement informé les centres hospitaliers de la nature des liens qui les unissaient ainsi que du fait que leurs offres étaient établies en commun et qu'elles avaient communiqué entre elles pour les établir et l'existence de diverses manœuvres montrait bien que les entreprises avaient véritablement cherché à tromper les acheteurs publics (les réponses étaient souvent rédigées sur des papiers à en-tête différents dissimulant les liens directs entre les sociétés et comportaient des signataires différents ; les intéressées avaient entretenu vis-à-vis des acheteurs publics l'apparence d'une localisation distincte en donnant des adresses correspondant à leur siège social respectif alors que ces adresses distinctes n'avaient aucune justification concrète puisque la distribution des produits était confiée à l'une seulement des sociétés). La cour a également écarté l'argumentation selon laquelle les entreprises auraient été contraintes de présenter des soumissions séparées du fait des engagements pris par le groupe devant le ministre dans le cadre de l'autorisation de la concentration, et notamment celui de constituer une force de vente commune : la cour a relevé qu'aucun élément ne permettait de conclure que la fusion des équipes commerciales avait été rendue obligatoire dans le cadre de la procédure d'autorisation de la concentration et qu'en supposant même que cette fusion était rendue nécessaire par les opérations de restructuration ou d'autres considérations commerciales, les deux sociétés n'auraient pas pour autant été dans l'obligation d'adopter un comportement anticoncurrentiel dès lors qu'elles auraient pu ne déposer qu'une seule offre.

La cour a approuvé l'Autorité qui, conformément à sa pratique décisionnelle et à la jurisprudence<sup>66</sup>, avait écarté le principe de l'immunité des ententes intra-groupe. Selon ce principe, consacré par les juridictions européennes, la prohibition des ententes prévue à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'est pas applicable aux accords passés entre sociétés du même groupe, formant une même unité économique, qui ne disposent pas d'une réelle autonomie sur le marché<sup>67</sup>. Toutefois, ce principe souffre une exception en matière de procédure de mise en concurrence. Lorsque des entreprises appartenant à un même groupe déposent des offres distinctes à l'occasion de procédures de mise en concurrence, elles manifestent leur autonomie commerciale et se présentent comme des entreprises concurrentes, et dès lors, quels que soient les liens juridiques et financiers les unissant, elles sont tenues de respecter les règles de la concurrence : « *Comme l'a exactement relevé l'Autorité, concernant les comportements d'entreprises appartenant à un même groupe à l'occasion de procédures de mise en concurrence [...] il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale de présenter des offres distinctes et concurrentes à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ou de renoncer à cette autonomie [...] et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de*

66. Voir CA Paris, SEE Camille Bayol, 9 novembre 2004 ; Signaux Laporte, 18 novembre 2003 ; Aaction DEM, 11 mai 2010.

67. Voir CJCE, 14 juillet 1972, ICI c/Commission, C-48/69 ; 24 octobre 1996, Viho c/Commission.

*ne déposer qu'une seule offre; qu'en revanche, en déposant des offres séparées, des entreprises manifestent leur autonomie commerciale et choisissent ainsi de se présenter lors des appels d'offres comme des entreprises concurrentes et [...] dès lors, quels que soient les liens juridiques et financiers les unissant, elles étaient tenues de respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises, ce qui excluait qu'elles puissent présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente.»*

La cour a également suivi l'Autorité en estimant que si les juridictions communautaires n'ont pas consacré cette exception au principe de l'immunité intragroupe dans les affaires d'appels à la concurrence, cela ne résulte pas d'une opposition à la pratique décisionnelle de l'Autorité et à la jurisprudence des juridictions françaises, mais seulement du fait que ces juridictions n'ont pas eu, jusqu'à présent, à connaître de pratiques d'entente mises en œuvre par les entreprises liées entre elles à l'occasion d'appels à la concurrence.

En définitive, la cour a jugé que les deux entreprises, en déposant des offres distinctes, avaient «*manifesté, auprès des acheteurs publics, leur autonomie commerciale et l'indépendance de leurs offres, [s'étaient] entendues [...] pour présenter des soumissions séparées mais qui étaient en réalité fictivement indépendantes par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises et qu'elles [avaient] bien trompé les responsables des différents appels d'offres sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence*». Les pratiques avaient faussé le jeu de la concurrence sur le marché en donnant aux acheteurs publics une appréciation erronée de l'état de cette concurrence et elles n'avaient pu être sans effet eu égard à la part de marché cumulée des deux entreprises, supérieure à 85 % (cf. décision 10-D-04).

### Constitution de groupements non justifiés

Dans l'**arrêt Ponsaty du 5 janvier 2010**, la cour a rejeté les recours formés contre la décision de sanction prise contre six entreprises de transports de voyageurs qui avaient réparti entre elles, avant le dépôt de leurs offres, les lots d'un marché de transport scolaire lancé dans le département des Pyrénées-Orientales, notamment en constituant des groupements non justifiés économiquement et en empêchant la constitution de groupements concurrents. Deux entreprises seulement contestaient cette décision. La cour a estimé que le Conseil avait suffisamment démontré «*la participation consciente*» de ces entreprises aux pratiques d'entente anticoncurrentielle par des échanges d'informations et la coordination des offres antérieurement au dépôt de ces offres, qui avaient conduit à limiter l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence entre entreprises ainsi qu'à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. Cette démonstration reposait sur des indices sérieux et concordants – constitués d'éléments matériels (plusieurs documents saisis dans les entreprises) et de déclarations de dirigeants d'entreprises – d'échanges d'informations entre concurrents avant le dépôt de leurs offres en vue de la répartition des lots et de la constitution d'un seul groupement par lot. La concertation élaborée pour le premier appel d'offres avait été prolongée lors de la procédure de marché négociée mise en place après que le premier appel d'offres eut été déclaré infructueux.

La cour a rappelé que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements en vue de présenter une réponse commune à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi au regard des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, mais qu'elle peut avoir un effet anticoncurrentiel « *si elle provoque une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou masque une entente anticoncurrentielle relative aux prix ou à la répartition des marchés* ». Elle a précisé, de même, que, pour des entreprises, rechercher les meilleures chances de se retrouver attributaire des circuits déjà exploités n'était pas répréhensible en soi sauf lorsque les moyens employés faussent la concurrence.

La cour a approuvé l'analyse du Conseil selon laquelle les groupements constitués, non justifiés économiquement, présentaient un caractère artificiel et avaient fait obstacle au libre jeu de la concurrence. Si la plupart des entreprises concernées n'auraient pu se présenter seule sur un lot du fait de leur flotte restreinte de véhicules, les moyens requis pour chaque lot ne justifiaient pas toujours autant d'entreprises dans un groupement unique : le surdimensionnement des groupements constaté ne pouvait s'expliquer uniquement par le fait que les entreprises se positionnaient en général sur plusieurs lots mais révélait leur volonté d'être présentes sur de multiples lots sans se concurrencer entre elles. De plus, certaines entreprises qui auraient pu se présenter seules ne l'avaient pas fait car « *ce n'était pas l'état d'esprit des transporteurs* ». Cette pratique était apparue aussi comme un moyen de neutraliser des offres concurrentes : la constitution de groupements rassemblant la quasi-totalité des transporteurs disposant d'implantations locales avait entravé les possibilités pour des transporteurs extérieurs de se grouper avec eux et de pouvoir ainsi, en zone montagneuse, présenter des offres compétitives (cf. décision 09-D-03).

### Sur les ententes verticales

#### *Distribution exclusive*

Dans l'arrêt **Expedia du 23 février 2010**<sup>68</sup>, la cour a rejeté les recours formés contre la décision relative à des pratiques de la SNCF et de la société Expedia dans le secteur de la vente de voyages en ligne. Le Conseil de la concurrence, saisi par des agences de voyages en ligne, avait sanctionné plusieurs abus de position dominante mis en œuvre par la SNCF, ainsi qu'une entente entre la SNCF et la société Expedia : la SNCF, en monopole légal sur le transport ferroviaire de voyageurs, avait favorisé sa filiale de voyage en ligne – l'agence VSC – créée en partenariat avec Expedia, leader mondial de la vente de voyages en ligne, et ce au détriment des agences de voyages en ligne concurrentes. La décision du Conseil était attaquée par Expedia<sup>69</sup> qui contestait s'être entendue avec la SNCF et réclamait le bénéfice de la règle *de minimis*. La décision était également contestée par un des plaignants qui estimait que les engagements pris par la SNCF n'étaient pas suf-

68. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

69. La SNCF n'avait pas contesté les griefs et pris des engagements.

fisants pour mettre fin aux pratiques d'entente et demandait à la cour d'enjoindre aux entreprises des mesures complémentaires.

La cour a confirmé le caractère anticoncurrentiel de l'entente reprochée qui était une entente verticale consistant en un accord de distribution exclusive accordant des avantages à l'agence de voyages en ligne, née du partenariat entre la SNCF et Expedia : hébergée sur le site de la SNCF voyages-sncf.com, l'agence profitait des connexions des clients de la SNCF, venus sur le site pour acheter des billets de train, pour les orienter vers ses propres services d'agence de voyage.

La cour a écarté l'argumentation d'Expedia selon laquelle l'accès aux clients en ligne de la SNCF n'était pas indispensable aux agences de voyage concurrentes pour accéder au marché des services d'agences de voyage : elle a jugé que pour caractériser l'avantage anticoncurrentiel, il n'était pas nécessaire que l'hébergement sur le site de la SNCF soit un canal incontournable mais qu'il suffisait que ce soit un « *canal privilégié* » auquel les concurrents n'avaient pas accès, ce qui était le cas du fait de l'engagement d'exclusivité pris par la SNCF au bénéfice d'Expedia. De même, la cour a écarté l'argumentation selon laquelle, à défaut de connexité entre le marché du transport ferroviaire de voyageurs et celui des services d'agences de voyages de loisirs, l'accès de l'agence VSC au site de vente en ligne de billets de la SNCF n'avait pu avoir d'effet sensible sur la concurrence sur le marché des services d'agences de voyages de loisirs : elle a estimé que la connexité n'était pas une condition nécessaire à la démonstration du caractère anticoncurrentiel de la pratique. Au surplus, les liens de connexité entre les trois marchés concernés (marché du transport ferroviaire de voyageurs ; marché de la distribution de billets de train ; marché des services d'agence de voyage de loisirs) étaient réels<sup>70</sup> et avaient d'ailleurs été corroborés par les déclarations du président d'Expedia.

Enfin, la cour a confirmé l'existence des effets anticoncurrentiels de la pratique sur le marché des agences de voyages en retenant notamment le fait que l'agence VSC avait bénéficié de revenus publicitaires générés par la clientèle de l'activité en monopole. La cour a, par ailleurs, relevé que si des agences de voyages en ligne concurrentes avaient connu une progression similaire à celle de l'agence VSC, plusieurs bénéficiaient d'une antériorité et que rien ne permettait de dire que la croissance de l'agence VSC aurait été aussi forte si elle n'avait pas eu l'appui de la SNCF. Elle a écarté l'argumentation selon laquelle les effets anticoncurrentiels du partenariat résultaient des abus de position dominante de la SNCF en relevant que les pratiques abusives de la SNCF avaient été constatées sur le marché de la distribution de billets de train, mais non sur celui des agences de voyages de loisirs et qu'en toute hypothèse, la filiale commune avait bénéficié d'avantages liés au monopole de la SNCF dont ses concurrentes étaient exclues.

En conclusion, la cour a retenu que l'agence VSC, acteur émergent sur le marché des services d'agence de voyages, et la SNCF, opérateur disposant d'un monopole légal sur le marché connexe du transport ferroviaire de voyageurs et d'une

---

70. Les personnes voulant prendre un train en France sont obligées de recourir à la SNCF, passent majoritairement par le canal de la distribution directe et sont des clients potentiels pour une agence de voyages de loisir.

position dominante sur un autre marché connexe, celui de la distribution de billets de train, avaient conclu des accords qui avaient eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services d'agences de voyages de loisirs (*cf.* décision 09-D-06).

### *Obligation d'exclusivité ou de non-concurrence*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>71</sup>, la cour a confirmé, pour l'essentiel, la décision de sanction prise contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane. La cour a ainsi confirmé la décision en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre d'Orange Caraïbe, une entente avec le seul réparateur situé dans les Caraïbes pour interdire à ce dernier, par différentes clauses d'exclusivité et de non-concurrence, de proposer ses services à ses concurrents. La nécessité devant laquelle s'était trouvé Bouygues Télécom Caraïbes, nouvel entrant sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone, faute de pouvoir offrir à ses abonnés des prestations de maintenance dans la zone Antilles-Guyane, d'envoyer les terminaux défectueux en métropole avait généré des délais de réparation notablement plus longs que ceux garantis par Orange Caraïbe, ce qui avait été source d'insatisfaction pour la clientèle et avait entraîné des coûts supplémentaires. Les barrières à l'entrée créées par l'exclusivité avaient été aussi bien techniques qu'économiques puisque l'exclusivité avait eu pour effet, pour tout nouvel entrant, de rendre impossible le bénéfice d'un service local de maintenance, d'engendrer une dégradation de son image de marque et d'accroître directement ou indirectement les coûts de réparation. La cour a estimé que la pratique ne pouvait bénéficier de l'exemption de l'article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce (*cf.* décision 09-D-36).

### Sur la règle de *minimis*

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>72</sup>, la cour a jugé que l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de faire application de la règle de *minimis*. L'une des requérantes soutenait que l'article L. 464-6-1 du Code de commerce<sup>73</sup> aurait dû être appliqué à l'entente dès lors que les seuils prévus par ce texte n'étaient pas atteints et qu'en outre, dans la mesure où le droit communautaire<sup>74</sup> était applicable, ces dispositions auraient dû, en toute hypothèse, recevoir application, en vertu du règlement n° 1/2003, la règle de *minimis* prévue par la communication CE du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, para-

71. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

72. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

73. « Le Conseil [...] peut également décider [...] qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas [...] : a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou des organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause [...] »

74. Article 81 du TCE devenu article 101 du TFUE.

graphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (2001/C 368/07), qui vise des seuils identiques à ceux prévus par le droit national. Mais la cour a relevé que l'article L. 464-6-1 ouvre une simple faculté pour le Conseil de ne pas poursuivre la procédure lorsque, en matière d'entente, hors les affaires de marchés publics, la part de marché cumulée des entreprises en cause ne dépasse pas 10 % : « *La décision de ne pas poursuivre prise en application de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce, lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises parties à l'accord ne dépasse pas un certain seuil, n'est qu'une faculté pour l'Autorité de la concurrence [...], qui peut décider de poursuivre même si les critères permettant une exemption sont réunis.* » La cour a retenu que la communication *de minimis* de la Commission était dépourvue de force contraignante à l'égard des autorités et des juridictions des États membres qui demeurent donc libres de poursuivre des pratiques se situant en deçà des seuils fixés par ce texte. Elle a précisé également que si l'article 3.2 du règlement n° 1/2003 dispose que « *l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords [...] qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 § 1 du traité* », cela n'interdit pas aux autorités nationales de la concurrence de poursuivre des pratiques ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 § 1 du traité CE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce, quand bien même ces pratiques seraient exemptables en droit national en application de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce. En conséquence, le Conseil avait pu poursuivre les pratiques, qui avaient perduré plusieurs années et qui étaient le fait de deux opérateurs puissants, sans avoir à se justifier par rapport aux parts de marché détenues par les intéressées (cf. décision 09-D-06).

## ***Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique***

### **Sur la position dominante et la position dominante collective**

#### *La position dominante*

Dans l'**arrêt Éditions Jean-Paul Gisserot du 23 février 2010**, la cour a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine au fond et la demande de mesures conservatoires des Éditions Jean-Paul Gisserot. Les Éditions Gisserot qui éditent des ouvrages consacrés aux monuments historiques et au tourisme culturel avaient dénoncé le refus du Centre des monuments nationaux (CMN) de mettre ou de laisser en rayon dans ses librairies-boutiques du Mont-Saint-Michel, de la cité de Carcassonne et de l'abbaye de Cluny, les ouvrages des Éditions Gisserot consacrés à ces sites. Ce refus était qualifié d'abus de position dominante (et aussi de dépendance économique, voir *supra*) par les Éditions Gisserot qui étaient non seulement partenaire commercial du CMN – les Éditions Gisserot étant l'un des principaux fournisseurs des points de vente du CMN –, mais également concurrent, le CMN, par l'intermédiaire de son émanation Les Éditions du patrimoine, éditant des ouvrages du même type que ceux publiés par Gisserot.

La cour a constaté l'absence d'élément pouvant étayer l'allégation d'abus de position dominante du CMN sur les trois marchés locaux concernés : l'éventuelle position dominante des librairies boutiques du CMN sur le marché de la vente au détail des monographies consacrées au Mont-Saint-Michel et à Carcassonne ne lui avait pas permis et n'était pas de nature à lui permettre d'éliminer la concurrence sur le marché connexe de l'édition au profit des Éditions du patrimoine. S'agissant des monographies consacrées à Cluny, si la position dominante du CMN était vraisemblable, tant sur le marché de la vente au détail que sur celui de l'édition, il n'y avait pas d'élément probant venant étayer l'allégation d'une volonté d'éviction des ouvrages de Gisserot, le refus de référencement du CMN pour ces ouvrages pouvant légitimement résulter de la nécessité à laquelle était confronté le CMN de procéder à une sélection des produits compte tenu de son espace de vente limité et de l'importance de l'offre des produits ayant vocation à être vendus dans ses librairies boutiques (cf. décision 08-D-08).

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>75</sup>, la cour a confirmé la position dominante de la Société nationale Corse Méditerranée (SNCM) sur le marché du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime vers la Corse au départ de Marseille. La cour a estimé que le Conseil avait, à juste raison, retenu le marché strictement délimité par l'appel d'offres à la desserte maritime de la Corse au départ de Marseille puisque le grief visait exclusivement le comportement de la SNCM dans sa réponse à cet appel d'offres : il n'était donc pas nécessaire d'examiner la position de la SNCM sur un autre marché plus large ou connexe dès lors que sa domination était démontrée pour le marché précis concerné. Sur ce marché, la cour a constaté que la SNCM, qui assurait déjà la délégation presque seule, ne subissait pas de réelle pression concurrentielle et était devenue un opérateur incontournable dans la mesure où elle était la seule à avoir la disposition immédiate de la quasi-totalité des navires spécifiques indispensables à l'exécution du marché. Cet élément constituait bien plus que l'avantage découlant habituellement de la situation d'opérateur sortant, « *en général impropre à lui seul à caractériser une position dominante* », en raison du contexte particulier du transport maritime et spécialement des lignes desservant la Corse (coût élevé des navires, navires d'occasion quasi inexistants, contraintes portuaires...) (cf. décision 09-D-10).

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a confirmé la position dominante détenue par la société Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels sur la zone desservie par le réseau de distribution de l'électricité de Grenoble. La cour a notamment écarté l'argumentation de la requérante selon laquelle l'ouverture à la concurrence d'un monopole entraînait nécessairement une perte de part de marché pour l'opérateur historique : « *Quand bien même l'ouverture à la concurrence d'un monopole entraîne nécessairement une perte de parts de marché pour l'opérateur historique, une analyse concrète peut permettre de constater toutefois que l'opérateur historique conserve une position de monopole de fait, ou de quasi-monopole,*

75. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

*du fait de sa notoriété par exemple ; qu'en l'occurrence, l'Autorité était fondée à relever que la position dominante de la SEMGEG ne pouvait qu'être renforcée par sa notoriété d'opérateur historique aux yeux des clients éligibles et par son monopole sur les marchés connexes de la distribution d'électricité et de fourniture d'électricité aux clients résidentiels et sur l'activité gazière ; qu'en témoigne le fait que dès 2006, elle a pu restaurer sa position de monopoleur [...]» (cf. décision 09-D-14).*

Dans l'**arrêt CEGAPE du 23 mars 2010**, la cour a rejeté le recours formé contre la décision de non-lieu rendue dans l'affaire du secteur des logiciels de gestion des données de ressources humaines et de la gestion de la paie pour les universités. Elle a ainsi confirmé la décision de non-lieu rendue par l'Autorité sur la saisine de la société CEGAPE visant l'Agence de mutualisation des universités et des établissements d'enseignement supérieur ou de recherche (AMUE) ou de support à l'enseignement supérieur ou à la recherche pour des faits d'abus de position dominante. La cour a estimé, comme l'Autorité, qu'il n'était pas établi que l'AMUE était en position dominante sur le marché de l'équipement en systèmes d'information des universités et établissements d'enseignement supérieur français. Dans la décision critiquée, l'Autorité avait dénié l'existence d'un marché des logiciels de gestion des ressources humaines destinés spécifiquement aux universités, mais constaté l'existence d'un marché plus large s'étendant aux logiciels remplissant les mêmes fonctions pour les administrations publiques. Elle avait estimé que les spécificités alléguées de la demande émanant des universités ne venaient pas remettre en cause la substituabilité du logiciel *ad hoc* commercialisé par la plaignante par des logiciels destinés à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique (cf. décision 09-D-16).

### *La position dominante collective*

Dans l'**arrêt Vicat du 15 avril 2010**<sup>76</sup>, la cour d'appel, sur renvoi après cassation, a annulé partiellement 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.

Le Conseil avait retenu une entente entre les deux cimentiers et leurs distributeurs en Corse, visant à réserver aux premiers l'approvisionnement de la Corse et à entraver les importations étrangères en provenance notamment de Grèce et d'Italie ainsi qu'un abus de position dominante collective des deux producteurs se traduisant par des remises venant récompenser les négociants qui n'achetaient pas de ciment étranger. Sur ce dernier point, le Conseil s'était attaché à démontrer l'existence de liens structurels entre les deux cimentiers et l'adoption par eux d'une ligne d'action commune sur le marché. Le Conseil avait également, et

<sup>76</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

surabondamment, fondé son analyse sur l'examen de la structure du marché qui réunissait les critères de la jurisprudence *Airtours*<sup>77</sup>.

Dans un premier arrêt<sup>78</sup>, la cour d'appel avait confirmé l'existence des pratiques retenues mais réduit les sanctions prononcées contre les cimentiers, estimant que le Conseil avait exagéré l'importance du dommage à l'économie.

La Cour de cassation avait alors rejeté les moyens par lesquels les parties contestaient l'existence des ententes, mais jugé que l'existence de la position dominante collective entre les deux cimentiers n'avait pas été suffisamment démontrée<sup>79</sup>. Elle avait estimé, à cet égard, qu'en se contentant de relever les liens structurels existant entre les deux cimentiers, résultant des nombreux contrats qu'ils avaient signés conjointement, et en considérant qu'en mettant en œuvre ces contrats à l'égard de leurs clients, de leurs concurrents et des consommateurs, les entreprises se présentaient sur le marché comme une entité collective pratiquant une stratégie commune, la cour d'appel n'avait pas recherché si les cimentiers 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<sup>80</sup>. Ce faisant, la Haute juridiction s'était distanciée de la jurisprudence existante, tant au plan communautaire que national<sup>81</sup>, selon laquelle, ainsi que le Conseil l'avait rappelé dans sa décision, 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 dire 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 dans une affaire *Airtours* : 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.

77. TPI, 6 juin 2002 : cet arrêt a été rendu en matière de contrôle des concentrations mais le TPI, 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 TCE (voir rapport annuel 2006, p. 275).

78. CA Paris, 6 mai 2008, Lafarge.

79. Cass. com., 7 juillet 2009, Vicat.

80. « *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.* »

81. Not., Cass. com., 5 mars 1996, Total Réunion Comores.

Sur renvoi, la cour d'appel a jugé que le Conseil n'avait pas fait la démonstration de la position dominante collective des cimentiers.

Elle a repris l'attendu de la Cour de cassation, énonçant qu'il était «nécessaire en la circonstance, non pas seulement de décrire les liens structurels entre les deux entreprises, leur stratégie commune et les caractéristiques du marché, mais encore de rechercher si [les deux entreprises] ont 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 (CJCE, 31 mars 1998, Kali et Salz, C-68/94, point 221)». Elle a estimé que si le Conseil pouvait retenir concomitamment à l'encontre des cimentiers une entente et un abus de position dominante, il ne pouvait alors invoquer les mêmes faits, tantôt au titre d'un accord ou d'une entente anticoncurrentiels, tantôt au titre de l'abus de domination collective qui supposait la démonstration d'une indépendance des comportements des intéressés leur permettant de s'abstraire de la concurrence : comme la Cour de cassation, les juges du fond ont considéré qu'il fallait rechercher si cette indépendance des comportements des cimentiers existait en dehors des ententes que chacun avait conclues avec ses clients<sup>82</sup>.

Or, selon la cour, aucun élément du dossier ne permettait de considérer qu'une ligne d'action commune aurait pu être mise en œuvre par les cimentiers en l'absence de ces ententes et révéler ainsi l'indépendance de leur comportement. Pour parvenir à cette conclusion, la cour a ainsi relevé, en premier lieu, que les conventions passées par les entreprises avec leurs négociants étaient déjà à la base de la poursuite et de la condamnation au titre des ententes verticales, que le Conseil lui-même avait constaté que, sur les marchés où les accords n'avaient pas produit leurs effets, Lafarge et Vicat n'étaient pas en mesure d'agir indépendamment de la concurrence et des clients et que de fortes variations de parts de marché entre Vicat et Lafarge révélaient la pression que les négociants maintenaient sur eux. S'agissant, en deuxième lieu, des remises fidélisantes, la cour a relevé qu'il s'agissait d'accessoires d'accords passés par les cimentiers et donc d'éléments caractérisant les ententes verticales non susceptibles d'appuyer la démonstration d'une position dominante collective en l'absence de ces ententes. Il s'agissait, en outre, d'une pratique isolée et trop brève pour pouvoir signaler de manière probante un abus d'une telle position dominante et enfin leur effet anticoncurrentiel n'avait pas été démontré puisqu'elles avaient été accordées à tous les négociants, y compris à ceux qui importaient du ciment étranger. En troisième lieu, examinant le comportement des deux cimentiers vis-à-vis de leurs concurrents, la cour a estimé que les sociétés ne disposaient pas du pouvoir d'agir indépendamment de leurs concurrents en l'absence des ententes verticales conclues avec les négociants grossistes alors, selon la cour, que l'indépendance vis-à-vis des concurrents doit être démontrée abstraction faite des ententes verticales : il n'était pas démontré que la gêne apportée à la «contestabilité» du marché trouvait sa source ailleurs que dans l'accord

82. «En somme, [le Conseil] devait 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".»

entre les cimentiers et les négociants, la faible concurrence des cimentiers grecs et sardes pouvait avoir des causes très variées et n'apparaissait même pas certaine et les différences de prix entre les ciments d'importation et ceux provenant des cimentiers français s'expliquait par les différences quant à la qualité du produit et à l'existence de garanties de continuité d'approvisionnement. En dernier lieu, la cour a considéré que ni les contraintes de stockage à Bastia, ni la norme NF, ni les conditions réglementaires de stockage ou d'ensachage du ciment normé NF ne constituaient des barrières à l'entrée dont les cimentiers français auraient pu tirer profit pour constituer une position dominante collective sur le marché considéré ou abuser d'une telle position (*cf.* décision 07-D-08).

### Sur la dépendance économique

Dans l'**arrêt Edition Jean-Paul Gisserot du 23 février 2010**, la cour a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine au fond et la demande de mesures conservatoires des Éditions Jean-Paul Gisserot. Les Éditions Gisserot qui éditent des ouvrages consacrés aux monuments historiques et au tourisme culturel avaient dénoncé le refus du Centre des monuments nationaux (CMN) de mettre ou de laisser en rayon dans ses librairies-boutiques du Mont-Saint-Michel, de la cité de Carcassonne et de l'abbaye de Cluny, les ouvrages des Éditions Gisserot consacrés à ces sites. Ce refus était qualifié d'abus de dépendance économique (et également d'abus de position dominante, voir *supra*) par les Éditions Gisserot qui étaient non seulement le partenaire commercial du CMN – les Éditions Gisserot étant l'un des principaux fournisseurs des points de vente du CMN –, mais également des concurrents, le CMN, par l'intermédiaire de son émanation Les Éditions du patrimoine, éditant des ouvrages du même type que ceux publiés par Gisserot. La cour a écarté l'allégation d'abus de dépendance en constatant que les librairies-boutiques ne constituaient pas des infrastructures essentielles (voir *infra*) : en dehors d'une exploitation abusive d'infrastructure essentielle, hypothèse que la cour a écartée, il n'y avait pas de relation contractuelle entre CMN et les Éditions Gisserot susceptible d'être à la source d'un abus de dépendance économique (*cf.* décision 08-D-08).

### Sur le caractère d'infrastructure essentielle

Dans l'**arrêt Edition Jean-Paul Gisserot du 23 février 2010**, la cour a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine au fond et la demande de mesures conservatoires des Éditions Jean-Paul Gisserot. Les Éditions Gisserot qui éditent des ouvrages consacrés aux monuments historiques et au tourisme culturel avaient dénoncé le refus du Centre des monuments nationaux (CMN) de mettre ou de laisser en rayon dans ses librairies-boutiques du Mont-Saint-Michel, de la cité de Carcassonne et de l'abbaye de Cluny, les ouvrages des Éditions Gisserot consacrés à ces sites.

La cour a confirmé que, contrairement à ce que soutenaient les Éditions Gisserot, les librairies boutiques du CMN ne pouvaient être qualifiées d'infrastructures

essentielles sur aucun des trois marchés locaux concernés. Elle a rappelé qu'« une infrastructure devient essentielle si elle ne peut être reproduite dans des conditions raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; si l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives [injustifiées] ; si l'accès à l'infrastructure est néanmoins possible (notamment sur le plan technique) ; et si 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 est en situation de position dominante ». Elle a fait sienne la position du Conseil selon laquelle « dans certaines situations très spécifiques, une entreprise en position dominante doit non seulement s'abstenir de certaines pratiques mais également promouvoir activement la concurrence en accordant à des concurrents potentiels l'accès à des installations qu'elle a développées [et] qu'à contrario, l'infrastructure essentielle n'est telle que si elle apparaît indispensable pour assurer la liaison avec les clients ou pour permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire l'infrastructure en question par des moyens raisonnables ». En l'occurrence, la cour a observé que pour les trois ouvrages édités par Gisserot, il existait des points de vente alternatifs aux librairies boutiques du CMN. D'ailleurs, la vente des ouvrages avait globalement progressé malgré le déréférencement du CMN, ce qui confirmait que les librairies boutiques n'étaient pas le seul canal de distribution des produits concernés. En outre, les deux éditeurs qui occupaient une position prépondérante sur ce marché étaient précisément ceux qui vendaient le plus en dehors du CMN. Ainsi, la cour a estimé que l'existence de canaux alternatifs ne permettait pas de considérer que le référencement par les librairies boutiques du CMN constituait une nécessité pour la publication de ces monographies. Les mauvaises performances des Éditions Gisserot ne pouvaient donc s'expliquer par le refus d'accès à une infrastructure essentielle (cf. décision 08-D-08).

## Sur les abus

### *Obligations d'exclusivité et de non-concurrence imposées à des distributeurs*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>83</sup>, la cour a confirmé, pour l'essentiel, la décision de sanction prise contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane. La cour a ainsi confirmé la décision en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre d'Orange Caraïbe, un abus de position dominante ayant consisté à imposer à ses distributeurs indépendants des obligations d'exclusivité et de non-concurrence leur interdisant de commercialiser des services concurrents. La cour a estimé que le monomarquisme ainsi généré avait produit

83. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

des effets anticoncurrentiels à la fois pour les concurrents<sup>84</sup> et les consommateurs finaux privés des avantages d'une distribution multimarques (prix, qualité). Les modalités juridiques du monomarquisme en faisaient, en l'espèce, une réalité difficilement surmontable par les concurrents (long monopole de fait d'Orange Caraïbe suivi d'une position ultradominante, avantages bénéficiant à Orange Caraïbe du fait de son appartenance à l'opérateur historique France Télécom en position dominante sur les marchés connexes de la téléphonie fixe et de l'Internet, durée indéterminée de l'exclusivité...). La pratique n'était pas justifiée économiquement car la rigueur de l'exclusivité et l'effet de verrouillage qui en résultait étaient largement disproportionnés à l'objectif revendiqué : « *Si le monomarquisme peut potentiellement produire des effets vertueux, sa mise en place et son maintien par un opérateur en position de monopole de fait sur un marché de dimension limitée a eu, en l'espèce, pour conséquence d'ériger des barrières artificielles à l'entrée* » et « *des entreprises en position dominante peuvent se défendre ou contester le caractère éventuellement abusif d'une pratique en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficacité au profit des consommateurs, mais il faut alors que l'exclusivité soit nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi, [en particulier] que les gains d'efficacité qu'elle génère, en partie au bénéfice des consommateurs, soient supérieurs à l'atteinte à la concurrence qu'elle peut créer.* » Or, cette condition n'était pas réalisée en l'espèce (cf. décision 09-D-36).

### *Pratiques fidélisantes*

Dans le **même arrêt**, la cour a confirmé la décision en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre d'Orange Caraïbe, un abus de position dominante ayant consisté à fidéliser ses clients en leur imposant un réengagement de vingt-quatre mois pour l'utilisation de leurs points de fidélité dans le cadre du programme « *Changez de mobile* ». La cour a relevé que la pratique était une gratification accordée à un client en contrepartie d'un engagement pour l'avenir et pas seulement une récompense pour une fidélité passée et que ce type de clause qui tend à rendre la sortie du contrat plus coûteuse a un effet néfaste pour la concurrence, car il augmente pour le client le prix de changement d'opérateur et fige les parts de marché de chaque opérateur. Elle a jugé que les « *contreparties objectives* » et les « *avantages pour le consommateur* », invoqués par Orange Caraïbe pour justifier la pratique, n'étaient pas établis, que l'effet anticoncurrentiel était réel et repérable à travers l'évolution des parts de marché de l'opérateur qui, après avoir connu une baisse coïncidant avec l'entrée d'un nouvel opérateur, étaient remontées au moment où l'offre avait été proposée (cf. décision 09-D-36).

84. « *Le fait de disposer d'un réseau de points de vente étoffé et bien situé est un élément particulièrement essentiel sur le marché de la téléphonie mobile* » de sorte que « *dans un contexte de relative rareté des distributeurs, l'accès au marché de nouveaux entrants a été entravé, sauf à se contenter d'un réseau de très faible ampleur et d'emplacements commerciaux médiocres, de nature à nuire à l'image de marque et au développement de ces opérateurs.* »

## *Discrimination tarifaire*

Dans le **même arrêt**<sup>85</sup>, la cour a confirmé la décision de l'Autorité en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre d'Orange Caraïbe, un abus de position dominante ayant consisté à pratiquer une discrimination tarifaire injustifiée entre les appels *on-net* (à destination de son réseau) et les appels *off-net* (à destination des autres opérateurs), c'est-à-dire à rendre les appels de ses clients vers ses autres clients moins chers que les appels vers les clients des opérateurs concurrents. La cour a rappelé qu'une pratique discriminatoire devient abusive dès lors que (i) le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification économique objective (ii) les acheteurs sont dans une situation équivalente et (iii) elle crée un désavantage dans la concurrence. Elle a estimé que la pratique n'était pas justifiée par les coûts puisque ceux de terminaison d'appels, facturés par l'opérateur du réseau de l'appelé à l'opérateur du réseau de l'appelant, n'étaient pas plus élevés pour les appels sortants que pour les appels intraréseau. Elle a confirmé que les effets, s'ils ne pouvaient être quantifiés isolément, étaient certains car « *un mécanisme de club anticoncurrentiel apparaît lorsque l'avantage qu'un consommateur tire d'un produit ou d'un service augmente avec le nombre de personnes qui consomme le même produit ou le même service* ». Cet effet était renforcé en l'espèce où l'on constatait une asymétrie forte des parts de marché entre les opérateurs et une différenciation tarifaire importante entre les appels *on-net* et les appels *off-net*. L'attractivité du réseau Orange Caraïbe avait conforté sa position dominante en même temps que la pratique avait eu pour effet de dégrader l'image de Bouygues Télécom, considéré comme un opérateur cher, et de priver cet opérateur nouvel entrant de revenus tirés des appels entrants (cf. décision 09-D-36).

La cour a également confirmé la décision de l'Autorité en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre de France Télécom, un abus de position dominante ayant consisté à pratiquer une discrimination tarifaire injustifiée en appliquant, à partir de l'arrivée de Bouygues Télécom Caraïbes sur le marché du mobile en 2001, à ses clients professionnels et entreprises une réduction sur les appels depuis un poste fixe à destination du réseau de sa filiale Orange Caraïbe exclusivement (offre appelée « Avantage Améris »). La cour a jugé que, opérateur en position de quasi-monopole, France Télécom devait respecter les conditions d'une concurrence loyale entre les opérateurs de téléphonie mobile et ne devait pas avantager sa filiale. L'entreprise aurait donc dû retirer son offre à compter de l'arrivée du nouvel opérateur sur le marché en 2001 ce qui lui était possible contractuellement et ne requérait pas d'autorisation administrative. Le caractère anticoncurrentiel de l'offre était incontestable dans la mesure où le prix des communications fixe vers mobile était un élément déterminant dans le choix des entreprises. L'effet de la pratique était d'autant plus grave que l'offre avait été commercialisée pendant la phase d'entrée de Bouygues Télécom Caraïbes sur le marché. Il était mesurable dans la mesure où la part de marché de Bouygues Télécom Caraïbes trois ans après son entrée était seulement de 4 % sur le segment « entreprises ». Si les tarifs de France Télécom faisaient l'objet d'une

85. Des pourvois ont été formés contre cet arrêt.

homologation ministérielle, c'était bien France Télécom qui avait mis en œuvre la discrimination de sorte que l'homologation ministérielle n'exonérait en rien l'opérateur historique de sa responsabilité (cf. décision 09-D-36).

### *Ciseau tarifaire*

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>86</sup>, la cour a confirmé, pour l'essentiel, la décision de sanction prise contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques anti-concurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane. La cour a toutefois écarté le grief de ciseau tarifaire retenu à l'encontre de France Télécom.

L'Autorité avait estimé qu'en 2004, France Télécom avait proposé à des collectivités des offres de télécommunications « fixe vers mobile », en dessous des coûts qu'un opérateur aussi efficace devait nécessairement supporter pour proposer la même prestation : l'opérateur avait proposé une offre concernant les appels fixes à destination des mobiles Orange Caraïbe, à un prix d'environ 12 centimes d'euros hors taxes, offre qui reposait sur le mécanisme dit de « hérissons » (ou « passerelles GSM ») consistant à faire passer les appels vers une carte SIM du réseau de l'appelé de façon à bénéficier du tarif « on-net » de l'opérateur appelé. Ce système de hérisson n'étant pas réellement disponible pour les concurrents de France Télécom<sup>87</sup>, ces derniers ne pouvaient proposer que des offres « fixe vers mobile » passant par l'interconnexion directe au réseau de l'appelé ce qui leur coûtait presque deux fois plus cher. La cour a rappelé, reprenant les termes d'un arrêt SFR rendu par la Cour de cassation le 3 mars 2009, « 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 dès lors que les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du ciseau tarifaire leur sont indispensables pour la concurrencer sur ce marché aval ». La cour a considéré que la pratique n'était pas suffisamment démontrée dans la mesure où i) l'Autorité s'était fondée sur une offre unique de France Télécom (proposée lors d'un appel d'offres lancé par le conseil général de Guyane en 2004), ii) les offres et tarifs visés par le grief n'étaient pas clairement identifiés et iii) l'Autorité n'avait pas véritablement procédé à un test de ciseau tarifaire, notamment par comparaison entre les prix et les coûts (cf. décision 09-D-36).

### *Réponse à un appel d'offres*

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>88</sup>, la cour a confirmé entièrement la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné la SNCM (Société nationale maritime Corse Méditerranée) pour avoir abusé de sa position dominante lors d'une

86. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

87. C'était une solution juridiquement instable et non pérenne, car elle pouvait être remise en cause très facilement par l'opérateur mobile, risque auquel France Télécom n'était pas confronté avec sa filiale de téléphonie mobile Orange Caraïbe.

88. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

procédure d'appel d'offres lancée en 2006 par l'Office des transports de Corse (au nom de la collectivité territoriale de Corse) en vue du renouvellement, pour les années 2007 à 2010, de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse. Il avait été reproché à la SNCM, en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public entre Marseille et la Corse, d'avoir présenté une offre globale et indivisible ayant pour objet et effet d'exclure les autres soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure de proposer une telle offre compte tenu de la flotte dont ils disposaient.

Le caractère anticoncurrentiel de l'offre globale et indivisible de la SNCM a été confirmé. La cour a rappelé que la qualification d'abus de position dominante n'exige pas que les effets de la pratique soient démontrés. Alors que la SNCM reprochait au Conseil d'avoir inventé la notion d'*abus par objet* en faisant une lecture erronée des textes et de la jurisprudence relatifs à l'interdiction de l'abus de position dominante qui, selon elle, exigeaient la constatation d'effets réels sur le fonctionnement du marché, la cour a confirmé que le renvoi fait par l'article L. 420-2, relatif aux abus de position dominante, à l'article L. 420-1 (*« 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... »*) signifie que l'interdiction prévue à l'article L. 420-2 s'applique à l'exploitation d'une position dominante lorsqu'elle a pour objet *« ou peut avoir pour effet »* d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Dès lors, la SNCM était mal fondée à soutenir qu'en l'absence de conséquence effective sur la concurrence, l'abus n'était pas caractérisé. En conséquence, il importait peu, au regard de la caractérisation de la pratique, que l'offre de la SNCM n'ait eu en définitive aucun impact sur la concurrence du fait de l'annulation de la procédure de délégation de service public par le Conseil d'État.

La cour a précisé que *« si une offre globale n'est pas par elle-même anticoncurrentielle, et s'il est légitime de la part d'une entreprise occupant une position dominante de se faire valoir face à ses concurrents, il lui est interdit d'entraver ou de supprimer l'accès de ses concurrents au marché, et de porter ainsi atteinte à la saine concurrence par les mérites et par les prix, au détriment des consommateurs »*. En l'espèce, la SNCM, délégataire sortant, savait qu'il était impossible ou beaucoup plus difficile aux autres compagnies de soumissionner sur une offre globale et qu'elle avait donc de fortes chances d'être la seule à le faire : dès lors en ne donnant pas à l'acheteur les moyens de vérifier, dès l'ouverture des plis, sa compétitivité ligne par ligne, elle l'incitait à privilégier son offre globale, favorisant ainsi l'éviction de ses concurrents dont les offres se limitaient à certaines des lignes tout en proposant des prix élevés ne reflétant pas les gains d'efficacité attendus d'une offre globale. Ce faisant, la SNCM avait porté atteinte à la concurrence par les prix et les mérites en profitant de sa qualité d'opérateur sortant en position dominante. La cour a retenu, en outre, que l'attitude de l'Office des transports de Corse, sanctionnée par l'annulation de la procédure prononcée par la juridiction administrative, ne retirait pas au comportement de la SNCM son caractère illégal mais pouvait seulement être prise en considération pour l'appréciation de la sanction (*cf.* décision 09-D-10).

### *Dénigrement*

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a confirmé entièrement la décision de sanction prise contre la société d'économie mixte Gaz et Électricité de Grenoble pour avoir dénigré, par voie de presse, son unique concurrent, l'opérateur alternatif Poweo, et ainsi abusé de sa position dominante sur le marché local de la fourniture d'électricité aux clients « petits professionnels ». La cour a relevé que le communiqué de presse litigieux contenait des mentions de dénigrement à l'égard de Poweo, nouvel entrant sur le marché, faisant état de « *conception de la qualité de services très relative* », de « *l'usage de méthodes peu scrupuleuses* » et de la poursuite de « *fins strictement financières* », certaines mentions étaient, en outre, de nature à induire les clients en erreur dans la mesure où était remise en question l'existence d'un partenariat passé entre GEG et Poweo pourtant bien réel. La cour a constaté que le lien entre position dominante et le dénigrement était établi, résultant notamment du fait que GEG, pour mettre en œuvre un dénigrement systématique de son concurrent, avait profité du caractère très récent de l'ouverture du marché à la concurrence et avait pu user de la notoriété et de l'image, encore très présentes dans les esprits, liées à son activité de monopole gérant un service public. Ce comportement avait abouti à ce que GEG retrouve finalement sa position historique. La cour a fait sienne l'analyse de l'Autorité pour constater les effets de la pratique i) la concomitance entre la publication du communiqué et la baisse du nombre de contrats signés par Poweo ; ii) des lettres de résiliation reçues par Poweo étaient libellées de façon identique, l'une provenant même de ses locaux ; iii) l'absence de conclusion de nouveaux contrats en trois ans par l'opérateur alternatif qui n'avait pu conserver une bonne part des contrats d'origine que par le jeu de l'irréversibilité légale<sup>89</sup> (*cf.* décision 09-D-14).

### Sur l'application du droit communautaire

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010** concernant l'affaire du cartel de la sidérurgie, la cour a entériné l'application au cas d'espèce du droit communautaire (*cf.* décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>90</sup>, la cour a confirmé l'affectation sensible du commerce intracommunautaire en application de la communication CE du 27 avril 2004 relative aux lignes directrices relatives à l'affectation du commerce, en raison de la nature même de l'accord (cartel national), de l'envergure internationale des entreprises impliquées, de l'importance du marché concerné et de l'importance du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur le marché concerné, très supérieur au seuil de 40 millions d'euros prévu par la communication, de la présence de candidatures émanant d'entreprises européennes (*cf.* décision 05-D-38).

<sup>89</sup>. Jusqu'à la fin de l'année 2006, les clients qui avaient exercé leur éligibilité en choisissant d'acheter leur électricité auprès du fournisseur de leur choix, au prix du marché, ne pouvaient pas revenir aux prix réglementés.

<sup>90</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

Dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>91</sup>, la cour a approuvé l'Autorité de la concurrence d'avoir retenu l'application du droit communautaire dans une affaire relative à une entente à l'occasion de marchés passés par la SNCF pour la réfection de voies ferrées. Si, à l'époque des faits, les opérateurs d'autres États membres manifestaient peu d'intérêt pour le marché français des travaux de régénération des voies ferrées, l'affectation sensible du commerce intracommunautaire pouvait être présumée en raison des montants des marchés en cause, du fait que les pratiques couvraient l'ensemble du territoire national et que les sociétés mises en cause étaient d'envergure internationale, l'une étant même implantée dans d'autres pays européens (*cf.* décision 09-D-25).

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>92</sup>, la cour a écarté l'application du droit communautaire qui avait été retenue par l'Autorité dans la décision de sanction prise contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane.

La cour a énoncé que les trois conditions cumulatives définies par les lignes directrices de la Commission<sup>93</sup> – échanges entre les États membres portant sur les produits ou services objet de la pratique, pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et caractère sensible de l'affectation – sont d'interprétation stricte dans la mesure où l'application du droit communautaire peut conduire à un renforcement de la répression. Pour justifier son refus de faire application du droit communautaire, la cour a retenu, s'agissant du critère relatif à l'existence d'échanges entre les États membres, que la demande, comme l'offre, était purement locale. Elle a ainsi écarté l'analyse de l'Autorité qui avait estimé notamment que les services de téléphonie sont par nature transfrontaliers, permettant, en l'espèce, aux abonnés d'Orange Caraïbe d'émettre et de recevoir des appels à destination et en provenance d'autres États membres. S'agissant du critère relatif à une affectation possible des échanges par les pratiques, la cour a estimé qu'aucune influence des pratiques, même indirecte ou potentielle, n'était établie sur les échanges intracommunautaires, dès lors qu'en dehors de France Télécom, le seul opérateur qui s'était manifesté sur le marché était jamaïcain et que la possibilité que des Européens puissent souhaiter entrer sur le marché était purement théorique<sup>94</sup>. S'agissant enfin de l'affectation sensible du commerce intracommunautaire, la cour, se référant aux lignes directrices (points 97 et 98)<sup>95</sup>, a estimé qu'elle n'était pas établie compte tenu de la faible part du marché national, en volume, affectée par les pra-

91. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

92. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

93. Communication de la Commission (CE) du 27 avril 2004 sur les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 CE.

94. L'Autorité avait estimé que des opérateurs anglais et allemands étaient présents dans les Caraïbes, pas précisément sur la zone Antilles-Guyane concernée par les pratiques, mais qu'ils avaient vocation à étendre leurs activités sur toute la zone caraïbe et qu'en toute hypothèse une affectation seulement potentielle était requise.

95. Qui prévoient que lorsque la pratique ne couvre, comme en l'espèce, qu'une partie d'un État membre, il faut que ce soit une partie substantielle du marché commun. La taille du marché en cause, en termes de volume, doit alors être prise en compte pour cette appréciation.

tiques. Elle a reproché à l'Autorité de n'avoir pas procédé à cette vérification et a écarté les éléments relevés par l'Autorité dans sa décision (cumul de pratiques émanant d'un groupe de dimension européenne détenant une part de marché extrêmement élevée, importance de la zone Antilles-Guyane en superficie, barrières mises à l'entrée de concurrents européens).

La décision a été, en conséquence, annulée en ce qu'elle avait été rendue au visa des articles 101 et 102 du traité TFUE (*cf.* décision 09-D-36).

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, relatif à la décision par laquelle l'Autorité avait sanctionné une entente entre deux fabricants de tables d'opération lors de marchés passés par les établissements hospitaliers français, la cour a constaté l'application du droit communautaire : les produits en cause faisaient l'objet d'échanges entre les pays de l'Union européenne, les pratiques étaient susceptibles d'affecter les courants d'échanges entre les États membres et les pratiques, mises en œuvre par des entreprises détenant ensemble plus de 85 % du marché national, étaient susceptibles d'avoir eu un effet sensible sur le commerce entre États membres (*cf.* décision 10-D-04).

### Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>96</sup>, la cour a confirmé, pour l'essentiel, la décision de sanction prise contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane. Avaient été retenus à l'encontre de la filiale Orange Caraïbe, trois abus de position dominante ainsi qu'une entente avec le seul réparateur situé dans les Caraïbes visant à interdire à ce dernier de proposer ses services à des opérateurs concurrents. France Télécom s'était vu reprocher, quant à elle, deux types d'abus de position dominante, une pratique de discrimination tarifaire et une autre de ciseau tarifaire, cette dernière ayant été écartée par la cour.

La cour a confirmé l'imputation conjointe, à France Télécom et à Orange Caraïbe, des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe, de même que la condamnation solidaire des deux sociétés au paiement de la sanction infligée au titre de ces pratiques. Pour l'Autorité, ces solutions trouvaient leur fondement dans l'applicabilité du droit communautaire : elles n'ont donc pas été remises en question malgré le refus de la cour de considérer que le droit communautaire était applicable en l'espèce (voir *supra* « Sur l'application du droit communautaire »).

L'Autorité avait considéré que la question de l'imputabilité des pratiques devait être examinée au regard des règles du droit communautaire, notamment de l'arrêt *Akzo* de la CJCE<sup>97</sup> du 10 septembre 2009. Dès lors que France Télécom détenait à l'époque des faits, la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe, les deux sociétés constituaient une unité économique – une même entreprise au sens

96. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

97. CJCE, 10 septembre 2009, C-97/08 P, précité.

du droit communautaire –, la société mère France Télécom devait être tenue pour responsable du comportement de sa filiale et aussi pour solidairement responsable pour le paiement de la sanction pécuniaire prononcée contre sa filiale. Malgré son refus d'appliquer le droit communautaire au cas d'espèce, la cour a confirmé cette analyse en relevant plusieurs éléments : sur le plan juridique et comptable, France Télécom détenait indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe, les deux sociétés se présentaient comme une seule entreprise auprès de la clientèle, plusieurs membres de France Télécom siégeaient au conseil d'administration d'Orange Caraïbe et la trésorerie d'Orange Caraïbe était remontée à France Télécom. Dans les rapports avec les autorités, les partenaires commerciaux ou avec les tiers, France Télécom agissait parfois en tant que commissionnaire de sa filiale pour la conclusion de contrats de distribution et elle effectuait des achats de terminaux pour le compte d'Orange Caraïbe ou affichait, notamment auprès de l'Autorité des marchés financiers, une stratégie globale reposant sur l'articulation entre les services de téléphonie fixe et ceux de téléphonie mobile. Dans les rapports avec la clientèle utilisatrice, les agences France Télécom de la zone Caraïbe distribuaient des produits Orange Caraïbe en exclusivité, France Télécom publiait des offres pour les produits de sa filiale et les deux sociétés se présentaient au moment des faits comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires, notamment lors de la commercialisation des offres concernées par les pratiques. En outre, Orange Caraïbe ne démontrait pas son absence d'autonomie.

Pour confirmer la responsabilité solidaire des deux entités pour le paiement de la sanction pécuniaire, la cour a considéré que les entreprises n'avaient pas formellement contesté cette modalité dans le cas où les pratiques seraient retenues contre elles ensemble (*cf.* décision 09-D-36).

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a confirmé la solution retenue par l'Autorité dans sa décision de sanction prise à l'encontre de deux fabricants de tables d'opération, leaders du marché européen et appartenant au même groupe, pour s'être entendus lors d'une série de marchés passés par les établissements hospitaliers français. L'Autorité avait imputé ces pratiques aux deux filiales et non à la société mère, solution qui était contestée par les intéressées qui faisaient valoir qu'elles étaient des filiales à 100 %, totalement contrôlées, et que la maison mère avait été en définitive condamnée à supporter une double sanction en violation du principe *non bis in idem*, et en tout cas une sanction dépassant le plafond de la procédure simplifiée appliquée en l'espèce. La cour a rappelé que « *l'imputation des pratiques d'une filiale à sa société mère, qui ne constitue qu'une faculté, peut intervenir lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome sa ligne d'action sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par la société mère* ». Elle a estimé qu'en l'espèce, les entreprises n'établissaient pas qu'elles n'avaient pas déterminé leur comportement sur le marché de façon autonome et avaient appliqué les directives émises par leur société mère. La cour a souligné qu'en déposant des offres séparées, elles avaient de toute façon manifesté leur autonomie commerciale et ainsi choisi de se présenter lors des appels d'offres comme des entreprises concurrentes (*cf.* décision 10-D-04).

### Sur les sanctions

#### Sur le droit applicable

Dans l'arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010, la cour a confirmé l'applicabilité des sanctions prévues par la loi NRE du 15 mai 2001 aux pratiques en cause, commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi et poursuivies après<sup>98</sup>. Elle a toutefois estimé qu'il était permis aux entreprises « d'espérer une individualisation de la sanction » dès lors qu'il serait avéré que la majeure partie des faits qui leur sont imputés se soit produite sous l'empire de la loi antérieure plus clémentielle (cf. décision 08-D-32).

#### Sur le plafond légal

Dans l'arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010, la cour a estimé que le plafond légal de la sanction prévue à l'alinéa 4 du I de l'article L. 464-2<sup>99</sup> du Code de commerce constitue « la base exclusive d'évaluation des sanctions »<sup>100</sup> : « Au rebours de ce qu'avance [le Conseil], le maximum légal de l'amende n'est pas seulement un moyen d'écrêtement des sanctions très élevées mais un principe général du droit, consacré par le Conseil constitutionnel comme fondement de la sécurité juridique des personnes, physiques et morales ; [...] en droit répressif général, compte tenu de ce qu'il n'existe pas de "circonstances atténuantes" ni de "circonstances aggravantes" par rapport à une "sanction moyenne" que le législateur contemporain ne préconise jamais, et compte tenu de ce que l'amende n'est pas non plus chiffrable par rapport à un préjudice social précisément évalué, le maximum légal est le seul point de départ légitime du raisonnement sur le montant de l'amende, qui puisse assurer la transparence et le respect du principe de prévisibilité de la sanction ; [...] les précisions nombreuses que donne l'article L. 464-2 du Code de commerce devaient conduire le Conseil et conduiront la cour à devoir expliquer l'élaboration du chiffre de chaque amende à partir du plafond légal applicable à chaque société concernée. » La cour a ajouté que cependant, « il n'était pas interdit au Conseil, et maintenant à la cour, de tenir un large compte du chiffre d'affaires propre à chaque société poursuivie, alors même qu'elle consoliderait ses comptes au sein d'un groupe », indiquant que « l'article L. 464-2 I du Code de commerce évoque le chiffre d'affaires du groupe pour hausser le maximum légal de la sanction, mais aussi pour tenir compte de la taille de l'opérateur, de la possibilité qu'a l'entreprise fautrice de s'adosser juridiquement et économiquement à un ensemble plus puissant ; que cependant, la loi n'indique pas qu'il faille s'abstraire du chiffre d'affaires de la société personnellement poursuivie. » La cour a encore précisé que la référence au chiffre d'affaires propre à la société auteur des pratiques doit être « préférée lorsque l'appartenance

98. Cette solution avait été approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 2006, Privileg.

99. « [...] Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. [...] »

100. On retrouve cette approche à propos de l'appréciation de la gravité des pratiques (« du tout, il ressort que le Conseil devait s'écarter significativement du plafond légal de la sanction pour tenir compte de la gravité très atténuée du comportement anticoncurrentiel poursuivi »).

*au groupe n'a joué aucun rôle significatif dans les mécanismes du comportement anti-concurrentiel et lorsque la capacité contributive de l'entreprise poursuivie n'est pas susceptible d'être dépassée par la sanction».*

En l'occurrence, la cour a estimé que celles des entreprises sanctionnées qui ne s'étaient pas appuyées sur leur appartenance à un groupe pour commettre les pratiques, ne pouvaient revendiquer, comme «*la base légitime*» de calcul de l'amende, un chiffre d'affaires autre que leur chiffre d'affaires propre. En revanche, elle a jugé que l'une des entreprises, de taille modeste, s'était effectivement appuyée sur son appartenance à un groupe, et devait dès lors répondre de ses comportements sur la base du chiffre d'affaires de son groupe.

Enfin, la cour a énoncé que «*le pourcentage du plafond [...] doit être raisonnable pour laisser à l'Autorité et à ses juges de contrôle une possibilité de comparaison avec d'autres pratiques anticoncurrentielles ou même avec d'autres atteintes majeures aux intérêts de la collectivité en matière commerciale, environnementale ou autre*».

En conclusion, la cour a estimé qu'il convenait, sauf pour l'une des sociétés sanctionnées qui cumulait plusieurs «*facteurs défavorables*» (rôle de meneur, notoriété du groupe et position stratégique), de prononcer à l'encontre des entreprises ayant participé à l'entente des sanctions n'excédant pas «*une proportion médiane du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé pendant la période des pratiques anticoncurrentielles par l'entreprise poursuivie, et sans pouvoir excéder un très faible pourcentage du chiffre de l'entreprise consolidante s'il y a lieu*». La cour a ainsi pris le parti de retenir, non pas 10 % du chiffre d'affaires conformément au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, mais une proportion «*médiane*» (5 %) et de prendre en compte, pour plusieurs entreprises, leur chiffre d'affaires propre plutôt que celui des groupes auxquels elles appartenaient.

Cette solution, ajoutée à l'ensemble des appréciations atténuantes portées par la cour sur la gravité des pratiques (qualifiée de moyenne, étant «*tempérée notamment par l'état de crise économique*»), sur le dommage à l'économie, «*certain mais modéré*», sur les divers facteurs individuels (faible part de marché, statut de droit privé, attitude de franc-tireur d'une entreprise, faible durée des pratiques pour certaines entreprises, modification législative au cours des pratiques, situation financière et capacité contributive altérées de certaines entreprises...) et à l'augmentation de la réduction au titre de la non-contestation des griefs accordée à plusieurs sociétés, a conduit la cour à réduire de façon drastique les sanctions qui avaient été prononcées (à l'exception d'une entreprise qui a vu son recours rejeté) (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les deux requérantes, filiales d'un même groupe, qui s'étaient entendues lors de marchés passés par les établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération, critiquaient la prise en compte par l'Autorité, pour la détermination de chacune des sanctions qui leur avaient été individuellement appliquées, du plafond légal calculé sur la base du chiffre mondial du groupe, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce. Cette solution avait conduit,

avançaient-elles, à ce que le groupe soit sanctionné deux fois et supporte en définitive une sanction sans proportion avec les circonstances de l'affaire. La cour a retenu que les requérantes ayant été poursuivies séparément, en leur qualité de personnes morales distinctes, au titre de leur participation individuelle aux pratiques, elles ne pouvaient se prévaloir ni d'une identité d'auteur, ni d'une identité de pratiques qui feraient obstacle au prononcé de deux sanctions distinctes déterminées au regard d'un plafond légal tel que déterminé par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce (*cf.* décision 10-D-04).

### *Sur la gravité des pratiques*

#### Consignes de boycott diffusées par des organismes professionnels

Voir **arrêt Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>101</sup> (*cf.* décision 09-D-07).

#### Cartel

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a statué sur les recours formés contre la décision par laquelle, en 2008, le Conseil de la concurrence avait sanctionné onze entreprises du négoce de produits sidérurgiques ainsi que le syndicat majoritaire de la profession, pour avoir mis en place, sous couvert d'activité syndicale, entre 1999 et 2004, une entente sur les prix, sur la répartition des marchés et des clients ainsi qu'un échange régulier d'informations stratégiques. Cette entente était remarquable, non seulement par son ampleur, mais aussi par son organisation extrêmement sophistiquée (voir rapport annuel pour l'année 2008, p. 232).

L'exceptionnelle gravité des pratiques et l'importance du dommage causé à l'économie, en raison de la nature des produits affectés et de l'éventail des clients concernés (des entreprises de toute taille dans de nombreux secteurs de l'industrie), avaient paru justifier des sanctions s'élevant à un total d'un peu plus de 575 millions d'euros, ce montant tenant compte de l'exonération partielle dont avait bénéficié une entreprise dans le cadre d'une procédure de clémence et les réductions de sanction accordées aux quatre entreprises et à l'organisation syndicale en cause qui n'avaient pas contesté les griefs.

Si elle a avalisé l'essentiel des analyses suivies en ce qui concerne la qualification des pratiques d'entente et la participation des entreprises requérantes à ces pratiques, la cour a procédé à une importante réduction des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil<sup>102</sup>.

La décision prise par le Conseil s'est trouvée également remise en cause quant à l'application des règles et des principes qui président habituellement à la détermination des sanctions.

<sup>101</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

<sup>102</sup>. Sur les huit sociétés requérantes, une seule voit sa sanction confirmée, deux autres bénéficiant de réductions modérées.

Dans son appréciation de la gravité des pratiques, la cour a approuvé la décision sur plusieurs points. Elle a ainsi confirmé que *« la gravité des pratiques en cause s'appréciait globalement, et non pas du point de vue de chacun des acteurs de l'entente, mais au regard de la volonté infractionnelle d'ensemble que présente l'entente [...] »* et que l'existence de pressions ou la qualité de meneurs, qui sont susceptibles de constituer des circonstances aggravantes ou atténuantes pour les entreprises selon la situation qui est la leur, doivent être prises en considération, non pas lors de l'appréciation de la gravité des pratiques, mais dans le cadre de l'individualisation des sanctions. Elle a estimé que le Conseil avait retenu à juste titre *« la gravité théorique des cartels, ententes horizontales sur les prix ou ententes sur les répartitions de clientèle ou de marchés »* et procédé à une exacte appréciation de *« certains des éléments qui tendent à démontrer la gravité »* des pratiques (parts de marché détenues ensemble par les entreprises, longue durée du comportement anticoncurrentiel qui traduit une ferme volonté de perturber la concurrence<sup>103</sup>, étendue et complexité des processus anticoncurrentiels, subtilité ou malignité des mécanismes mis en place, existence d'une police traduisant un fonctionnement anticoncurrentiel très organisé<sup>104</sup>). De même, la cour a jugé que le Conseil avait écarté à juste titre plusieurs facteurs invoqués comme des circonstances atténuantes de la gravité des faits : le *« parasitage »* des marchés par les pouvoirs publics ou les *« encouragements des pouvoirs publics au comportement anticoncurrentiel »*, sans réalité en l'espèce ; l'absence de préjudice pour les cocontractants des cartellistes, ce préjudice n'étant pas une condition de la poursuite et de la sanction des pratiques ni même un critère pour l'appréciation de la sanction ; le fort pouvoir de marché des clients, nullement démontré ; le caractère prétendument défectueux ou inefficace de l'entente ; l'ancienneté des faits, due seulement à la tardiveté relative de leur découverte, elle-même largement imputable à la discrétion et à la sophistication des procédés anticoncurrentiels ; la cessation immédiate du comportement anticoncurrentiel à partir de la saisine du Conseil déjà prise en compte pour les entreprises par l'effet de la clémence ou de la non-contestation des griefs. La cour a également jugé indifférent le fait que le Conseil n'ait pu établir l'existence de certains facteurs (comme l'affectation directe des prix au consommateur final, l'identification de clients personnes physiques ou petites entreprises ou d'une clientèle économiquement captive, la continuation du comportement anticoncurrentiel après la saisine du Conseil ; le caractère public des marchés concernés...).

En revanche, la cour a estimé que le Conseil aurait dû tenir compte de l'absence de ces mêmes facteurs lorsqu'il a évalué les sanctions, *« de sorte que l'exemplarité de ces sanctions, par comparaison avec d'autres qui ont été ou seront prononcées dans des cas plus graves, demeure intacte »*, ainsi que de l'existence d'un franc-tireur, circonstance dont elle déduit que le système anticoncurrentiel *« n'était pas des plus puissants »*. De même, la cour a reproché au Conseil d'avoir abordé *« de manière trop brève le contexte de crise économique, générale et particulière à la métallurgie »* en le prenant en compte seulement au travers des chiffres d'affaires servant de base

103. *« Étant noté que ce même facteur a une influence sur le dommage à l'économie. »*

104. *« Il faut observer [...] que ce critère a été introduit clairement dans les lignes directrices de 2006. »*

aux sanctions et en considérant que les moratoires accordés par le Trésor public permettaient aux entreprises de s'acquitter des amendes. Si elle a admis que les entreprises ne pouvaient se défendre contre la crise en recourant à des ententes anticoncurrentielles, « *la saine concurrence [paraissant], par postulat, être la solution voulue par le législateur, tant communautaire [...] que nationale* » et que les cartels aggravaient la crise, elle a néanmoins indiqué qu'« *en l'état d'une loi nationale qui prescrit assez schématiquement de tenir compte pour base de la sanction du chiffre d'affaires d'un seul exercice comptable (le dernier, selon l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ; le meilleur, selon la loi du 15 mai 2001), il appartenait au Conseil d'atténuer la sanction pour tenir compte des fluctuations chiffrées très nettes et des incertitudes contextuelles exceptionnelles qu'avaient connues les entreprises poursuivies [au cours de la période où les pratiques avaient été mises en œuvre]* ». Ainsi, selon la cour, le Conseil « *devait s'écarter significativement du plafond légal de la sanction pour tenir compte de la gravité très atténuée du comportement anticoncurrentiel poursuivi* »<sup>105</sup>.

En conclusion, la cour a estimé que l'atteinte portée à la concurrence par les pratiques était « *moyennement grave, tempérée notamment par l'état de crise économique* » (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>106</sup>, la cour, sur renvoi, a confirmé la sanction prononcée contre la société Veolia Transport (Connex au moment des faits) pour sa participation à une entente nationale, avec les sociétés Keolis et Transdev<sup>107</sup>, en vue de se répartir le marché du transport public urbain de voyageurs.

La cour a fait sienne l'analyse du Conseil sur la gravité des pratiques, relevant que la constitution d'un cartel avait eu pour objet et effet de faire échec au déroulement normal des procédures de dévolution des marchés de transport public organisées par le législateur<sup>108</sup>, de supprimer, dans de nombreux cas, toute réelle possibilité de choix pour les collectivités publiques compte tenu du très petit nombre d'entreprises en mesure de présenter des offres crédibles. Elle a relevé la dimension nationale de la concertation, le grand nombre de marchés, l'implication de groupes importants qui ne pouvaient ignorer la loi, la malheureuse valeur d'exemple des pratiques mises en œuvre par de tels opérateurs. La cour a estimé que le fait que les collectivités aient disposé, par ailleurs, de la possibilité de recourir à des régies qui obéissaient « *à une autre logique économique* », ou le plus ou moins grand pouvoir de négociation de ces collectivités n'étaient pas de nature à atténuer la gravité des faits (cf. décision 05-D-38).

<sup>105</sup>. Voir, en sens contraire, not. : CA Paris, 29 septembre 2009, Établissements Mathé.

<sup>106</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

<sup>107</sup>. Keolis et Transdev avaient également formé des recours incidents contre la décision du Conseil, mais ces recours avaient été déclarés irrecevables (voir *supra* « Procédure suivie devant la cour d'appel/Sur l'irrecevabilité du recours exercé, devant la cour d'appel de renvoi, par une partie qui n'a pas formé de pourvoi en cassation ou qui, ayant formé un tel pourvoi, n'a pas présenté le moyen à l'origine de la cassation et du renvoi devant la cour d'appel »).

<sup>108</sup>. Loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique dite « loi Sapin ».

## Ententes horizontales lors d'appels à la concurrence

### *Échanges préalable au dépôt des offres*

Dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>109</sup>, la cour a confirmé pour l'essentiel la décision de sanction prise contre cinq sociétés qui s'étaient entendues, en échangeant des informations avant le dépôt des offres, à l'occasion de marchés passés par la SNCF (pour le compte de RFF, propriétaire des voies ferrées) pour la «*régénération*» de voies ferrées.

La cour a réduit les sanctions à l'égard de deux requérantes. Elle a rappelé que «*les ententes entre entreprises concurrentes sur un même marché, commises à l'occasion d'appels d'offres, sont parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'elles aboutissent à tromper le maître de l'ouvrage sur les effets de la mise en concurrence*» et relevé qu'en l'espèce, les entreprises avaient limité l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle elles auraient été soumises si elles s'étaient déterminées de manière autonome. Pour autant, elle n'a pas repris à son compte l'appréciation de l'Autorité selon laquelle le fait pour un opérateur de rechercher des informations auprès du donneur d'ordre n'atténue pas la responsabilité des entreprises qui devaient préserver leur autonomie vis-à-vis des autres entreprises comme du maître d'ouvrage délégué, appréciation que la cour a jugée «*trop générale et catégorique*». En définitive, les pratiques ont été qualifiées d'«*une gravité certaine*» malgré la durée limitée de leurs effets (6 mois pour chacun des marchés), eu égard en particulier au fait que le secteur concerné des transports touchait au service public, la cour relevant, par ailleurs, que, contrairement à ce qui était soutenu, il n'avait pas été établi que la SNCF était à l'origine de la divulgation d'informations aux entreprises (*cf.* décision 09-D-25).

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a confirmé la décision par laquelle avaient été sanctionnées quatre entreprises pour une entente commise lors d'un marché passé pour l'électrification rurale et l'éclairage public en Corse. Elle a estimé que la sanction prononcée contre l'unique requérante était justifiée au regard de la gravité de la pratique : «*Alors que l'objet même de l'appel d'offres sur un marché public est d'assurer une mise en concurrence pleine et entière des entreprises susceptibles d'y répondre au profit de la personne publique, la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appels d'offres, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique.*» Elle a précisé que «*les relations qui s'instaurent entre les entreprises qui participent habituellement aux travaux d'électrification rurale réalisés sous forme de marchés à bons de commande d'un montant peu élevé mais qui sont renouvelés, ne doivent pas les conduire à limiter la pression concurrentielle à laquelle elles sont soumises, lorsqu'elles se déterminent de manière indépendante*». Elle a rappelé que «*le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pour atténuer la gravité*

<sup>109</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

*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 et qu'il y a lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché qui, en l'espèce, a été conclu pour une période d'un an» (cf. décision 09-D-34).*

### *Constitution de groupements injustifiés*

Dans l'**arrêt Ponsaty du 5 janvier 2010**, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence à l'encontre d'entreprises qui avaient réparti entre elles les lots d'un marché de transport scolaire lancé dans le département des Pyrénées-Orientales, notamment en constituant des groupements non justifiés et en empêchant la constitution de groupements concurrents. Elle a rappelé la gravité des ententes entre concurrents commises lors de marchés publics : *« Les ententes entre entreprises concurrentes sur un même marché, commises à l'occasion d'appels d'offres, sont parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles parce qu'elles portent atteinte conjointement aux intérêts du consommateur ou usager et du contribuable. »* En l'absence de contrainte, elle a approuvé le Conseil de n'avoir pas retenu, comme circonstance exonératoire de la responsabilité des entreprises, le comportement du maître de l'ouvrage qui avait toutefois pu faciliter les pratiques (cf. décision 09-D-03).

### *Présentation d'offres faussement indépendantes*

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a rejeté les recours formés contre la décision par laquelle l'Autorité avait sanctionné une entente entre deux fabricants de tables d'opération, appartenant au même groupe, lors de marchés passés par les établissements hospitaliers français. Les deux fabricants avaient, de façon systématique, présenté des offres séparées, apparemment indépendantes alors qu'elles étaient établies, en réalité, par un même service commercial né de la fusion des équipes commerciales des deux entreprises intervenue à l'occasion d'une opération de concentration, et avaient, en outre, recouru à divers stratagèmes, pour faire croire à l'autonomie des offres et des entreprises. La cour a adopté l'analyse de l'Autorité relative à la gravité des pratiques, retenant que *« les pratiques d'ententes entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public et qu'en particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses concurrents, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'à l'opposé, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les concurrents de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents »* (cf. décision 10-D-04).

### *Ententes de répartition*

Dans l'**arrêt Aaction Dem du 11 mai 2010**, la cour a confirmé la gravité de la pratique mise en place par une vingtaine d'entreprises de déménagement de la région nancéenne. Celles-ci avaient fourni des devis de complaisance à des militaires qui, pour obtenir le remboursement de leurs frais de déménagement lors de mutations, devaient fournir plusieurs devis concurrents à leur administration : les entreprises s'étaient en fait réparti amiablement le marché, chacune ayant émis des devis de couverture et bénéficié, en retour, de semblables devis établis par des concurrents. La cour a estimé que ce comportement avait « *anéanti le processus de mise en concurrence voulu par l'administration militaire* » qui payait la prestation de déménagement au moyen de deniers publics. Elle a confirmé qu'à supposer même que les devis étaient réclamés par les militaires eux-mêmes à l'occasion de leur déménagement, cela n'était pas de nature à atténuer la responsabilité des entreprises, estimant qu'aucune des circonstances alléguées ne les contraignait à empêcher le libre jeu de la concurrence, « *sinon le désir de remporter à coup sûr un marché sans risque à un prix qui les satisfai[sai]t* » (cf. décision 09-D-19).

### **Ententes horizontales et échanges d'informations sur les prix et marges**

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>110</sup>, la cour d'appel a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil contre les trois leaders mondiaux du travail temporaire (Adecco, Manpower et VediorBis devenu Randstad), pour s'être entendus, en 2003 et 2004, afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients « grands comptes » (entreprises faisant appel de manière régulière et importante à l'intérim) : les entreprises coordonnaient régulièrement leur politique commerciale et tarifaire en échangeant des informations (notamment, sur les coefficients de facturation appliqués aux salaires des intérimaires, sur les remises de fin d'année ou sur le niveau des rétrocessions d'allègements de charge aux entreprises utilisatrices). Elles avaient aussi, par ailleurs, échangé sur le montant de leurs offres à l'occasion d'un appel d'offres.

La cour a ainsi confirmé la gravité de certaines des pratiques. Celles-ci avaient parfois consisté en des ententes directes sur les prix dans le cadre de réponse à des appels d'offres – lesquelles figurent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves –, et elles avaient au moins pris la forme d'une coordination sur des éléments concourant à la formation des prix (comme les remises de fin d'année ou les conditions de rétrocession à la clientèle d'allègements de charges sociales décidées par les pouvoirs publics). Les entreprises avaient également essayé de maintenir leurs parts de marché respectives auprès de certains grands clients, voire de maintenir globalement leurs positions au plan régional ou national, pratique dont la gravité est régulièrement soulignée par l'Autorité de la concurrence et par les juridictions de contrôle. La cour a retenu, en outre, que la moindre rétrocession des allègements de charges aux entreprises utilisatrices avait non seulement

<sup>110</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

renchéri le coût de la main-d'œuvre temporaire pour ces entreprises, mais aussi conduit à un processus de « confiscation », comme l'avait relevé le Conseil, d'une partie de l'effort budgétaire public visant à réduire le chômage : « En surévaluant les charges sociales incombant aux EU [entreprises utilisatrices] et donc la composante non négociable du paiement des ETT [entreprises de travail temporaire], celles-ci ont bien directement et artificiellement alourdi, au détriment des EU et des salariés eux-mêmes le coût du travail. » La Cour a donné acte au Conseil d'avoir pris en compte la durée relativement brève des pratiques et d'avoir distingué celles-ci d'un véritable cartel, « forme la plus grave de collusion anticoncurrentielle, qui n'aurait été caractérisé que si la coordination avait été plus complète et plus systématique » (cf. décision 09-D-05).

### Ententes verticales

#### *Accord de distribution exclusive*

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>111</sup>, la cour a confirmé la sanction prononcée par le Conseil à l'encontre de la société Expedia, leader mondial de la vente de voyages en ligne, qui s'était entendue avec la SNCF. Cette dernière, en monopole légal sur le transport ferroviaire de voyageurs, avait favorisé sa filiale de voyage en ligne – l'agence VSC – créée en partenariat avec Expedia : hébergée sur le site voyages-sncf.com, l'agence profitait des connexions des clients de la SNCF, venus sur le site pour acheter des billets de train, pour les orienter vers ses propres services d'agence de voyage, et ce au détriment des agences de voyages en ligne concurrentes<sup>112</sup>. La cour a fait sienne l'appréciation du Conseil sur la gravité certaine de l'entente eu égard à la position des auteurs (entente mise en œuvre entre une entreprise disposant d'un monopole légal et ayant utilisé ce dernier pour fausser la concurrence par les mérites, et un groupe américain occupant une place de leader mondial de la vente de voyages en ligne), à la durée des pratiques (plus de six années) et le caractère émergent du marché affecté (la vente de voyages en ligne). La cour a, par ailleurs, approuvé le Conseil d'avoir retenu comme facteur d'atténuation, le fait que les concurrents avaient, malgré les pratiques, connu une croissance soutenue au cours des années considérées (cf. décision 09-D-06).

#### *Concertation afin de se réserver un approvisionnement exclusif*

Dans l'**arrêt Vicat du 15 avril 2010**<sup>113</sup>, la cour a réduit modérément les sanctions pécuniaires infligées contre les sociétés Vicat et Lafarge, après avoir écarté le grief d'abus de position dominante collective initialement retenu par le Conseil et confirmé la décision du Conseil en ce qu'elle avait considéré comme établie les ententes mises en œuvre par les deux cimentiers français. Ces derniers s'étaient entendus avec leurs distributeurs en Corse afin de se réserver l'approvisionnement de la Corse au détriment des importateurs étrangers, notamment grecs et italiens. Tout en soulignant le caractère modéré des sanctions prononcées, la cour

111. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

112. La SNCF n'avait pas contesté les griefs et pris des engagements.

113. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt

a approuvé le Conseil d'avoir qualifié la pratique d'entente de grave eu égard au fait que la concurrence était déjà très altérée en Corse au moment de la mise en œuvre des pratiques, en raison de crises graves ayant affecté le marché de l'approvisionnement en gros du ciment en Corse, situation dont avaient profité les opérateurs pour tenter de verrouiller totalement le marché (cf. décision 07-D-08).

### Abus de position dominante

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>114</sup>, la cour a confirmé la sanction prononcée contre la SNCM pour des faits d'abus de position dominante commis lors d'une procédure d'appel d'offres lancée par l'Office des transports de Corse en vue du renouvellement, pour les années 2007 à 2010, de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse. La SNCM, en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public entre Marseille et la Corse, avait présenté une offre globale et indivisible ayant pour objet et effet d'exclure les autres soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure de proposer une offre comparable. La cour a souligné la gravité certaine de la pratique, laquelle résultait, malgré le contexte d'une procédure dont les défauts avaient été sanctionnés par l'annulation prononcée par la juridiction administrative, de l'objet du marché – un service public important et coûteux –, et de la situation de la SNCM qui était délégataire sortant et qui présentait un poids économique substantiel vis-à-vis de la collectivité territoriale concernée (cf. décision 09-D-10).

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a confirmé la sanction prononcée contre la société d'économie mixte Gaz et Électricité de Grenoble qui avait dénigré, par voie de presse, son unique concurrent, l'opérateur alternatif Poweo, et ainsi abusé de sa position dominante sur le marché local de la fourniture d'électricité aux clients « petits professionnels ».

Après avoir énoncé que l'appréciation de la gravité des pratiques doit prendre en compte, entre autres, le caractère public ou non du marché et les caractéristiques de la clientèle concernée<sup>115</sup>, la cour a fait sienne l'analyse de l'Autorité. Elle a ainsi relevé le fait que la requérante avait opéré une confusion délibérée entre ses missions de service public et les activités exercées en concurrence ; la qualité d'opérateur historique de l'auteur des pratiques ; le fait que les pratiques n'avaient pas été instantanées mais avaient été précédées de courriers et suivies de démarches auprès des anciens clients pour regagner leur confiance. Elle a relevé en outre que les pratiques avaient eu pour but d'entraver le développement d'un concurrent sur le marché de la fourniture de l'électricité aux clients éligibles de Grenoble au moment crucial et symbolique de l'ouverture à la concurrence. Elle a approuvé l'Autorité de ne pas avoir tenu compte des facteurs habituels d'atténuation, étrangers à l'espèce, tels que l'ancienneté des faits (la saisine de l'Autorité avait été immédiate), la cessation du comportement anticoncurrentiel à partir de la saisine de l'Autorité (l'abandon du marché par Poweo avait en fait restauré

114. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt

115. Voir en ce sens, *supra* : CA Paris, 19 janvier 2010, AMD Sud-Ouest.

la position de monopoleur de GEG) ou le pouvoir de marché de Poweo, tout à fait modeste (cf. décision 09-D-14).

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>116</sup>, la cour a confirmé, pour l'essentiel, la décision de sanction prise contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane. Avaient été retenus à l'encontre de la filiale Orange Caraïbe trois abus de position dominante ainsi qu'une entente avec le seul réparateur situé dans les Caraïbes visant à interdire à ce dernier de proposer ses services à des opérateurs concurrents. France Télécom s'était vu reprocher, quant à elle, deux types d'abus de position dominante, une pratique de discrimination tarifaire et une autre de ciseau tarifaire. Cette dernière pratique a été écartée par la cour.

La sanction mise à la charge solidaire des deux sociétés, pour les pratiques reprochées à la filiale Orange Caraïbe, a été maintenue et celle infligée à France Télécom a été réduite compte tenu de l'abandon du grief de ciseau tarifaire.

La cour a relevé les signes d'une gravité certaine des pratiques : implication d'un opérateur en situation de monopole pendant plusieurs années, intervenant au nom et pour le compte de sa société mère, opérateur historique ; longue durée du comportement anticoncurrentiel traduisant une ferme volonté de perturber la concurrence ; affectation directe des prix de détail ; caractère sensible des marchés concernés compte tenu de l'existence d'une clientèle « *très demandeuse, et finalement captive* » ; « *multiplication des mécanismes contractuels constitutifs d'une ingénierie anticoncurrentielle dont les effets combinés se sont cumulés pour déboucher sur une affectation importante de la concurrence* » (cf. décision 09-D-36).

### **Sur le dommage à l'économie**

La cour a rappelé que :

- le dommage à l'économie est présumé lorsqu'une entente est établie (**arrêts AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010, Adecco France du 26 janvier 2010**<sup>117</sup>)<sup>118</sup> ;
- l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie, mais seulement de fournir les éléments permettant d'apprécier les incidences économiques des pratiques poursuivies (**arrêts Adecco France du 26 janvier 2010**<sup>119</sup>, **Expedia du 23 février 2010**<sup>120</sup>) ;
- l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie ne se limite pas à la seule atteinte au surplus économique des consommateurs et doit porter sur la perte du surplus subie par l'ensemble des opérateurs du marché, entreprises

116. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

117. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

118. Cette jurisprudence a été remise en question par la Cour de cassation, dans l'arrêt du 7 avril 2010, Bouygues Télécom (voir *infra* « *Jurisprudence de la Cour de cassation* »).

119. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

120. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

- concurrentes, offreurs ou demandeurs (**arrêt Adecco France du 26 janvier 2010**<sup>121</sup>);
- le dommage causé à l'économie par des pratiques d'entente lors d'appels d'offres est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence (par suite, il ne peut être soutenu que le dommage est faible au motif que le montant de l'offre retenue a été finalement inférieure au montant estimé par le maître d'ouvrage) (**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**). Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a précisé « *qu'en effet de telles pratiques affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu* » (cf. décision 10-D-04);
  - l'Autorité n'est pas tenue, en vertu de l'article L. 464-2 du Code de commerce, de justifier les sanctions au regard d'une comparaison avec les sanctions dont il a frappé d'autres entreprises dans des affaires distinctes (**arrêts Adecco France du 26 janvier 2010**<sup>122</sup>, **Aaction Dem du 11 mai 2010**).

Dans l'**arrêt Ponsaty du 5 janvier 2010**, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence. Reprenant à son compte l'appréciation portée par le Conseil selon laquelle « *une concurrence faussée par des ententes de répartition de marchés entraîne nécessairement une pression moindre sur les entreprises pour qu'elles fassent des efforts de prix* », elle a jugé que le dommage présentait un caractère certain, non négligeable, sans qu'il soit nécessaire, comme le prétendaient les requérantes, d'examiner le caractère raisonnable ou non des prix effectivement proposés par les groupements lors d'un second appel d'offres organisé après que le premier avait été déclaré infructueux (cf. décision 09-D-03).

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a confirmé que l'évaluation du dommage doit être globale, les parties ne pouvant exiger une individualisation à cet égard (par entreprise fautive, en fonction des parts de marché, ou par victime), laquelle ne peut intervenir qu'au titre de la situation individuelle des entreprises. Elle a confirmé également que le dommage n'a pas à être quantifié précisément, « *le mot "importance" n'étant évidemment pas arithmétique* », les entreprises ne pouvant reprocher au Conseil de n'avoir pas chiffré exactement un prix concurrentiel hypothétique, les pertes de marge des concurrents évincés, les taux de marge des entreprises impliquées ou encore le surpris pendant la période des pratiques : si, en l'espèce, le Conseil, dans le souci de répondre complètement aux parties, avait mis en évidence des écarts de prix et des évolutions des taux de marges, « *il ne s'est néanmoins pas agi d'établir des chiffrages précis du dommage à l'économie et encore moins d'en faire dépendre le montant des sanctions* »<sup>123</sup>. La cour a estimé, comme le Conseil, que la durée significative des pratiques (58 mois) avait

121. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

122. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

123. « *Si de tels chiffrages ont une importance décisive dans l'évaluation de la réparation en droit commun de la concurrence, ils sont secondaires en droit de la régulation et doivent céder la place à un faisceau 'qualitatif', ou au moins 'qualitatif et quantitatif', comme y invite la loi, le mot "importance" n'étant évidemment pas arithmétique; qu'il s'agit ici d'un ordre de grandeur ou, comme le dit le TUE (anciennement TPICE), d'une "probabilité raisonnable" de dommage collectif.* »

aggravé le dommage. Elle a également repris à son compte l'analyse du Conseil sur les effets conjoncturels et structurels des pratiques s'agissant notamment de l'étendue du marché affecté <sup>124</sup> et des perturbations du marché induites, notamment les effets à long terme compte tenu de l'effet de diffusion sur les marchés aval et de la perturbation profonde et durable du processus concurrentiel.

Mais la cour s'est démarquée de l'analyse du Conseil sur d'autres points. Elle a ainsi reproché au Conseil de n'avoir pas pris en compte certains éléments invoqués par les entreprises, relatifs aux caractéristiques du secteur (autonomie décisionnelle des succursales, volatilité des prix, opacité et aléa des pratiques tarifaires locales...), et de nature, selon la cour, à limiter l'effectivité de l'entente. La cour en a déduit que le dommage causé à l'économie par les pratiques n'avait pas eu « l'importance très considérable » dénoncée et que les sanctions devaient par conséquent, et à ce titre, être « légèrement atténuées ». En conclusion, la cour a retenu que « le dommage à l'économie [devait] être considéré comme certain mais modéré » (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010** <sup>125</sup>, la cour d'appel a estimé que le Conseil avait suffisamment justifié l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques d'entente mises en œuvre par les trois leaders mondiaux du travail temporaire (Adecco, Manpower et VediorBis devenu Randstad), en 2003 et 2004, afin de limiter la compétition entre eux vis-à-vis de leurs clients « grands comptes » <sup>126</sup>.

Le Conseil avait, en premier lieu, constaté que les échanges d'informations, qui avaient eu pour effet réel de réduire la compétition par les prix entre les trois principaux opérateurs de travail temporaire en France, avaient aussi engendré trois types de conséquences directement dommageables pour l'économie : un transfert de profit depuis les EU (entreprises utilisatrices) vers les ETT (entreprises de travail temporaire), un moindre recours au travail temporaire dû à la hausse de son coût pour les EU et aussi un manque à gagner pour les intérimaires qui n'avaient pas été employés. En second lieu, le Conseil avait proposé un ordre de grandeur – que la cour a avalisé – de ces conséquences directes dommageables : un surprofit réalisé par les trois opérateurs avait d'abord été évalué à environ plusieurs dizaines de millions d'euros (au moins 44 M€ pour la période couverte par les griefs soit 21 mois) ; par ailleurs, le manque à gagner subi notamment par les intérimaires, résultant de la baisse du recours au travail temporaire induite par la hausse du coût de cette forme de travail, avait été évalué à environ 20 millions d'euros <sup>127</sup>. La cour a adopté ces ordres de grandeur qui s'appuyaient sur des

124. À cet égard, la cour a écarté l'argumentation selon laquelle le marché du négoce de l'acier n'aurait représenté qu'une part infime du marché des aciers : elle a relevé que le marché du négoce des produits sidérurgiques était distinct de celui de la vente en gros de l'acier et que les parties détenaient sur le marché du négoce une part de marché cumulée de 70 à 90 %.

125. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

126. Entreprises faisant appel de manière régulière et importante à l'intérim.

127. La Cour précise que « l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie [...] qui ne se limite pas, par principe, à la seule atteinte au surplus économique des consommateurs, doit porter sur la perte du surplus subie par l'ensemble des opérateurs du marché, entreprises concurrentes, offreurs ou demandeurs ».

études versées par les entreprises elles-mêmes, des études économiques ou des décisions de la Commission européenne. En définitive, la cour a estimé, comme le Conseil, que les pratiques avaient eu des effets importants, même si leur estimation précise (à laquelle le Conseil n'était pas tenu) demeurerait sujette à discussion (*cf.* décision 09-D-05).

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>128</sup>, la cour a confirmé la sanction prononcée par le Conseil à l'encontre de la société Expedia, leader mondial de la vente de voyages en ligne, qui s'était entendue avec la SNCF. Cette dernière, en monopole légal sur le transport ferroviaire de voyageurs, avait favorisé sa filiale de voyage en ligne – l'agence VSC – créée en partenariat avec Expedia, et ce au détriment des agences de voyages en ligne concurrentes<sup>129</sup>. La cour a estimé qu'Expedia n'opposait aux analyses du Conseil que des pétitions de principe. Elle a reconnu que les avantages tirés de l'hébergement sur le site de la SNCF avaient fait bénéficier l'agence VSC, et à travers elle Expedia, de surplus de revenus au détriment de leurs concurrents exclus des mêmes avantages, entraînant par là même une perturbation du marché des services d'agences de voyages de loisir et un dommage à l'économie que le Conseil n'était pas tenu de chiffrer précisément (mais dont il avait cerné un ordre de grandeur en retenant que le marché affecté présentait un chiffre d'affaires qui avait fortement évolué en 5 ans) (*cf.* décision 09-D-06).

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>130</sup>, la cour a confirmé la sanction prononcée contre la SNCM pour des faits d'abus de position dominante commis lors d'une procédure d'appel d'offres lancée par l'Office des transports de Corse en vue du renouvellement, pour les années 2007 à 2010, de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse. La SNCM, en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public entre Marseille et la Corse, avait présenté une offre globale et indivisible ayant pour objet et effet d'exclure les autres soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure de proposer une offre comparable. La cour a relevé, comme le Conseil, que l'arrêt du Conseil d'État qui avait annulé la procédure d'appel d'offres, avait empêché le comportement de la SNCM d'avoir un effet direct sur le marché mais elle a souligné que ce comportement avait néanmoins contribué aux perturbations et retards apportés à la passation de la nouvelle délégation de service public et aux frais supportés par la collectivité (*cf.* décision 09-D-10).

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a confirmé la sanction prononcée contre la société d'économie mixte Gaz et Électricité de Grenoble qui avait dénigré, par voie de presse, son unique concurrent, l'opérateur alternatif Poweo, et ainsi abusé de sa position dominante sur le marché local de la fourniture d'électricité aux clients « petits professionnels ». La cour a souligné que l'importance du dommage n'avait pas été exagérée par l'Autorité et que celle-ci avait adopté une analyse « *très pondérée* ». Elle a estimé que l'Autorité avait

128. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

129. La SNCF n'avait pas contesté les griefs et pris des engagements.

130. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

«*valablement caractérisé une probabilité raisonnable de dommage collectif*» : la procédure avait démontré que GEG avait empêché l'ouverture du marché à la concurrence en réduisant le nombre des opérateurs au point que cette entreprise avait pu restaurer sa position de monopoleur antérieure à l'ouverture du marché à la concurrence. Cependant, le dommage était resté limité à la zone de desserte de Grenoble. La cour a encore approuvé l'Autorité de n'avoir pas retenu une «*affectation significative du surplus du consommateur*» dans la mesure où, si GEG s'était retrouvée en position de monopole de fait après le retrait de Poweo, elle n'avait pas été libre d'en profiter et de pratiquer des prix de monopole car elle était tenue par le tarif réglementé fixé par la puissance publique. De plus, au vu des conditions du marché libre de l'électricité, l'intérêt de la clientèle était de rester aux tarifs réglementés. La cour a estimé que l'Autorité n'avait pas exagéré l'étendue du marché affecté par le comportement anticoncurrentiel ni les perturbations du marché, tenant ainsi justement compte des rapports d'activité de la CRE depuis 2005 qui faisaient état de la stagnation du rythme de l'ouverture du marché de l'électricité pour les clients professionnels sur l'ensemble du territoire national et n'imputaient pas l'absence d'opérateurs alternatifs, jusqu'à l'arrivée de GDF sur le marché, aux pratiques de GEG. Enfin, la cour a relevé que si Poweo n'avait pas déposé plainte pour abus de position dominante<sup>131</sup> et ne s'était pas non plus jointe à la procédure par la suite, l'Autorité, dans sa mission de protection des consommateurs, «*n'a pas besoin de l'appui ou de l'assentiment des concurrents moyennant quoi la réparation accordée auxdits concurrents par les voies de droit commun n'a pas d'influence sur la procédure de régulation, punitive et préventive, fondée sur l'ordre public économique*» (cf. décision 09-D-14).

Dans l'**arrêt Vicat du 15 avril 2010**<sup>132</sup>, la cour a souligné que le Conseil avait procédé à une analyse extrêmement prudente de l'importance du dommage causé à l'économie par l'entente mise en œuvre par les deux cimentiers Vicat et Lafarge avec leurs distributeurs en Corse afin de se réserver l'approvisionnement de l'île au détriment des importateurs étrangers. Cette pratique avait limité la concurrence par les prix qui aurait pu s'instituer du fait des prix plus bas des ciments importés. Il avait été tenu compte du fait que les prix pratiqués sur le marché corse par les deux cimentiers français restaient inférieurs à ceux qu'ils pratiquaient en France continentale, «*sans que les raisons de cette situation paradoxale aient pu être expliquées*». La cour a également tenu compte, comme éléments modérateurs pour réduire les sanctions prononcées par le Conseil, de la modeste dimension du marché affecté et de sa valeur et de la durée des pratiques, légèrement moindre que celle retenue par le Conseil (cf. décision 07-D-08).

Dans l'**arrêt Aaction Dem du 11 mai 2010**, la cour a estimé que l'Autorité avait procédé à une juste appréciation du dommage causé à l'économie par la pratique de devis de complaisance mise en place par une vingtaine d'entreprises de déménagement de la région nancéienne à l'occasion de demandes de devis émanant de

131. La saisine émanait de la CRE.

132. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

militaires. Les entreprises s'étaient réparti amiablement le marché, chacune ayant émis des devis de couverture et bénéficié, en retour, de semblables devis établis par des concurrents. L'Autorité s'était fondée notamment sur le fait que des baisses significatives de prix avaient été observées lorsque la concurrence avait été restaurée dans plusieurs départements et sur le montant des frais de déménagement remboursés par l'administration militaire qui avait dépassé 7 millions d'euros en 2004. Elle a rappelé que « *le dommage à l'économie provoqué par la concertation ne se réduit pas au préjudice subi par le client mais résulte aussi de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal du marché* » (cf. décision 09-D-19).

Dans l'**arrêt Veolia Transport du 15 juin 2010**<sup>133</sup>, la cour, sur renvoi, a confirmé la sanction prononcée contre la société Veolia Transport (Connex au moment des faits) pour sa participation à une entente nationale, avec les sociétés Keolis et Transdev<sup>134</sup>, en vue de se répartir le marché du transport public urbain de voyageurs. Elle a approuvé l'appréciation portée par le Conseil sur l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques, relevant que celles-ci avaient contribué à une moindre performance des transports publics, à l'augmentation du coût des obligations des collectivités publiques, au cloisonnement du marché national et, partant, à l'entrave de la concurrence d'entreprises européennes. Comme le Conseil, la cour a pris en compte la durée des conventions signées pour cinq à dix ans et le chiffre d'affaires global réalisé en France par les trois entreprises en cause dans le secteur considéré (cf. décision 05-D-38).

Dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>135</sup>, la cour, prenant acte du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation sur la question de la démonstration de l'existence du dommage causé à l'économie par une entente<sup>136</sup>, a approuvé l'Autorité de ne s'être pas contentée d'affirmer que l'existence du dommage était présumée, « *ce qui est effectivement insuffisant pour caractériser son existence* », mais d'avoir retenu que « *les actions qui limitent les effets bénéfiques de l'appel à la concurrence causent à l'économie un préjudice certain qui ne se mesure pas au préjudice particulier subi par le client, et qui existe même si comme en l'occurrence le prix d'attribution des lots a souvent été inférieur à l'estimation faite au préalable par la SNCF* ». Elle a également approuvé l'Autorité d'avoir apprécié l'importance du dommage en tenant compte du montant conséquent des marchés concernés (plus de 55 M€), mais aussi de l'atténuation résultant du fort pouvoir de négociation du client, la SNCF. Elle a considéré comme sans incidence sur la caractérisation du dommage à l'économie, le fait que la SNCF recourait de façon très limitée à la sous-traitance pour la réalisation des travaux de réfection des voies, ou que les appels d'offres revêtaient une forme peu encadrée, laissant place à la négociation après l'ouverture des offres (cf. décision 09-D-25).

133. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

134. Keolis et Transdev avaient également formé des recours incidents contre la décision du Conseil, mais ces recours avaient été déclarés irrecevables (voir *supra* « Procédure suivie devant la cour d'appel Sur l'irrecevabilité du recours exercé, devant la cour d'appel de renvoi, par une partie qui n'a pas formé de pourvoi en cassation ou qui, ayant formé un tel pourvoi, n'a pas présenté le moyen à l'origine de la cassation et du renvoi devant la cour d'appel »).

135. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

136. Voir *infra* : Cass. com., 7 avril 2010, Bouygues Télécom.

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a confirmé la décision par laquelle avaient été sanctionnées quatre entreprises pour une entente commise lors d'un marché passé pour l'électrification rurale et l'éclairage public en Corse. Elle a estimé que la sanction prononcée contre l'unique requérante était justifiée au regard de l'importance du dommage causé à l'économie par la pratique. La cour, prenant acte du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation sur la question de la démonstration de l'existence du dommage causé à l'économie par une entente<sup>137</sup>, a retenu que *« l'échange d'informations et le dépôt d'offres de couverture ont causé un dommage à l'économie, au demeurant manifeste lorsque l'existence d'une entente est établie, dès lors qu'ils n'ont pas permis de déterminer le juste prix du marché par une comparaison entre des offres proposées en toute autonomie par les entreprises se faisant concurrence »*. Rappelant que le dommage est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage et qu'il s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, elle a jugé indifférente la circonstance que le montant de l'offre retenue avait été finalement inférieure au montant estimé par le maître d'ouvrage. Elle a approuvé l'Autorité d'avoir apprécié l'importance du dommage en tenant compte du montant des marchés attribués affectés par les pratiques ainsi que de *« la malheureuse valeur d'exemple que ce type de comportement peut susciter pour d'autres appels d'offres »* (cf. décision 09-D-34).

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>138</sup>, la cour a repris à son compte la démonstration de l'Autorité selon laquelle le consommateur avait été privé des bénéfices résultant d'une concurrence réelle entre les opérateurs notamment en termes de prix et de qualité de service et retenu les perturbations des marchés décrites dans la décision (absence de liberté commerciale des distributeurs, captivité de la clientèle, barrières construites contre tous nouveaux concurrents) caractérisant *« un trouble persistant à la concurrence »*. Elle a relevé aussi le dommage causé aux consommateurs caribéens et aux opérateurs concurrents (notamment Bouygues Télécom Caraïbes qui s'était vu exclure du marché après avoir vu son développement *« totalement contraint »* alors que deux autres opérateurs entrants avaient vu leur développement *« anormalement contraint »*) (cf. décision 09-D-36).

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a analysé l'appréciation portée sur l'importance du dommage à l'économie résultant d'une entente entre deux fabricants de tables d'opération lors de marchés passés par les établissements hospitaliers français. Elle a approuvé l'Autorité d'avoir estimé que le dommage devait être apprécié au regard notamment du montant du marché attribué, afin de déterminer si celui-ci avait été supérieur au montant qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence, le dommage étant d'autant plus important que le marché est de grande taille et que les auteurs des pratiques y détiennent une part de marché élevée (cf. décision 10-D-04).

137. Idem.

138. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

## Sur la situation des entreprises

### Éléments aggravants

#### Réitération

La circonstance de réitération a été retenue dans plusieurs affaires : « [...] *La réitération visée par l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui constitue une circonstance aggravante personnelle, permet d'augmenter le montant de la sanction pécuniaire à l'encontre d'une entreprise qui, déjà sanctionnée pour des pratiques similaires, a manifesté une propension à s'affranchir des règles relatives à la concurrence, afin de l'inciter à modifier son comportement.* » Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>139</sup>, la cour a estimé que les conditions permettant de viser la réitération étaient réunies à l'égard de quatre entreprises, dès lors, d'une part, que de précédentes infractions au droit de la concurrence avaient été constatées avant la commission des nouvelles pratiques, en vertu d'une décision du Conseil qui était devenue définitive à la date à laquelle il avait statué et, d'autre part, que les nouvelles pratiques étaient similaires par leur objet.

La cour a approuvé le taux de majoration de la sanction retenu par le Conseil de 25 % compte tenu du délai relativement court (6 ans) écoulé entre la précédente décision et les nouveaux faits.

Elle a également rappelé que les propositions du commissaire du gouvernement – qui avait proposé une majoration de 10 % seulement – ne lient pas l'Autorité et que celle-ci n'est pas tenue de justifier la majoration appliquée au regard d'une comparaison avec les sanctions qu'elle a prononcées à l'encontre d'autres entreprises dans des affaires distinctes (*cf.* décision 09-D-05).

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>140</sup>, la cour a approuvé la prise en compte de la réitération à l'encontre des deux sociétés entraînant une majoration de la sanction de 50 % pour l'entité formée par France Télécom et Orange Caraïbe et de 50 % pour France Télécom seule. Elle a ainsi confirmé que les conditions de la réitération étaient réunies dès lors, d'une part, que de précédentes infractions au droit de la concurrence avaient été constatées avant la commission des nouvelles pratiques par six décisions devenues définitives au moment où l'Autorité avait statué sur ces nouvelles pratiques et, d'autre part, que les pratiques précédemment sanctionnées étaient similaires par leur objet et/ou leurs effets (*cf.* décision 09-D-36).

Voir aussi **arrêt Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>141</sup> (*cf.* décision 09-D-07).

Dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>142</sup>, la cour a estimé que pour deux des cinq entreprises sanctionnées, la circonstance aggravante de réitération avait été retenue à tort, les condamnations retenues étant intervenues postérieurement aux faits de

139. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

140. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

141. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

142. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

l'espèce. La cour a précisé que la seule ouverture d'une enquête administrative de la DGCCRF antérieurement aux faits nouvellement sanctionnés ne pouvait être considérée « *comme un précédent rappel à la loi justifiant une sévérité accrue* » et ne pouvait donc être retenue pour la réitération. Les sanctions des deux entreprises concernées ont été, en conséquence, réduites (cf. décision 09-D-25).

Par ailleurs, la cour a rappelé que l'absence d'antécédents est « *la norme plutôt qu'une circonstance atténuante* » (**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**) (cf. décision 08-D-32).

De même, dans l'**arrêt Aaction Dem du 11 mai 2010**, la cour a rappelé qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte, comme circonstance atténuante, l'absence d'antécédents, « *les dispositions légales ne visant que la réitération, facteur d'aggravation* » (cf. décision 09-D-19).

En ce sens, voir également, **arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010** (cf. décision 09-D-34).

### *Rôle de meneur*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir pris en compte, parmi les « *facteurs défavorables de l'individualisation tenant aux caractéristiques de l'entente elle-même* », le rôle de meneur tenu par trois des sociétés sanctionnées, à la fois « *meneurs historiques* » qui avaient imaginé et mis en place l'entente et « *meneurs économiques* » dominant les autres entreprises (cf. décision 08-D-32).

### *Notoriété, puissance économique, position stratégique*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir retenu, au titre des « *facteurs défavorables* », la notoriété ainsi que la position stratégique et incontournable d'un groupe mis en cause, intégré verticalement et ayant de ce fait une connaissance interne de l'amont et un accès direct aux produits vendus. La cour a relevé que ce groupe était de surcroît l'un des principaux fournisseurs des négociants concurrents et avait à sa disposition des « *infrastructures juridico-économiques* » (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>143</sup>, la cour, pour dire mal fondée la demande de la requérante tendant à une réduction de sa sanction, a pris notamment en considération la puissance des deux entreprises ayant pris part à l'entente reprochée : la SNCF, en monopole légal sur le transport ferroviaire de voyageurs, avait favorisé sa filiale de voyage en ligne, créée en partenariat avec Expedia, leader mondial de la vente de voyages en ligne, et ce au détriment des agences de voyages en ligne concurrentes (cf. décision 09-D-06).

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>144</sup>, la cour a considéré comme facteurs défavorables la notoriété nationale du groupe France Télécom et le fait que ce groupe disposait « *d'infrastructures juridico-économiques de nature à mettre en garde la société mère et ses filiales contre les pratiques illicites* » (cf. décision 09-D-36).

143. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

144. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

### *Importance du surplus retiré des pratiques*

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>145</sup>, la cour a tenu compte, notamment, du surplus retiré de la pratique par la requérante pour conclure que cette dernière était mal fondée à demander une réduction de la sanction prononcée à son encontre (*cf.* décision 09-D-06).

### **Éléments atténuants**

#### *Difficultés économiques rencontrées par l'entreprise*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a estimé que le Conseil n'avait pas pris suffisamment en compte la situation financière obérée de certaines entreprises, « *autrement dit des dimensions individualisées de la crise économique, ou du mauvais état des comptes de l'entreprise, quelles qu'en soient les causes* » (*cf.* décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Aaction Dem du 11 mai 2010**, la cour a réduit certaines des sanctions prononcées contre des entreprises de déménagement de la région nancéenne qui, sollicitées par des militaires à l'occasion de mutations, avaient établi des devis de complaisance et s'étaient ainsi réparti le marché, chacune émettant des devis de couverture et bénéficiant, en retour, de semblables devis établis par des concurrents. La cour a constaté que l'une des sociétés<sup>146</sup>, qui présentait un résultat d'exploitation déficitaire depuis plusieurs années, avait été mise en redressement judiciaire postérieurement à la décision de sanction de l'Autorité, à la suite du déclenchement d'une procédure d'alerte par le commissaire aux comptes et de son incapacité à faire face à un passif supérieur à 2 millions d'euros, situation qui a motivé une réduction de la sanction de plus de moitié. Pour une autre société<sup>147</sup>, la cour a estimé, au vu de documents comptables, notamment d'attestations de l'expert-comptable montrant des difficultés financières persistantes (résultat d'exploitation déficitaire, résultat net négatif) ainsi que l'absence de toute réserve pour faire face au paiement de l'amende, et d'une demande d'échelonnement du paiement de la sanction au Trésor public, que le paiement de la sanction la mettrait « *en très grande difficulté, l'obligeant à licencier* » et a diminué la sanction de près de moitié. En revanche, une autre société, également mise en redressement judiciaire postérieurement à la décision, n'a pas vu sa sanction – qui était modique – réduite. De même, une autre entreprise, qui faisait état de résultats d'exploitation déficitaires depuis plusieurs années mais qui ne produisait, pour les dernières années que des situations comptables provisoires, n'a pas bénéficié d'une diminution de sa sanction (*cf.* décision 09-D-19).

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a approuvé l'Autorité de n'avoir pas tenu compte du résultat net de l'entreprise mais d'avoir retenu le chiffre d'affaires, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce, en observant

<sup>145</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

<sup>146</sup>. Celle-ci avait obtenu, par ordonnance du magistrat délégué, un sursis à exécution pour le paiement de sa sanction.

<sup>147</sup>. Celle-ci avait vu sa demande de sursis rejetée, le magistrat délégué ayant estimé que la réalité des difficultés financières n'était pas suffisamment démontrée par la seule attestation de l'expert-comptable.

que la diminution des résultats nets invoquée par la requérante, ne constituait pas nécessairement l'indice de difficultés économiques mais, tout au plus, celui d'une diminution de la rentabilité, ce qui ne constitue pas un critère de détermination de la sanction fixé par les dispositions précitées (cf. décision 09-D-34).

### *Faiblesse du profit retiré*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir écarté, comme circonstance atténuante, la faiblesse prétendue du profit retiré par les entreprises auteurs des pratiques : « *L'Autorité [...] est fondé[e] à considérer que si l'explosion des profits est un facteur aggravant, la réciproque n'est pas admissible.* » (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a rappelé que le fait que l'entreprise, n'ayant pas obtenu le marché, n'avait pas bénéficié de l'infraction ne constituait pas une cause d'atténuation de la sanction (cf. décision 09-D-34).

### *Pressions exercées sur les entreprises mises en cause*

La cour a écarté cette circonstance, comme étant non avérée, dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010** (cf. décision 08-D-32).

### *Rôle joué par la victime de pratiques anticoncurrentielles*

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>148</sup>, la cour a jugé que le comportement de l'Office des transports de Corse dans l'organisation de l'appel d'offres pour le renouvellement de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse, sanctionné par l'annulation de la procédure prononcée par la juridiction administrative, ne retirait pas au comportement de la SNCM son caractère illégal, mais pouvait seulement être pris en considération pour l'appréciation de la sanction (cf. décision 09-D-10).

Dans l'**arrêt Ponsaty du 5 janvier 2010**, la cour a approuvé le Conseil de n'avoir pas retenu comme circonstance exonératoire de la responsabilité des entreprises, en l'absence de contrainte véritable, le comportement du maître de l'ouvrage même s'il avait toutefois pu faciliter les pratiques (cf. décision 09-D-03).

### *Autres*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a estimé que le Conseil n'avait pas pris suffisamment en compte certains « *facteurs favorables de l'individualisation tenant aux caractéristiques de l'entente* » réprimée, notamment (cf. décision 08-D-32) :

- *Faibles parts de marché* détenues par les petits opérateurs : la cour a relevé que le Conseil avait reconnu que certaines entreprises avaient des parts de marché faibles, mais qu'il n'en avait pas tenu compte, au regard des pourcentages de chiffre d'affaires représentés par les amendes prononcées à leur encontre (2,6 à

<sup>148</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

- 21,8 %) alors que les grandes sociétés n'ont pas été sanctionnées au-delà de 2,72 % des chiffres d'affaires du groupe ;
- *statut de droit privé* des entreprises poursuivies « dont le Conseil aurait dû se féliciter, de sorte qu'en d'autres circonstances impliquant des sociétés de droit public ou mixtes il puisse sanctionner plus sévèrement » ;
  - *attitude de « franc-tireur » ou de « suiveur »* : la cour a estimé que l'une des entreprises avait apporté la preuve d'une « résistance sourde et n'en a [avait] pas retiré de bénéfice dans la sanction prononcée » ;
  - *faible part du produit concerné par les pratiques dans le chiffre d'affaires de l'entreprise* : la cour a estimé que le Conseil avait reconnu l'importance de ce critère, notamment en droit communautaire, mais n'en avait, en réalité, pas tenu compte dans la détermination du montant de la sanction ;
  - *modification législative* : la cour a estimé qu'il devait être tenu compte de la modification législative intervenue avec la loi NRE du 15 mai 2001 qui avait « profondément et immédiatement bouleversé le régime des sanctions et leur montant, en sorte que les entreprises dont le comportement anticoncurrentiel était déjà consommé n'auraient pas pu revenir à des pratiques plus conformes à l'intérêt du marché avant d'encourir les foudres de la loi nouvelle » ;
  - *multiplicité d'entités sanctionnées au sein d'un groupe* : la cour a estimé que le Conseil aurait dû tenir compte de la circonstance qu'un groupe, du fait que trois de ses sociétés étaient poursuivies, était exposé, sous l'empire de la loi NRE, à une sanction démultipliée par la prise en compte à trois reprises de son chiffre d'affaires mondial : « Le Conseil [...] ne pouvait se satisfaire d'invoquer la logique de la législation qui se réfère au chiffre d'affaires mondial de groupe, et devait, au titre de l'individualisation de la sanction, éroder passablement les sanctions pour éviter un cumul brutal, lequel ne peut être considéré ni vécu comme juste et acceptable, ce qui doit être de toute sanction, administrative ou judiciaire. » (cf. décision 08-D-32).

### Éléments comptables reflétant la capacité contributive de l'entreprise

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a estimé que le Conseil n'avait pas pris suffisamment en compte la faible capacité contributive de certaines entreprises, « autrement dit de l'absence de trésorerie suffisante et du risque effectif et concret que constitue pour l'entreprise le paiement d'une lourde amende ». La cour a considéré que le Conseil ne pouvait opposer aux entreprises un argument « de type rétributif, voire rémunérateur » tiré de l'atteinte au surplus du consommateur et au surprofit réalisé par les cartellistes ou prendre en compte la situation financière des entreprises à travers leur chiffre d'affaires : « la capacité contributive constitue un facteur qui doit être apprécié spécialement, dans les circonstances précises du rendu de la décision, et non pas au titre d'un autre critère polyvalent et permanent qui serait celui du chiffre d'affaires » (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Expedia du 23 février 2010**<sup>149</sup>, la cour, pour dire mal fondée la demande de la requérante tendant à une réduction de sa sanction, a pris notam-

<sup>149</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

ment en considération la forte progression de son chiffre d'affaires au cours des années affectées par les pratiques d'entente reprochées (cf. décision 09-D-06).

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>150</sup>, la cour d'appel a pris en compte, outre les chiffres d'affaires servant de plafond aux sanctions dans les conditions prévues par l'article L. 464-2 du Code de commerce, des éléments comptables retenus par le Conseil, comme les pourcentages de croissance des chiffres d'affaires, l'évolution des marges brutes et des excédents bruts d'exploitation ou la progression des bénéfices des entreprises (cf. décision 09-D-05).

Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010**<sup>151</sup>, la cour a précisé que « *le résultat comptable n'est pas le seul critère de la capacité contributive d'une entreprise* » et pris en compte la part représentée par l'activité, directement concernée par les pratiques, de desserte de la Corse, le fait que cette activité avait donné lieu à une importante subvention de « continuité territoriale » et que depuis 2006, les comptes de la SNCM étaient consolidés avec ceux de la société Veolia transport (cf. décision 09-D-10).

Dans l'**arrêt Gaz et Électricité de Grenoble (GEG) du 23 mars 2010**, la cour a estimé que le chiffre d'affaires consolidé de GEG reflétait nécessairement l'évaluation de la capacité contributive de l'entreprise dès lors que celle-ci n'avait pas traversé, à l'époque des faits ou postérieurement, des difficultés particulières justifiant « *une autre analyse* ». Elle a approuvé l'Autorité d'avoir tenu compte de la constante progression des ventes de GEG et refusé de prendre en compte l'indemnisation provisionnelle accordée à la victime des pratiques par une juridiction commerciale. Elle a souligné enfin le caractère modique de la sanction qui ne représentait qu'à peine 3/1 000 du meilleur chiffre d'affaires annuel de la période de référence (cf. décision 09-D-14).

Toutefois, dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a approuvé l'Autorité de n'avoir pas tenu compte du résultat net de l'entreprise mais d'avoir retenu son chiffre d'affaires, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce. La cour a observé que la prise en compte du chiffre d'affaires permettait de fixer concrètement la sanction en fonction de la dimension et de la situation de l'entreprise dès lors que le manque de rentabilité et la baisse d'activité allégués en l'espèce avaient nécessairement un retentissement sur le chiffre d'affaires. Elle a encore observé que la diminution des résultats nets invoquée ne constituait pas nécessairement l'indice de difficultés économiques mais, tout au plus, celui d'une diminution de la rentabilité, ce qui ne constituait pas un critère de détermination de la sanction fixé par l'article L. 464-2 (cf. décision 09-D-34).

### **Sur l'individualisation et la motivation de la sanction**

« [L]individualisation est une exigence relevant des principes des plus sacrés du droit répressif [...] » L'Autorité « *doit donc apporter un soin tout particulier à la motivation sur ce point et tempérer le propos de sorte que les bases d'évaluation des sanctions*

<sup>150</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

<sup>151</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

*n'apparaissent ni stéréotypées ni exclusivement défavorables* » (**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**) (cf. décision 08-D-32).

## L'appréciation globale de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie

Voir *supra* **arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010** (cf. décision 08-D-32), « *Sur la gravité des pratiques* » et « *Sur le dommage à l'économie* ».

## Analyse du comportement individuel des entreprises

Dans l'**arrêt Maquet du 28 octobre 2010**, la cour a estimé que l'Autorité n'était pas tenue, au titre de la détermination individuelle des sanctions, dès lors que l'entente était établie, de procéder « *par surcroît* » à une analyse du comportement individuel de chaque entreprise (cf. décision 10-D-04).

## *Sur la situation de crise économique affectant le secteur concerné par les pratiques*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a pris en compte la situation de crise économique, non pas au travers des chiffres d'affaires servant de base aux sanctions, mais comme facteur d'atténuation de la gravité des faits (voir *supra* « *Sur la gravité des pratiques* ») (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>152</sup>, la cour est toutefois revenue à sa jurisprudence habituelle<sup>153</sup> en retenant, d'une part, que la crise pouvant affecter le secteur concerné ne figure pas parmi les facteurs légaux à prendre en compte dans la détermination des sanctions, et, d'autre part, que seules les difficultés individuelles des entreprises peuvent être prises en compte dans la mesure où elles affectent leur capacité contributive, ce qui doit s'apprécier dans la durée, sur plusieurs exercices comptables : « *Les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du Code de commerce pour l'évaluation des sanctions et, qu'au regard du respect du principe de proportionnalité, seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises, du fait de leur situation particulière et dans la mesure où elles affecteraient leurs capacités contributives qui doivent, dans toute la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes sur plusieurs exercices, sont susceptibles d'être prises en compte.* »

En l'espèce, la cour a estimé que les requérantes, dont elle a relevé l'appartenance à des groupes mondiaux, faisaient état de difficultés récentes, mais ne communiquaient aucune pièce comptable « *reflétant l'évolution de leur situation réelle et permettant [...] de vérifier que leurs capacités contributives [étaient] atteintes* ». Elle a observé, en outre, qu'en prenant en compte les marges brutes, le Conseil s'était assuré que les sanctions étaient proportionnées à la faculté contributive des entreprises (cf. décision 09-D-05).

<sup>152</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

<sup>153</sup>. Voir not., CA Paris, 29 septembre 2009, Établissements Mathé.

### *Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a rejeté l'argumentation des parties qui contestaient la prise en compte des chiffres d'affaires réalisés sur un seul exercice et qui invoquaient leurs recettes nettes ou des fluctuations dans leurs résultats : « *Il est vain pour ces entreprises d'argumenter en fonction de leurs recettes effectives (Cass. com., 23 avr. 2003, Interflora) ou de demander qu'il soit tenu compte de plusieurs exercices annuels [...]; que le rapprochement opéré, par toutes les entreprises requérantes, entre leurs résultats comptables et le montant des amendes est peut-être frappant mais n'est pas juridiquement opérant.* »

De même, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les entreprises contestaient la prise en compte du chiffre d'affaires du groupe au motif que certaines des filiales se seraient distancées par rapport au dispositif collusif, montrant ainsi leur autonomie : « *La prétendue autonomie [des] filiales est en tout état de cause sans effet sur le calcul du plafond de la sanction, qui doit tenir compte du chiffre d'affaires consolidé du groupe [...].* »

Dans le même arrêt, la cour a précisé que la prise en compte du chiffre d'affaires de la société mère d'un groupe, en application du I, alinéa 4, de l'article L. 464-2 du Code de commerce, ne nécessite pas que cette société mère, qui n'est pas appelée à répondre des pratiques reprochées à sa filiale, soit mise en cause au cours de la procédure suivie devant l'Autorité (cf. décision 08-D-32).

Dans l'**arrêt Colas Rail du 29 juin 2010**<sup>154</sup>, la cour a confirmé qu'en application de l'article L. 464-2, alinéa 3, du Code de commerce, on pouvait retenir le chiffre d'affaires du groupe même si l'entreprise n'appartenait pas au groupe au moment des faits : « *L'article L. 464-2, alinéa 3 du Code de commerce impose de retenir le chiffre du groupe [...] pour calculer le montant maximum de la sanction pécuniaire encourue, même si les faits sont antérieurs à l'entrée de la société [...] dans le groupe; qu'en effet la loi impose comme référence pour le chiffre d'affaires non pas celui réalisé au moment des faits, mais celui de l'exercice le meilleur depuis celui précédant les faits.* »

Elle a aussi rappelé que « *le montant du chiffre d'affaires du marché précis sur lequel les pratiques se sont déroulées ne figure pas dans les critères de l'article L. 464-2 du Code de commerce* » (cf. décision 09-D-25).

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a approuvé l'Autorité de n'avoir pas tenu compte du résultat net de l'entreprise mais d'avoir retenu le chiffre d'affaires, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce, en observant que la prise en compte du chiffre d'affaires permet de fixer concrètement la sanction en fonction de la dimension et de la situation de l'entreprise sanctionnée dès lors que le manque de rentabilité comme la baisse d'activité, allégués en l'espèce, ont nécessairement un retentissement sur le chiffre d'affaires.

Elle a rappelé qu'aucune distinction ne doit être opérée quant aux branches d'activité de l'entreprise et que l'on ne saurait donc restreindre le chiffre d'affaires de référence à une catégorie de clientèle déterminée (cf. décision 09-D-34).

<sup>154</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>155</sup>, la cour a confirmé la prise en compte du chiffre d'affaires mondial du groupe France Télécom, conformément au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Elle a toutefois relevé que *« s'il n'est pas interdit à l'Autorité puis à la cour de se référer au chiffre de la seule société fautive, même intégrée à un groupe, c'est dans le cas où celui-ci n'a aucunement été impliqué dans la stratégie anticoncurrentielle de sa filiale »*, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (cf. décision 09-D-36).

### ***Sur la détermination des sanctions dans les procédures de non-contestation des griefs (III de l'article L. 464-2 du Code de commerce)***

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a contesté la méthode utilisée par le Conseil pour calculer les sanctions des entreprises admises au bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs et qui consiste à accorder forfaitairement aux entreprises, du seul fait de leur renonciation à contester les griefs, une réduction minimale de 10 % de la sanction encourue (venant récompenser l'allègement et l'accélération le travail de l'instruction), la qualité des engagements pris par ailleurs par les entreprises permettant, le cas échéant, de leur accorder une réduction plus importante. Pour la cour, l'abattement dépend expressément dans la loi de la seule réalité des engagements pris personnellement par chacune des entreprises qui ont choisi de ne pas contester les griefs<sup>156</sup>.

La cour a précisé en outre que la non-contestation des griefs doit entraîner un écrêtement du plafond de la sanction encourue et que l'entreprise bénéficiaire d'une telle procédure doit apercevoir, *« si le comportement anticoncurrentiel n'a pas atteint la gravité maximale ni occasionné un dommage majeur à l'économie, quel bénéfice tangible elle tire de sa démarche de collaboration ; [...] autrement dit, un abattement minime, s'il était finalement appliqué à la sanction prononcée, ne pourrait être considéré ni vécu comme juste et acceptable, ce que doit être toute sanction, administrative ou judiciaire »*. Partant, elle a estimé que les sociétés qui n'avaient pas, en l'espèce, contesté les griefs devaient, en raison de leurs engagements respectifs, bénéficier d'un *« abattement »* supérieur à celui que le Conseil leur avait accordé (de 18 %) et leur a accordé une réduction de 25 % après avoir écarté la réserve qu'avait faite le Conseil quant à la valeur des engagements de certaines de ces entreprises (cf. décision 08-D-32).

155. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

156. Pourtant les termes du III de l'article L. 464-2 prévoient trois niveaux de réduction : i) la réduction légale de moitié du montant maximum de la sanction encourue du seul fait de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs ; ii) sur proposition éventuelle du rapporteur général, la réduction de la sanction normalement prononcée pour tenir compte *« de l'absence de contestation »* et iii) sur proposition éventuelle du rapporteur général, la réduction de la sanction normalement prononcée tenant compte des engagements pouvant être proposés par l'entreprise.

La réduction de sanction ne dépend donc pas de la seule réalité des engagements proposés par l'entreprise et rien n'interdit à l'Autorité de la concurrence d'accorder à l'entreprise une réduction forfaitaire de 10 % pour tenir compte de la seule non-contestation des griefs, non exclusive de la réduction supplémentaire éventuellement accordée en fonction des engagements souscrits.

Dans l'**arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>157</sup>, la cour d'appel a approuvé les réductions retenues par le Conseil au titre de la non-contestation des griefs, rappelant que l'Autorité n'est pas tenue de justifier le taux de réduction appliqué au regard d'autres décisions comportant également une telle réduction en contrepartie d'une non-contestation des griefs (*cf.* décision 09-D-05).

### *Sur la détermination des sanctions dans les procédures de clémence (IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce)*

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a précisé que si la procédure de clémence, « *qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confié [...] à l'Autorité de la concurrence [...], repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la cour d'appel de Paris* », elle était néanmoins compétente pour vérifier la licéité de l'accord de clémence au regard du IV de l'article L. 464-2. Elle a précisé, à cet égard, que cette disposition n'autorisait pas les parties à l'accord à prévoir un simple écrêtement de la sanction encourue, la loi prescrivant exclusivement, dans un souci de transparence et de sécurité juridique, une « exonération » totale ou partielle de la sanction prononcée : la sanction doit donc être évaluée en fonction des critères dégagés pour toutes les entreprises poursuivies et se voir ensuite appliquer un abattement qui apparaisse clairement, dans la fourchette convenue entre l'Autorité et l'entreprise. En l'occurrence, la cour a estimé que le Conseil s'était conformé à cette méthode dans sa décision (*cf.* décision 08-D-32).

### *Sur la comparaison entre les sanctions prononcées dans une même affaire*

Dans l'**arrêt Ponsaty du 5 janvier 2010**, la cour a rappelé qu'une entreprise sanctionnée n'est pas fondée à se plaindre qu'elle a été trop sévèrement sanctionnée par rapport à une autre : « *Le sort réservé aux autres entreprises destinataires d'une notification de griefs n'est pas au nombre des critères à prendre en considération pour la sanction.* »

Dans l'**arrêt Aaction Dem du 11 mai 2010**, la cour a précisé que « *les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce ne commandent pas, au titre de la détermination individuelle de la sanction, de justifier celle-ci au regard de celles prononcées envers d'autres entreprises également sanctionnées dans la même affaire* », les moyens des requérantes tirés d'une approche comparative des sanctions prononcées étant donc inopérants (*cf.* décision 09-D-19).

Dans l'**arrêt Raffalli & Cie du 16 septembre 2010**, la cour a rappelé que l'Autorité n'est pas tenue par l'article L. 464-2 du Code de commerce, au titre de la détermination individuelle de la sanction, de justifier la sanction au regard d'une comparaison avec les sanctions infligées aux autres entreprises poursuivies (*cf.* décision 09-D-34).

<sup>157</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

Voir aussi en ce sens, notamment : **arrêt Adecco France du 26 février 2010**<sup>158</sup> à propos du taux de majoration de la sanction appliqué en cas de réitération et du taux de réduction appliqué en contrepartie de la non-contestation des griefs par les entreprises et Cass. com., 23 avril 2003 Interflora ; CA Paris, 25 février 2009, Transeuro Desbordes Worldwide Relocations ; 24 novembre 2009, Chevron Products Company ; 24 juin 2008, France Travaux ; 20 novembre 2007, Carrefour ; 24 avril 2007, JH Industrie.

### ***Sur la comparaison avec des sanctions appliquées par la Commission européenne***

Dans l'**arrêt AMD Sud-Ouest du 19 janvier 2010**, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les entreprises se prévalaient des modalités communautaires d'évaluation des sanctions : « *Ces lignes directrices n'ayant pas d'effet en droit national et ne pouvant s'imposer à aucune juridiction, les entreprises ne sont pas recevables à les discuter devant la cour.* » (cf. décision 08-D-32).

Voir en ce sens, Chevron Products Company du 24 novembre 2009.

### ***Sur l'impossibilité pour la cour d'appel d'aggraver les sanctions prononcées contre les sociétés requérantes (en l'absence de recours en ce sens du ministre)***

Voir *supra* « *Sur l'étendue des pouvoirs de la cour d'appel* ».

### ***Sur la publication***

Dans l'**arrêt Digicel du 23 septembre 2010**<sup>159</sup>, la cour a confirmé l'injonction de publication prononcée en rappelant 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* ». Elle a estimé que la publication était parfaitement adaptée à la nature de l'affaire (cf. décision 09-D-36).

Voir aussi l'**arrêt Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 19 janvier 2010**<sup>160</sup> dans lequel la cour a refusé de faire droit à la demande de la société plaignante, défendeur au recours, tendant au prononcé d'une mesure de publication qui n'avait pas été prévue dans la décision de l'Autorité : « *La publication est une sanction complémentaire et [...] la décision déférée n'y recourant pas, il n'est pas permis à la cour d'y procéder en aggravant ainsi le sort des conseils de l'ordre condamnés.* » (cf. décision 09-D-07).

<sup>158</sup>. Décision confirmée par CA Paris, 29 mars 2011.

<sup>159</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

<sup>160</sup>. Des pourvois en cassation ont été formés contre cet arrêt.

## Jurisprudence de la Cour de cassation

### Sur la procédure

#### *Sur la procédure suivie devant l'Autorité*

#### Le principe du contradictoire et les droits de la défense

##### *Accès au dossier dans la procédure d'engagements*

*Arrêts de cassation du 2 février 2010, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi (nos R 08-70.449, R 08-70.450 et R 08-70.451)*

La Cour de cassation, sur des pourvois du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, a cassé les trois arrêts rendus le 26 novembre 2008 par la cour d'appel dans une affaire concernant le secteur de la distribution pharmaceutique.

La cour d'appel avait annulé trois décisions dans lesquelles le Conseil, sur une saisine d'un syndicat de grossistes-répartiteurs, la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (CSRP), et de l'un de ses adhérents, avait accepté des engagements pris par les laboratoires Sanofi-Aventis, Pfizer et Glaxosmithkline. Les juges du fond avaient ainsi entendu sanctionner le défaut de communication du rapport d'enquête et de ses annexes aux parties. La cour, reprenant l'attendu de principe adopté par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 novembre 2008 (société Canal 9) pris dans une affaire similaire<sup>161</sup>, avait retenu que le rapporteur s'était fondé sur le rapport administratif et ses annexes<sup>162</sup> et que, dès lors que ces documents n'avaient pas été soumis aux parties, une atteinte avait été portée au principe de la contradiction qui justifiait l'annulation de la décision et le renvoi du dossier au Conseil pour reprise de l'instruction.

La Cour de cassation a censuré cette analyse en jugeant, comme elle l'avait fait dans l'affaire Canal 9, qu'« en statuant ainsi, sans rechercher, au besoin d'office, si le défaut de communication du rapport administratif d'enquête et de ses annexes avait porté atteinte aux intérêts de la CSRP qui l'invoquait, la cour d'appel a [va]it privé sa décision de base légale ». (cf. décisions 07-D-22, 07-D-45 et 07-D-46)

Voir *supra* « *Jurisprudence de la cour d'appel de Paris/Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense/*Accès au dossier dans la procédure d'engagements » : **arrêt Canal 9 du 1<sup>er</sup> juin 2010** (la cour d'appel, sur renvoi après cassation prononcée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 novembre 2008 [Canal 9], a estimé que Canal 9 n'avait pas démontré qu'une atteinte concrète avait été portée à ses droits

161. « *Lorsqu'une procédure d'engagements est mise en œuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve du traitement au titre du secret des affaires, avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire ainsi qu'à l'intégralité de ceux sur lesquels s'est fondé le Conseil pour statuer sur les engagements.* »

162. Le rapport d'enquête, qui n'était pas mentionné dans l'évaluation préliminaire, avait été évoqué oralement en séance par le commissaire du gouvernement.

de la défense par le défaut de communication du rapport d'enquête administrative et de l'avis rendu par le CSA et a rejeté son recours).

## La durée de la procédure (le délai raisonnable)

*Arrêt de cassation du 23 novembre 2010, ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi (n° F 09-72.031)*

La Cour de cassation a censuré l'arrêt par lequel la cour d'appel<sup>163</sup> avait annulé l'instruction et la décision du Conseil qui avait sanctionné une entente de prix dans le secteur de la parfumerie de luxe. Les juges du fond avaient estimé que le délai écoulé entre la date des faits reprochés (fin des années quatre-vingt-dix) et le moment où les entreprises avaient su effectivement qu'elles auraient à en répondre – moment que la cour avait fait coïncider avec les premières auditions conduites par la rapporteure, début 2005 –, n'était pas raisonnable et avait privé les entreprises de la possibilité de réunir les informations nécessaires à leur défense et donc porté atteinte aux exigences du procès équitable telles que prévues par l'article 6 § 1 de la CEDH.

Sur le pourvoi formé par le ministre, la Cour de cassation a censuré cet arrêt pour défaut de motivation et ce, à un double titre. La cour a jugé d'abord que la cour d'appel n'avait pas démontré en quoi la durée de la phase d'enquête administrative (« *la phase d'instruction non contradictoire* ») n'avait pas été raisonnable et ne pouvait être justifiée par la complexité de l'affaire et les diligences rendues nécessaires : la cour a ainsi estimé que les juges du fond, en relativisant la complexité de l'affaire au regard de la brièveté de la phase d'instruction devant le Conseil et en estimant que les fabricants de parfums étaient restés dans l'ignorance de la saisine et des actes d'enquête, n'ont pas justifié leur décision qualifiant de déraisonnable la durée de la phase d'enquête. La cour a jugé ensuite que la cour d'appel n'avait pas démontré que la durée prétendument déraisonnable de la phase d'enquête administrative avait causé une atteinte irréversible, effective et concrète aux droits de la défense des entreprises : plus précisément, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de s'être déterminés « *par une motivation générale* » alors qu'ils devaient « *rechercher en quoi le délai écoulé durant la phase d'instruction devant le Conseil avait causé à chacune des entreprises formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irréversible à son droit de se défendre* ».

En conséquence, l'arrêt a été cassé et annulé dans toutes ces dispositions et les parties renvoyées devant la cour d'appel autrement composée (cf. décision 06-D-04 bis).

<sup>163</sup>. CA Paris, 10 novembre 2009, société Beauté Prestige International (arrêt rendu sous la présidence du premier président de la cour d'appel, sur renvoi après cassation partielle).

### *Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation*

#### Portée de la cassation

*Arrêt de cassation partielle du 7 avril 2010, Bouygues Télécom (n<sup>os</sup> Z 09-12.984, U 09-13.163, K 09-65.940)*

La Cour de cassation a énoncé qu'« il résulte des articles 624 et 638 du Code de procédure civile que la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire, et que lorsqu'une décision prononce une condamnation unique, mais correspondant à des chefs de demande distincts qui ne sont pas indivisiblement liés, et que la cassation n'intervient que sur l'un d'eux, cette décision n'est pas remise en cause des autres chefs ».

La cour a ainsi rejeté le moyen soulevé par Orange tiré de la méconnaissance par la cour d'appel de l'étendue de sa saisine. Orange soutenait que, contrairement à ce qu'avait retenu la cour d'appel<sup>164</sup>, le premier arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire « de la téléphonie mobile »<sup>165</sup> avait remis en question non seulement le grief relatif aux échanges d'informations, mais aussi celui relatif à l'accord de gel de parts de marché, en raison du lien de dépendance nécessaire entre les deux infractions. Pour Orange, par conséquent, la cassation avait remis en question les sanctions prises globalement et pas seulement celles individualisées au titre du seul grief d'échange d'informations. Le dispositif de la décision du Conseil avait fixé un montant global de sanction pour chacune des sociétés sanctionnées, mais le Conseil avait distingué, dans ses motifs, le montant de sanction se rapportant à chacune des deux pratiques reprochées. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que les deux pratiques pouvaient être appréciées de façon autonome et que ne devaient être réexaminés que le grief relatif aux échanges d'informations et la part de la sanction globale prononcée contre chaque opérateur au titre de cette seule infraction. (cf. décision 05-D-65)

#### Recevabilité du pourvoi formé contre un arrêt rendu sur un recours contre une décision ordonnant des mesures conservatoires

*Arrêt de cassation du 16 février 2010, France Télécom (n<sup>os</sup> V 09-11.968 et S 09-65.440)*

La cour a écarté le moyen par lequel la société Bouygues Télécom, défenderesse à la cassation dans le cadre d'un pourvoi concernant une décision de mesures conservatoires prononcée par le Conseil de la concurrence, contestait la recevabilité du pourvoi, invoquant les articles 606 et 608 du Code de procédure civile qui prévoient que les jugements en dernier ressort, qui ne tranchent pas dans leur dispositif une partie du principal mais ordonnent seulement une mesure provisoire, ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des

<sup>164</sup>. CA Paris, 11 mars 2009, Bouygues Télécom.

<sup>165</sup>. Cass. com., 29 juin 2007, Bouygues Télécom.

jugements sur le fond, sauf dans les cas spécifiés par la loi. La cour a jugé que ces dispositions n'étaient pas applicables à la procédure de concurrence, rappelant que « les arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur recours formés contre des décisions du Conseil prises au titre de l'article L. 464-1 du Code de commerce, peuvent, par application des dispositions des articles L. 464-7 et L. 464-8 du même code, être frappées d'un pourvoi en cassation dans le délai d'un mois à compter de leur notification » (cf. décision 08-MC-01).

### **Irrecevabilité du pourvoi formé par l'Autorité de la concurrence contre un arrêt de la cour d'appel rendu sur un recours contre une décision de l'ancien Conseil de la concurrence**

*Arrêt d'irrecevabilité du 23 novembre 2010, Autorité de la concurrence (n° J 09-72.287)*

La Cour de cassation a déclaré irrecevable le pourvoi formé par l'Autorité de la concurrence, parallèlement à celui du ministre, contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait annulé la décision rendue en 2006 par le Conseil de la concurrence pour sanctionner une entente de prix dans le secteur de la parfumerie de luxe. La cour a relevé que l'article L. 464-8, alinéa 4, du Code de commerce<sup>166</sup>, qui permet désormais au président de l'Autorité de se pourvoir en cassation contre un arrêt de la cour d'appel ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité<sup>167</sup>, n'était pas applicable en l'espèce, la décision en cause ayant été rendue, non par l'Autorité mais par le Conseil de la concurrence (cf. décision 06-D-04 bis).

### **Non-admission du pourvoi**

*Arrêt de non-admission du 7 avril 2010, AGS n° C 09-13.838)*

La cour a déclaré non admis le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel<sup>168</sup> qui avait confirmé 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 et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires.

La cour s'est fondée sur les dispositions de l'article 1014 du Code de procédure civile qui dispose qu'après le dépôt des mémoires, la formation restreinte de la chambre de la cour à laquelle l'affaire a été distribuée déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation (cf. décision 07-D-48).

<sup>166</sup>. « Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité ».

<sup>167</sup>. Possibilité introduite par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

<sup>168</sup>. CA Paris, 25 février 2009, Transeuro Desbordes Worldwide Relocations.

*Arrêts de non-admission du 7 avril 2010 Hasbro France (n° T 09-65.418) et Maxi Toys France (n° G 09-11.681)*

Ont été également déclarés non admis les pourvois formés par les sociétés Hasbro et Maxi Toys contre l'arrêt de la cour d'appel<sup>169</sup> qui avait presque entièrement confirmé la décision de sanction prise contre cinq fournisseurs de jouets et trois distributeurs, pour des ententes verticales sur les prix au consommateur (cf. décision 07-D-50).

*Arrêt de non-admission du 4 mai 2010, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord (n° K 08-21.339)*

La cour a déclaré non admis, au visa de l'article 1014 du Code de procédure civile, le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel<sup>170</sup> qui avait déclaré irrecevable, comme présenté hors délai, le recours formé par le Conseil départemental du Nord de l'ordre des médecins contre la décision de sanction prise contre cette instance pour des pratiques d'entente à l'occasion d'appels d'offres en matières d'examens anatomo-cyto-pathologiques (cf. décision 07-D-41).

### Sur les mesures conservatoires

*Arrêt de cassation du 16 février 2010, France Télécom (nos V 09-11.968 et S 09-65.440)*

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel<sup>171</sup> qui avait approuvé la décision de mesures conservatoires prise par le Conseil de la concurrence concernant la distribution de l'iPhone. Le Conseil, saisi par Bouygues Télécom, avait estimé que l'exclusivité dont bénéficiait Orange sur l'iPhone fabriqué par Apple était susceptible de porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence<sup>172</sup> et avait ordonné, à titre conservatoire, des mesures visant notamment à suspendre l'exclusivité sur les terminaux déjà commercialisés et à la limiter dans la durée pour les modèles futurs. La cour d'appel avait entièrement confirmé les analyses du Conseil : elle avait en particulier approuvé le Conseil d'avoir considéré qu'Orange bénéficiait avec l'iPhone d'un avantage concurrentiel majeur en raison notamment de l'attractivité particulière de ce terminal (qui avait vocation à bénéficier de l'effet de levier résultant de la position largement prééminente d'Apple, grâce à l'iPod, sur les marchés des baladeurs numériques et du téléchargement payant de musique en ligne); elle avait également approuvé le Conseil d'avoir écarté l'exemption prévue par l'article 81 § 3 du traité pour cause de gains d'efficience,

169. CA Paris, 28 janvier 2009, EPSE Joué Club.

170. CA Paris, 5 novembre 2008, Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord.

171. CA Paris, 4 février 2009, Apple Sales International.

172. 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 exclusif et le grossiste exclusif pour ce terminal mobile en France, pour une durée de 5 ans, aussi bien pour les modèles de terminaux existants (not. pour 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, qui a paru nécessiter une instruction au fond.

dont Orange et France Télécom réclamaient le bénéfice, en retenant notamment que les investissements spécifiques consentis par Orange pour le lancement de l'iPhone étaient très inférieurs aux bénéfices nets réalisés par l'opérateur sur les services de téléphonie mobile associés à l'iPhone en seulement quelques mois et sur le seul modèle 3G, de sorte que l'exclusivité était largement disproportionnée. C'est sur ces deux points que la Cour de cassation a exercé sa censure. Sur le premier point, la cour a reproché aux juges du fond de n'avoir pas recherché si des terminaux concurrents de l'iPhone n'étaient pas de nature à permettre aux concurrents d'Orange de proposer au consommateur des offres – de services de téléphonie et d'Internet haut débit mobiles associés à des terminaux – concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone. Sur le second point, la Cour de cassation a reproché à la cour d'appel d'avoir fait entrer dans son appréciation de la proportionnalité de l'exclusivité au regard des investissements consentis par Orange, le chiffre d'affaires correspondant à l'intégralité des ventes de communications mobiles passées par des acheteurs de l'iPhone et d'avoir ainsi considéré comme acquis que sans l'iPhone Orange n'aurait pas conservé ou gagné tout ou partie de ces revenus liés aux communications téléphoniques : « *En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhone, et non d'un revenu additionnel, ne revenait pas à considérer qu'Orange aurait perdu ou n'aurait pas gagné l'intégralité des clients ayant souscrit à ses offres de services de téléphonie mobile comprenant un iPhone si elle n'avait pas commercialisé ce terminal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.* » (cf. décision 08-MC-01).

## Sur le fond

### *L'entente anticoncurrentielle*

#### Entente horizontale

*Concertation mise en œuvre au sein d'un organisme professionnel (consignes de prix)*

*Arrêt de rejet du 7 avril 2010, association Familles rurales (n<sup>os</sup> D 09-13.494 et Y 09-66.021)*

La Cour de cassation a rejeté les pourvois formés par l'association familles rurales et par le ministre contre l'arrêt de la cour d'appel<sup>173</sup> qui avait réformé la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné sept organisations syndicales de médecins spécialistes de secteur I, lesquelles avaient diffusé des consignes pour inciter leurs adhérents à recourir largement, voire systématiquement, au dépassement exceptionnel d'honoraires. Selon les textes réglementaires régissant ces dépassements exceptionnels, ils ne pouvaient être utilisés qu'avec « *tact et mesure* » et devaient

173. CA Paris, 18 mars 2009, Union nationale des médecins spécialistes confédérés.

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* »<sup>174</sup>.

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 selon laquelle la nature administrée du secteur en cause, caractérisé par l'absence de concurrence par les prix, 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 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'avait 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 avait 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 avait 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 avaient par conséquent été mises hors de cause.

La Cour de cassation a approuvé l'analyse des juges du fond, estimant à son tour que « *les marchés des consultations, actes techniques et chirurgicaux des médecins spécialistes libéraux de secteur I sont soumis à une réglementation des prix excluant toute*

174. En secteur I, le montant des honoraires est fixé par convention entre les caisses d'assurance maladie et les organisations syndicales de médecins ou, à défaut, par un règlement conventionnel minimal (RCM) pris par arrêté ministériel. Selon le RCM adopté en 1998, en vigueur au moment des faits, le dépassement d'honoraires devait être utilisé avec « *tact et mesure* » lorsque l'intervention du médecin s'inscrit dans des « *circonstances exceptionnelles de temps et de lieu dues à une exigence particulière du malade* ».

*possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par les pratiques incriminées*». La cour a estimé, par conséquent, que c'était à juste titre que la cour d'appel avait déclaré inapplicables en l'espèce les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (cf. décision 08-D-06).

### *Échanges d'informations sur un marché oligopolistique*

*Arrêt de cassation partielle du 7 avril 2010, Bouygues Télécom (n<sup>os</sup> Z 09-12.984, U 09-13.163, K 09-65.940)*

La cour a écarté le reproche qui était adressé à la cour d'appel de n'avoir pas exercé son contrôle et de s'être bornée à reprendre la motivation de la décision du Conseil sans démontrer, comme la Cour de cassation le lui avait prescrit dans son arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), les effets des pratiques échanges d'informations intervenus régulièrement entre les trois opérateurs de téléphonie mobile, entre 1997 et 2003, portant sur des données stratégiques et confidentielles concernant les nouveaux abonnements et les résiliations. La cour a relevé que la cour d'appel avait retenu que la thèse, défendue par les opérateurs, selon laquelle l'échange d'informations aurait eu des effets bénéfiques pour le consommateur (en permettant aux opérateurs d'anticiper un accroissement de la demande et d'adapter en conséquence les capacités de leurs réseaux pour mieux satisfaire la clientèle) n'était pas étayée et 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, la politique commerciale, enfin anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts* ». Elle a estimé que les juges du fond ne s'étaient pas contentés de reprendre les motifs de leur premier arrêt<sup>175</sup> et de présumer le caractère anticoncurrentiel des échanges (à partir du seul caractère oligopolistique du marché et de données abstraites) ou de déduire le caractère stratégique des données échangées du seul fait qu'elles étaient analysées au plus haut niveau par les opérateurs mais qu'ils avaient « *vérifié que les informations échangées, en dépit de leurs imperfections, avaient été effectivement utilisées par les opérateurs pour ajuster leur stratégie* » (cf. décision 05-D-65).

### **Entente verticale : sur les prix de revente aux consommateurs**

*Arrêt de rejet du 7 avril 2010, Puériculture de France (n<sup>o</sup> V 09-11.853)*

La Cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait presque entièrement confirmé la décision de sanction prise, pour des ententes verticales de prix, à l'encontre de cinq fournisseurs de jouets (Chicco [Puériculture de France], Goliath, Hasbro, Lego et MegaBrands) et trois distributeurs (Carrefour, Maxi Toys et EPSE Joué Club).

La cour a ainsi écarté l'argumentation du fournisseur Puériculture de France qui reprochait notamment à la cour d'appel d'avoir retenu une entente entre lui et

<sup>175</sup>. CA Paris, 12 décembre 2006, Bouygues Télécom.

le distributeur Carrefour bien qu'il ait fait valoir qu'il n'avait participé à la police des prix que sous la pression de Carrefour qui était son plus gros acheteur. La cour a approuvé l'analyse des juges du fond qui avaient jugé que cette circonstance n'était pas de nature à exonérer le fournisseur de sa responsabilité dès lors que Puériculture de France, qui comptait parmi les acteurs importants du jouet en France, n'avait pas démontré que « *la puissance d'achat des distributeurs l'aurait mise 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* », autrement dit, qu'elle n'avait pas démontré le caractère « *irrésistible* » de la pression qu'elle invoquait (*cf.* décision 07-D-50).

### *L'abus de position dominante*

#### Prix prédateurs

*Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2010, M. Marcel Pelletier (n° Q 09-67.439)*

La Cour de cassation a sévèrement censuré la cour d'appel qui, par un arrêt du 9 juin 2009 (M. Pelletier), avait 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 *Deutsch 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. 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 la pertinence du recours à la notion de coût incrémental, avait remis en cause l'analyse du Conseil et de la cour d'appel quant au contenu de ce coût. 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 impliquant 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.

La cour d'appel de renvoi, pour confirmer la décision du Conseil, avait adopté une analyse très différente. Au lieu de se prononcer, comme la Cour de cassation le lui demandait, sur la question de savoir si *L'Amporelle* était ou non nécessaire à la mission de service public de la régie, elle avait critiqué la définition du marché pertinent retenue par le Conseil et, d'office, lui avait substitué une autre analyse fondée sur la notion de service économique d'intérêt général (SIEG), notion jusque-là étrangère aux débats, tout en indiquant que le recours aux critères ou aux tests issus des jurisprudences Akzo et Deutsche Post n'était pas pertinent pour examiner d'éventuels prix prédateurs en présence d'un opérateur en position dominante fournissant un SIEG, comme en l'espèce la régie. Pour autant, la cour n'avait proposé aucune autre définition du marché et avait conclu que le marché n'étant pas « *clairement et rationnellement défini* », il n'était pas établi que la régie y avait occupé une position dominante et, par conséquent, qu'elle y avait commis un abus par prédation.

La Cour de cassation a relevé dans cet arrêt cinq motifs de cassation. La cour d'appel a d'abord été censurée, au visa de l'article 16 du Code de procédure civile<sup>176</sup>, pour avoir violé le principe du contradictoire en relevant d'office « *le moyen [de droit] tiré d'une prétendue spécificité de la détermination du marché pertinent en présence d'un opérateur chargé de missions de service public, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen* » : la cour a ainsi condamné le fait pour les juges du fond de s'être fondés sur la notion de SIEG dans leur tentative d'analyse du marché sans avoir préalablement permis aux parties de faire valoir leurs observations sur cette approche. Il a ensuite été reproché à la cour d'appel, au visa notamment de l'article 4 du Code civil<sup>177</sup>, d'avoir méconnu son office en considérant, après avoir refusé de délimiter le marché concerné, qu'il n'était pas démontré que la régie détenait une position dominante dont elle aurait abusé. A été relevé, par ailleurs, un défaut de motivation venant sanctionner le refus des juges du fond de délimiter le marché pertinent alors qu'il leur appartenait de le faire.

Enfin, la Haute juridiction a relevé deux violations des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Elle a estimé que la cour d'appel avait méconnu

176. « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même, le principe de la contradiction [...]. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.* »

177. « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

ou refusé d'appliquer le droit de la concurrence, que ce soit pour délimiter le marché pertinent ou pour examiner la pratique de prix prédateurs : sur le premier point, la Cour de cassation a constaté que la cour d'appel avait pris en compte, au stade de la délimitation du marché, des éléments (de coût notamment) relevant de l'appréciation de la pratique reprochée de prix prédateurs, au lieu de se déterminer au regard des critères de substituabilité définis par la doctrine et la jurisprudence ; sur le second point, la Cour de cassation a souligné que la cour d'appel s'était refusée à faire application au cas d'espèce des tests de coût utilisés par la jurisprudence communautaire dans les affaires Akzo ou Deutsche Post pour établir le caractère abusivement bas des prix pratiqués par une entreprise sur un marché concurrentiel lorsque cette entreprise détient une position dominante sur un autre marché, « *alors que ces tests ont précisément vocation à permettre de calculer le coût auquel doit être comparé le prix pratiqué sur le marché concurrentiel par une entreprise exerçant par ailleurs une mission de service public, afin de déterminer si elle a abusé de sa position dominante* ».

En définitive, l'arrêt de la cour d'appel a été cassé sauf en ce qu'il avait confirmé la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner les pratiques tarifaires de la régie, écarté la demande de question préjudicielle au Conseil d'État présentée par le ministre et déclaré le liquidateur judiciaire de la VIVV recevable dans son recours (cf. décision 04-D-79).

## Sur les sanctions

### *Sur le dommage causé à l'économie*

*Arrêt de cassation partielle du 7 avril 2010, Bouygues Télécom (n<sup>os</sup> Z 09-12.984, U 09-13.163, K 09-65.940)*

La Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de la cour d'appel qui, sur renvoi après une première cassation partielle<sup>178</sup>, avait confirmé, pour la deuxième fois<sup>179</sup>, la décision du Conseil en ce qu'elle avait sanctionné les trois opérateurs de téléphonie mobile, Orange France, SFR et Bouygues Télécom, pour avoir, entre 1997 et 2003, échangé régulièrement des informations portant sur des données stratégiques et confidentielles concernant les nouveaux abonnements et les résiliations<sup>180</sup>.

178. Cass. com., 29 juin 2007, Bouygues Télécom.

179. Dans un premier arrêt du 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom), la cour d'appel avait confirmé la décision du Conseil. La Cour de cassation avait alors, dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), cassé partiellement cet arrêt, jugeant que les juges du fond n'avaient pas démontré que les échanges d'informations intervenus entre les trois opérateurs avaient réduit concrètement l'incertitude des opérateurs quant au comportement de chacun sur le marché. Dans un arrêt du 11 mars 2009 (Bouygues Télécom), la cour d'appel de renvoi avait alors, après un examen plus détaillé des caractéristiques du marché et des informations échangées et des effets de la pratique, maintenu sa première analyse et confirmé le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations et les sanctions prononcées par le Conseil.

180. Depuis le premier arrêt rendu par la Cour de cassation dans cette affaire (29 juin 2007, Bouygues Télécom), seule la pratique d'échanges d'informations entre les trois opérateurs était encore en débat, celle relative au gel de parts de marché ayant été définitivement jugée établie.

Sur un moyen soulevé par la société Orange, cet arrêt a été censuré s'agissant de l'appréciation portée sur le dommage causé à l'économie par la pratique d'échanges d'informations.

La cour a d'abord énoncé que le dommage causé à l'économie prévu par l'article L. 464-2 du Code de commerce ne saurait être présumé, alors même que l'existence de l'entente serait établie : « *Attendu qu'il résulte de [l'article L. 464-2 du Code de commerce] que le montant de la sanction d'une pratique, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que ce dommage ne saurait être présumé.* » Ce faisant, la Haute juridiction est revenue sur une jurisprudence constante, qu'elle avait elle-même consacrée (10 janvier 1995, SOGEA) selon laquelle le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie. L'arrêt de la cour d'appel se trouve censuré en ce qu'il s'était fondé sur cette jurisprudence pour rejeter le recours d'Orange.

La cour a ensuite reproché à la cour d'appel d'avoir avalisé l'appréciation portée par le Conseil sur l'importance du dommage à l'économie en relevant simplement que la taille du marché était très importante et que la totalité des opérateurs intervenants sur ce marché avait participé à la pratique d'échanges d'informations mais sans tenir également compte de la sensibilité de la demande au prix : en cela, la cour d'appel a insuffisamment motivé son arrêt.

En conséquence, l'arrêt de la cour d'appel s'est trouvé remis en cause mais seulement en ses dispositions relatives à la sanction prononcée contre Orange du fait de sa participation à la pratique d'échanges d'informations (*cf.* décision 05-D-65).

## ***L'individualisation de la sanction***

### **Montant des ventes**

#### ***Arrêt de rejet du 7 avril 2010, Carrefour (n° K 09-11.936)***

La cour a rejeté le pourvoi formé par Carrefour contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait presque entièrement confirmé la décision de sanction prise, pour des ententes verticales de prix reposant un détournement de la législation sur le seuil de revente à perte, à l'encontre de cinq fournisseurs de jouets (Chicco/Puériculture de France, Goliath, Hasbro, Lego et MegaBrands) et trois distributeurs (Carrefour, Maxi Toys et EPSE Joué Club).

Le distributeur Carrefour contestait l'exactitude de données concernant le montant de ses ventes que la cour d'appel avait retenu, au titre de l'importance de son pouvoir de marché, pour confirmer le montant de sa sanction. Cette argumentation a été écartée par la cour qui a approuvé la motivation des juges du fond concernant la sanction infligée à Carrefour, reposant notamment sur une analyse de la gravité des pratiques, de l'importance du dommage causé à l'économie, sur la prise en compte de la réitération à raison d'une sanction prononcée en 2003 contre le distributeur pour des pratiques identiques, et de l'importance du pouvoir de marché de la société révélée par les chiffres contestés (*cf.* décision 07-D-50).

## Jurisprudence du Conseil d'État

Au cours de l'année 2010, le Conseil d'État s'est, à deux reprises, prononcé sur la légalité de décisions de l'Autorité de la concurrence ayant autorisé des opérations de concentration.

Ces décisions concernaient respectivement la prise de contrôle du groupe Passerelle par le groupe Mr. Bricolage et l'acquisition de la totalité du capital du groupe AB par la société TF1.

Dans les deux cas, les sociétés requérantes avaient, en plus de leur recours au fond, saisi le juge des référés en vue d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision de l'Autorité.

Le Conseil d'État a rejeté l'ensemble de ces recours, aussi bien au fond qu'en référé.

### Conseil d'État, 23 décembre 2010, n° 337533, Mr. Bricolage

Le 12 janvier 2010, aux termes de la décision 10-DCC-01, l'Autorité de la concurrence autorisait l'acquisition du groupe Passerelle par le groupe Mr. Bricolage, tous deux actifs dans le secteur de la distribution d'articles de bricolage, de décoration et de jardinage.

Toutefois, afin d'éviter que cette opération, qui renforçait significativement le pouvoir de marché de Mr. Bricolage sur huit zones de chalandise, ne porte atteinte à la concurrence, Mr. Bricolage avait pris deux types d'engagements de nature à réduire ou supprimer le cumul de parts de marché. Il s'était engagé, d'une part, sur sept zones de chalandise (La Bresse, Lannion, Paimpol, Coulommiers, Auch, Saint-Girons, Oléron) à ne pas renouveler les contrats conclus avec certains de ses adhérents et, d'autre part, sur une zone de chalandise, à céder l'un de ses magasins (Mende).

Non contentes, les sociétés Mr. Bricolage et Bric'Oléron ont demandé au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir la décision de l'Autorité.

Les sociétés ont, en parallèle, demandé au juge des référés du Conseil d'État d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision. Ces requêtes ont été rejetées par deux ordonnances du 26 mai 2010, Mr. Bricolage (n° 338596) et Bric'Oléron (n° 338595), au motif que la situation d'urgence justifiant la suspension de l'exécution d'un acte administratif n'était pas caractérisée.

#### *Sur la motivation*

Le Conseil d'État a relevé que l'Autorité avait analysé les relations contractuelles, d'une part, entre la société Mr. Bricolage et les adhérents de son réseau, et d'autre part, entre Le Club, filiale de la société Passerelle animant son réseau de magasins d'adhérents, et ceux-ci, après avoir précisé que le pouvoir de marché d'un

groupe de distribution s'apprécie en tenant compte des magasins qu'il détient en propre et de ceux qui sont exploités en franchise, quel que soit leur statut juridique, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport au franchiseur.

Le Conseil d'État a également observé que l'Autorité avait relevé que, eu égard à leur insuffisante autonomie commerciale par rapport à chacune des deux têtes de réseaux, tous les adhérents, à l'exception des seuls membres acheteurs, devaient être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de l'entité résultant de l'opération de concentration en cause.

Il a enfin constaté que l'Autorité avait identifié quatre-vingt-sept zones de chalandise et relevé que, dans huit de ces zones, le risque concurrentiel de l'opération ne pouvait être prévenu que si étaient respectés les engagements proposés par la société Mr. Bricolage, lesquels étaient, dans un cas, d'exclure un magasin du réseau, dans un autre cas, de céder un magasin, dans les autres cas, enfin, de ne pas renouveler l'adhésion des magasins à l'expiration de leur contrat.

Dès lors, le Conseil d'État a considéré que l'Autorité avait suffisamment motivé sa décision au regard des exigences de l'article L. 430-5 du Code de commerce.

### ***Sur l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération litigieuse***

En premier lieu, le Conseil d'État a considéré que l'Autorité, qui s'était à cet égard conformée à une pratique constante des autorités de concurrence, n'avait pas commis d'erreur de droit en relevant que l'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, qui est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante, aux fins d'identifier une opération de concentration, exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome.

Le Conseil d'État a estimé que l'Autorité n'avait pas non plus commis une erreur de droit en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé.

Enfin, le Conseil d'État a indiqué que l'Autorité n'avait pas davantage commis une erreur de droit en procédant, comme elle y était d'ailleurs tenue, à une analyse prospective des effets probables de l'opération sur l'autonomie des franchisés au sein du nouveau groupe de distribution et qu'elle n'avait, par ailleurs, pas méconnu les principes d'égalité et de sécurité juridique ni, en tout état de cause, le principe de protection de la confiance légitime.

En deuxième lieu, le Conseil d'État a constaté qu'il ressortait des pièces du dossier que la charte de l'adhérent à l'enseigne Mr. Bricolage obligeait les magasins adhérents du réseau Mr. Bricolage, notamment, à :

- respecter la politique commerciale élaborée par la société Mr. Bricolage en matière publicitaire ;
- participer à huit campagnes promotionnelles par an ;
- s'approvisionner pour 80 % de leurs achats auprès des fournisseurs référencés par cette société ;
- ne pas modifier leur point de vente sans l'accord du franchiseur ;
- accorder à celui-ci un droit de préemption, de substitution et de préférence en cas de cession de leur magasin.

Dès lors, le Conseil d'État a considéré que l'Autorité, qui n'avait pas dénaturé les termes de la charte du réseau, n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que les magasins franchisés du réseau Mr. Bricolage devaient être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité, en dépit de leur statut juridique de commerçants indépendants, de l'absence de participation de la société Mr. Bricolage à leur capital, de l'absence, dans la charte du réseau, de stipulation donnant au franchiseur le pouvoir de fixer les prix de vente aux consommateurs et alors même que, comme elle le soutenait, la société Mr. Bricolage n'exigerait pas, en pratique, le respect de certaines clauses des contrats d'adhésion.

En troisième lieu, le Conseil d'État a relevé qu'il ressortait des termes de la décision que, s'agissant des magasins adhérents du réseau Le Club exerçant leur activité sous l'enseigne Les Briconautes, l'Autorité ne s'était pas fondée exclusivement sur la version la plus récente du contrat type d'adhésion au réseau pour apprécier l'autonomie commerciale des magasins franchisés. Du reste, il a estimé que c'était à bon droit que l'Autorité avait pris en compte cette dernière version, alors même qu'elle ne correspondait, à la date de la décision, qu'à un petit nombre de contrats d'adhérents, dès lors notamment que la société Mr. Bricolage la lui avait d'abord seule communiquée et qu'elle lui avait indiqué qu'elle serait proposée aux adhérents en vue de la mise au point des futurs contrats.

Le Conseil d'État a alors considéré que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en relevant que les contrats entre les adhérents et Le Club prévoyaient, pour les premiers, l'obligation d'utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, de participer à plusieurs opérations promotionnelles par an, durant lesquelles les produits devaient être mis en vente au prix indiqué sur les documents publicitaires fournis par Le Club, de référencer des lignes de produits Le Club et de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence prévues au profit de la société Le Club en cas de cession du magasin en dehors

du périmètre familial, et, pour Le Club, la faculté d'instituer un plafond de prix pour tout ou partie des produits, afin de garantir une certaine homogénéité dans l'ensemble du réseau, en dépit du statut juridique de commerçants indépendants des franchisés, de l'absence de participation de la société Le Club à leur capital et de l'absence de stipulation, dans les contrats, donnant au franchiseur le pouvoir de fixer les prix de vente aux consommateurs.

De même, il a précisé que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que, alors même que toutes les clauses ne seraient pas respectées dans les faits, les franchisés du réseau Le Club exerçant leur activité sous l'enseigne Les Briconautes ne bénéficiaient pas d'une autonomie commerciale suffisante et devaient donc être pris en compte pour l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité.

En quatrième lieu, le Conseil d'État a constaté que, en ce qui concerne les adhérents au réseau Le Club exerçant leur activité sans enseigne, l'Autorité avait relevé, en se fondant sur l'avant-dernière version du contrat type d'adhésion pour cette catégorie de franchisés, que ces adhérents étaient seulement soumis à l'obligation de participer à des campagnes promotionnelles du groupe et de respecter les prix plafond que la société Le Club pouvait leur imposer pour tout ou partie des produits, et qu'ils étaient donc relativement indépendants.

Le Conseil d'État a également observé que l'Autorité avait souligné que la nouvelle version du contrat type d'adhésion emportait des obligations sensiblement plus contraignantes pour l'adhérent sans enseigne et resserrait ses liens avec la société Le Club.

Néanmoins, il a estimé que l'Autorité n'avait entaché sa décision d'aucune erreur d'appréciation ni d'aucune contradiction de motifs en déduisant de l'ensemble de ces constatations et d'une analyse prospective des effets probables de l'opération sur la place des différents adhérents dans le nouveau groupe, que les magasins adhérents sans enseigne devaient être pris en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité.

En dernier lieu, le Conseil d'État a écarté le moyen tiré de ce que la décision contestée serait entachée d'une erreur de droit en ce que la prise en compte de tous les adhérents de la nouvelle entité pour déterminer son pouvoir de marché serait incompatible avec l'impossibilité pour celle-ci, au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, de déterminer la politique commerciale et tarifaire de ses adhérents et avec l'impossibilité pour les adhérents de coordonner leur politique commerciale.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil d'État a considéré que les sociétés Mr. Bricolage et Bric'Oléron n'étaient pas fondées à demander l'annulation de la décision de l'Autorité et a rejeté leurs requêtes.

## Conseil d'État, section, 30 décembre 2010, n° 338197, Société métropole télévision

Le 24 juillet 2009, la société TF1 avait notifié à l'Autorité de la concurrence, en application de l'article L. 430-3 du Code de commerce, le projet d'acquisition de la totalité du capital du Groupe AB, dont l'actif avait été réduit, pour les besoins de l'opération, à une participation de 100 % au capital de la société NT1 et une participation de 50 % au capital de la société Monte-Carlo Participations, dont TF1 détenait déjà 50 %.

À l'issue de cette opération, TF1 devait détenir 100 % du capital de NT1, chaîne de la télévision numérique terrestre (TNT), et 100 % du capital de Monte-Carlo Participations, laquelle détenait 80 % du capital de Télé Monte-Carlo (TMC), elle aussi chaîne de la télévision numérique terrestre.

Après avoir procédé à un examen approfondi, l'Autorité avait, par la décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), autorisé cette opération sous réserve du respect des engagements pris par les parties.

Le 31 mars 2010, la société Métropole Télévision (ci-après « société M6 ») a demandé l'annulation, pour excès de pouvoir, de cette décision. En parallèle, elle a demandé au juge des référés du Conseil d'État d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision. Cette requête a été rejetée par ordonnance du 22 avril 2010, société Métropole Télévision (n° 338198), au motif que la condition d'urgence justifiant la suspension de l'exécution d'un acte administratif n'était pas remplie.

### *Sur l'intervention en défense de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, de l'Union syndicale de la production audiovisuelle et du Syndicat des producteurs de films d'animation*

Le Conseil d'État a considéré que l'intervention de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, de l'Union syndicale de la production audiovisuelle et du Syndicat des producteurs de films d'animation était recevable dans la mesure où ces personnes avaient intérêt au maintien de la décision attaquée.

### *Sur les conclusions de la société M6*

#### **Sur les conséquences, tirées par l'Autorité, de l'analyse des risques concurrentiels de l'opération**

À titre principal, la société M6 soutenait que l'Autorité avait entaché sa décision d'erreur de droit et de contradiction de motifs en autorisant l'opération sous condition de la réalisation effective des engagements pris par les parties, alors que les effets concurrentiels identifiés sur les marchés des droits et sur le marché

de la publicité télévisuelle auraient, selon la société M6, dû conduire l'Autorité à interdire l'opération.

Le Conseil d'État a rappelé que, lorsque lui est notifiée une opération de concentration dont la réalisation est soumise à son autorisation, il incombe à l'Autorité d'user des pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties, qui lui sont conférés par les dispositions du Code de commerce, à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération.

En l'espèce, il a relevé que l'Autorité avait procédé à l'analyse des effets concurrentiels de l'opération notifiée en distinguant, d'une part, plusieurs marchés des droits et, d'autre part, le marché de la publicité télévisuelle.

Sur les marchés des droits relatifs aux films américains, aux séries américaines récentes, aux films d'expression originale française, au football et autres événements sportifs, et aux autres programmes dits de « *stock* » et de « *flux* », le Conseil d'État a observé que l'Autorité avait constaté que l'achat de TMC et de NT1 contribuerait peu, par lui-même, à augmenter la capacité d'achat, déjà forte, du groupe TF1, tout en soulignant que la possibilité qu'aurait désormais ce dernier de rentabiliser les droits acquis sur trois chaînes généralistes diffusées gratuitement sur la TNT constituait un avantage concurrentiel par rapport à l'ensemble de ses concurrents. Conjugué aux possibilités de programmation et de promotion croisées entre les trois chaînes du groupe, cet avantage concurrentiel pouvait être de nature à renforcer la puissance d'achat du groupe TF1 dans certains domaines, à dynamiser l'audience des deux chaînes acquises et à rendre plus difficile l'accès des nouvelles chaînes de la TNT à des droits attractifs.

Sur le marché de la publicité télévisuelle, le Conseil d'État a constaté que l'Autorité avait estimé que le groupe TF1 pourrait renforcer une position qui, malgré un recul récent, restait dominante, en mettant un terme à la dégradation de son audience, en tirant parti de la réduction de la pression concurrentielle exercée par les chaînes de la TNT n'appartenant pas à un groupe « *historique* » et en mettant en œuvre des stratégies de couplage entre ses trois chaînes.

Dès lors, le Conseil d'État a considéré que, si l'Autorité avait examiné à titre d'hypothèse le risque d'un scénario dit de la « *spirale de l'audience* » se traduisant, du fait du caractère « *biface* » des marchés en cause, par un renforcement général du groupe TF1, elle n'avait entaché sa décision d'aucune erreur de droit ni d'aucune contradiction de motifs, d'une part, en constatant que les effets concurrentiels de l'opération identifiés comme les plus probables n'étaient pas d'une importance telle que l'interdiction de l'opération fût la seule mesure proportionnée possible et, d'autre part, en estimant qu'il lui appartenait d'examiner si, compte tenu des engagements pris par les parties, l'opération pouvait être autorisée.

Par conséquent, le Conseil d'État a écarté le premier moyen de la société M6.

### Sur les engagements pris par les parties

À titre subsidiaire, la société M6 soutenait que les engagements pris par les parties étaient insuffisants pour prévenir les risques concurrentiels de l'opération, tant sur le marché de la publicité télévisuelle que sur les marchés des droits.

#### *En ce qui concerne le marché de la publicité télévisuelle*

Devant l'Autorité, les parties s'étaient engagées à :

- ne pratiquer aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie dans la commercialisation des espaces publicitaires de la chaîne TF1 et de ceux de NT1 et TMC ;
- ce que la commercialisation des espaces publicitaires de NT1 et TMC soit assurée de façon autonome, par une autre société que la régie de la chaîne TF1, seules des fonctions dites « *support* » pouvant être exercées en commun au sein du groupe.

Le respect de ces engagements devait être contrôlé par un mandataire indépendant du groupe TF1, agréé par l'Autorité ou désigné par elle en cas de désaccord avec TF1.

La société M6 soutenait que ces engagements étaient insuffisants, dès lors que l'autonomie de la régie des chaînes NT1 et TMC n'était garantie qu'à l'égard de la régie de TF1 et non à l'égard de l'ensemble du groupe TF1, que le directeur général de la régie de NT1 et TMC, qui devait être nommé par le groupe TF1, devrait recueillir l'accord de TF1 pour de nombreuses décisions stratégiques et que la mise en commun de fonctions « *support* » excluait toute autonomie véritable. Toutefois, le Conseil d'État a estimé que l'autonomie organique et commerciale des régies, à laquelle s'ajoutait l'engagement des parties de n'échanger entre les deux régies aucune information non publique relative aux clients, aux tarifs et aux données commerciales, contribuait, malgré l'appartenance de ces régies au même groupe, à la prévention des risques concurrentiels de l'opération sur le marché de la publicité télévisuelle.

Il a également souligné que les modalités d'organisation et de fonctionnement de la régie de TMC et NT1 au sein du groupe TF1, qui avaient pour objet de protéger les intérêts de la société actionnaire et que l'Autorité était tenue de prendre en compte, n'avaient pas d'effet direct sur l'indépendance des politiques commerciales des deux régies que les parties s'étaient engagées à garantir.

Par ailleurs, il a considéré que la société M6 n'apportait aucun élément de nature à démontrer que la mutualisation des fonctions « *support* », notamment dans le domaine informatique et pour les études de marché, qui avait pour objet de réaliser des gains d'efficacité, compromettrait l'indépendance des stratégies commerciales des deux régies à l'égard des annonceurs et des agences de communication.

### *En ce qui concerne les marchés des droits*

Afin de contenir le renforcement de la puissance d'achat du groupe TF1, de faciliter la circulation des œuvres et l'accès des autres chaînes aux droits et de limiter la dynamisation de l'audience de TMC et NT1, les parties s'étaient engagées à :

- ne pas répondre à un même appel d'offres pour l'acquisition de droits de diffusion d'événements sportifs pour plus de deux chaînes en clair du groupe ;
- modifier les conditions d'exercice, pour les œuvres patrimoniales et cinématographiques d'expression originale française, des droits « *de premier et dernier refus* » et de « *préemption* » ;
- limiter les possibilités de rediffusion des œuvres patrimoniales et séries d'expression originale française, des programmes dits de « flux » et des séries américaines à forte audience diffusés sur TF1 à l'une seulement des chaînes nouvellement acquises ;
- ne pas procéder à la promotion, sur TF1, des programmes des chaînes TMC et NT1.

En premier lieu, la société M6 soutenait que les engagements relatifs aux conditions d'exercice des droits de premier et dernier refus et de préemption étaient insuffisants.

À l'inverse, le Conseil d'État a considéré que de tels engagements étaient de nature à limiter les pratiques de « *gel des droits* » et contribuaient ainsi à limiter les difficultés d'accès à ces droits des chaînes de la TNT qui n'étaient liées à aucun groupe « *historique* ».

En deuxième lieu, la société M6 soutenait que les engagements relatifs aux possibilités de rediffusion de programmes déjà diffusés sur la chaîne TF1 ne pouvaient prévenir le risque que TF1 utilise l'une des deux chaînes acquises comme une « *chaîne de combat* », utilisée systématiquement à des fins de contre-programmation. Elle avançait également que les limitations de rediffusion étaient insuffisantes, dès lors qu'elles ne visaient ni toutes les séries américaines ni les films et que rien n'empêchait une rediffusion de deux saisons différentes de la même série sur l'une et l'autre des deux chaînes nouvellement acquises du groupe. En tout état de cause, elle prétendait que chaque série pourrait au moins être amortie par sa rediffusion sur l'une de ces deux chaînes.

Toutefois, le Conseil d'État a relevé que, si l'Autorité avait évoqué l'hypothèse que l'une des deux chaînes acquises par TF1 soit ultérieurement utilisée comme une « *chaîne de combat* », elle avait estimé que le risque essentiel de l'opération, en termes de programmation et d'accès aux droits, résidait dans la possibilité, pour le groupe TF1, d'exploiter ses droits sur trois chaînes diffusées en clair.

À cet égard, il a considéré que les engagements pris pour limiter les possibilités de rediffusion, qui portaient sur les séries américaines ayant le plus de succès et qui, contrairement à ce qui était soutenu par la société M6, interdisaient que soient rediffusées simultanément sur NT1 et TMC deux saisons différentes d'une même série, répondaient au risque identifié et étaient de nature à atténuer les effets de l'opération.

## Jurisprudence des juridictions de contrôle

Par ailleurs, il a estimé qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que l'accès aux droits de diffusion des films posait les mêmes problèmes que l'accès aux autres œuvres, notamment aux séries, ni que leur rediffusion eût dû être limitée de la même façon.

### *En ce qui concerne la durée des engagements*

La société M6 soutenait que la durée de cinq ans pour laquelle les engagements avaient été pris par les parties était insuffisante.

Cependant, le Conseil d'État a observé qu'elle n'apportait au soutien de cette affirmation aucun élément de nature à établir que, compte tenu des changements rapides et de toutes natures affectant le secteur audiovisuel, des engagements d'une durée plus longue ou une clause de réexamen, à les supposer pertinents, eussent été proportionnés à l'objectif de maîtrise des effets propres de l'opération et de prévention des atteintes à la concurrence susceptibles d'en résulter.

Dès lors, il a considéré que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation en estimant que les engagements pris, dont la pertinence et l'efficacité devaient être appréciées globalement, étaient de nature à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération.

En définitive, il a rejeté la requête de la société M6.



# Rapport annuel du conseiller auditeur





# Rapport annuel du conseiller auditeur

|   |     |
|---|-----|
| L'environnement de la fonction _____              | 509 |
| La saisine du conseiller auditeur _____           | 510 |
| Les questions posées au conseiller auditeur _____ | 510 |
| Le traitement des questions posées _____          | 511 |



# Rapport annuel du conseiller auditeur

## L'environnement de la fonction

Le 6 janvier 2010, la Commission de Bruxelles a publié deux séries de lignes directrices, la première sur les bonnes pratiques pour la conduite des procédures relatives aux articles 101 et 102 du traité et la deuxième sur les pouvoirs du conseiller auditeur dans le déroulement de ces mêmes procédures. Ce dernier document indique notamment dans quelle mesure le conseiller auditeur peut intervenir pendant la phase d'enquête avant l'envoi de la notification de griefs et, en ce qui concerne l'organisation des auditions, comment il peut orienter les débats de façon à mettre l'accent sur des faits qui, à son avis, auraient été jusque-là insuffisamment explorés. Les pourparlers officiels sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ont commencé le 7 juillet 2010.

De façon plus globale, on note que plusieurs décisions de justice importantes sont intervenues à propos de questions de procédure :

- les suites de l'affaire Ravon (arrêt de la CEDH du 21 février 2008) relative aux opérations de visite et saisie (affaire Cemex ou béton prêt à l'emploi : arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2009 suivi par l'arrêt du 13 janvier 2011 de la cour d'appel de Paris);
- la question de la valeur probante d'enregistrements téléphoniques mettant en cause la SARL Avantage (arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 avril 2009 suivi de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2011);
- la question de l'appréciation d'un délai raisonnable dans l'affaire des parfums (arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2010).

En outre, le débat autour de l'importance des sanctions infligées en matière de concurrence et sur la nécessité de renforcer les garanties procédurales des entreprises mises en cause a pris une nouvelle ampleur qui mérite d'être mentionnée.

## La saisine du conseiller auditeur

Il ne restait au début de l'exercice 2010 aucune saisine formelle en cours d'instruction par le conseiller auditeur.

Dans le courant du même exercice, l'Autorité de la concurrence a adressé huit notifications de griefs qui ont donné lieu à deux saisines formelles du conseiller auditeur.

Enfin, six affaires à des stades divers de l'instruction mais n'ayant pas fait l'objet d'une notification de griefs en 2010 ont été portées à l'attention du conseiller auditeur.

## Les questions posées au conseiller auditeur

Les questions posées au conseiller auditeur ont revêtu une grande diversité, qu'il s'agisse de la façon dont les questions ont été posées, de la nature des questions posées ou de la période de l'instruction (*largo sensu*) du dossier à laquelle ces questions se référaient :

- trois demandes ont été adressées formellement au conseiller auditeur dont deux seulement faisaient suite à une notification de griefs;
- trois demandes « indirectes » ont résulté de la transmission au conseiller auditeur de la copie d'un courrier adressé au service de l'instruction. Sur ces trois transmissions, une seule concernait une affaire qui avait donné lieu à une notification de griefs antérieure à 2010;
- deux demandes se sont présentées sous la forme de consultations informelles pour des affaires « en fin de vie » dont l'instruction, pour l'essentiel, avait été menée à bonne fin.

En ce qui concerne la nature des questions posées, compte tenu du fait que la majorité des questions ont été posées de façon informelle et que l'instruction de la plupart des affaires dont le conseiller auditeur a été saisi se poursuit, il est difficile de rentrer dans le détail des sujets abordés ou des démarches entreprises sauf pour le seul dossier clos qui fera, quant à lui, l'objet d'une présentation plus circonstanciée ci-dessous. On ne trouvera donc ici qu'une présentation sommaire des questions posées :

- une opposition à une demande de déclassement faite par le service de l'instruction;
- une demande portant sur la rédaction de la décision finale (suppression de la mention expresse du nom d'une entreprise);
- une demande de rejet de pièces produites par la partie adverse quelques jours seulement avant le jour de l'audience. On note, en passant, que cette demande a été formulée dans le cadre de l'instruction d'une mesure conservatoire et que la procédure relative à ce type d'affaires ne prévoit ni l'envoi d'une notification de griefs ni la notification d'un rapport...;
- demande d'accès à des informations classées « *secret des affaires* »;
- demande d'octroi d'un délai de réponse supplémentaire du fait notamment de la présence de sociétés étrangères et de la nécessité pour ces dernières de traduire de nombreux documents;

- demande d’octroi d’un délai supplémentaire du fait notamment du caractère incomplet du CD contenant le dossier et/ou du dossier lui-même...;
- présence au dossier de pièces dont la saisie avait été annulée par le juge ou dont la régularité de la saisie était encore soumise au juge;
- présence au dossier dans leur version non confidentielle de pièces classées « *secret des affaires* »;
- demande de retrait d’un dossier de documents jugés hors du champ de l’instruction par la partie à qui ils avaient été demandés par le rapporteur;
- possibilité de soulever d’office dans une affaire qui porte sur l’examen du fonctionnement d’un marché donné le sort réservé à une injonction prononcée dans le cadre d’une procédure antérieure et portant sur le même marché (voir ci-après le commentaire de la décision 10-D-12);
- possibilité de poursuivre un non-respect d’injonction plus de dix ans après son prononcé (voir ci-après le commentaire de la décision 10-D-12).

Il ressort de cette énumération que la plupart des questions posées portent sur la composition et l’accès au dossier et que le délai de réponse accordé pour répondre à une notification de griefs demeure un problème récurrent.

En ce qui concerne la période de l’instruction visée par les demandes, il convient de rappeler qu’aux termes de l’article R. 461-9 du Code de commerce, le conseiller auditeur peut recevoir les observations des parties « *sur le déroulement de la procédure d’instruction [...] pour des faits ou des actes intervenus à compter de la notification de griefs et jusqu’à la réception de la convocation à la séance de l’Autorité* ». À ce stade, on se bornera à noter :

- que bien des décisions de classement « *secret des affaires* » ou de déclasséement interviennent avant la notification de griefs et qu’il en va de même, actes ou faits, pour les opérations de saisie et les opérations de versement au dossier de l’affaire des documents objets de la saisie;
- que la demande relative à la rédaction de la décision finale, si elle intervient après la convocation à l’audience n’entre pas *a priori* dans le champ de l’instruction d’une affaire soumis à l’appréciation du conseiller auditeur. On peut aussi s’interroger sur le point de savoir si cette remarque peut s’appliquer mutatis mutandis à une demande portant sur le dépôt de documents qui interviendrait après la convocation à audience ou à une demande relative à la production de documents en délibéré;
- qu’une demande portant sur la restitution de documents jugés hors champ pose la question du statut de toutes les demandes de renseignements intervenues avant l’envoi de la notification de griefs par rapport à la règle rappelée ci-dessus.

## Le traitement des questions posées

Quel que soit le statut des demandes présentées, chaque question posée a donné lieu à une recherche sur les circonstances de l’affaire et sur la position exacte du demandeur comme du service de l’instruction. Ce dernier, comme le service de la

procédure de l'Autorité de la concurrence se sont toujours montrés prêts à coopérer même si le fond des questions posées a parfois donné lieu à de vifs échanges. Cette volonté du conseiller auditeur de considérer en premier lieu la question qui est posée avant de s'interroger sur les conditions dans lesquelles elle est formulée peut le conduire à ne pas limiter dans certains cas son champ d'action.

De façon plus précise mais sans entrer dans le détail de chacune des instructions, il est encore possible d'indiquer que l'entremise du conseiller auditeur a conduit dans un dossier important à trouver une solution en ce qui concerne le délai de réponse à la notification de griefs et qu'elle a permis dans plusieurs autres affaires de confirmer que les demandes présentées avaient été pour le moins examinées et parfois acceptées par le service de l'instruction.

*Affaire 05/0044 F ayant donné lieu à la décision 10-D-12 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile haute pression*

Dans cette affaire datant de 2005, le service de l'instruction, saisi de la contestation de pratiques dans le secteur du lavage automobile haute pression, avait conclu en 2009 au non-lieu en ce qui concerne lesdites pratiques.

Le rapporteur n'avait pas conclu au non-lieu parce que ces pratiques ne portaient pas atteinte au fonctionnement du marché mais parce qu'il estimait que la qualification de ces pratiques pouvait être appréciée dans le cadre de l'examen d'un autre grief portant sur le non-respect d'une injonction. Cette injonction avait été prononcée en juin 1997 par le Conseil de la concurrence à l'encontre de la société Hypromat dans une affaire relative au fonctionnement du même marché.

Ce dernier grief avait été articulé par le rapporteur en s'appuyant sur l'idée qu'il était saisi *in rem* de toutes les pratiques susceptibles d'affecter le fonctionnement de ce marché. Son rapport concluait au non-respect de l'injonction.

Le conseil de la société mise en cause qui a saisi le conseiller auditeur a fait valoir, tout d'abord, qu'il n'était pas possible de traiter dans une même instance une question de non-respect d'injonction et une affaire de pratiques susceptibles de fausser le fonctionnement d'un marché car les deux questions soulevées étaient soumises à des procédures différentes. Il a ensuite avancé que le principe de confiance légitime s'opposait à ce que la question du respect d'une injonction prononcée en 1997 et qui semblait réglée soit à nouveau soulevée en 2009.

Au cours d'une réunion qui a suivi de près la saisine du conseiller auditeur, ce dernier s'est fait préciser par la société mise en cause que cette dernière avait régulièrement pu présenter ses arguments en défense et qu'il n'y avait dans ce dossier aucun problème spécifique de contradictoire et de respect des droits de la défense.

En effet, si les questions posées étaient incontestablement des questions de procédure (nature des griefs qu'il est possible de formuler en se fondant sur le caractère *in rem* de la saisine de l'Autorité de la concurrence ou encore possibilité de poursuivre une infraction par rapport au principe de la confiance légitime), elles

ne mettaient pas automatiquement en jeu l'équilibre du contradictoire et le respect des droits de la défense.

Quoi qu'il en soit, c'est dans l'esprit de médiation évoqué ci-dessus, que le conseiller auditeur a décidé d'approfondir les questions de procédure entourant cette affaire avec le service de l'instruction et le rapporteur en charge du dossier. Il a ensuite rédigé son rapport qui a été versé au dossier et qu'il a présenté à l'audience au cours de laquelle l'affaire a été examinée.

Le conseiller auditeur a tout d'abord noté que l'absence de notification de griefs « *stricto sensu* » dans une affaire de non-respect d'injonction n'avait aucune incidence sur la question de sa compétence compte tenu du fait que, dans ce type de procédure, le rapport mentionné à l'article R. 464-9 du Code de commerce devait être assimilé à la notification de griefs qui ouvre, dans la généralité des cas, le champ de sa saisine.

Il a ensuite constaté que jusqu'au jour de l'audience aucun des vices de procédure soulevés par la société Hypromat n'avait affecté sa capacité à se défendre au cours de la phase contradictoire de la procédure et qu'il n'avait donc pas eu à proposer sa médiation sur ce terrain.

Il a ensuite procédé à une analyse approfondie des vices de procédure allégués avant de conclure que :

- les options de procédure adoptées par l'instruction sur ce dossier, notamment la jonction de deux griefs relevant de procédures distinctes, avaient conduit à présenter au collège de l'Autorité une analyse et des conclusions qui ne donnaient pas une image claire et complète de la situation ;
- le délai de douze ans qui s'était écoulé entre l'injonction du 24 juin 1997 et la notification du rapport constituait une atteinte au principe de la sécurité juridique. Sur ce point, le rapport du conseiller auditeur insistait sur le fait que pendant toute la phase de l'enquête et notamment au cours des auditions, un éventuel non-respect d'injonction n'avait jamais été évoqué par le rapporteur ;
- en conséquence, il exprimait des réserves sur le bon déroulement de la procédure.

En définitive, la décision de non-lieu prise par le collège dans cette affaire s'est fondée, tout d'abord, sur le fait qu'à défaut de s'autosaisir de l'examen du respect de l'injonction, l'Autorité ne pouvait se prononcer sur ce grief, qui avait été soulevé d'office par le rapporteur. Elle relevait ensuite que le caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en cause n'était pas établi.

On peut dès lors regretter qu'aucune mention n'ait été faite des remarques présentées par écrit et à l'audience par le conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure.



# Textes





# Textes

|  |     |
|--|-----|
| <b>Méthode de détermination des sanctions pécuniaires :<br/>communiqué du 16 mai 2011</b>  | 519 |
| <b>I. Les dispositions applicables à la détermination des sanctions<br/>pécuniaires</b>  | 519 |
| <b>II. Le contenu du présent communiqué</b>  | 520 |
| <b>III. Les objectifs poursuivis par l’Autorité : accroissement<br/>de la transparence et enrichissement du contradictoire</b>   | 521 |
| <b>IV. La méthode suivie pour déterminer les sanctions<br/>pécuniaires</b>   | 523 |
| <b>A. Le montant de base</b>   | 524 |
| 1. L’appréciation de la gravité des faits et de l’importance du dommage<br>causé à l’économie  | 525 |
| 2. La détermination du montant de base   | 527 |
| <b>B. L’individualisation</b>  | 528 |
| 1. Les circonstances atténuantes ou aggravantes  | 529 |
| 2. Les autres éléments d’individualisation   | 529 |
| <b>C. La réitération</b>   | 530 |
| <b>D. Les ajustements finaux</b>   | 530 |
| 1. La vérification du respect du maximum légal   | 531 |
| 2. La prise en considération de la clémence et de la non contestation<br>des griefs  | 531 |
| 3. La capacité contributive  | 532 |
| <b>V. L’adaptation de la méthode suivie pour déterminer<br/>les sanctions pécuniaires dans le cas de certaines pratiques<br/>mises en œuvre à l’occasion d’appels d’offres</b> | 533 |



# Textes

## Méthode de détermination des sanctions pécuniaires : le communiqué du 16 mai 2011

### I. Les dispositions applicables à la détermination des sanctions pécuniaires

1. Le deuxième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce et l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ci-après le « TFUE ») habilite l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« Autorité ») à infliger des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce, ainsi que par les articles 101 et 102 TFUE.

2. Ce pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires constitue un des différents moyens attribués à l'Autorité en vue de lui permettre d'accomplir la mission de régulation concurrentielle que lui confie l'article L. 461-1 du Code de commerce. Cette mission contribue à faire en sorte que la liberté dont disposent les acteurs économiques pour innover, produire et diffuser des biens et des services de qualité au meilleur prix ne donne pas lieu à des ententes ou à des abus portant atteinte au fonctionnement concurrentiel de l'économie ainsi qu'à d'autres entreprises, aux consommateurs et, finalement, à la croissance et au bien-être de la collectivité dans son ensemble. Elle implique de poursuivre une politique de surveillance des marchés et d'orientation des comportements dans le sens du respect des règles de concurrence, mais également de prévention<sup>1</sup>, de détection, de correction et de sanction des infractions à ces règles.

---

1. L'Autorité encourage les entreprises à se doter de programmes de conformité aux règles de concurrence. Son approche de la conformité fera prochainement l'objet d'un document-cadre destiné à les aider à assurer l'efficacité de ces programmes. Par ailleurs, les modalités suivant lesquelles l'Autorité peut tenir compte de propositions d'engagements de mise en place de tels programmes présentées dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs prévue par le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, en accordant une réduction de sanction pécuniaire si ces engagements sont pertinents, crédibles et vérifiables, seront précisées dans un communiqué de procédure à ce sujet.

3. Le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, relatif aux critères de détermination des sanctions pécuniaires, dispose que :

*« Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du Code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »*

4. Le quatrième alinéa du I du même article, relatif au montant maximum des sanctions pécuniaires, dispose que :

*« Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. »*

5. Ces dispositions ont été modifiées, en dernier lieu, par l'article 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dans le but, rappelé par l'exposé des motifs de cette loi, de « renforcer le caractère dissuasif » des sanctions pécuniaires. A cette fin, le législateur a tout d'abord ajouté la réitération aux critères à prendre en considération pour déterminer ces sanctions. Il a également voulu que les sanctions pécuniaires soient « mieux adaptées aux pratiques mises en œuvre par [des] groupe [s] », en prenant en compte « le chiffre d'affaires du groupe auquel [l'entreprise] appartient ». Il a par ailleurs mis l'Autorité en mesure de « prendre comme référence le chiffre d'affaires mondial de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre », et non plus le dernier chiffre d'affaires réalisé en France, pour « faire échec aux stratégies d'évasion » ayant pu être constatées par le passé. Il a enfin décidé que « le plafond des sanctions [serait] augmenté », en étant porté à 10 % du chiffre d'affaires mondial, en cohérence avec ce qui est prévu par le droit de l'Union européenne comme par celui de nombreux autres États membres.

## II. Le contenu du présent communiqué

6. Le présent communiqué explique la méthode suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle détermine les sanctions pécuniaires qu'elle impose au cas par cas en vertu du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce<sup>2</sup>. Il synthétise également les principaux aspects de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière

2. Il ne traite donc pas des sanctions pécuniaires pouvant être imposées par l'Autorité en vertu d'autres dispositions, telles que le V de l'article L. 464-2, l'article L. 464-3 et l'article L. 430-8 du Code de commerce.

de sanctions pécuniaires, telle que celle-ci s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, elle-même placée sous celui de la Cour de cassation.

7. Il engage l'Autorité, qui doit déterminer les sanctions pécuniaires qu'elle impose de façon cohérente. Il lui est donc opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné.

8. Il pourra être complété ou modifié ultérieurement, au vu des développements de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris, mais aussi de celle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme.

9. Les sections qui suivent indiquent d'abord les objectifs du présent communiqué (III). Elles décrivent ensuite les grandes lignes de la méthode suivie par l'Autorité pour déterminer les sanctions pécuniaires imposées aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles (IV) et les points sur lesquels cette méthode est adaptée dans le cas de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres (V).

### III. Les objectifs poursuivis par l'Autorité : accroissement de la transparence et enrichissement du contradictoire

10. La loi confère à l'Autorité un large pouvoir d'appréciation lui permettant de déterminer au cas par cas, en vertu de l'exigence légale d'individualisation et du principe de proportionnalité, les sanctions pécuniaires qu'elle prononce en application des critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

11. Comme l'a jugé la cour d'appel de Paris<sup>3</sup>, ces sanctions visent à punir les auteurs d'infractions aux règles de concurrence et à dissuader les agents économiques de se livrer à de telles pratiques. Leur détermination au cas par cas, en vertu des critères prévus par le Code de commerce et dans le respect des principes généraux du droit, répond donc à un double objectif de répression et de dissuasion tant individuelle, c'est-à-dire vis-à-vis de l'entreprise ou de l'organisme concerné, que générale, c'est-à-dire vis-à-vis des autres agents économiques.

12. L'Autorité est compétente pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE, parallèlement aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres de l'Union. La Cour de justice a jugé à cet égard que : « [1] *effectivité des sanctions infligées par les autorités de concurrence nationales ou [de l'Union] sur le fondement de l'article [103, paragraphe 2, sous a), TFUE] est une condition de*

3. Cour d'appel de Paris, 9 avril 2002, *Géodis Overseas France*.

*l'application cohérente des articles [101 et 102 TFUE]* »<sup>4</sup>. Eu égard à ces impératifs, l'Autorité tient compte, dans la méthode qu'elle suit pour exercer concrètement son pouvoir d'appréciation à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, des principes de convergence dégagés par l'ensemble des autorités de concurrence européennes en vue de contribuer à garantir l'effectivité et la cohérence des approches retenues en matière de sanctions pécuniaires<sup>5</sup>.

13. La mise en œuvre de l'article L. 464-2 du Code de commerce conduit l'Autorité à faire état, dans ses décisions imposant des sanctions pécuniaires aux entreprises ou aux organismes ayant enfreint les règles de concurrence, des principaux éléments pris en considération pour les déterminer. La motivation de ces décisions, qui s'est beaucoup étoffée au cours des dernières années, de même que celle des arrêts rendus par les juridictions de contrôle, contribue à assurer la transparence sur la façon dont le pouvoir d'appréciation conféré à l'Autorité est exercé au cas par cas. Pour autant, cette motivation est nécessairement liée aux faits et au contexte propres à chaque espèce. Par ailleurs, elle ne préjuge pas la façon dont l'Autorité peut être conduite à déterminer les sanctions pécuniaires dans d'autres affaires.

14. Dans ce contexte, la publication du présent communiqué, prévue par la loi<sup>6</sup> dans la mesure où celui-ci revêt aux yeux de l'Autorité le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative<sup>7</sup>, vise à accroître la transparence, en faisant connaître par avance la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Elle permet aux intéressés de mieux comprendre comment sont fixées les sanctions pécuniaires, ainsi qu'aux juridictions de contrôle d'en vérifier plus aisément la détermination.

15. L'Autorité y décrit la méthode qu'elle suit en pratique à cet effet. Les différentes étapes de cette méthode structurent la façon dont l'Autorité exerce son pouvoir d'appréciation, sans se substituer à l'examen individualisé auquel elle procède dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci. Le communiqué n'expose pas non plus en détail l'ensemble des considérations susceptibles d'être prises en compte dans ce cadre.

16. La détermination des sanctions pécuniaires peut en effet impliquer de prendre en considération, conformément à l'exigence légale d'individualisation, un grand nombre d'éléments dont la nature et l'importance peuvent varier d'une affaire à l'autre. Il n'est donc ni possible, ni souhaitable, tant du point de vue de l'Autorité que dans l'intérêt des entreprises et des organismes concernés, de concevoir, au-delà de la méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires, un barème mécanique permettant de prévoir par avance leur montant précis. Ce montant

4. Cour de justice, 11 juin 2009, *X BV* (aff. C-429/07), point 37.

5. Voir le document publié par l'ECA (association des autorités de concurrence européennes) en mai 2008, « *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence. Principes pour une convergence* ». Ce document est disponible sur le site Internet de l'Autorité.

6. Article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

7. Conseil d'État, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*.

ne peut être pleinement compris qu'à la lecture de l'ensemble des motifs pertinents de la décision concernée et à la lumière du contexte de l'affaire en cause.

17. Les services d'instruction de l'Autorité signalent à l'entreprise ou à l'organisme concerné les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles d'influer, de leur point de vue, sur la détermination de la sanction par le collège, afin de mettre l'intéressé en mesure de présenter des observations à cet égard.

18. Cette communication intervient à l'occasion du rapport notifié au titre de l'article L. 463-2 du Code de commerce, qui peut se référer en tant que de besoin aux éléments déjà portés à la connaissance des intéressés, en particulier dans la notification des griefs. Dans les cas où il n'est pas établi de rapport, en application de l'article L. 463-3 ou du III de l'article L. 464-2 du même code, elle intervient au plus tard dans une note complémentaire à la notification des griefs.

19. L'appréciation qui peut être faite des éléments mentionnés au point 17 ci-dessus et la détermination, selon la méthode décrite par le présent communiqué, du montant de la sanction qui en découle relèvent de la substance même de la délibération du collège, dont la décision motive les principales étapes du raisonnement suivi à cet effet.

## IV. La méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires

20. Le Code de commerce prévoit que les sanctions pécuniaires sont déterminées en fonction de quatre critères :

- la gravité des faits ;
- l'importance du dommage causé à l'économie ;
- la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient, et
- l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par les règles de concurrence.

21. La méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en œuvre ces critères au cas par cas, dans l'ordre prévu par le Code de commerce, est la suivante. L'Autorité détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme en cause, en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui concernent tous deux l'infraction ou les infractions en cause (A). Ce montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme en cause, à l'exception de la réitération dont la loi a fait un critère autonome (B). Il est augmenté par la suite, pour chaque entreprise ou organisme concerné, en cas de réitération (C). Le montant ainsi obtenu est comparé au maximum légal, avant d'être réduit pour tenir compte, le cas échéant, de la clémence et de la non contestation des griefs, puis ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme qui en a fait la demande (D).

## A. Le montant de base

22. Le montant de base est déterminé pour chaque entreprise ou organisme en fonction de l'appréciation portée par l'Autorité sur la gravité des faits et sur l'importance du dommage causé à l'économie, critères dont l'appréciation au cas par cas peut conduire à tenir compte de différents éléments. La durée, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits que l'importance du dommage causé à l'économie, fait l'objet d'une prise en considération distincte sous ce double angle (1).

23. Pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retient, comme montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes, réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits ou de services en relation avec l'infraction ou, s'il y a lieu, les infractions en cause (2). La valeur de ces ventes constitue en effet une référence appropriée et objective pour déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire, dans la mesure où elle permet d'en proportionner au cas par cas l'assiette à l'ampleur économique de l'infraction ou des infractions en cause, d'une part, et au poids relatif, sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s), de chaque entreprise ou organisme qui y a participé, d'autre part. Elle est donc retenue par l'Autorité, à l'instar d'autres autorités de concurrence européennes, de préférence au chiffre d'affaires total de chaque entreprise ou organisme en cause, qui peut ne pas être en rapport avec l'ampleur de ces infractions et le poids relatif de chaque participant sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s).

24. Si la valeur de ces ventes est donc prise comme référence pour déterminer, dans un premier temps, le montant de base de la sanction pécuniaire en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, elle ne doit pas revêtir une importance disproportionnée par rapport à d'autres éléments à prendre en considération pour en fixer le montant définitif. Parmi ceux-ci figure en particulier le chiffre d'affaires total de l'organisme ou de l'entreprise en cause, qui est de nature à donner une indication de sa taille, de sa puissance économique et de ses ressources globales, sous réserve d'éventuelles difficultés affectant sa capacité contributive. C'est la raison pour laquelle l'Autorité tient notamment compte de cet élément, ainsi que, le cas échéant, du chiffre d'affaires total du groupe auquel appartient l'entreprise en cause, lorsqu'elle module, dans un second temps, le montant de base en fonction des autres critères prévus par le Code de commerce (voir sections B, C et D ci-dessous).

## ***1. L'appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie***

### **a. La gravité des faits**

25. L'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Dans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, elle apprécie globalement la gravité des faits, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement.

26. Pour apprécier la gravité des faits, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants, en fonction de leur pertinence :

- la nature de l'infraction ou des infractions en cause et des faits retenus pour la ou les caractériser (entente entre concurrents, qui peut elle-même revêtir un degré de gravité différent selon qu'il s'agit, par exemple, d'un cartel de prix ou d'un simple échange d'informations; entente entre deux acteurs d'une même chaîne verticale, comme une pratique de prix de revente imposés par un fournisseur à des distributeurs; abus de position dominante, qu'il s'agisse d'abus d'éviction ou d'exploitation), ainsi que la nature du ou des paramètres de la concurrence concernés (prix, clientèle, production, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison; ces éléments revêtent une importance centrale dans le cas des pratiques anticoncurrentielles expressément visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et 101 et 102 TFUE, en considération de leur gravité intrinsèque;
- la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause (activité de service public, marché public, secteur ouvert depuis peu à la concurrence, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison;
- la nature des personnes susceptibles d'être affectées (petites et moyennes entreprises [PME], consommateurs vulnérables, etc.), et
- les caractéristiques objectives de l'infraction ou des infractions (caractère secret ou non, degré de sophistication, existence de mécanismes de police ou de mesures de représailles, détournement d'une législation, etc.).

### **b. L'importance du dommage causé à l'économie**

27. Compte tenu de la nature répressive et dissuasive, mais en aucun cas réparatrice, des sanctions pécuniaires imposées aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles dans le but de rétablir et de préserver l'ordre public économique, le dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction. Il ne se limite par ailleurs pas aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de

bien-être que l'infraction est de nature à engendrer au détriment des consommateurs intermédiaires ou finals et de la collectivité dans son ensemble, mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation. Il ne se réduit donc pas à une perte précisément mesurable.

28. Le dommage causé à l'économie ne se présume pas. L'Autorité en apprécie l'importance de façon objective, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce, sans toutefois devoir le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel. Les éléments qu'elle prend en considération sont généralement de nature qualitative, mais peuvent également être de nature quantitative lorsque de tels éléments sont disponibles et fiables.

29. Lorsque les parties produisent, dans les délais impartis, des études économiques visant à mesurer certains aspects du dommage ayant, selon elles, pu être causé à l'économie, l'Autorité s'engage à les soumettre à son analyse et à faire état du résultat de celle-ci dans sa décision. Ces études doivent être adaptées aux caractéristiques concrètes de la ou des pratique(s) et du ou des secteur(s) ou marché(s) concerné(s) par l'affaire. De plus, pour permettre à l'Autorité de s'assurer de leur caractère pertinent, vérifiable et robuste, elles doivent indiquer, en particulier, l'ensemble des données qu'elles utilisent, des paramètres et des hypothèses sur lesquels elles se fondent, ainsi que des méthodes qu'elles appliquent. Elles doivent aussi présenter, de façon synthétique, intelligible et objective, les résultats auxquels elles parviennent et les conséquences pouvant, selon leurs auteurs, en être tirées dans le cas d'espèce. Elles doivent enfin être accompagnées de l'intégralité des données et des programmes utilisés dans le cadre de leur réalisation, sauf à ce que l'Autorité en tire les conséquences dans son analyse.

30. Dans le cas où elle apprécie des éléments de nature quantitative, que ce soit de sa propre initiative ou lorsque les parties ont produit des études économiques, l'Autorité ne procède pas, ce faisant, à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction.

31. Dans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, l'Autorité apprécie globalement l'importance du dommage causé à l'économie, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement.

32. Pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants, en fonction de leur pertinence et dans la mesure où elle en dispose :

- l'ampleur de l'infraction ou des infractions (couverture géographique, nombre, importance et parts de marché cumulées des entreprises en cause, etc.);
- les caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause (barrières à l'entrée, degré de concentration, élasticité-prix de la demande, marge, etc.);

- les conséquences conjoncturelles de l’infraction ou des infractions (surprix escompté, absence d’une baisse de prix attendue, impact indirect sur des secteurs ou des marchés connexes, en amont ou en aval, etc.);
- leurs conséquences structurelles (création de barrières à l’entrée, effets d’éviction, de discipline ou de découragement vis-à-vis des concurrents, baisse de la qualité ou de l’innovation, entrave au progrès technique, impact sur la compétitivité du secteur en cause ou d’autres secteurs, etc.), et
- leur incidence plus générale sur l’économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals.

## ***2. La détermination du montant de base***

### **a. La valeur des ventes**

33. La référence prise par l’Autorité pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l’importance du dommage causé à l’économie est la valeur de l’ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l’infraction, ou s’il y a lieu avec les infractions, vendues par l’entreprise ou l’organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle (s)-ci, sous réserve du point 37 ci-dessous. La qualification de l’infraction ou des infractions effectuée par l’Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services.

34. Les ventes en cause sont toutes celles réalisées en France.

35. Leur valeur correspond au chiffre d’affaires de l’entreprise ou de l’organisme concerné relatif aux produits ou services en cause.

36. L’entreprise ou l’organisme concerné fournit la valeur de ses ventes à l’Autorité, ainsi que l’ensemble des données nécessaires pour lui permettre d’en vérifier l’exactitude. Lorsque l’intéressé ne transmet pas ces données ou qu’elles apparaissent incomplètes ou insuffisamment fiables, l’Autorité n’est pas en mesure de recourir utilement à la valeur des ventes. Elle est alors conduite à se déterminer à partir des données dont elle dispose, comme le chiffre d’affaires total, même si ces données sont moins directement en rapport avec l’infraction ou avec les infractions commises et donc moins favorables pour l’intéressé.

37. Dans les cas où elle considère que le dernier exercice comptable complet de participation à l’infraction ne constitue manifestement pas une référence représentative, l’Autorité retient un exercice qu’elle estime plus approprié ou une moyenne d’exercices, en motivant ce choix.

38. Lorsque l’infraction est commise par un groupement d’entreprises, la valeur des ventes est celle réalisée par l’ensemble des entreprises membres du groupement.

39. La méthode décrite ci-dessus peut être adaptée dans les cas particuliers où l’Autorité estime que la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée

l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part. Il peut par exemple en être ainsi lorsque :

- l'infraction consiste à s'entendre sur des commissions par lesquelles des entreprises se rémunèrent à l'occasion de la vente de certains produits ou services, auquel cas l'Autorité peut retenir ces commissions comme référence ;
- l'infraction consiste, pour une entreprise, à s'entendre avec d'autres pour s'abstenir d'effectuer des ventes en France, auquel cas l'Autorité peut tenir compte des ventes réalisées ailleurs dans l'Espace économique européen (EEE).

## **b. La proportion de la valeur des ventes retenue au titre de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie**

40. La proportion de la valeur des ventes réalisées durant l'exercice comptable de référence au sens du point 33 ci-dessus, que l'Autorité retient au cas par cas en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, est comprise entre 0 et 30 %.

41. Sous réserve du point 7 ci-dessus, cette proportion est comprise entre 15 et 30 % dans le cas des accords horizontaux entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production, en fonction de l'importance du dommage qu'ils causent à l'économie. En effet, ces pratiques se caractérisent par une manipulation directe des paramètres essentiels de la concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter du fait de leur caractère secret, raisons pour lesquelles elles se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont considérées comme « *injustifiables* » par l'OCDE<sup>8</sup>. Il pourra en être de même dans le cas d'autres pratiques anticoncurrentielles d'une gravité particulière.

42. Dans le cas des infractions qui se sont prolongées plus d'une année, leur durée est ensuite prise en considération selon les modalités suivantes. La proportion retenue par l'Autorité est appliquée, au titre de la première année complète de participation de chaque entreprise ou organisme en cause à l'infraction, à la valeur des ventes réalisées pendant l'exercice comptable de référence, et, au titre de chacune des années suivantes, à la moitié de cette valeur. Au-delà de la dernière année complète de participation à l'infraction, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

## **B. L'individualisation**

43. L'Autorité ajuste ensuite le montant de base pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, s'il y a lieu (1), et des autres éléments d'individualisation pertinents tenant à la situation de chaque entreprise ou organisme (2).

---

8. Recommandation n° C (98) 35/Final du Conseil de l'OCDE du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.

### **1. Les circonstances atténuantes ou aggravantes**

44. L'Autorité peut prendre en considération l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes, sur le fondement d'une appréciation tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce.

45. Les circonstances atténuantes en considération desquelles l'Autorité peut réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que :

- l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause;
- l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a été contraint à participer à l'infraction;
- l'infraction a été autorisée ou encouragée par les autorités publiques.

46. Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que :

- l'entreprise ou l'organisme a joué un rôle de meneur ou d'incitateur, ou a joué un rôle particulier dans la conception ou dans la mise en œuvre de l'infraction;
- l'entreprise ou l'organisme a pris des mesures en vue d'en contraindre d'autres à participer à l'infraction ou a pris des mesures de rétorsion à leur encontre en vue de faire respecter celle-ci;
- l'entreprise ou l'organisme jouit d'une capacité d'influence ou d'une autorité morale particulières, notamment parce qu'il est chargé d'une mission de service public.

### **2. Les autres éléments d'individualisation**

47. Afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire, l'Autorité peut ensuite adapter, à la baisse ou à la hausse, le montant de base en considération d'autres éléments objectifs propres à la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné.

48. En particulier, elle peut l'adapter à la baisse pour tenir compte du fait que :

- l'entreprise concernée mène l'essentiel de son activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction (entreprise « mono-produit »);
- l'entreprise ou l'organisme concerné rencontre des difficultés financières particulières affectant sa capacité contributive; cet ajustement est opéré au stade et selon les modalités prévus par la section D. 3 ci-dessous.

49. Elle peut aussi l'adapter à la hausse pour tenir compte du fait que :

- l'entreprise concernée dispose d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes, notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction;

- le groupe auquel appartient l'entreprise concernée dispose lui-même d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes, cet élément étant pris en compte, en particulier, dans le cas où l'infraction est également imputable à la société qui la contrôle au sein du groupe.

## C. La réitération

50. La réitération est une circonstance aggravante dont la loi prévoit, compte tenu de son importance particulière, qu'elle doit faire l'objet d'une prise en compte autonome, de manière à permettre à l'Autorité d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. L'existence même d'une situation de réitération démontre en effet que le précédent constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il a pu être assorti n'ont pas suffi à conduire l'intéressé à respecter les règles de concurrence.

51. Pour apprécier l'existence d'une réitération, l'Autorité tient compte de quatre éléments cumulatifs :

- une précédente infraction au droit de la concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la nouvelle pratique ; ce précédent constat d'infraction, qui ne doit pas nécessairement avoir été assorti d'une sanction pécuniaire, ne peut résulter ni d'une décision prononçant une mesure conservatoire en vertu de l'article L. 464-1 du Code de commerce, ni d'une décision rendant obligatoires des engagements au titre du I de l'article L. 464-2 du même code ;
- la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;
- ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique, et
- le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence ; l'Autorité n'entend pas opposer la réitération à une entreprise ou à un organisme lorsque le délai en question est supérieur à 15 ans.

52. En cas de réitération, le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base effectuée suivant la méthode décrite à la section B ci-dessus, peut être augmenté dans une proportion comprise entre 15 et 50 %, en fonction notamment du délai séparant le début de la nouvelle pratique du précédent constat d'infraction et de la nature des différentes infractions en cause.

## D. Les ajustements finaux

53. Le montant définitif de la sanction pécuniaire est comparé au maximum légal (1). Il intègre ensuite, le cas échéant, l'exonération totale ou partielle accordée

au titre de la clémence et la réduction accordée au titre de la non contestation des griefs (2). Il est enfin ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme en cause (3).

54. Les ajustements individuels visés par la section 2 ci-dessous sont effectués après la vérification du maximum légal dans le but d'assurer en tout état de cause aux entreprises ou organismes concernés le bénéfice concret de l'exonération ou de la réduction de sanction accordée au titre de la clémence ou de la non-contestation des griefs. Les ajustements visés par la section 3 ci-dessous le sont quant à eux pour leur garantir la prise en compte effective d'une capacité contributive amoindrie au moment de la prise de décision par l'Autorité.

### ***1. La vérification du respect du maximum légal***

55. L'Autorité vérifie que le montant de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base effectuée suivant la méthode décrite à la section B ci-dessus ou, s'il y a lieu, de la prise en compte de la réitération selon les modalités décrites à la section C ci-dessus, n'excède pas le maximum légal.

56. Conformément au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lorsque le contrevenant est une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

57. Lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 3 millions d'euros.

58. Dans un cas comme dans l'autre, ce montant maximum est réduit de moitié en cas de mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

59. Lorsque l'Autorité statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 du même code, ce montant maximum est fixé à 750 000 euros, qu'elle recoure ou non à la procédure de non-contestation des griefs visée au point précédent.

60. Si elle excède le montant maximum applicable, la sanction pécuniaire est ramenée à ce chiffre.

### ***2. La prise en considération de la clémence et de la non contestation des griefs***

61. S'il y a lieu, l'Autorité réduit ensuite le montant de la sanction pécuniaire pour tenir compte de l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la clémence régie par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce et de la réduction accordée au titre de la non contestation des griefs prévue par le III du même

article. Cette réduction se fait selon les modalités pratiques indiquées par les communiqués de procédure pertinents publiés par l'Autorité<sup>9</sup>.

### ***3. La capacité contributive***

62. Si les éventuelles difficultés générales du secteur concerné par les infractions ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du Code de commerce, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises ou organismes peuvent être prises en compte dans le cadre de la détermination de leur sanction, si ceux-ci rapportent la preuve, chacun en ce qui le concerne, de leurs difficultés contributives.

63. Lorsqu'une entreprise ou un organisme entend se prévaloir de l'existence de difficultés financières particulières affectant sa capacité contributive, il en fait la demande écrite à l'Autorité, qui l'apprécie selon les modalités pratiques suivantes.

64. Pour permettre à l'Autorité de tenir compte de telles difficultés, l'entreprise ou l'organisme concerné doit, tout d'abord, en faire état à l'occasion de sa réponse au rapport prévu par le deuxième alinéa de l'article L. 463-2 du Code de commerce ou, en cas de mise en œuvre de l'article L. 463-3 ou du III de l'article L. 464-2 du même code, au plus tard un mois avant la séance. Au cas où ces difficultés surviennent ultérieurement, il doit en être fait état dès leur survenance, et au plus tard à l'occasion de la séance prévue par l'article L. 463-7 de ce code.

65. Il appartient, ensuite, à l'entreprise ou à l'organisme concerné de justifier l'existence des difficultés financières particulières dont il se prévaut et leur incidence sur sa capacité contributive, en s'appuyant sur les éléments énumérés dans le questionnaire mis à leur disposition par l'Autorité<sup>10</sup> et le cas échéant sur d'autres documents. Une réduction du montant final de la sanction pécuniaire ne peut être accordée à ce titre que si ces éléments constituent des preuves fiables, complètes et objectives attestant l'existence de difficultés réelles et actuelles empêchant l'entreprise ou l'organisme en cause de s'acquitter, en tout ou partie, de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée. La situation de l'intéressé s'apprécie au jour de la prise de la décision de l'Autorité et au regard de l'ensemble des exercices pertinents.

66. L'Autorité peut, par ailleurs, imposer une sanction pécuniaire symbolique dans certains cas particuliers, comme celui d'une entreprise unipersonnelle ou d'une association régie par la loi de 1901 n'ayant la capacité de mobiliser que de faibles ressources. Elle vérifiera, dans ce dernier cas, que l'association n'a pas, au-delà de ses ressources immédiatement disponibles, la possibilité de faire appel à ses membres pour lever les fonds nécessaires au paiement de la sanction pécuniaire.

9. Voir le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français. Ce document est disponible sur le site Internet de l'Autorité.

10. Questionnaire relatif à la capacité contributive des entreprises et organismes. Ce document est disponible sur le site Internet de l'Autorité.

## V. L'adaptation de la méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires dans le cas de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres

67. La méthode décrite à la section IV.A. 2 ci-dessus sera adaptée dans les cas de pratiques anticoncurrentielles portant sur un ou plusieurs appels d'offres ponctuels et ne relevant pas d'une infraction complexe et continue. En effet, la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique de ces pratiques, qui revêtent un caractère instantané, et du poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y prend part, en particulier lorsque leur implication consiste à réaliser des offres de couverture ou à s'abstenir de soumissionner.

68. Le montant de base de la sanction pécuniaire résultera alors de l'application d'un coefficient, déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, au chiffre d'affaires total réalisé en France par l'organisme ou par l'entreprise en cause, ou par le groupe auquel l'entreprise appartient, en principe pendant l'exercice comptable complet au cours duquel a eu lieu l'infraction ou du dernier exercice comptable complet s'il en existe plusieurs. Ce coefficient tiendra compte du fait que ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret.



# Organisation





# Organisation

|   |     |
|---|-----|
| Composition du Collège _____  | 539 |
| Sections _____  | 540 |
| Rapporteurs généraux de l’Autorité de la concurrence _____                | 541 |
| Commissaires du gouvernement auprès de l’Autorité de la concurrence _____ | 542 |



# Organisation

## Composition du Collège

|   |  |                           |
|---|--|---------------------------|
| 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 (professeur de sciences économiques université Paris I)                | Nommée le 27 février 2009 |
| Elisabeth Flüry-Hérard  | Vice-présidente (ancien 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  |
| <b>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</b>                 |  |                           |
| 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  |
| <b>Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation</b>  |  |                           |
| 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   | Professeur de droit de la concurrence à l'université Paris-II                          | Nommée le 27 février 2009 |
| <b>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</b> |  |                           |
| 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

### Section I A

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot, Elisabeth 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, Elisabeth 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, Yves Brissy, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Denis Payre, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres.

### Section IV

Elisabeth 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).

Éric Cuziat, 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).

Nadine Mouy, rapporteure générale adjointe (décision de la rapporteure générale en date du 5 mars 2009).

Sébastien Soriano, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 4 juin 2009).

Étienne Pfister, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 1<sup>er</sup> octobre 2010).

Carole Champalaune, rapporteur général adjoint (décision de la rapporteure générale en date du 10 janvier 2011).

## Commissaires du gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence

A été nommée le 3 juin 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Nathalie Homobono, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Ont été nommés le 17 mars 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Marie-Christine Buche, directrice adjointe à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

Pierre Chambu, chef du bureau F2 – Transports et communications ;

André Marie, chef du bureau B1 – Pratiques anticoncurrentielles.

Ont été nommés le 29 avril 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Jean-Louis Gérard, chef du bureau D – Produits agricoles et alimentaires ;

Axel Thonier, chef du bureau F1 – Énergie, matières premières et travaux publics.

A été nommée le 29 septembre 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Cécile Pendaries, sous-directrice à la sous-direction de la politique et de la concurrence.

A été nommé le 11 janvier 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Stanislas Martin, chef de service de la régulation et de la sécurité.

# Index





# Index

|  |     |
|--|-----|
| Index par secteur d'activité (codes NAF) _____ | 547 |
| Index par entreprise ou organisme _____        | 551 |



# Index par secteur d'activité (codes NAF)

## 01-Agriculture

Culture de légumes; maraîchage  
10-A-28

Culture fruitière  
10-A-28

Réalisation et entretien de  
plantations ornementales  
10-D-10

## 14-Autres industries extractives

Extraction de minéraux pour  
l'industrie chimique et d'engrais  
naturels  
10-A-05

## 15-Industries alimentaires

Fabrication de lait liquide et de  
produits frais  
10-A-28

## 17-Industrie

Fabrication de linge de maison et  
d'articles d'ameublement  
10-D-33

## 24-Industrie chimique

Fabrication de médicaments  
10-D-16; 10-D-37

## 25-Industrie du caoutchouc et des plastiques

Fabrication de pneumatiques  
10-D-27

Rechapage de pneumatiques  
10-D-27

## 28-Travail des métaux

Fabrication d'articles métalliques  
divers  
10-D-39

## 33-Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication d'appareils  
médico-chirurgicaux  
10-D-04

Fabrication de lunettes  
10-A-11

## 34-Industrie automobile

Construction de véhicules  
automobiles  
10-D-35

## 36-Fabrication de meubles; industries diverses

Fabrication d'articles de sport  
10-D-17

## 40-Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution de combustibles gazeux  
10-D-19; 10-D-36

Production d'électricité  
10-D-14; 10-A-08

Distribution et commerce  
d'électricité  
10-A-08

Production de gaz manufacturé  
10-D-19; 10-D-36

Production et distribution de chaleur  
10-D-14; 10-D-19

Transport d'électricité  
10-A-08

## 45-Construction

10-A-24

Construction de chaussées routières  
et de sols sportifs  
10-D-03; 10-D-39

Construction de lignes électriques et  
de télécommunication  
10-D-26

Construction de voies ferrées  
10-A-20

### **50-Commerce et réparation automobile**

Commerce de détail d'équipements automobiles  
10-D-27

Commerce de détail de carburants  
10-A-03; 10-A-16

Commerce de gros d'équipements automobiles  
10-D-27

Commerce de véhicules automobiles  
10-D-35

Entretien et réparation de véhicules automobiles  
10-D-12

### **51-Commerce de gros et intermédiaires du commerce**

Commerce de gros d'appareils électroménagers et de radios et télévisions  
10-D-01

Commerce de gros de combustibles  
10-A-03; 10-A-16

Commerce de gros de fruits et légumes  
10-A-28

Commerce de gros de produits laitiers, œufs, huiles  
10-A-28

Commerce de gros de produits pharmaceutiques  
10-D-02; 10-D-16; 10-D-37

### **52-Commerce de détail et réparation d'articles domestiques**

Commerce de détail divers en magasin spécialisé  
10-D-01

Commerce de détail d'optique et de photographie  
10-D-11; 10-A-11

Commerce de détail de produits pharmaceutiques  
10-D-16; 10-D-37; 10-A-15

Hypermarchés  
10-A-25; 10-A-26

Supérettes  
10-D-08; 10-A-25; 10-A-26

Supermarchés  
10-A-25; 10-A-26

### **60-Transports terrestres**

Téléphériques, remontées mécaniques  
10-D-06

Transport de voyageurs par taxis  
10-D-15

Transports urbains de voyageurs  
10-A-22

### **63-Services auxiliaires des transports**

Services aéroportuaires  
10-A-04

Services portuaires, maritimes et fluviaux  
10-D-13

### **64-Postes et télécommunications**

Autres activités de courrier  
10-D-21

Télécommunications (hors transmissions audiovisuelles)  
10-D-01; 10-D-30; 10-D-31;  
10-A-07; 10-A-12; 10-A-13;  
10-A-17; 10-A-18; 10-A-23;  
10-A-29; 10-MC-01

Transmission d'émissions de radio et de télévision  
10-D-09

### **65-Intermédiation financière**

Banques  
10-D-28; 10-A-24

Banque centrale  
10-D-28

Banques mutualistes  
10-D-28; 10-A-24

Caisse d'épargne  
10-D-28; 10-A-24

**66-Assurance**

Assurance relevant du Code de la  
mutualité  
10-D-11

**71-Location sans opérateur**

Location de linge  
10-D-33

**72-Activités informatiques**

Activités de banques de données  
10-D-30; 10-D-38; 10-A-29;  
10-MC-01

Traitement de données  
10-D-30; 10-MC-01

**74-Services fournis principalement  
aux entreprises**

Agences, conseil en publicité  
10-D-20

Activités juridiques  
10-A-10

Activités comptables  
10-A-10

Gestion de supports de publicité  
10-D-20; 10-D-30 10-D-38;  
10-A-29; 10-MC-01

Services annexes à la production  
10-D-07

**75-Administration publique**

Activités générales de sécurité  
sociale  
10-D-23

Justice  
10-A-14

**85-Santé et action sociale**

Activités des auxiliaires médicaux  
10-D-11

Activités hospitalières  
10-D-25

Activités vétérinaires  
10-D-18

Ambulances  
10-D-05; 10-D-22

Crèches et garderies d'enfants  
10-D-24

Laboratoires d'analyses médicales  
10-A-01

Pratiques médicales  
10-D-25

**90-Assainissement, voirie  
et gestion des déchets**

Enlèvement et traitement des  
ordures ménagères  
10-D-29

Traitement des autres déchets  
solides  
10-A-21

**92-Activités récréatives, culturelles  
et sportives**

10-A-06; 10-A-09; 10-A-19

Activités artistiques  
10-D-34

Distribution de bouquets de  
programmes de radio et de télévision  
10-D-32

Distribution de films  
cinématographiques  
10-A-02

Édition de chaînes généralistes  
10-D-32

Édition de chaînes thématiques  
10-D-32

Projection de films  
cinématographiques  
10-A-02

**92-Activités récréatives, culturelles  
et sportives**

Gestion du patrimoine culturel  
10-A-27

**93-Services personnels**

Blanchisserie, teinturerie de détail  
10-D-33



## Index par entreprise ou organisme

### A

A.P. Møller-Mærsk (APMM)  
10-D-13

Aa Bio Vet  
10-D-18

AB 1  
10-D-32

AB Sat  
10-D-32

Agence Heuveline  
10-D-38

Agence I MA conseils  
10-D-38

Alliance Ambulances  
10-D-22

ALM SA  
10-D-04

Ambulance de la Croix de Pierre  
10-D-22

Ambulances Asur  
10-D-05

Ambulanciers réunis Thouarsais (ART)  
10-D-05

Apple Inc  
10-D-01

Apple Sales International  
10-D-01

Association française des laboratoires  
d'analyses de biologie vétérinaire  
(AFLABV)  
10-D-18

Association pour le maintien  
de la concurrence sur les réseaux  
et infrastructures (AMCRI)  
10-A-04

ATPL  
10-D-03

Audit Conseil Publicité Annuaires  
10-D-38

Autorité de la concurrence  
10-D-13; 10-D-28  
10-D-32; 10-D-36  
10-D-39; 10-A-13  
10-A-25; 10-A-26

Autorité de régulation  
des communications électroniques  
et des postes (ARCEP)  
10-A-12; 10-A-17  
10-A-18; 10-A-23

Auvray Ambulances  
10-D-22

Aventis  
10-D-02

Avycom publicité annuaire  
10-D-38

Aximum  
10-D-39

### B

Banque de France  
10-D-28

BNP Paribas  
10-D-28

Bouygues Télécom  
10-D-01

BPCE  
10-D-28

Butagaz SAS  
10-D-36

## C

Caisse de la mutualité sociale agricole  
de Gironde (CMSA)  
10-D-23

Caisse nationale d'allocations familiales  
(CNAF)  
10-D-24

Canal Plus Distribution  
10-D-32

Canal Plus France  
10-D-32

Carrefour SA  
10-D-08

Chambre syndicale des améliorants  
organiques et supports de culture (CAS)  
10-A-05

Charcot.net  
10-D-38

Commission des affaires économiques  
de l'Assemblée Nationale  
10-A-08

Communauté urbaine de Bordeaux  
(CUB)  
10-A-22

Communauté urbaine de Lille  
10-D-03

Confédération nationale du Crédit  
Mutuel  
10-D-28

Conseil des radiologues  
10-D-25

Conseil général des Alpes-Maritimes  
10-D-10

Conseil général du Pas-de-Calais  
10-D-18

Conseil interprofessionnel de l'optique  
(CIO)  
10-A-11

Conseil supérieur de l'ordre des  
experts-comptables  
10-A-10

Crédit Agricole  
10-D-28

Crédit du Nord  
10-D-28

Crédit Industriel et Commercial (CIC)  
10-D-28

Crepel  
10-D-03

## D

Deux-Sèvres ambulances  
10-D-05

DKT International  
10-D-29

Dubuc Ambulances  
10-D-22

## E

Écoannuaires  
10-D-38

Éco-Emballages  
10-D-29

EDF SA  
10-D-14

Électricité Provence Méditerranée  
(EPM)  
10-D-26

ENFenCONFIANCE SARL  
10-D-24

Entreprise générale d'électricité Noël  
Béranger  
10-D-26

Étangs et Rivières  
10-D-03

Euro Power Technology  
10-D-14

Europe Ambulances  
10-D-22

Experts-comptables et commissaires  
aux comptes de France  
10-A-10

## F

Fédération française de pétanque  
et jeu provençal (FFPJP)  
10-D-17

Fédération internationale de pétanque  
et jeu provençal (FIPJP)  
10-D-17

Forclum PACA  
10-D-26

France Télécom  
10-D-01; 10-D-31

10-D-32

Franche-Comté Signaux (FCS)  
10-D-39

## G

GDF Suez  
10-D-19

Générale de manutention portuaire  
(GMP)  
10-D-13

GIE Pneuman  
10-D-27

GMP  
10-D-13

Google Inc.  
10-MC-01; 10-D-30

Google Ireland  
10-MC-01; 10-D-30

Grand port maritime du Havre  
10-D-13

Groupe AB  
10-D-32

Groupe Canal Plus  
10-D-32

Groupe des 152  
10-D-34

Groupement de coopération sanitaire  
IRM Bassin d'Arcachon (GCS IRMBA)  
10-D-25

Groupement de défense sanitaire  
du bétail du Pas-de-Calais (GDS)  
10-D-18

Groupement des praticiens en imagerie  
médicale du Bassin d'Arcachon  
(GPIMBA)  
10-D-25

Groupement des taxis amiénois  
et de la métropole (GIE GRTAM)  
10-D-15

Groupement européen des professionnels  
du lavage automobile franchisés (Geplaf)  
10-D-12

Groupement technique vétérinaire  
du Pas-de-Calais (GTV)  
10-D-18

## H

HighCo  
10-D-20

HSBC  
10-D-28

Hypromat SAS  
10-D-12

## I

Inovert  
10-D-03

Institut de liaisons et d'études des  
industries de consommation (ILEC)  
10-D-20

Institut français des experts-comptables  
et des commissaires aux comptes  
10-A-10

Itas Tim  
10-D-09

## K

Kadéos  
10-D-07

## L

La Banque Postale  
10-D-28

La nouvelle sirolaise de construction  
(NSC)  
10-D-10

Lacroix Signalisation  
10-D-39

Lagardère Active  
10-D-32

Lagardère SCA  
10-D-32

Laporte Service Route  
10-D-39

LCL  
10-D-28

Le Bronze Industriel (LBI)  
10-D-35

Leroy  
10-D-03

Lille Métropole communauté urbaine  
10-D-03

## M

Ma liste de courses (MLDC)  
10-D-20

Manufacture française des pneumatiques  
Michelin  
10-D-27

Maquet GmbH Co KG  
10-D-04

Maquet SA  
10-D-04

Métropole Télévision  
10-D-32

Mewa  
10-D-33

Midi Travaux Location (MTL)  
10-D-26

Ministère de l'Écologie, de l'Énergie,  
du Développement durable et de  
l'Aménagement du territoire  
10-A-21

Ministère de l'Économie, des Finances  
et de l'Industrie  
10-D-02; 10-D-04  
10-D-05; 10-D-06  
10-D-11; 10-D-15  
10-D-17; 10-D-21  
10-D-22; 10-D-26  
10-D-27; 10-D-31  
10-D-35; 10-D-37  
10-A-01; 10-A-02  
10-A-03; 10-A-07  
10-A-09; 10-A-13  
10-A-14; 10-A-16  
10-A-19; 10-A-24  
10-A-27; 10-A-28  
10-A-29

Ministère de la Culture  
et de la Communication  
10-A-06

Ministère de la Santé et des Sports  
10-A-15

## N

Nadia Signalisation  
10-D-39

Navx  
10-MC-01; 10-D-30

Ne Varietour  
10-D-19

Neopost France  
10-D-21

Netcreative-Pages Annuaire  
10-D-38

NHK conseil  
10-D-38

Nord signalisation  
10-D-38

Normandy Ambulances SARL  
10-D-22

## O

Ohlmann  
10-D-35

Orange France  
10-D-01

OSCP  
10-D-38

## P

Pages Jaunes  
10-D-38

Palais des sports de Grenoble-Isère  
10-D-17

Perifem  
10-D-20

Perrigault SA  
10-D-13

Pétroles Shell SAS  
10-D-36

Pneumatiques Kléber  
10-D-27

Provence jardins  
10-D-10

## Q

Quevilly Ambulances  
10-D-22

## R

R W Cushway Co Ltd  
10-D-35

Roland Vlaemynck Tisseur  
10-D-33

RTL 9  
10-D-32

## S

Sanofi-Aventis  
10-D-02; 10-D-16

Satas  
10-D-21

Schrub  
10-D-35

Sécurité et Signalisation (SES)  
10-D-39

Signal Concept  
10-D-39

Signature  
10-D-39

Signaux Girod  
10-D-39

SNC Électricité Moderne  
10-D-26

Société 3M France  
10-D-39

Société des auteurs et compositeurs  
dramatiques (SACD)  
10-D-34

Société des téléphériques de la Grande  
Motte (STGM)  
10-D-06

Société Générale  
10-D-26

Société nouvelle Electric Flux (SNEF)  
10-D-26

Sodilor  
10-D-39

Sogec  
10-D-20

SOS Ambulances  
10-D-22

Sudmédia conseil  
10-D-38

Syndicat de l'épicerie française  
et de l'alimentation générale (SEFAG)  
10-D-08

Syndicat national des ophtalmologistes  
de France (SNOF)  
10-D-11

Syntec-Ingénierie  
10-A-20

## T

TDF  
10-D-09

Terminal Normandie MSC  
10-D-13

Terminal Porte Océane  
10-D-13

Teva Santé  
10-D-16

TF1  
10-D-32

Titres Cadeaux  
10-D-07

TNMSC  
10-D-13

Toocom  
10-D-38

Travaux électriques du Midi (TEM)  
10-D-26

Tropina  
10-D-26

## U

UCB pharma  
10-D-37

Union des opticiens (UDO)  
10-A-11

## V

Valorplast  
10-D-29

Verdesis France SASU  
10-D-14

Verdesis SA  
10-D-14

Vivendi Universal  
10-D-32

Vulco développement  
10-D-27

## W

Weldur  
10-D-35

# 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 (mise à jour au 2 mai 2011)

| Décisions (au fond)            |  | Arrêts cour d'appel   |
|--------------------------------|--|---|
| 09-D-03<br>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<br>Confirmation   |
| 09-D-05<br>du 2 février 2009   | relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire  | Arrêt du 26 janvier 2010<br>Confirmation  |
| 09-D-06<br>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 *<br>Confirmation  |
| 09-D-07<br>du 12 février 2009  | relative à une saisine de la société Santclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé  | Arrêt du 19 janvier 2010 *<br>Confirmation  |
| 09-D-10<br>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 *<br>Confirmation  |
| 09-D-14<br>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<br>Confirmation   |
| 09-D-16<br>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<br>Confirmation   |
| 09-D-19<br>du 10 juin 2009     | relative à des pratiques concernant le déménagement de personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre à Nancy  | Arrêt du 11 mai 2010<br>Confirmation des faits mais révision des sanctions pour deux entreprises  |
| 09-D-25<br>du 29 juillet 2009  | relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées  | Arrêt du 29 juin 2010 *<br>Confirmation pour l'essentiel (confirmation des faits sauf pour une entreprise et révision des sanctions pour deux autres entreprises) |
| 09-D-26<br>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<br>Confirmation  |
| 09-D-34<br>du 18 novembre 2009 | relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse   | Arrêt du 16 septembre 2010*<br>Confirmation   |
| 09-D-36<br>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 | Arrêt du 23 septembre 2010*<br>Confirmation pour l'essentiel (application du droit communautaire écartée ainsi qu'un grief – révision d'une sanction)             |

\* Pourvois pendants devant la Cour de cassation

**Décisions 2010 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour au 2 mai 2011)**

| Décisions (au fond)             |  | Arrêts cour d'appel                                |
|---------------------------------|--|--|
| 10-D-04<br>du 26 janvier 2010   | relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération   | Arrêt du 28 octobre 2010<br>Confirmation           |
| 10-D-13<br>du 15 avril 2010     | relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre   | Arrêt du 20 janvier 2011*<br>Réformation partielle |
| 10-D-14<br>du 16 avril 2010     | relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz  | Arrêt du 2 décembre 2010*<br>Confirmation          |
| 10-D-23<br>du 23 juillet 2010   | relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse de la mutualité sociale agricole de Gironde  | Arrêt du 27 janvier 2010*<br>Confirmation          |
| 10-D-24<br>du 28 juillet 2010   | relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse nationale des allocations familiales   | Arrêt du 27 janvier 2010*<br>Confirmation          |
| 10-D-28<br>du 20 septembre 2010 | relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement | Affaire pendante                                   |
| 10-D-32<br>du 16 novembre 2010  | relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante  | Affaire pendante                                   |
| 10-D-39<br>du 22 décembre 2010  | relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale   | Affaire pendante                                   |

# Liste des décisions et avis





# Liste des avis et décisions 2010

## Décisions

Décision 10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhone

Décision 10-D-02 du 14 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire

Décision 10-D-03 du 20 janvier 2010 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la communauté urbaine de Lille

Décision 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération

Décision 10-D-05 du 27 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires dans le département des Deux-Sèvres

Décision 10-D-06 du 26 février 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des téléphériques de la Grande Motte (STGM)

Décision 10-D-07 du 2 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le secteur des titres cadeaux prépayés

Décision 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité

Décision 10-D-09 du 9 mars 2010 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Itas Tim concernant des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique

Décision 10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier

Décision 10-D-11 du 24 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) concernant le renouvellement des lunettes de vue

Décision 10-D-12 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression

Décision 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre

Décision 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz

Décision 10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE «groupement des taxis amiénois et de la métropole»

Décision 10-D-16 du 17 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France

Décision 10-D-17 du 25 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la boule de pétanque de compétition

Décision 10-D-18 du 14 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil général du Pas-de-Calais, le Groupement de défense sanitaire du bétail du Pas-de-Calais et le Groupement technique vétérinaire du Pas-de-Calais

Décision 10-D-19 du 24 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de la fourniture de gaz, des installations de chauffage et de la gestion de réseaux de chaleur et de chaufferies collectives

Décision 10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction

Décision 10-D-21 du 30 juin 2010 relative au respect, par les sociétés Neopost France et Satas, des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-49 du 25 juillet 2005

Décision 10-D-22 du 22 juillet 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires en Seine-Maritime

Décision 10-D-23 du 23 juillet 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde

Décision 10-D-24 du 28 juillet 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse nationale des allocations familiales

Décision 10-D-25 du 28 juillet 2010 relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au centre hospitalier d'Arcachon

Décision 10-D-26 du 28 juillet 2010 relative à des pratiques relevées sur des marchés de travaux groupés de réseaux publics passés par la plate-forme d'achats EDF-GDF Services de Montpellier

Décision 10-D-27 du 15 septembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber

Décision 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement

Décision 10-D-29 du 27 septembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Éco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques

Décision 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet

Décision 10-D-31 du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité

Décision 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante

Décision 10-D-33 du 30 novembre 2010 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Roland Vlaemynck Tisseur

Décision 10-D-34 du 9 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion des droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles

Décision 10-D-35 du 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles

Décision 10-D-36 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné

Décision 10-D-37 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la cétirizine en comprimés

Décision 10-D-38 du 22 décembre 2010 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par la société Pages Jaunes SA

Décision 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale

## Avis

Avis 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale

Avis 10-A-02 du 1<sup>er</sup> février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma

Avis 10-A-03 du 3 février 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'outre-mer

Avis 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français

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

Avis 10-A-06 du 10 mars 2010 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de médiateur du cinéma

Avis 10-A-07 du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministre chargé de l'Industrie, sur le programme national « très haut débit »

Avis 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

Avis 10-A-09 du 19 mai 2010 relatif à un projet de décret pris pour application de certaines dispositions du Code du cinéma et de l'image animée et relatif aux groupements, ententes et engagements de programmation cinématographique

Avis 10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé

Avis 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique

Avis 10-A-12 du 9 juin 2010 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 de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles

Avis 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle

Avis 10-A-14 du 29 juin 2010 relatif à l'assistance du greffier en chef en matière de vérification des comptes de tutelle par un huissier de justice

Avis 10-A-15 du 6 juillet 2010 relatif à une demande du ministre de la Santé et des Sports concernant un projet de décret relatif aux missions des pharmaciens d'officine

Avis 10-A-16 du 28 juillet 2010 relatif à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'outre-mer

Avis 10-A-17 du 29 juillet 2010 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 de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer

Avis 10-A-18 du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses

Avis 10-A-19 du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décret pris pour application de certaines dispositions du Code du cinéma et de l'image animée et relatif à l'agrément des formules d'accès au cinéma

Avis 10-A-20 du 29 septembre 2010 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris

Avis 10-A-21 du 19 novembre 2010 relatif à la gestion des déchets d'activités de soins à risques infectieux perforants produits par les patients en auto traitement

Avis 10-A-22 du 19 novembre 2010 relatif au projet de lancement par la communauté urbaine de Bordeaux d'un marché de rames de tramway dans le cadre de l'extension de son réseau

Avis 10-A-23 du 29 novembre 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur les conditions

de réalisation d'infrastructures et des réseaux de communications électroniques pour bénéficier des aides du fonds d'aménagement numérique des territoires

Avis 10-A-24 du 30 novembre 2010 relatif à un projet de fonds commun de titrisation destiné au refinancement de contrats de partenariat public privé

Avis 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs

Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire

Avis 10-A-27 du 9 décembre 2010 relatif au projet de décret concernant le statut de l'Établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées

Avis 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles

Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne

## Mesures conservatoires

Décision 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx

## *Table des matières*