

Autorité  
de la concurrence



# Rapport annuel 2011

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Coralie Anadon, Gillian Arnoux, Patricia Basset, Virginie Beaumeunier, Liza Bellulo, Charles Bertin, Hélène Bourguignon, Ingalill d'Armaillé, Laure Durand-Viel, Jocelyne Gaumet, Laure Gauthier, Simon Genevaz, Virginie Guin, Gaëlle Huerre, Ghislaine Jaillon, Nicolas Joncheray, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Erwan Le Noan, Frédérique Leyme, Louis-Gabriel Masson, Jean Christophe Mauger, Anne-Laure Meano, Valérie Meunier, Nadine Mouy, Alain Mouzon, Julien Neto, Gwénaëlle Nouët, Thierry Poncelet, Jean Ravoire, Géraldine Rousset, Isabelle Sévajols, Jean-Marc Toub Blanc, Anne-Laure Vendrolini, Thibaud Vergé, Jérôme Vidal, Anne Yvrande-Billon, Fabien Zivy.

Par délibération en date du 14 mars 2012, 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, 2012

ISBN : 978-2-11-008929-8



Photo Hamilton/REA

# Éditorial

A la phase de mise en œuvre du nouveau système de régulation de la concurrence, issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, a succédé, en 2011, un régime de croisière. Dans ce contexte, l'Autorité a prolongé les réformes institutionnelles par des efforts accrus en termes de transparence et de prévisibilité de ses outils, qu'il s'agisse de sanction ou de procédure. Elle a également fait fruit de ses nouvelles capacités d'initiative, développé un équilibre entre pragmatisme et fermeté en matière de concentrations, et davantage ciblé son activité en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ce bilan de l'année 2011 coïncide enfin avec le vingt-cinquième anniversaire de la régulation indépendante de la concurrence, qui constitue une occasion de mesurer le chemin parcouru aux yeux des Français.

## *De nouvelles initiatives pour accroître la transparence de la prise de décision*

Il était nécessaire de perfectionner l'outil des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, non seulement pour assurer davantage de transparence et de cohérence avec les pratiques au sein du réseau européen de concurrence, mais également pour assurer l'efficacité de l'ensemble de la boîte à outils de l'Autorité.

Les sanctions sont en effet au cœur de la régulation concurrentielle. C'est parce qu'elles créent un risque financier – et réputationnel – important pour les entreprises que celles-ci développent leur stratégie de conformité en amont, ou qu'elles se rapprochent de l'Autorité en vue d'une procédure négociée, ou, lorsqu'une infraction a déjà été commise, qu'elles décident de déposer une demande de clémence ou, plus en aval encore, de solliciter le bénéfice d'une non-contestation de griefs.

L'Autorité a donc adopté, le 17 mai 2011, un communiqué sur les sanctions, à l'issue d'une large consultation publique, d'une durée de deux mois, qui n'a pas encore eu d'équivalent en Europe, et a conduit à des adaptations significatives du projet initial.

Le communiqué, qui lie l'Autorité, définit une méthode transparente en quatre étapes qui permet de mieux faire jouer le contradictoire avec les entreprises et de renforcer la cohérence avec la pratique décisionnelle de la Commission européenne

et les bonnes pratiques des autorités nationales de concurrence de l'Union européenne (« principes ECA », que l'Autorité avait rédigés en 2008 aux côtés de son homologue italienne).

Cette méthode passe en premier lieu par la détermination d'un montant de base proportionné à la nature de l'infraction et à ses effets. Il est fondé sur la valeur des ventes des produits et services en relation avec l'infraction de chaque entreprise, affectée d'un coefficient reflétant les critères légaux de gravité et de dommage à l'économie, et tient compte, de façon dégressive, de la durée des pratiques.

Les deuxième et troisième étapes assurent une individualisation de la sanction. L'Autorité tient compte, le cas échéant, des circonstances atténuantes ou aggravantes ainsi que de la réitération éventuelle. Il s'agit ainsi d'intégrer dans la sanction le comportement et le rôle de chaque entreprise dans la commission de l'infraction. Ensuite, le communiqué veille à une individualisation du montant de la sanction, en fonction de circonstances objectives propres à la situation individuelle de l'entreprise, eu égard notamment à son appartenance à un groupe, à l'ampleur de ses ressources ou à la diversification ou non de ses activités. A ce titre, l'Autorité confirme et détaille les modalités de prise en compte de la capacité contributive des entreprises, qui sont invitées à remplir un formulaire à cet effet et à fournir leurs états financiers susceptibles de démontrer un risque d'insolvabilité et d'illiquidité. Le communiqué s'attache également, pour la première fois dans l'Union européenne, à traiter le cas particulier des entreprises mono-produit.

La quatrième étape consiste à appliquer, le cas échéant, selon une méthode exposée en détail dans le communiqué, les réductions au titre de la clémence et/ou de la non-contestation de griefs ainsi que l'écrêtement du montant de l'amende en fonction du plafond légal de 10 % du chiffre d'affaires mondial.

Le même souci de transparence a irrigué la préparation du communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs et du document-cadre sur les programmes de conformité. Une large consultation publique, qui a pris fin début 2012, a permis d'enrichir les documents finaux.

La non-contestation de griefs est une procédure spécifique de coopération entre l'Autorité de la concurrence et une entreprise mise en cause dans une affaire de cartel ou d'abus de position dominante. Instituée par le législateur en 2001, elle offre des avantages à chacun des intéressés : la renonciation à contester les griefs constitue une économie procédurale pour l'Autorité, qui peut se consacrer à d'autres missions, tandis que l'entreprise réduit son exposition financière à la sanction. L'Autorité avait acquis une certaine expérience dans la mise en œuvre de cette procédure, avec plus de trente affaires, mais elle n'avait pas encore « codifié » sa pratique dans un texte qui l'engage vis-à-vis des entreprises. Après la publication du communiqué final sur les sanctions, il apparaissait nécessaire de passer à une nouvelle étape, permettant aux entreprises de dégager une vue d'ensemble : elles peuvent désormais anticiper le montant des sanctions encourues, et donc mieux évaluer le bénéfice du recours à la non-contestation de griefs. Par ailleurs, le communiqué apporte des précisions importantes sur la possibilité pour les entreprises

de proposer des engagements à modifier leur comportement futur à l'occasion d'une non-contestation de griefs. Ces engagements peuvent donner lieu, s'ils sont substantiels, crédibles et vérifiables, à une réduction de sanction de 5 à 15 %, qui s'ajoute aux 10 % accordés du fait de la transaction.

C'est dans ce cadre que le document sur la conformité s'insère et qu'il complète le projet de communiqué sur la non-contestation de griefs. Il indique quelles sont les conditions requises par l'Autorité pour encourager la démarche de conformité. Dans le contexte spécifique des engagements accessoires à la non-contestation de griefs, l'Autorité est prête à récompenser par une réduction de sanction pouvant aller jusqu'à 10 % l'élaboration ou la refonte d'un programme de conformité si la démarche engagée est substantielle, crédible et vérifiable. Ainsi, l'autorité française est la première à s'engager dans cette voie par un document que les entreprises pourront lui opposer. Cette démarche s'inscrit dans le cadre d'un débat plus général, engagé récemment à l'OCDE, sur l'octroi par les autorités de concurrence d'incitations substantielles aux entreprises qui s'engageraient à mettre en place et à appliquer des programmes de conformité solides, et sur la portée et les modalités de mise en œuvre de celles-ci. Quelques rares autres autorités nationales de concurrence (Bureau de la concurrence canadien, Commission de la concurrence australienne, *Department of Justice* américain, *Office of Fair Trading* britannique) prévoient des incitations, qui restent exceptionnelles, et passent par d'autres voies en raison du contexte institutionnel et juridique propre à chacun de ces pays ; elle peut s'inscrire dans le pouvoir d'opportunité des poursuites, lorsque les autorités en disposent, dans leur approche des procédures négociées – clémence, ou, plus fréquemment transaction – ou encore dans la détermination du niveau des sanctions. Cette approche *ex post*, en ce sens qu'elle s'applique postérieurement à la commission d'une infraction, permet de signaler à l'ensemble des entreprises les cas dans lesquels les programmes de conformité n'ont pas contribué – ou, plus rarement, ont contribué – de façon effective à la régulation concurrentielle. Mais elle ne crée pas d'incitation, en amont, à la généralisation des programmes de conformité et à leur inscription au cœur de la stratégie des entreprises.

Pour sa part, l'Autorité privilégie une approche *ex ante*, pour deux raisons. D'une part, il ne lui paraît pas opportun de retenir l'existence d'un programme comme une circonstance atténuante ou aggravante, car celui-ci n'a pas d'influence sur la gravité d'une infraction ou sur le dommage que celle-ci a causé à l'économie, qui sont les critères légaux essentiels de détermination du niveau de la sanction en France. D'autre part, il est plus important d'encourager l'adoption de programmes de conformité en amont que de sanctionner leur efficacité ou leur inefficacité. L'Autorité s'engage donc plutôt à tenir compte, dans le cadre spécifique rappelé ci-dessus des engagements accessoires à une non-contestation de griefs, des bénéfices de la mise en place, pour l'avenir, d'un programme de conformité substantiel, crédible et vérifiable. Des critères précis doivent être respectés à cet effet. Ils portent sur la gestion, le contenu et l'exhaustivité des programmes de conformité, mais également sur leur mise en œuvre effective, en particulier en matière

de sanctions disciplinaires et de coopération avec l'Autorité en cas de détection d'une pratique anticoncurrentielle.

L'objet du document-cadre est plus large encore. La conformité constitue en effet l'un des piliers essentiels d'une politique de concurrence moderne et efficace. Le respect des règles de concurrence est l'objectif ultime d'une telle politique : dans un monde idéal, la sanction ne serait pas nécessaire, et la dimension pédagogique et préventive de la régulation concurrentielle suffirait par elle-même. Mais la conformité ne peut découler que d'une démarche volontaire des entreprises, qu'elle soit spontanée et guidée par la recherche d'une compétitivité fondée sur les mérites, ou qu'elle découle d'un calcul de risques financiers, juridiques, commerciaux et réputationnels. Le rôle des autorités de concurrence est donc de stimuler la réflexion des entreprises et de favoriser la généralisation de la démarche au-delà des grands groupes de taille européenne ou mondiale, tout en les laissant prendre en main leur avenir concurrentiel. Il est essentiel que les entreprises puissent adapter leurs programmes à la spécificité de leur organisation et des marchés sur lesquels elles opèrent, à leur gestion des ressources humaines, à leur taille, à leurs relations avec les investisseurs et, de façon plus générale, à leur culture et à leur gouvernance.

### *La prise d'initiative : une caractéristique de la nouvelle Autorité*

Autre axe de l'activité de l'Autorité en 2011, l'exercice de son rôle d'initiative, que la réforme de 2008 lui a donné les moyens concrets d'exercer.

En matière contentieuse, la rapporteure générale a pu proposer au collège 12 auto-saisines en 2011. La réunion des fonctions d'enquête et d'instruction a été un levier essentiel de cette évolution.

En matière consultative, la faculté pour l'Autorité de se saisir pour avis lui offre la possibilité de mobiliser les enquêtes sectorielles pour ouvrir de nouveaux débats avec les pouvoirs publics et faire des propositions en matière de politique de concurrence, ou pour adresser des signaux au marché afin que les entreprises identifient les risques d'ouverture de procédure contentieuse et prennent, le cas échéant, des mesures pour se conformer aux règles de concurrence.

L'Autorité détermine ses priorités d'auto-saisine en fonction de plusieurs critères, notamment les résultats attendus pour l'action du régulateur, les consommateurs, les entreprises et l'ensemble du réseau européen de la concurrence, l'équilibre entre les coûts engagés et les bénéfices attendus, notamment en termes de mise en conformité des entreprises et de pédagogie de la concurrence, l'importance du secteur économique concerné pour l'économie française et européenne, la cohérence avec les autres actions engagées par l'Autorité et sa pratique décisionnelle, ainsi que les informations recueillies sur le marché.

Les initiatives de l'Autorité les plus notables en matière de recommandation aux pouvoirs publics, qui se sont concentrées sur le secteur de la grande distribution,

ont été débattues au Parlement en 2011 et au début de 2012, à l'occasion de l'examen de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi « Droits, protection et information des consommateurs ». Ces dispositions ont repris plusieurs des préconisations de l'Autorité visant à accroître la liberté des franchisés et membres de coopératives souhaitant changer de réseau et d'enseigne afin de proposer à leurs clients des produits moins chers et davantage de services. Par ailleurs, l'Autorité a proposé de mettre en place, dans ce même secteur, un dispositif d'injonction structurelle inspiré des pouvoirs de la *Competition Commission* au Royaume-Uni, et a été relayée par les principaux responsables publics. Au printemps 2012, l'Autorité a ouvert la voie à de nouvelles réflexions des pouvoirs publics en soumettant à une large consultation publique une analyse et des pistes de réflexion sur les conditions de concurrence dans le secteur de la réparation automobile, dont les prix ont fortement augmenté sans que cette évolution soit corrélée aux coûts encourus par les opérateurs concernés. L'Autorité a étudié à cet effet les conditions de concurrence entre les garagistes indépendants et ceux qui sont intégrés à des constructeurs ainsi que l'étendue et l'utilité des droits protection industrielle pour la fabrication et la commercialisation des pièces automobiles dites visibles, telles que les vitres et la carrosserie.

L'initiative en matière d'enquête sectorielle ne s'adresse pas seulement aux pouvoirs publics. Elle constitue également un levier d'exercice de « *soft power* », permettant à l'Autorité d'adresser des signaux aux entreprises, qui peuvent en tirer des enseignements et modifier leurs comportements sur le marché, et de faire part de son analyse concurrentielle lorsqu'émergent de nouveaux secteurs économiques ou lorsque se dessinent de nouvelles stratégies commerciales.

En 2011, l'Autorité a constaté les effets de son activité consultative de l'année précédente. Son avis sur l'utilisation des bases de données de clientèle pour la vente d'offres dites « *triple-play* » et « *quadruple play* » par les opérateurs de téléphonie a, de manière décisive, incité Orange à conclure un accord d'itinérance domestique 3 G avec Free et, par conséquent, à insuffler davantage de concurrence sur le marché de la téléphonie mobile. Lorsqu'elle sera achevée, à l'été 2012, la nouvelle enquête sectorielle lancée sur le commerce électronique pourrait également inciter les acteurs concernés à ajuster leurs stratégies en conformité avec le droit de la concurrence.

### ***Le contrôle des concentrations, entre pragmatisme et fermeté***

Dans le domaine des concentrations, l'approche de l'Autorité allie pragmatisme et fermeté.

L'Autorité inscrit son analyse des rachats ou des fusions dans les contraintes du temps de l'économie et recherche, dans la négociation des remèdes, un équilibre entre l'exigence d'une réponse effective aux risques identifiés dans l'analyse concurrentielle et l'adéquation aux conditions de marché.

En 2011, l'Autorité a adopté 215 décisions dont 7 sous réserve d'engagements, soit un taux d'intervention de 3,2 %, qui peut être rehaussé à 3,7 % si l'on tient également compte de l'abandon d'une opération à la suite d'une décision de passage en

phase II dans l'affaire Tatex/Geodis. Ce taux n'est donc pas particulièrement élevé. Le pragmatisme de l'institution se manifeste également par un recours important et accru aux décisions simplifiées. Rendues dans un délai moyen de 17 jours ouvrés, elles représentent, selon les périodes, 45 à 50 % des décisions. L'Autorité est également ouverte à des propositions d'engagements adaptées à la spécificité de chaque secteur. Certes, pour répondre à des effets unilatéraux, les remèdes structurels sont privilégiés, en raison de leur efficacité, mais la nature particulière de l'activité, comme ce fut le cas pour la presse, peut conduire à accepter des remèdes comportementaux (Est Républicain/Crédit Mutuel), lorsque ceux-ci sont efficaces et en nombre raisonnable. Les remèdes comportementaux sont souvent adaptés également pour traiter les effets verticaux (Cora/Hayot) ou congloméraux, ou en complément de remèdes structurels (GDF/Ne varietur, Elle&Vire/Agrial, Quartier français spiritueux/COFEPP).

Ce pragmatisme a une contrepartie : l'Autorité fait preuve d'une grande vigilance à l'égard de l'exécution des engagements négociés lors de l'autorisation. L'Autorité a attesté de sa fermeté dans sa décision de septembre dans le secteur de la télévision payante concernant la fusion Canal Plus/TPS. Elle a retiré la décision d'autorisation de l'opération et invité les parties à notifier à nouveau l'opération devant elle dans le délai d'un mois. Par ailleurs, compte tenu des négligences, du manque de diligence et du mauvais vouloir répétés de Canal Plus, ainsi que de l'importance de l'atteinte portée à la concurrence, l'Autorité a prononcé une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros.

L'Autorité a précisé, à l'occasion de cette affaire, sa méthode de contrôle du respect des engagements dans l'intérêt de toutes les autres entreprises concernées. Responsable, depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie, du suivi de tous les engagements, négociés avant ou après le transfert de compétence au régulateur indépendant, l'Autorité veille ainsi à l'exécution de l'ensemble des engagements qui sont encore en vigueur, soit 35 si l'on arrête le décompte au 31 décembre 2011. Une deuxième procédure contentieuse pour non-exécution d'engagements a été ouverte en 2011.

### ***Une activité structurante en matière de pratiques anticoncurrentielles***

Au titre des pratiques anticoncurrentielles, deux affaires méritent d'être plus particulièrement évoquées.

La première porte sur le secteur des paiements par cartes bancaires, dans lequel le consommateur ne peut pas faire jouer à la concurrence son rôle d'aiguillon compte tenu des mécanismes de facturation des frais bancaires – qui se répartissent sur l'ensemble des produits de grande consommation indépendamment de l'utilisation de la carte bancaire – ainsi que des mécanismes de coopération et de compensation interbancaire, qui ne sont pas mis à jour en fonction des évolutions du marché. Les commissions sur les cartes de paiement n'avaient pas évolué depuis 20 ans malgré la baisse des coûts, la généralisation de la carte de paiement

et les évolutions technologiques de prévention de la fraude. L'Autorité a, dans ce cadre, ouvert une procédure à l'encontre du GIE cartes bancaires et de plus de 130 banques françaises adhérentes, et obtenu, le 7 juillet 2011, une réduction très substantielle du montant des commissions interbancaires sur les cartes de paiement, allant de 21 à 36 % selon les catégories de commission concernées.

La seconde décision porte sur un cartel, sanctionné par l'Autorité à hauteur de 367,9 millions d'euros, entre les quatre plus grands lessiviers mondiaux, qui se sont régulièrement coordonnés pour fixer leur politique de prix et de promotion à l'égard de la grande distribution. Cette affaire illustre de façon concrète les bénéfices du programme de clémence en tant qu'outil de détection et de déstabilisation des ententes, qui est appliqué pour la première fois à un produit de grande consommation. En effet, tous les participants ont formé une demande auprès de l'Autorité et obtenu une réduction plus ou moins substantielle en contrepartie de leur coopération dans l'apport de preuves, allant de 100 % à 15 %. A l'occasion de cette décision, l'Autorité a en outre appliqué pour la première fois le communiqué sur les sanctions qu'elle avait publié quelques mois plus tôt.

### *Vingt-cinq ans après, les Français et la concurrence*

Le bilan que l'Autorité de la concurrence adresse chaque année au Gouvernement et au Parlement en application des dispositions de l'article L. 461-5 du Code de commerce ne la dispense pas de prendre, à l'occasion, un peu de recul pour mieux apprécier les bénéfices de son action au service du bien-être du consommateur, objectif final du droit de la concurrence.

Ce bien-être peut être mesuré au cas par cas, lorsque tel ou tel dossier permet de collecter des données quantitatives. L'affaire du GIE cartes bancaires, évoquée plus haut, montre que les consommateurs au sens large, c'est-à-dire clients et consommateurs finaux, pourraient bénéficier, grâce aux engagements, d'une économie de 1,35 milliard d'euros par an. Dans une autre décision de sanction de 2011, concernant la restauration des monuments historiques, le dossier a révélé que les collectivités, et donc les contribuables, avaient pu enregistrer une baisse des prix de l'ordre de 24 % sur les travaux, du fait du démantèlement du cartel.

Mais, au moment où la régulation indépendante de la concurrence en France atteint son vingt-cinquième anniversaire, il peut être utile, dans une approche plus générale, de se référer à d'autres types d'étalons, en particulier lorsqu'il s'agit de mesurer le chemin parcouru de 1986 à 2012. L'Autorité a donc demandé à la TNS-Sofres de réaliser un sondage dont on peut tirer quelques enseignements, et qui complète l'étude Eurobaromètre de 2010, qui plaçait les Français au 17<sup>e</sup> rang sur 27 en ce qui concerne leur évaluation générale des bienfaits de la concurrence...

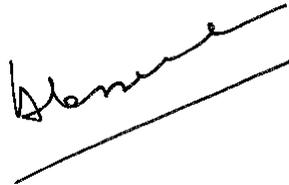
Ce sondage plus récent fait apparaître une demande de régulation concurrentielle de la part des Français encore plus forte en cette période de crise économique et financière. Le terme de « concurrence » est ainsi chargé d'une connotation positive pour 81 à 86 % des personnes interrogées en tant que consommateurs contre 69 % en 2010. Les consommateurs ont conscience des bénéfices de la concurrence

pour la compétitivité des entreprises (87 %) et l'innovation (72 %), le choix des biens et services (82 %), ainsi que de son effet sur la baisse des prix (76 %) et sur la qualité (71 %). Globalement, 58 à 64 % des Français ont une opinion positive sur l'action de l'Autorité et 90 % souscrivent au principe d'amendes fortes en cas d'infraction.

Ce soutien est un peu plus marqué en matière de lutte contre les abus de position de dominante que de lutte contre les cartels et les ententes, avec un écart de douze points – sans doute une trace de la passion des Français pour l'égalité et d'un attachement aux PME qui sont les plus souvent victimes des pratiques unilatérales. Néanmoins, les Français ne sont pas insensibles à la lutte contre les cartels en pratique car 74 % d'entre eux ont déjà entendu parler d'une décision de l'Autorité en la matière.

Les bénéfices de la concurrence sont plus particulièrement perçus dans le secteur des télécommunications et de l'internet. Une demande forte d'action de l'Autorité se dessine dans les secteurs des transports, de la distribution alimentaire, des services financiers et de l'énergie.

Ces résultats montrent que, plus que jamais, la crise économique légitime le besoin d'un arbitre fort et impartial, n'hésitant pas à recourir à la sanction, quand il le faut, mais attaché par-dessus tout à faire preuve de pédagogie et d'initiative, pour expliquer et diffuser les bénéfices de la concurrence.

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

Bruno Lasserre

# Rapport d'activité





# Rapport d'activité

<b>Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle</b>	9
<b>Modifications législatives ou réglementaires</b>	9
Accès aux documents en matière de concurrence	9
<b>Autres textes</b>	10
Document-cadre relatif aux programmes de conformité aux règles de concurrence	10
Communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs	12
<b>Activité en 2011</b>	13
<b>L'origine de l'activité</b>	13
Les saisines externes	13
Les demandes d'avis	14
Les autosaisines	16
Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne	16
<b>Les investigations</b>	17
Enquêtes	17
Le contentieux des opérations de visite et saisie (OVS)	20
<b>Les décisions et avis</b>	21
Les secteurs économiques concernés	21
Les décisions en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles	23
Les décisions en matière de contrôle des concentrations	27
Les avis	28
<b>Stock</b>	28
L'activité contentieuse et consultative	28
Les opérations de concentration	30
<b>Bilan des recours contre les décisions de l'Autorité</b>	30
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles	30
Contrôle des concentrations	31

<b>Organisation et fonctionnement</b>	32
<b>Évolution de l'organisation</b>	32
Les services d'instruction	32
Le service juridique	32
Le service du président	32
Le conseiller auditeur	32
<b>Effectifs</b>	32
<b>Budget</b>	33
<b>Recouvrement des sanctions</b>	33
<b>L'Autorité française de la concurrence dans le Réseau européen de la concurrence</b>	34
<b>Activité générale</b>	34
Les réunions au sein du REC	34
<b>Activité relative à l'instruction des cas</b>	45
La phase d'allocation des cas (article 11 § 3)	45
La consultation obligatoire de la Commission (article 11 § 4)	46
Le dessaisissement (article 11 § 6)	47
<b>Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne</b>	47
Les auditions (article 27)	47
Le comité consultatif en matière de pratiques anticoncurrentielles (article 14)	47
Le comité consultatif en matière de concentrations	48

# Rapport d'activité

## Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle

### Modifications législatives ou réglementaires

#### *Accès aux documents en matière de concurrence*

L'article 50 de la loi n° 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011, entrée en vigueur le 19 mai suivant, a modifié le régime applicable à la protection des documents figurant dans les dossiers traités par l'Autorité de la concurrence au titre du contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles.

Le I de l'article 6 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, tel que modifié par cette disposition, précise désormais que « *les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision* » ne sont pas communicables aux administrés.

Cette précision vise à garantir le plein effet utile des dispositions relatives à l'accès au dossier en matière de concurrence, que le Code de commerce réserve aux parties à la procédure ainsi, dans certaines conditions et sous certaines limites, qu'à certains tiers à la procédure comme le commissaire du Gouvernement. Elle prémunit ainsi les parties contre la divulgation des informations sensibles échangées dans le cadre des procédures relatives aux affaires de concentrations ou de pratiques anticoncurrentielles.

Au-delà des pièces ou informations relevant de secrets protégés par la loi, comme le secret en matière commerciale et industrielle, le I de l'article 6 de la loi de 1978 modifiée garantit, en particulier, aux entreprises qui révèlent l'existence de cartels à l'Autorité, en vue de bénéficier de l'exonération totale ou partielle de sanction prévue par la procédure de clémence (voir le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce et le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 sur le programme de clémence français), que les documents qu'elles lui communiquent à cet effet ne seront pas communiqués aux tiers à la procédure

qui en feraient la demande. La protection qui leur est assurée par la loi contre ce risque de divulgation est nécessaire pour préserver leurs incitations à faire usage de la procédure de clémence, procédure qui joue un rôle central dans la lutte contre les cartels, pratiques anticoncurrentielles les plus graves et souvent les plus dommageables pour l'économie et pour les consommateurs.

## **Autres textes**

Comme elle l'avait annoncé lors de la publication de son communiqué du 16 mai 2011 relatif à sa méthode de détermination des sanctions pécuniaires, l'Autorité a publié, le 10 février 2012, un communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs ainsi qu'un document-cadre concernant les programmes de conformité aux règles de concurrence.

### ***Document-cadre relatif aux programmes de conformité aux règles de concurrence***

Les programmes de conformité sont des outils permettant aux acteurs économiques de mettre toutes les chances de leur côté pour éviter d'enfreindre les normes juridiques qui s'appliquent à eux, notamment en matière de concurrence (mais aussi dans d'autres domaines : droit boursier ou environnemental notamment). Ces programmes reposent non seulement sur des mesures destinées à créer une culture orientée vers le respect des règles (formation, sensibilisation des dirigeants et de l'ensemble du personnel), mais aussi sur des mécanismes internes d'alerte, de conseil, d'audit et de responsabilisation indispensables pour créer les bons réflexes au sein des entreprises (prévention, détection et traitement des cas d'infractions possibles). S'ils jouent donc, en amont, un rôle préventif et pédagogique, ils peuvent aussi permettre aux états-majors de détecter des pratiques anticoncurrentielles et de gérer les risques susceptibles d'en découler.

L'engagement de l'Autorité en faveur de la conformité, et plus particulièrement du développement des programmes de conformité au sein des entreprises françaises, n'est pas nouveau : dès 2007, le Conseil de la concurrence avait fait réaliser une étude indépendante sur le sujet, afin de disposer d'un état des lieux des programmes de conformité en France. Les conclusions de cette étude, à laquelle avaient été associés des représentants de tous les acteurs intéressés (associations d'entreprises, juristes d'entreprise, avocats, professeurs de droit et d'économie, etc.) avaient été présentées le 15 septembre 2008 à plus de 200 acteurs du monde économique et juridique, lors d'un colloque organisé par le Conseil de la concurrence en présence de Christine Lagarde, alors ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi.

Le document-cadre publié le 10 février confirme le soutien que l'Autorité apporte au développement de ces programmes.

Il présente également un certain nombre de conseils et de bonnes pratiques destinés à encourager et à aider les entreprises qui le souhaiteraient à se doter d'un programme de conformité et, ce faisant, à mieux connaître les règles de concurrence et à prévenir la commission d'infractions à ces règles. S'il n'existe pas de programmes de conformité type, l'Autorité recommande qu'ils intègrent cinq aspects essentiels afin d'être aussi efficaces que possible :

- un engagement ferme des dirigeants en faveur du strict respect des règles de concurrence ;
- la désignation d'un référent au sein de l'entreprise, chargé de la bonne mise en œuvre du programme et plus globalement de la politique de conformité de cette dernière ;
- la mise en place d'actions de sensibilisation, d'information et de formation du personnel ;
- l'instauration de mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte ;
- la mise en place d'un dispositif de suivi en cas de découverte d'infractions.

Pour autant, la façon concrète dont ces éléments peuvent être mis en place peut varier grandement d'une entreprise à l'autre. Il serait en effet contre-productif de chercher à « standardiser » les programmes de conformité : pour bien fonctionner, ceux-ci doivent au contraire être conçus en fonction des spécificités propres à chaque entreprise, en particulier de sa taille (grande entreprise ou petite et moyenne entreprise [PME]), de son mode de gouvernance (qui peut être plus ou moins décentralisé, par exemple) et des secteurs d'activité sur lesquels elle opère, ainsi bien sûr que des moyens que l'entreprise peut consacrer à la mise en place de son programme. En particulier, l'Autorité souligne que les cinq éléments énumérés ci-dessus peuvent être substantiellement adaptés dans les PME.

Les programmes de conformité sont des outils de prévention et de réduction des risques qui se justifient en tant que tels. De nombreuses entreprises en disposent d'ores et déjà. Celles qui ne l'auraient pas déjà fait et voudraient mettre en place un tel programme, ou l'améliorer en se fondant sur les bonnes pratiques proposées par l'Autorité, dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs (voir ci-dessous), pourront toutefois se voir accorder une réduction de la sanction encourue pouvant aller jusqu'à 10 %. Cette réfaction s'ajoutera à celle liée à la renonciation à contester les griefs (10 % également).

Comme le fait traditionnellement l'Autorité, la publication du document-cadre a été précédée d'une large consultation publique, organisée du 14 octobre au 14 décembre 2011, et d'un débat réunissant l'ensemble des parties prenantes le 20 décembre 2011. Le texte définitif du document-cadre tient compte des remarques formulées par les intéressés, qui ont permis de l'enrichir sur des points substantiels.

En particulier, le document-cadre précise que les entreprises dotées de programmes de conformité qui découvrirait et mettraient fin d'elles-mêmes à une pratique anticoncurrentielle autre qu'un cartel, avant toute ouverture d'une enquête ou d'une procédure par une autorité de concurrence, pourront bénéficier d'une circonstance atténuante si l'Autorité est amenée à ouvrir un cas concernant cette infraction. Lorsque la pratique en cause constitue un cartel, l'Autorité estime en

revanche que la meilleure attitude à tenir consiste, pour l'entreprise concernée, à lui en révéler l'existence en présentant une demande de clémence, qui lui permettra d'escompter l'octroi d'une exemption totale ou partielle de sanction à l'issue de la procédure.

### *Communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs*

La procédure de non-contestation des griefs a été créée par le législateur en 2001 (III de l'article L. 464-2 du Code de commerce). Elle permet aux entreprises poursuivies pour entente ou pour abus de position dominante de décider de ne pas contester les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité, en contrepartie d'une réduction de sanction si la mise en œuvre de cette procédure est jugée opportune par le rapporteur général de l'Autorité.

Les entreprises peuvent aussi s'engager, dans ce cadre, à modifier leur comportement pour l'avenir. Dans l'esprit d'une « transaction », cette procédure accélère le traitement des dossiers d'entente et d'abus de position dominante, dans l'intérêt mutuel de l'Autorité (qui peut consacrer ses ressources à d'autres dossiers) et des entreprises (qui réduisent leur exposition financière en cas d'infraction).

Le communiqué de procédure publié par l'Autorité à ce sujet le même jour que le document-cadre sur les programmes de conformité est destiné à accroître la transparence, au bénéfice des entreprises, quant aux modalités pratiques suivant lesquelles cette procédure peut être mise en œuvre par l'Autorité et aux bénéfices que celles-ci peuvent en attendre.

Il se fonde sur la pratique décisionnelle très importante développée par l'Autorité en la matière à partir de 2001. Depuis cette date, près d'une trentaine d'affaires de non-contestation des griefs ont donné lieu à des décisions précisant, sur de nombreux points, le déroulement et la portée de cette procédure.

Le communiqué de procédure rappelle aussi les modalités selon lesquelles sont déterminées les réductions de sanction pouvant être accordées aux entreprises en cas de mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs. En elle-même, la non-contestation des griefs peut déboucher sur une réduction de sanction reflétant les gains d'efficacité procéduraux attachés à la procédure, notamment la dispense de rédaction d'un rapport. À cette réduction de 10 % du montant de la sanction encourue peut s'ajouter une réduction plus substantielle quand l'entreprise intéressée s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir.

Ces engagements, qui peuvent prendre la forme d'engagements structurels (séparation comptable, filialisation...), comportementaux (modifications de clauses contractuelles, de conditions générales de vente ou de grilles tarifaires...), ou de conformité, peuvent conduire l'Autorité à accorder à l'entreprise une réduction de sanction supplémentaire de 5 à 15 %.

Le texte final du communiqué de procédure intègre en particulier un apport majeur par rapport au projet initialement soumis à consultation publique. À la suite de la décision rendue par l'Autorité à propos du cartel des lessives (décision 11-D-17

du 8 décembre 2011), le communiqué ouvre la possibilité aux entreprises, si le rapporteur général l'estime opportun, de cumuler les bénéfices attachés à la procédure de clémence et ceux liés à la non-contestation des griefs, lorsque cela permet de dégager des gains procéduraux du point de vue de l'Autorité. Tel est en particulier le cas lorsque le champ des griefs notifiés à l'entreprise en cause diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente qu'elle a portée à la connaissance de l'Autorité dans sa demande de clémence.

## Activité en 2011

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

### L'origine de l'activité

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

#### *Les saisines externes*

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

#### Les saisines au fond

En 2011, le nombre de saisines externes baisse nettement par rapport aux années précédentes. Les plaintes déposées par les entreprises et les organisations professionnelles, qui constituent l'essentiel des saisines externes, ainsi que les saisines du ministre chargé de l'Économie sont en baisse significative.

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

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Entreprises	31	23	29	32	36	39	32	25
Organisations professionnelles	1	6	0	2	1	2	7	1
Associations de consommateurs	0	1	0	3	0	0	0	1
Ministre chargé de l'Économie	10	15	17	13	6	4	2	0
Collectivités territoriales	0	1	3	1	0	0	1	0
Autres	0	1	2	3	1	1	0	2
Respect d'injonction	5	0	0	2	1	1	4	1
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>47</b>	<b>51</b>	<b>56</b>	<b>45</b>	<b>47</b>	<b>46</b>	<b>30</b>

## Les demandes de mesures conservatoires

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

**Tableau 2 : Demandes de mesures conservatoires**

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
17	14	15	13	21	15	16	7

## *Les demandes d'avis*

Les demandes d'avis de l'Autorité se maintiennent à un niveau élevé en 2011 (38 au total contre 32 en 2010). L'expertise de l'Autorité, renforcée par la loi LME, continue régulièrement d'être sollicitée, notamment par les pouvoirs publics.

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

- 1 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) ;
- 5 à la demande des régulateurs sectoriels : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) ;
- 1 sur le fondement de l'article L. 410-2 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée sur les textes réglementant les prix ;
- 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 (saisine du Sénat relative au déploiement de la fibre optique) ;
- 12 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 ;
- 6 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 ;
- 2 sur le fondement de l'article L. 462-3 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité de consultation de l'Autorité par des juridictions ;
- 4 sur la base de l'article L. 464-2, IV du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité peut adopter un avis de clémence dans lequel elle précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
- 5 sur le fondement de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche (accord interprofessionnel) ;
- 1 sur le fondement de l'article L. 461-4 du Code de commerce qui dispose que l'Autorité rend un avis au ministre chargé de l'Économie sur la nomination du conseiller auditeur.

Tableau 3 : Évolution des demandes d'avis par catégorie

Nature des demandes d'avis	2007	2008	2009	2010	2011
sur des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 410-2; L. 462-2)	4	8	39	3	7
sur des questions générales de concurrence (L. 462-1)	5	13	13	15	12
sur saisine de commissions parlementaires (L. 461-5)	-	-	1	1	1
sur saisine de régulateurs sectoriels	2	2	5	4	5
sur saisine de juridictions (L. 462-3)	2	-	-	-	2
demandes de clémence (L. 464-2, IV)	1	18	5	7	4
saisines diverses (décret 83-86, art. 1 <sup>er</sup> ; art. L. 632-4 Code rural, L. 461-4)	6	4	2	2	7
<b>Total</b>	<b>20</b>	<b>45</b>	<b>65</b>	<b>32</b>	<b>38</b>

Les demandes d'avis sur des questions générales de concurrence ont représenté les principales saisines en matière consultative en 2011. Elles sont suivies par les saisines sur des projets de textes, celles des autorités sectorielles (ARCEP, ARAF...) et des commissions parlementaires en charge des affaires économiques. L'Autorité a ainsi rendu un troisième avis dans ce cadre en 2011, à la suite des demandes du Sénat, en 2009, dans le secteur laitier, et de l'Assemblée nationale, en 2010, sur le projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

L'activité consultative de l'Autorité a été particulièrement soutenue dans certains secteurs. L'Autorité a eu à se prononcer sur plusieurs questions liées au secteur agricole à la suite des préconisations qui ont inspiré la loi de modernisation agricole en 2010, en particulier la contractualisation : volatilité des prix des matières premières agricoles (11-A-11), accords de modération des marges dans le secteur des fruits et légumes (11-A-04), projets d'accords interprofessionnels dans le secteur de la dinde (11-A-12) et des vins de Bergerac (11-A-14).

L'expertise de l'Autorité a aussi été sollicitée sur des questions structurantes dans le secteur des télécommunications. L'accès d'un quatrième opérateur au secteur de la téléphonie mobile dépend ainsi de la régulation des terminaisons d'appel (11-A-19). Le Sénat a en outre saisi l'Autorité sur l'intervention des collectivités locales et son articulation avec les investissements privés dans le déploiement de la fibre optique (l'avis a été rendu en début d'année 2012) et le Gouvernement a soumis à l'Autorité son projet de tarif social d'accès à Internet (11-A-10), qui faisait l'objet d'une disposition législative dans le cadre du projet de loi « consommateurs ». L'Autorité s'est également prononcée favorablement sur le projet de l'ARCEP visant à réguler le marché des câbles sous-marins desservant l'outre-mer (11-A-08). Enfin, les échanges d'informations réalisés sous l'égide de l'Agence nationale des fréquences ont fait l'objet d'une nouvelle demande d'avis du ministre de l'Économie (11-A-20).

L'Autorité est par ailleurs intervenue à deux reprises dans le secteur ferroviaire à la suite de saisines du Gouvernement et de l'ARAF, respectivement sur un projet de décret relatif aux gares et un projet de séparation des comptes de l'activité gares de voyageurs au sein de la SNCF.

Enfin, l'Autorité a rendu un avis de sa propre initiative sur le nouveau cadre juridique applicable aux jeux en ligne à la suite de l'adoption de la loi du 12 mai 2010. Elle a notamment à cette occasion appelé l'attention du législateur, qui sera conduit à réviser la loi à l'issue d'une évaluation prévue courant 2012, sur la nécessité d'assurer les conditions d'une juste concurrence entre les opérateurs disposant de droits exclusifs et spéciaux et les nouveaux entrants.

### *Les autosaisines*

En 2011, l'Autorité de la concurrence a mis en œuvre les opportunités nouvelles offertes par la loi de modernisation de l'économie pour exercer pleinement son rôle d'initiative.

En matière contentieuse, elle s'est saisie d'office à 12 reprises, soit à un niveau comparable de celui de 2010 (13 autosaisines).

En matière d'avis, l'Autorité s'est saisie de sa propre initiative en 2011 sur des sujets intéressant directement les consommateurs : réparation et entretien automobile, d'une part, et vente en ligne d'autre part. Les conclusions de ces deux enquêtes sectorielles sont attendues à l'été 2012. Ces saisines d'initiative permettent à l'Autorité de passer au crible le fonctionnement concurrentiel d'un secteur et d'identifier les éventuels obstacles à la concurrence existants. Dans un objectif de pédagogie et de prévention, l'Autorité peut émettre des signaux et des recommandations utiles à l'adresse des acteurs économiques et/ou des pouvoirs publics visant à améliorer le fonctionnement concurrentiel du secteur examiné.

**Tableau 4 : Ventilation des autosaisines**

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

### *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 2011**

Notifications 2011 ayant abouti à une décision en 2011*	190
Notifications retirées au 31 décembre 2011	20
Notifications en cours d'examen au 31 décembre 2011	21
<b>Total</b>	<b>231</b>

\* dont un renvoi de la Commission européenne.

L'Autorité de la concurrence a reçu, entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2011, 231 notifications d'opérations de concentration. En comparaison, l'Autorité avait reçu 213 notifications entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2010. Le nombre de notifications reçues est donc en augmentation sensible par rapport à l'année précédente.

La Commission européenne a renvoyé en 2011 à l'Autorité de la concurrence l'examen de deux opérations en application de l'article 4, § 4 du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations. Cette disposition permet aux entreprises de demander, au stade de la pré-notification, le renvoi à une autorité nationale de concurrence d'une opération de concentration qui atteint les seuils de notification communautaires. Les opérations concernées sont directement notifiées par les entreprises à l'autorité nationale.

Par une décision du 24 janvier 2011, la Commission européenne a ainsi demandé à l'Autorité de prendre en charge l'examen de l'acquisition du groupe Saturn par le groupe HTM. La prise de contrôle exclusif du groupe Brossette par le groupe Point P a également été renvoyée à l'Autorité par une décision du 10 novembre. Cette opération n'a cependant été notifiée à l'Autorité qu'en janvier 2012 et n'est donc pas incluse dans les 231 notifications reçues en 2011.

## Les investigations

### *Enquêtes*

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

#### *Les projets d'enquête*

En application du cadre juridique issu de la l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, le rapporteur général peut désormais lancer de sa propre initiative toute enquête qui lui semblerait utile, sans que le collège ne prenne de décision d'autosaisine contentieuse (9 enquêtes ouvertes à ce titre en 2011). En outre, les dispositions du Code de commerce (article L. 450-5) prévoient que le ministre de l'Économie doit présenter au rapporteur général les enquêtes qu'il envisage de mener sur des faits relevant des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut dans le délai d'un mois, soit prendre la direction de l'enquête, soit laisser les services du ministre procéder aux investigations. À défaut de réponse dans le délai de 35 jours, la DGCCRF peut procéder elle-même aux investigations (article D. 450-3, I du Code de commerce).

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

Le tableau ci-après reprend les suites qui ont été données par la rapporteure générale aux projets d'enquête que lui a adressés la DGCCRF au cours de l'année 2011 et des deux années précédentes.

**Tableau 6 : Projets d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2011)**

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

On constate une légère diminution du nombre de projets d'enquête retenus par l'Autorité pour investigation : cette situation peut s'expliquer par le caractère souvent local des pratiques, leur effet *a priori* limité sur le marché, ou la nécessité d'un enrichissement impliquant des investigations nombreuses en divers points du territoire que seul le maillage territorial par les services du ministère de l'Économie permet de réaliser.

### *Les rapports d'enquête*

L'article D. 450-3, II du Code de commerce prévoit également que le rapporteur général doit être informé du résultat des enquêtes menées par les services du ministre. Le rapporteur général dispose alors d'un délai de deux mois pour informer le ministre de sa décision de proposer une saisine d'office au collège; dans le cas inverse ou à défaut de réponse dans le délai de 65 jours, le ministre pourra donner à l'affaire les suites prévues aux articles L. 462-5 et L. 464-9 (injonction, transaction dans la limite de 75 000 euros ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible) ou classer le dossier.

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

Dans l'hypothèse où le rapporteur général ne proposerait pas au collège de se saisir d'office des résultats d'une enquête, le ministre conserve la possibilité de saisir lui-même le collège de faits qu'il estime contraires aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. C'est notamment le cas quand le montant des chiffres 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 2011 et des deux années précédentes.

**Tableau 7 : Suites données aux résultats d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2011)**

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

Le nombre de rapports transmis reste assez stable, tout comme celui des saisines d'office. Les rapports d'enquête continuent de représenter environ un tiers des dossiers pour lesquels les services du ministre estiment que des pratiques anti-concurrentielles pourraient être qualifiées.

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

#### *Les enquêtes selon la procédure nationale*

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

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

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

Au cours de l'année 2011, 3 affaires ont nécessité le recours à ce dispositif (5 en 2010); 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 mobilisé 92 rapporteurs et 11 enquêteurs DGCCRF (un même rapporteur ou enquêteur pouvant participer à plusieurs OVS).

L'Autorité a également poursuivi sa participation aux travaux du réseau européen Forensic IT.

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

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

À ce titre, afin de permettre de surmonter une opposition éventuelle de la part des entreprises, le règlement prévoit en son point 7 : « *si en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif* ». Dans le cas de l'Autorité de la concurrence française prêtant assistance à une inspection de la Commission européenne, les rapporteurs de l'Autorité sont en mesure de déclencher à tout moment de l'inspection une procédure nationale au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce pour répondre à une opposition de l'entreprise.

L'assistance de l'Autorité de la concurrence a été requise à 6 reprises dans le cadre d'inspections menées par la Commission.

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

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

En 2011, parmi les décisions rendues par la Cour de cassation (chambre criminelle), on notera plus particulièrement, s'agissant de l'appel contre l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention :

- la confirmation de ce que les motifs et le dispositif de l'ordonnance sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée (Cass. crim., 16 juin 2011, 10-80.016);
- que les ordonnances rendues sur commission rogatoire du juge de l'autorisation (dites « secondaires ») ne peuvent pas faire l'objet d'appel puisqu'elles ne sont que des actes d'exécution de l'ordonnance « principale » (Cass. crim., 23 février 2011, 09-87.848).

S'agissant des recours sur le déroulement des opérations, la Cour a prononcé :

- la recevabilité du pourvoi formé par la rapporteure générale qui a sollicité et obtenu du juge l'autorisation de procéder à des opérations de visite et saisie dont le déroulement a fait l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel et qui, en tant que partie à l'instance, est donc recevable à se pourvoir contre la décision rendue par ce dernier qui lui fait grief (Cass. crim., 16 juin 2011, 11 – 80345);
- le rejet, à plusieurs reprises, de pourvois formés contre des ordonnances de délégués de premier président de cours d'appel ayant validé des opérations de visites et saisies et notamment des saisies informatiques comprenant des fichiers de messagerie, considérées par les requérants comme générales et indifférenciées (Cass. Crim. 14 décembre 2011, 10-85288, 10-85292, 10-85293, 10-85294 et

- 10-85295; Cass. crim. 30 novembre 2011, 10-81748; Cass. crim., 30 novembre 2011, 10-81749; Cass. crim., 21 septembre 2011, 10-85311);
- la cassation et l'annulation en toutes ses dispositions d'une ordonnance avant dire-droit d'un délégué du premier président de cour d'appel ayant désigné un expert pour apprécier si les méthodes de saisie informatique utilisées par les rapporteurs de l'Autorité étaient les seules qui garantissent la sécurité et l'efficacité des opérations. Dans cette affaire, après que le président de la chambre criminelle a prescrit l'examen immédiat du pourvoi de l'Autorité dans l'intérêt de l'ordre public et d'une bonne administration de la justice au regard des articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, la Cour a dit qu'il appartenait au délégué du premier président de vérifier concrètement, en se référant au procès-verbal et à l'inventaire des opérations, la régularité de ces dernières et d'ordonner, le cas échéant, la restitution des documents qu'il estimait avoir été appréhendés irrégulièrement ou en violation des droits de la défense. Elle a ainsi considéré que le juge, qui ne pouvait ordonner une mesure d'instruction sans rapport concret avec le litige comme tendant à apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder autrement qu'ils ne l'avaient fait, avait méconnu le principe ci-dessus énoncé (Cass. crim., 16 juin 2011, 11-80345);
  - la confirmation de ce que l'administration n'est pas tenue de communiquer les critères de sélection des données saisies (Cass. crim., 14 décembre 2011, 10-85294, 10-85295 et 10-85288; Cass. crim., 30 novembre 2011, 10-81748);
  - l'inapplicabilité des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, aux saisies autorisées par les JLD dans le cadre des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce (Cass. crim., 30 novembre 2011, 10-81748);
  - l'absence de disposition légale imposant, à peine de nullité des opérations de visite et saisie, que les éventuelles réserves émises par l'occupant des lieux soient annexées au procès-verbal des opérations (Cass. crim., 14 décembre 2011, 10-85294).

La Haute Cour s'est également prononcée en 2011 sur des « questions prioritaires de constitutionnalité » soulevées directement devant elle dans le cadre d'un pourvoi ou transmises par le premier président de la cour d'appel saisie d'appels ou recours sur des opérations de visite et saisie.

## 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 2011, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative (hors contrôle des concentrations).

En 2011, l'Autorité de la concurrence a continué de fortement investir les secteurs des communications électroniques (7 décisions et avis parmi lesquels l'avis 11-A-19 sur les terminaisons d'appels mobiles de Free et des MVNO, l'avis

11-A-10 sur le tarif social d'accès à Internet, l'avis 11-A-05 sur l'Internet haut et très haut débit et l'avis 11-A-08 sur le marché de l'Internet aux Antilles) et de la distribution et des produits de grande consommation (6 décisions et avis dont la décision 11-D-17 sanctionnant les lessiviers pour entente, la décision 11-D-19 sanctionnant le distributeur français des produits pour enfants Diddl ou la décision 11-D-20 sur des engagements pris par Carrefour concernant un magasin franchisé). Les secteurs des transports et de l'agriculture ont été également une source importante d'activité.

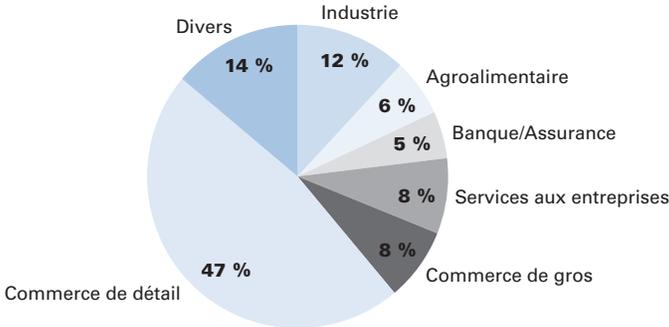
**Tableau 8 : Ventilation des décisions et avis par secteurs économiques (hors contrôle des concentrations)**

Secteurs économiques	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
<b>Télécoms</b>	7	11-D-05 Télécommunications à Mayotte 11-A-05 Internet haut et très haut débit 11-A-07 Téléphonie fixe 11-A-08 Câbles sous-marins 11-A-10 Tarif social Internet 11-A-19 Terminaisons appels mobiles 11-A-20 ANFR
<b>Distribution et produits de grande consommation</b>	6	11-D-03 Commerce de gros de fruits et légumes et produits de la mer 11-D-04 Marcadet/Carrefour 11-D-08 Cartes cadeaux 11-D-17 Lessives 11-D-19 Gadgets et articles fantaisie 11-D-20 Marcadet/Carrefour
<b>Transports</b>	5	11-D-01 Manutention portuaire à La Réunion 11-D-15 Parkings aéroport de Lille 11-A-15 Projet de décret « gares » 11-A-16 Séparation comptable gares SNCF 11-A-01 Contrôle technique cyclomoteurs
<b>Agriculture</b>	5	11-A-03 Accord interprofessionnel (ovins) 11-A-04 Marges dans le secteur des fruits et légumes 11-A-11 Volatilité des prix des matières premières agricoles 11-A-12 Accord interprofessionnel (dinde) 11-A-14 Accord interprofessionnel (vin)
<b>BTP/Construction</b>	4	11-D-02 Monuments historiques* 11-D-07 Peintures métalliques* 11-D-13 Travaux électrification* 11-A-18 Sociétés publiques locales
<b>Électricité</b>	3	11-D-09 Production d'électricité 11-A-06 Accès à l'électricité nucléaire historique 11-A-21 Classement d'un réseau de distribution d'énergie thermique
<b>Services</b>	3	11-MC-01 Livraison de colis 11-D-11 Cartes bancaires 11-A-17 Traitement des déchets
<b>Pompes funèbres</b>	3	11-D-06 Pompes funèbres à Tours 11-D-10 Pompes funèbres à Marseille 11-D-14 Pompes funèbres dans le département de la Manche
<b>Santé</b>	2	11-D-18 Accès au scanner/IRM hôpital Arcachon 11-D-16 Téléassistance aux personnes âgées
<b>Médias</b>	2	11-D-12 Non respect des engagements de Canal Plus (rachat TPS) 11-A-13 Nomination du médiateur du cinéma

\* 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 contrôle des concentrations par secteur d'activité en 2011 (en pourcentage)**



47 % des décisions rendues concernent le commerce de détail, 12 % l'industrie, 6 % l'agroalimentaire, 5 % la banque et l'assurance, le solde étant réparti entre les autres secteurs.

Comme pour les années précédentes, 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 89 décisions) concerne le commerce de détail à dominante alimentaire et la distribution automobile.

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

#### La nature des décisions contentieuses

**Tableau 10 : Décisions contentieuses**

Décisions	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Affaires instruites*	40	50	34	40	39	23
Mesures conservatoires	3	6	1	2	1	1
Désistement/classement	34	26	25	21	34	16
<b>Total 1</b>	<b>77</b>	<b>82</b>	<b>66</b>	<b>63</b>	<b>74</b>	<b>40</b>
Sursis à statuer	4	2	1	4	1	2
<b>Total 2</b>	<b>81</b>	<b>84</b>	<b>67</b>	<b>67</b>	<b>75</b>	<b>42</b>

\* Affaires instruites = 8 décisions de sanctions + 3 décisions de non-lieu + 4 irrecevabilités/rejets + 5 décisions d'engagements + 3 clôtures de saisine d'office.

En 2011, l'Autorité a rendu 20 décisions au fond. Ce chiffre s'explique pour l'essentiel par deux principales catégories de facteurs externes à l'Autorité : d'une part, une nette baisse des saisines externes, de l'ordre de 35 %, ce qui explique que les délais de traitement des affaires et le stock restent stables, et, d'autre part, la vacance du poste de conseiller auditeur entre avril et août 2011, à la suite du

décès de Dominique Voillemot, qui a conduit à différer des actes de procédure dans certains dossiers pour lesquels le conseiller auditeur était saisi.

Par ailleurs, si le communiqué sur les sanctions renforce la transparence et le contradictoire au bénéfice des entreprises, il entraîne nécessairement, de ce fait, un allongement de la durée des procédures. Le délibéré de certaines affaires ayant fait l'objet d'une séance en fin d'année a donc dû être programmé à un stade postérieur à celui qui était d'usage par le passé.

## Les sanctions

### *Les décisions de sanctions pécuniaires en 2011*

**Tableau 11 : Sanctions pécuniaires prononcées**

Numéro décision	Date décision	Libellé	Sanctions en €
11-D-01	18/01/2011	Manutention portuaire à La Réunion	70 000
11-D-02	26/01/2011	Restauration des monuments historiques	9803590
11-D-07	24/02/2011	Travaux de peinture d'infrastructures métalliques	1 160 100
11-D-10	06/07/2011	Pompes funèbres à Marseille	60 000
11-D-12	20/09/2011	Manquement aux engagements souscrits par Canal Plus lors du rachat de TPS	30 000 000
11-D-13	05/10/2011	Marchés d'électrification	9402 100
11-D-17	08/12/2011	Lessives	367 950 000
11-D-19	15/12/2011	Distribution de gadgets et articles fantaisies	1340000
<b>Total</b>			<b>419 785 790</b>

L'Autorité de la concurrence a prononcé 8 décisions de sanctions en 2011 pour un montant total de 419,7 millions d'euros. Deux affaires représentent à elles seules plus de 90 % de ce montant : la décision 11-D-17 relative à l'entente sur les prix et les promotions entre les lessiviers et la décision 11-D-12 sanctionnant Canal Plus pour ne pas avoir respecté plusieurs engagements souscrits auprès du ministre de l'Économie lors du rachat de TPS.

Ce chiffre est relativement élevé en comparaison avec les années précédentes, si l'on exclut les deux années exceptionnelles de 2008 (cartel de l'acier) et de 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, signal qu'il a confirmé à l'occasion du bilan de l'application de la loi de modernisation de l'économie<sup>1</sup>. Il convient de relever que l'Autorité de la concurrence s'est dotée en 2011 d'un communiqué précisant le mode de détermination des sanctions. La décision « lessives » est la première décision pour laquelle a été appliqué le communiqué adopté le 16 mai 2011.

1. Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, et présenté par Mme Catherine Vautrin et M. Jean Gaubert, n° 3322, 6 avril 2011, p. 16-17.

*L'évolution des sanctions sur longue période*

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

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
<b>Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires</b>	31	13	24	16	15	12	8
<b>Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés</b>	131	162	82	65	49	50	39
<b>Montant des sanctions (en M €)</b>	754,1	127,9	220,4	630,3	205,5	439,5	419,8
<b>Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées</b>	6	16	12	17	9	2	1
<b>Montant des sanctions (en M €)</b>	0,26	0,38	0,6	1	1,1	3	0,06
<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>	<b>419,8<sup>4</sup></b>

1. 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.
2. 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.
3. Dont 384,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 10-D-28 relative aux commissions interbancaires sur les chèques.
4. Dont 367,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 11-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

*Les pratiques sanctionnées en 2011*

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par l'Autorité en 2011, 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>	6
<b>Non-respect d'engagements (pratiques anticoncurrentielles)</b>	1
<b>Non-respect d'engagements (contrôle des concentrations)</b>	1
<b>Total décisions de sanctions</b>	<b>8</b>

En 2011, les pratiques sanctionnées ont porté essentiellement sur des ententes. L'Autorité a également fait preuve en 2011 d'une vigilance particulière en ce qui concerne le respect des engagements, que ce soit en matière de pratiques anticoncurrentielles (sanction de non-respect par la ville de Marseille d'engagements souscrits en 2008 dans le secteur des pompes funèbres, 11-D-10), ou de contrôle des opérations de concentration (non-respect par Canal Plus des engagements qu'il avait pris lors du rachat de TPS, 11-D-12). L'Autorité continuera de consacrer des moyens à la vérification de leur bonne mise en œuvre, gage de l'efficacité de son action.

*La non-contestation des griefs*

En 2011, l'Autorité de la concurrence a rendu trois décisions dans lesquelles elle a appliqué la procédure de non-contestation des griefs (11-D-02, 11-D-07 et 11-D-13), soit la moitié des procédures de sanction pour pratiques anticoncurrentielles. Cette pratique est en ligne avec la moyenne des années précédentes depuis 2003.

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

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
<b>Non-contestation des griefs</b>	2	4	2	1	6	6	6	2	3

## La clémence

L'année 2011 se situe sur une tendance proche de celle des années précédentes, l'année 2008 ayant été exceptionnelle.

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

	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	2008*	2009*	2010*	2011*	Total
<b>Demandes de clémence</b>	1	2	5	6	8	1	18	5	7	4	57

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

L'Autorité a adopté en 2011 une décision de sanction d'un cartel découvert grâce aux demandes de clémence de l'ensemble des participants. Il s'agissait de la première application du programme à une entente portant sur un produit de grande consommation, en l'occurrence la lessive. Le demandeur de premier rang, Unilever, a obtenu l'immunité, les autres se sont vu accorder des réductions d'amendes de 15 à 25 % en fonction de leur rang et de la coopération dont ils ont fait preuve pendant toute la phase d'enquête et d'instruction menée par l'Autorité.

## Les engagements

En 2011, l'Autorité a lancé à 5 reprises des tests de marché dans le cadre de procédures d'engagements (commissions interbancaires sur les cartes bancaires, pompes funèbres, accès au scanner et à l'IRM du Centre hospitalier d'Arcachon, distribution alimentaire, informations météorologiques aux professionnels). L'utilisation en 2011 de cette procédure négociée se situe à un niveau similaire aux années précédentes.

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

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
<b>Engagements*</b>	0	0	6	6	8	7	3	6	5

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

Les engagements dans le secteur des cartes de paiement bancaires sont particulièrement structurants et ont impliqué un nombre inédit d'acteurs. Au terme d'une procédure négociée avec le Groupement des cartes bancaires (GIE CB),

qui regroupe plus de 130 établissements bancaires, l'Autorité de la concurrence a rendu le 7 juillet 2011 une décision par laquelle elle rend obligatoires les engagements du GIE CB tendant à faire baisser de manière substantielle la plupart des commissions interbancaires liées aux transactions par carte, qui n'avaient pas évolué depuis vingt ans. Cette baisse concerne les commissions interbancaires de paiement et de retrait, les plus importantes en valeur (- 36 % et - 20 %). À l'occasion de la séance, le président a annoncé la constitution d'un comité de pilotage, effectivement mis en place le 6 février 2012, dont l'objectif est de définir les conditions de mise en œuvre d'un test dit « d'indifférence du commerçant » qui servira à l'avenir à apprécier le montant des commissions interbancaires.

### *Les décisions en matière de contrôle des concentrations*

**Tableau 17 : Décisions rendues en 2011**

<b>Autorisations</b>	<b>207</b>
<b>Autorisations sous réserve de mise en œuvre d'engagements</b>	<b>7*</b>
<b>Décisions d'inapplicabilité du contrôle</b>	<b>1</b>
<b>Total</b>	<b>215</b>

\* 6 décisions en phase 1, 1 décision en phase 2.

L'Autorité a rendu, en 2011, 215 décisions relatives à des opérations de concentration, dont une décision d'inapplicabilité du contrôle et 213 décisions d'autorisation en phase 1 et une décision en phase 2.

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

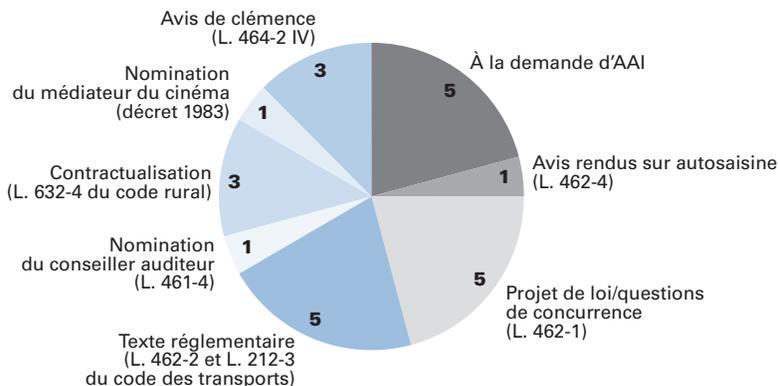
- la décision 11-DCC-34 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez;
- la décision 11-DCC-87 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group;
- la décision 11-DCC-102 relative à l'acquisition de la Société antillaise des pétroles Chevron par le groupe Rubis;
- la décision 11-DCC-114 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe L'Est républicain par la banque fédérative du Crédit mutuel;
- la décision 11-DCC-134 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot;
- la décision 11-DCC-150 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial;

Une décision avec engagements a été adoptée à l'issue d'une phase 2 :

- la décision 11-DCC-187 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier français spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation.

## Les avis

L'Autorité a rendu 24 avis qui se répartissent de la manière suivante :



La répartition des avis rendus par l'Autorité est équilibrée en 2011 entre ceux destinés aux autorités sectorielles (ARCEP, ARAF, CRE...), ceux portant sur des questions générales de concurrence et ceux relatifs à des projets de textes réglementaires. À noter qu'en 2011, les trois avis relatifs à l'application de l'article L. 632-4 du Code rural (contractualisation) ont permis de tracer des lignes directrices pour les acteurs économiques dans ce domaine.

## Stock

### L'activité contentieuse et consultative

#### État du stock (hors concentrations) au 31 décembre 2011

Compte tenu de la diminution du nombre des affaires terminées en 2011 pour les raisons évoquées ci-dessus, principalement externes, on observe une légère remontée du stock, qui passe de 153 affaires à 164 au 31 décembre, en dépit du maintien du délai de traitement des affaires à 16 mois. Cette variation est peu significative au regard de la tendance de long terme observée depuis 2006-2007, en nette rupture avec le stock très significatif qui pesait encore sur l'activité entre 2000 et 2006. Comme relevé en 2010, ce délai est proche du taux plancher.

**Tableau 18 : Évolution du stock**

	Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2010	2011		Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2011
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	129	41	34	136
Mesures conservatoires	5	7	8	4
Respect d'injonction	5	1	2	4
Avis	14	40	34	20
<b>Total</b>	<b>153</b>	<b>89</b>	<b>78</b>	<b>164</b>

## Évolution du stock sur longue période

Si le stock des affaires a légèrement augmenté en 2011, il reste inférieur à celui de 2009, première année d'existence de l'Autorité.

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

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

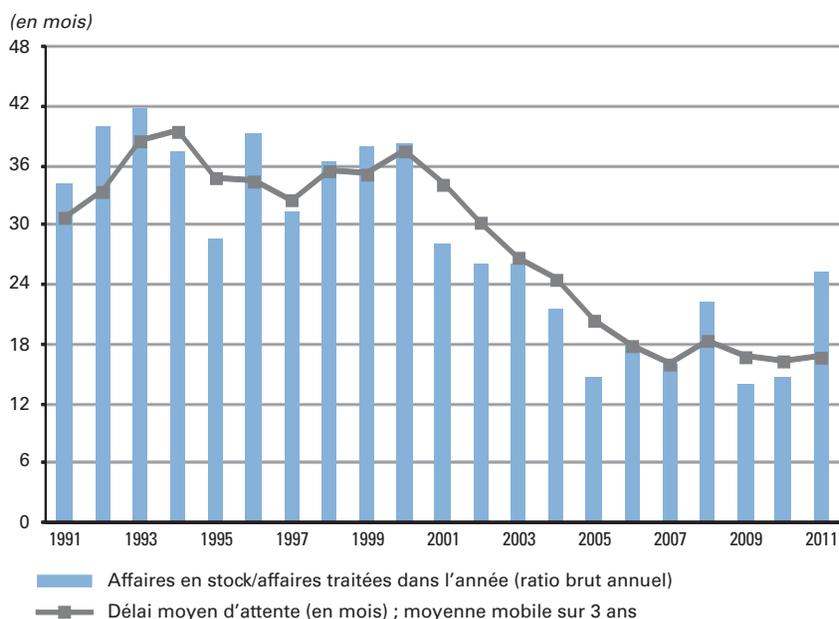
Il s'agit d'un indicateur « *prospectif* » et non d'un indicateur de durée de traitement des affaires réellement constaté. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée de traitement des dossiers.

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 2011, ce délai est de 16,7 mois. En légère augmentation par rapport à 2010 (16,3 mois), le délai de traitement des dossiers est contenu depuis 2009.

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

**Tableau 20 : Indicateur d'évolution du stock**



### *Les opérations de concentration*

Au 31 décembre 2011, 21 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 2011, 6 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 21 décisions rendues (20 décisions et 1 mesure

conservatoire), ce qui représente un taux de recours de 28 %. Ce taux remonte de quelques points par rapport à 2010, mais reste en ligne avec les tendances observées sur longue période.

**Tableau 21 : Taux de recours**

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

## Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2011 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport, certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

**Tableau 22 : Suivi qualitatif des recours (état au 19 avril 2012)**

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
<b>Nombre de recours introduits</b>	28	15	25	12	12	8	6
<b>Nombre de décisions confirmées :</b>	22	12	18	10	11	5	
– arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements	16	9	16	7	9	5	
– réformation partielle/confirmation au fond	6 <sup>1</sup>	3 <sup>2</sup>	2 <sup>3</sup>	3 <sup>4</sup>	2 <sup>5</sup>		
<b>Total recours examinés</b>	28	15	25	11	12	8	
<b>Affaires pendantes</b>	0	0	0	1 <sup>6</sup>	0	0	
<b>% décisions confirmées/total recours examinés*</b>	<b>78</b>	<b>80</b>	<b>72</b>	<b>90</b>	<b>91</b>	<b>62</b>	<b>NS</b>

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

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

3. Décisions 07-D-15 et 07-D-50.

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

5. Décisions 09-D-19 et 09-D-36.

6. Décision 08-D-25.

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

Des tableaux récapitulatifs détaillés, comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants, sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2009 et 2010.

En ce qui concerne l'année 2011, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2011 ayant fait l'objet d'un recours et indique les références des arrêts déjà connus à la date de bouclage du présent rapport. Ce document sera complété dans le rapport de l'année suivante.

## Contrôle des concentrations

Les décisions de l'Autorité de la concurrence portant sur l'autorisation ou l'interdiction d'opérations de concentration, ainsi que certaines décisions connexes, notamment en matière d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles d'un recours devant le Conseil d'État. Aucune décision n'a été rendue à ce titre en 2011.

# Organisation et fonctionnement

## Évolution de l'organisation

Plusieurs changements sont intervenus en 2011 dans les services de l'Autorité de la concurrence (un organigramme est disponible en fin d'ouvrage – partie « Organisation »).

### *Les services d'instruction*

Face au nombre croissant de demandes de clémence, l'Autorité a décidé de se doter, à l'instar de ses homologues néerlandais et allemand, d'un conseiller clémence. Anne Krenzer a pris ses fonctions à ce poste le 1<sup>er</sup> septembre 2011.

### *Le service juridique*

Fabien Zivy a été nommé chef du service juridique. Il succède à Irène Luc, magistrate, qui a rejoint la cour d'appel de Paris. Il est assisté de deux adjoints : Laure Gauthier et Alain Mouzon.

### *Le service du président*

Liza Bellulo a été nommée chef du service du président, en remplacement de Fabien Zivy.

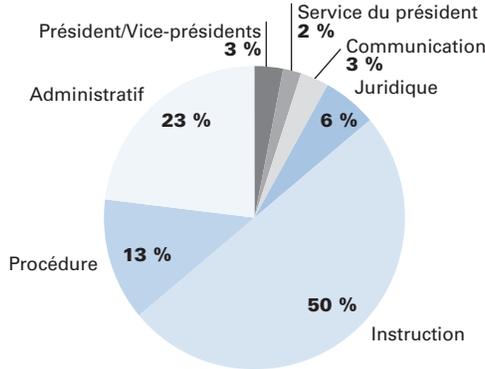
### *Le conseiller auditeur*

Henri Génin, magistrat, a été nommé conseiller auditeur par arrêté du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 2 août 2011. Il succède à Dominique Voillemot, décédé le 9 avril 2011.

## Effectifs

Le tableau et le graphique ci-après présentent la répartition des effectifs au 31 décembre 2011.

Services	Nombre	%
<b>Direction</b>	5	3 %
<b>Service du président</b>	4	2 %
<b>Communication</b>	6	3 %
<b>Juridique</b>	12	6 %
<b>Instruction</b>	93	50 %
dont :		
– rapporteurs	62	34 %
– service des investigations	8	4 %
– service des concentrations	15	8 %
– service économique	8	4 %
<b>Procédure</b>	25	13 %
<b>Administratif</b>	42	23 %
<b>Conseiller auditeur</b>	1	
<b>Total</b>	<b>188</b>	<b>100 %</b>



Les effectifs au 31 décembre 2011 sont passés de 175 à 188. Ces effectifs correspondent à une consommation moyenne de 185 ETPT. Les recrutements ont concerné les services d'instruction qui représentent, fin 2011, 50 % des effectifs totaux.

## Budget

En 2011, le budget de l'Autorité s'est élevé à 20,4 millions d'euros dont 15,3 millions pour les dépenses de personnel et 5,1 millions d'euros pour les dépenses de fonctionnement. Le plafond d'emplois était de 187 ETPT.

Les deux indicateurs de performance budgétaires sont, d'une part, le délai moyen de traitement des avis rendus et, d'autre part, le délai de traitement de tous les dossiers contentieux et consultatifs. Pour ces deux indicateurs, les objectifs 2011, qui étaient respectivement de 3 mois et 16 mois, ont été atteints.

## 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.

Comme les années précédentes, le niveau des taux de recouvrement des amendes prononcées lors des années antérieures atteste que les délais de paiement accordés, le cas échéant, par la DGFIP ne constituent en aucun cas des exonérations. En effet, au 31 décembre 2011, le taux de recouvrement de l'année 2010 est de 100 % et celui de l'année 2009 de 92,89 %.

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

### Activité générale

En 2011, l'Autorité de la concurrence a activement contribué à la définition de la politique européenne de la concurrence au sein du Réseau européen de la concurrence (ci-après « REC »).

Ce chapitre présente une vue d'ensemble des débats et de la coopération au sein de ce réseau.

La première partie de ce chapitre expose les objectifs fixés par la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence (ANC) au sein du REC pour renforcer le développement et l'application générale des instruments de la politique de la concurrence (ententes, abus de position dominante, et, depuis 2010, concentrations).

La seconde partie de ce chapitre détaille, pour certains secteurs jugés prioritaires, la manière dont ces instruments ont été concrètement appliqués par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence, après consultation au sein du REC.

### *Les réunions au sein du REC*

Le pilotage des travaux au sein du REC a mis l'accent, en 2011, sur la cohérence des travaux entre les autorités de concurrence, notamment en matière de sanctions, de concentrations et d'activité dans le domaine agro-alimentaire. Par ailleurs, les travaux de perfectionnement des méthodes de conduite des enquêtes et de leur coordination au sein du REC par le biais des groupes de travail dits « horizontaux » et « sectoriels » se sont développés.

### Le pilotage du REC

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

### *La réunion des directeurs généraux*

La réunion des « directeurs généraux » est traditionnellement chargée de définir les priorités du REC. À ce titre, elle a pour fonction de valider le programme des travaux de l'ensemble des sous-groupes horizontaux et sectoriels. Des résolutions peuvent être adoptées le cas échéant à l'occasion de ces réunions.

En 2011, les réunions des directeurs généraux se sont tenues les 16 et 17 juin ainsi que les 8 et 9 novembre.

À l'occasion de la réunion de juin, le directeur général de la DG Concurrence, Alexander Italianer, a souligné le travail important accompli par les membres du REC, tant en termes de décisions (94 pour la seule année 2010, plus de 500 depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, date de la création du REC), que d'enquêtes sectorielles.

M. Italianer a également soumis à l'avis des ANC un paquet de mesures visant à améliorer la transparence et les garanties procédurales pour une meilleure protection des droits des parties dans les procédures ouvertes par la Commission européenne : un guide de bonnes pratiques révisé en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (« *Antitrust Best practices* »), un guide de bonnes pratiques révisé en matière de soumission de preuves économiques destiné à s'appliquer en matière de concentrations et de pratiques anticoncurrentielles (« *Best Practices on the submission of economic evidence* »), analogue à celui qui est annexé aux lignes directrices de l'Autorité en matière de concentrations, et un projet de texte relatif au mandat du conseiller auditeur. Les « *best practices* » prévoient quelques droits nouveaux au bénéfice des défendeurs, essentiellement sous forme de droit à une information régulière de l'avancement des procédures (communiqués de presse sur les ouvertures d'enquête, institution de réunions bilan dites « *state of play meetings* », communication de la version confidentielle de la plainte au cas par cas, information en cas d'absence de poursuite de la procédure, information sur les valeurs des ventes dans la communication des griefs). Le paquet de mesures a été adopté par la Commission européenne le 17 octobre 2011.

Les discussions ont également concerné les politiques des ANC en matière de détermination du montant des amendes, à la lumière notamment de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, du communiqué publié le 16 mai 2011 par l'autorité française, des développements récents dans quelques États membres, en particulier le Royaume-Uni, et des principes ECA issus des travaux co-pilotés par l'Autorité et son homologue italienne de mai 2008.

Lors de la réunion de novembre, les directeurs généraux ont échangé en particulier sur les enquêtes sectorielles dans le secteur agro-alimentaire, qui compte, avec les secteurs de l'énergie et des services financiers, parmi les plus importants en termes d'activité des membres du REC. 83 enquêtes sectorielles ont été réalisées pendant la période étudiée, dont 12 en France. Les études se concentrent soit sur le secteur amont (avis de l'Autorité sur le lait d'octobre 2009, rapport de la CNC (Espagne) de juin 2010), soit sur l'évolution des prix agro-alimentaires sur des paniers de produits de base (enquêtes sectorielles du Conseil de la concurrence roumain, du NMa (Pays-Bas) et de l'Autoridade portugaise en date

respectivement de septembre 2009, décembre 2010 et février 2011 ; études engagées par l'AGCM (Italie), le Bundeskartellamt (Allemagne) et l'autorité grecque respectivement en octobre 2010, février et mars 2011 et devant se conclure début 2012), soit uniquement sur le secteur aval (étude conjointe des cinq autorités nordiques en 2005 ; « *Groceries market investigation* » de la Competition Commission de 2008 ; avis de l'Autorité de décembre 2010). Les directeurs généraux ont échangé sur ces questions avec le commissaire Almunia et ont appelé à une plus grande coopération entre les membres du REC (échanges plus fréquents en amont ou en aval des enquêtes sectorielles voire conduite en commun de telles enquêtes). Les principales conclusions de l'avant-projet de rapport du REC dans le secteur agro-alimentaire, dont la publication est prévue au cours de l'année 2012, ont été débattues à l'occasion de cette réunion.

La réunion des directeurs généraux a été également l'occasion d'identifier les domaines où la convergence dans la pratique décisionnelle des membres du REC peut être encouragée sans qu'il ne soit nécessaire d'envisager une évolution des législations européennes et nationales. La clémence et la détermination des amendes administratives ont été considérées comme des sujets prioritaires. Les questions relatives à la protection des déclarations de clémence au regard des demandes d'accès au dossier relèvent en revanche davantage d'une initiative législative européenne, compte tenu de la récente jurisprudence *Pfleiderer*<sup>2</sup>.

Le président de l'Autorité a par ailleurs présidé un atelier à l'occasion duquel les ANC ont échangé leur expérience en matière de transaction. L'Autorité est l'ANC la plus expérimentée au niveau européen, avec une trentaine d'affaires déjà traitées. S'il est encore trop tôt pour envisager une approche commune au sein du REC compte tenu de la pratique encore très récente au niveau européen (4 décisions) et dans une dizaine d'États membres (Allemagne, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Roumanie et, en matière pénale, Estonie et Malte), dont certains ne disposent pas encore de fondement législatif, certains principes semblent partagés par les ANC. Il s'agit en particulier du choix d'opportunité de l'ANC d'accepter ou non une demande d'une entreprise au titre de la transaction, compte tenu de la proportionnalité entre l'économie procédurale réalisée et la récompense accordée à l'entreprise bénéficiaire, ainsi que la préoccupation de ne pas accorder une réduction plus substantielle dans le cadre d'une transaction que dans celui d'une clémence de second rang, dans la mesure où, dans la seconde hypothèse, il est exigé en amont de la procédure une coopération pleine, entière et diligente du demandeur consistant notamment en l'apport de preuves au dossier.

Enfin, suite à la consultation publique lancée par la Commission européenne qui s'est terminée le 27 mai 2011 et aux travaux du groupe de travail sur les concentrations, les directeurs généraux ont adopté le guide de bonnes pratiques de coopération entre les ANC en matière de contrôle des concentrations.

2. CJCE, Affaire C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, 14 juin 2011.

### *La réunion plénière du REC*

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

En 2011, les réunions plénières du REC se sont tenues à Bruxelles les 3 mai et 5 octobre.

Elles ont notamment abordé les contentieux européens et internationaux en matière de procédures de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (accès aux documents), évoqué les suites des *amicus curiae* présentés par la Commission européenne, et échangé sur la diversité des approches des autorités de concurrence en matière de programmes de conformité.

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

Les groupes d'experts « horizontaux » regroupent des représentants de chaque ANC et de la Commission européenne dans le but de favoriser une meilleure cohérence dans leur pratique décisionnelle. Ces groupes de travail concernent la coopération et les garanties procédurales, la lutte contre les cartels, et l'examen des concentrations. Un nouveau groupe d'experts « horizontal » a été créé en 2011 dans le cadre de la révision du Règlement communautaire d'exemption sur l'application de l'article 81-3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des catégories d'accords de transfert de technologie.

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

Ce groupe de travail a pour objectif d'étudier les procédures nationales et d'identifier les domaines dans lesquels des actions de convergence seraient souhaitables pour assurer une meilleure effectivité dans la mise en œuvre des règles de concurrence en Europe, et notamment des articles 101 et 102 du TFUE.

En 2011, le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales s'est réuni à trois reprises, les 6 avril, 28 septembre et 14 décembre.

À la suite des travaux initiés en janvier 2010, qui se poursuivent en 2011, les échanges au sein du groupe de travail ont permis de faire un état des lieux des trois instruments d'enquête (inspections, audits et demandes de renseignements), d'identifier un socle de principes communs à toutes les ANC, et de rassembler des informations sur l'application par les ANC des pouvoirs décisionnels qui leur ont été conférés par l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003.

L'étude sur les processus décisionnels, qui a également été initiée en 2010, s'est poursuivie avec l'analyse d'une masse importante d'informations fournies par chaque membre du REC.

Enfin, les réunions de ce groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales ont été l'occasion de présentations par les ANC des évolutions significatives dans leur organisation ou leur réglementation nationale intervenues en cours de l'année, comme en Finlande ou en Irlande.

### *Le groupe de travail sur la lutte contre les cartels*

Créé en janvier 2010, ce groupe de travail vise à mesurer la convergence réalisée sur la base du programme-modèle de clémence, nourrir des échanges entre ANC en matière de mise en œuvre pratique de leurs programmes nationaux et organiser davantage de convergence lorsqu'elle apparaît nécessaire pour renforcer l'efficacité de l'application de l'article 101 TFUE, notamment dans le cas de notifications multiples, et l'attractivité des programmes nationaux. Plus généralement, il se fixe pour ambition à long terme de construire et consolider une véritable politique européenne de lutte contre les cartels.

L'Autorité de la concurrence y joue un rôle particulièrement actif en contribuant à la préparation et à la rédaction, aux côtés de la Commission européenne et d'autres ANC, de propositions d'actions en matière de convergence dans le traitement des demandes de clémence.

En 2011, le groupe de travail sur la lutte anticartels s'est réuni à trois reprises, les 25 janvier, 12 et 13 mai (à Athènes), et 8 et 9 novembre.

Les travaux autour des deux projets initiés en 2010, qui concernent d'une part une analyse des moyens d'assurer une cohérence plus approfondie en matière de clémence et, d'autre part, une réflexion sur l'amélioration de l'articulation entre les sanctions imposées aux entreprises et les sanctions individuelles, se sont poursuivis.

La première série de travaux a donné lieu en 2011 au lancement de plusieurs projets dont le but est d'institutionnaliser les actions de coopération entre les membres du REC dans l'hypothèse de demandes de clémence multiples.

À l'initiative de l'Autorité de la concurrence, une réflexion sur la généralisation du système de demandes sommaires et d'élargissement de leur utilisation au-delà des demandes susceptibles d'aboutir à une immunité totale (rang 1A) a été engagée. Ces évolutions, qui nécessitent la définition d'une approche commune et d'outils pratiques communs, seraient de nature à renforcer significativement l'attractivité de la clémence pour les procédures qui ne sont pas de dimension européenne mais qui sont susceptibles d'être traitées par une ou plusieurs ANC eu égard à leurs compétences territoriales respectives.

En outre, le groupe de travail a engagé une réflexion sur la protection des informations de clémence vis-à-vis des risques de divulgation, dans le contexte de l'affaire *Pfleiderer*.

La seconde série de travaux a permis de mieux connaître les différentes modalités d'articulation entre les programmes de clémence au bénéfice des entreprises et les sanctions individuelles à la lumière de l'expérience de quelques États membres. La bonne coopération entre l'ANC et le juge pénal dans l'évaluation de la coopération dont ont fait preuve l'entreprise et le dirigeant ou le collaborateur impliqué apparaît à cet égard déterminante.

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

Créé en 2010, le groupe de travail sur les concentrations poursuit un double objectif.

D'une part, il constitue un réseau d'experts permettant l'échange et la diffusion de bonnes pratiques en matière de définition des marchés, d'analyse concurrentielle (effets unilatéraux, effets verticaux, effets congloméraux) et de détermination des remèdes appropriés au regard des principes d'efficacité et de proportionnalité.

D'autre part, il stimule et favorise au cas par cas la coopération entre ANC compétentes pour examiner une même opération, ou entre une ou plusieurs ANC avec la Commission européenne en cas de mise en œuvre des mécanismes de renvoi prévus par le règlement (CE) n° 139/2004.

En 2011, le groupe de travail sur les concentrations s'est réuni à trois reprises, les 8 février, 21 juin et 17 octobre.

L'année 2011 a été marquée par la préparation d'un guide des bonnes pratiques de traitement des fusions transfrontalières par deux ou plusieurs ANC lorsque celles-ci ne bénéficient pas de l'examen selon le système du guichet unique de l'Union européenne. Il s'agit de fusions qui ne sont pas de dimension européenne, en ce sens qu'elles ne répondent pas aux conditions de seuils de chiffres d'affaires fixées par l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 ou de renvoi sur le fondement de l'article 4, § 5 du même règlement, ou que les parties n'ont pas souhaité utiliser cette faculté de renvoi. Ce guide des bonnes pratiques a été adopté le 9 novembre 2011 par l'ensemble des ANC et la Commission européenne à l'occasion de la réunion des directeurs généraux (voir *supra*).

Ces bonnes pratiques, de nature non contraignante, visent à promouvoir, à droit constant, la coopération et le partage d'informations entre les ANC dans l'Union européenne pour ce type de fusions, dans l'objectif de renforcer, autant que faire se peut, la cohérence des décisions et des remèdes validés par les ANC concernées, dans l'intérêt des parties. Cet exercice est indépendant d'une révision éventuelle du règlement (CE) n° 139/2004 et ne crée pas de nouvelle obligation à la charge des parties. La décision de la coopération est prise au cas par cas, en fonction des caractéristiques des opérations et des possibilités de coopération avec les parties, compte tenu notamment des modalités de notification. Les bonnes pratiques recensent notamment les étapes clés auxquelles les ANC devraient coopérer et les informations qu'elles peuvent échanger, par exemple au sujet des différentes étapes du calendrier d'examen ou des mesures correctives à appliquer pour éviter qu'une concentration ne se fasse au détriment des clients et des consommateurs.

Le groupe de travail sur les concentrations a également échangé au cours de l'année 2011 sur l'expérience des membres du REC en matière de mise en œuvre des remèdes structurels, sur la base notamment d'un nouveau formulaire de la Commission européenne qui doit être renseigné par les parties.

D'une manière plus générale, l'utilité du groupe de travail sur les concentrations est illustrée par le bilan de l'activité décisionnelle de l'Autorité de la concurrence et la multiplication des renvois de la Commission européenne vers la France, au nombre de six depuis 2009. En 2011, deux opérations de concentrations de dimension communautaire ont été renvoyées de la Commission européenne vers l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article 4, § 4 du règlement

(CE) n° 139/2004 : la première opération a été renvoyée le 24 janvier (décision 11-DCC-87 du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group); la seconde opération le 10 novembre (rachat de Brossette par Saint-Gobain dans le secteur des produits de sanitaire, du chauffage et de la climatisation).

### *Le groupe de travail sur la révision du Règlement d'exemption aux accords de transfert de technologie*

Le Règlement d'exemption (CE) n° 772/2004 concernant le transfert de technologie et les lignes directrices qui l'accompagnent expirent en avril 2014. Afin de faire le bilan de l'application de ces textes et d'envisager leur révision, la Commission européenne a créé, au sein du REC, un nouveau groupe de travail *ad hoc*, qu'elle réunira en 2012 afin d'engager des premiers débats à la lumière des résultats de la consultation publique lancée en décembre 2011.

Le règlement porte sur les coopérations mises en place entre entreprises non concurrentes ou entreprises concurrentes pour le transfert de technologie et de savoir-faire, le cas échéant, en aval des coopérations en matière de recherche et de développement. Les questions relatives aux « pools » de brevets et au niveau des redevances y sont notamment abordées. Il énonce des restrictions caractérisées (article 4), impliquant notamment des restrictions de production, des limitations de ventes passives et/ou actives, des restrictions sur les prix ou les catégories d'acheteurs, ainsi que des restrictions plus spécifiques aux améliorations technologiques et à la recherche sur la base des licences accordées. Le règlement recense en outre des restrictions exclues faisant l'objet d'une approche au cas par cas (article 5) sous condition de part de marché (article 3), telles que les obligations de concéder au donneur des licences sur les améliorations dissociables apportées par le preneur, de céder des droits, ou des engagements de ne pas engager d'action en contrefaçon. Il définit également une « zone de sécurité » (« *safe harbour* ») en fonction de critères quantitatifs et qualitatifs, permettant d'exclure *a priori* certaines pratiques non restrictives de concurrence du champ d'application de l'article 81 CE (notamment lorsque quatre technologies indépendantes sont substituables à la technologie concédée à des coûts raisonnables pour l'utilisateur, dit « test 4+ »).

Les lignes directrices établissent, pour leur part notamment, une liste de catégories d'arguments d'efficacité économique susceptibles d'être examinés dans le cadre de l'approche par les effets sur le fondement de l'article 5 du règlement, ou sur celui de l'article 81, § 3 TFUE.

Ces deux textes excluent en revanche de leur champ d'application les pratiques unilatérales.

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

Les décisions individuelles et les travaux concernant l'application du droit de la concurrence à certains secteurs économiques se sont concentrés en 2011 sur sept

principaux domaines : énergie, environnement, services financiers, agro-alimentaire, media et sport, produits pharmaceutiques et santé, et télécommunications.

### *Énergie*

Le sous-groupe de travail « énergie » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets de concurrence et de régulation qui concernent les secteurs de l'électricité, du gaz, du pétrole et des autres carburants. Il s'est réuni le 6 décembre 2011.

À cette occasion, les membres du REC ont échangé sur plusieurs cas ouverts par la Commission européenne, sur l'analyse concurrentielle qui se dégage de décisions précédentes de la Commission européenne et des ANC, sur certaines problématiques telles que le verrouillage des réseaux de transport, ainsi que sur la manière dont les engagements pris dans le secteur de l'énergie ont été mis en œuvre et les résultats obtenus.

Les discussions ont également porté sur les aspects relatifs aux règles de concurrence du Règlement REMIT (« *Regulation on Energy Market Integrity and Transparency* »), qui a été adopté par le Conseil de l'Union européenne le 10 octobre 2011. Le Règlement REMIT édicte de nouvelles règles destinées à lutter contre les abus de marché dans le secteur de l'énergie de gros, inspirées de la directive n° 2003/6/CE, et prévoit des modalités de coordination entre régulateurs sectoriels et autorités de concurrence chargées, pour leur part, de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

### *Environnement*

Le sous-groupe de travail « environnement » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets qui concernent en particulier la distribution d'eau et la collecte de déchets. Les sujets abordés concernent la réglementation et son application dans les secteurs de l'eau potable et des eaux usées, et dans la gestion de la collecte de déchets. Les réunions sont l'occasion de partager les différentes expériences nationales sur l'application des règles de concurrence dans ces secteurs.

En 2011, le sous-groupe s'est réuni le 13 décembre.

Une présentation de la législation européenne relative aux déchets a été faite aux membres du REC (directive cadre relative aux déchets, directives relatives au traitement des déchets, directives relatives à des produits ou des catégories de produits spécifiques).

Plusieurs affaires ont également été présentées et débattues avec les ANC.

### *Services financiers*

Le sous-groupe de travail « services financiers » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets concernant les secteurs de la banque et des paiements, des assurances et des services financiers de gros. En pratique, le sous-groupe de travail est lui-même subdivisé en deux sous-groupes, l'un consacré aux paiements, et le second aux services financiers de gros et de détail.

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 fixées 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 par l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, à moins que celles-ci ne soient susceptibles d'être exemptées au regard de l'article 101, § 3 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, commerçant et consommateur. En 2011, le sous-groupe de travail « services financiers » s'est réuni à deux reprises, les 14 mars et 21 novembre.

Lors de la réunion de mars, les membres du REC ont discuté du SECIM (prélèvements SEPA et futur système de paiement unifié pour les paiements par carte, Internet et téléphone mobile), ainsi que de l'évolution de la stratégie commerciale annoncée par Mastercard en avril 2009 à la suite de l'injonction de la Commission européenne et des engagements souscrits par Visa auprès de la Commission européenne en décembre 2010.

Lors de la réunion de novembre, les discussions engagées en 2010 sur l'utilisation du test dit « d'indifférence du commerçant » pour les procédures engagées par la Commission européenne se sont poursuivies. Ce test détermine 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, § 3 TFUE.

Enfin, les deux réunions du sous-groupe de travail « services financiers » ont donné lieu à des présentations par les ANC et la Commission européenne de décisions ou d'avis récents rendus dans le secteur financier, qu'il s'agisse de moyens de paiement ou d'information financière. L'Autorité de la concurrence a présenté à cette occasion sa décision 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires, qui prévoit notamment la création d'un comité de pilotage au niveau national chargé de définir les caractéristiques du test d'indifférence du commerçant au niveau français en matière de cartes de paiements et de le mettre en œuvre. La Commission européenne a accepté d'y être représentée.

### *Agro-alimentaire*

Le sous-groupe de travail « agro-alimentaire » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets qui concernent notamment la surveillance des marchés agricoles et les manières de développer une coopération plus étroite entre autorités de concurrence dans le secteur agro-alimentaire.

En 2011, le sous-groupe de travail s'est réuni à deux reprises, les 30 mars et 27 septembre.

Le secteur agro-alimentaire fait l'objet d'une activité particulièrement importante de la part des membres du REC, avec près de 160 affaires contentieuses (47 % des cas correspondent à des infractions horizontales – fixation de prix, partage de marché, échanges d'informations – 25 % à des abus de position dominante et 28 % à des infractions verticales) et 80 enquêtes sectorielles depuis 2004. Cette activité intense a fait l'objet d'un numéro spécial de la lettre du REC (« *ECN Brief* ») en décembre 2011, consacré au secteur agro-alimentaire ([http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05\\_2011/brief\\_05\\_2011\\_short.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2011/brief_05_2011_short.pdf)).

Certaines conclusions communes peuvent être dégagées du rapport de la DG concurrence, notamment le fait que de nombreuses pratiques anticoncurrentielles sont le fait de producteurs et éleveurs qui cherchent à restaurer leur pouvoir de négociation vis-à-vis de la grande distribution et que la concentration horizontale et/ou verticale sont les seuls leviers permettant véritablement à long terme aux agriculteurs d'améliorer leur pouvoir de négociation vis-à-vis des industriels et des distributeurs, les dérogations au droit de la concurrence les détournant des signaux de marché et étant inefficaces compte tenu du degré d'intégration du marché européen qui permet aux distributeurs de s'approvisionner dans d'autres États membres. Pour autant, les ANC conviennent également qu'il est nécessaire de prendre pleinement en compte les spécificités du secteur agricole (produits peu stockables et périssables, aléas climatiques et cycles de production, production atomisée dans certains États membres, volatilité des prix des matières premières) et d'encourager les coopérations porteuses d'efficacités (pour le stockage et la transformation notamment).

L'Autorité de la concurrence est particulièrement active dans ce sous-groupe de travail où elle a présenté à ses homologues ses avis relatifs à la contractualisation dans les secteurs ovin, des fruits et légumes, du lait et de la dinde rendus sur le fondement de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010, qui a été largement inspirée par les préconisations de l'Autorité dans le cadre de l'avis 09-A-48 sur le secteur laitier.

L'Autorité a souligné dans ces avis que le droit européen en vigueur prohibait les accords supprimant l'autonomie de producteurs indépendants en matière de fixation des prix, mais que la contractualisation présentait de nombreux avantages pour favoriser un lissage des revenus favorable à des coopérations de long terme et à l'investissement. Elle a également analysé les catégories de clauses susceptibles d'atténuer ces bénéfices (durée des contrats non adaptée aux cycles de production, discrimination dans les conditions de livraison, diffusion d'indicateurs assimilables à des recommandations de prix). À l'occasion des réunions du sous-groupe de travail, plusieurs discussions ont eu lieu autour des enjeux concurrentiels de la politique agricole commune et de la pêche.

### *Media et sport*

Le sous-groupe de travail « media et sport » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets qui concernent les secteurs des media (cinéma, livres, télévision,

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

En 2011, le sous-groupe de travail s'est réuni le 27 mai.

La réunion a été consacrée à la problématique des droits d'exclusivité en matière d'acquisition et de vente de droits sportifs dits «*premium*». Les échanges ont en particulier concerné l'expérience des membres du REC acquise en matière de définition des marchés (substituabilité des droits sportifs, attractivité des contenus susceptible de varier selon le sport qui fait l'objet de la retransmission), ainsi que l'analyse des effets des mécanismes de vente conjointe et des exclusivités de distribution.

### *Produits pharmaceutiques et santé*

Le sous-groupe de travail « produits pharmaceutiques et santé » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets qui concernent les secteurs du médicament, des services de santé et des matériels médicaux.

En 2011, le sous-groupe de travail s'est réuni à deux reprises, les 18 janvier et 4 octobre.

Une part importante des travaux de l'année a été consacrée à l'échange de points de vue sur les définitions de marché (évolutions éventuelles en fonction du changement de la stratégie des laboratoires face à l'introduction de génériques, rôle des prix réglementés, prise en compte des chocs exogènes), les pratiques unilatérales de manipulation des autorités réglementaires et de dénigrement, et le suivi des transactions entre concurrents.

### *Télécommunications*

Le sous-groupe de travail « télécommunications » a pour objectif de présenter et de débattre de sujets qui concernent le secteur des télécommunications, au regard en particulier des récents développements technologiques.

En 2011, le sous-groupe s'est réuni le 26 septembre.

Les membres du REC ont échangé sur une affaire de pratiques unilatérales tarifaires et sur divers thèmes d'actualité tels que les offres multiplay, les accords de partage de réseau et de co-investissement et la neutralité de l'Internet, à la lumière notamment des travaux du BEREC et des pratiques décisionnelles des ANC. L'Autorité de la concurrence a notamment fait part de son expérience en présentant l'avis 11-A-05 du 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, l'avis 10-A-18 du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'ARCEP portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses, ainsi que l'avis 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, qui a donné lieu par la suite à la conclusion d'un accord d'itinérance domestique 3G entre Orange et Free.

## Activité relative à l'instruction des cas

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

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

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

En pratique, cette information des autres autorités de concurrence, y compris de la Commission européenne, au début de la procédure, se fait par la diffusion, sur l'intranet du Réseau, d'un formulaire type appelé « fiche 11 § 3 » ou fiche « *New case* ». L'élément qui déclenche la mise sur le Réseau d'une affaire réside dans la possible application du droit de l'Union des pratiques anticoncurrentielles et donc dans la possibilité d'une affectation sensible du commerce entre États membres par les pratiques visées. Cet examen est effectué *prima facie* par les services d'instruction aux seules fins de l'information du réseau dans le délai prévu par le règlement, sans préjudice de l'appréciation ultérieure lors de l'enquête et de l'instruction, et, *a fortiori*, de l'appréciation du collègue au moment de la prise de décision.

Concernant la mise sur le réseau des fiches 11 § 3, l'Autorité a diffusé 10 fiches 11 § 3 sur le réseau en 2011, ce qui est en ligne avec les années précédentes si l'on fait abstraction l'année 2010, qui a été exceptionnelle.

Parmi les 27 États membres de l'Union européenne, la France reste, en 2011, 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 29 février 2012, la France a notifié 208 cas au réseau suivie par le Bundeskartellamt de l'Allemagne (149), l'AGCM de l'Italie (93) et le GVH de Hongrie (84).

Ce système d'information mutuelle est essentiel. Il permet de donner à chaque autorité de concurrence une visibilité sur l'activité de ses homologues et, concrètement,

offre la possibilité, pour les rapporteurs qui instruisent les affaires, d'échanger sur des cas réels et de partager leur expérience.

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

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

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

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

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

Cette obligation d'informer la Commission est limitée aux décisions ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie. Pour toutes les autres décisions, l'information de la Commission et des autres ANC est facultative et s'inscrit dans le cadre de l'article 11 § 5 du règlement. En 2010, deux cas ont été signalés à ce titre.

En 2011, l'Autorité de la concurrence a mis 6 « fiches 11 § 4 » sur le réseau (contre 12 en 2010). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence reste l'autorité la plus active en nombre de cas « 11 § 4 » mis sur le Réseau : entre le 1<sup>er</sup> mai 2004 et le 29 février 2012, l'Autorité de la concurrence a diffusé 79 fiches sur le réseau, suivie par le Bundeskartellamt (77) et l'Autorité italienne (77).

Dans le cadre de son rôle de pilote au sein du Réseau européen de la concurrence, la Commission veille à l'application cohérente du droit de l'Union par les autorités nationales de concurrence. Comme en 2010, l'année 2011 confirme un intérêt croissant de la Commission pour les affaires des autorités nationales.

Afin de permettre un suivi global des affaires traitées par les autorités de concurrence, le règlement n° 1/2003 a également prévu la fiche-type dite de *closed case*. Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres

du Réseau de l'issue de leurs procédures. L'Autorité de la concurrence a opté pour une information systématique des membres du Réseau à ce stade. Elle a communiqué 6 cas de ce type en 2011.

### ***Le dessaisissement (article 11 § 6)***

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

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

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

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

L'article 27 du règlement n° 1/2003 prévoit les règles applicables aux auditions. C'est le règlement n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 du TFUE) qui régit le droit à être 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 sur lesquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

Les représentants des autorités de concurrence des États membres peuvent assister à ces auditions. Un temps de parole 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 en matière de pratiques anticoncurrentielles (article 14)***

L'Autorité de la concurrence prend une part active au comité consultatif de la Commission européenne. Institué par l'article 14 du règlement n° 1/2003, le comité consultatif réunit régulièrement les services de la Commission et les représentants des autorités nationales de concurrence, afin de permettre à ces derniers de donner leur avis sur les projets de décision d'entente ou d'abus de position dominante de la Commission européenne. La Commission européenne, dans sa communication relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence du 27 avril 2004, définit ce comité comme « *l'enceinte où les experts des diverses autorités*

*de concurrence examinent certaines affaires ainsi que des questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence».*

La Commission européenne doit consulter le comité consultatif et tenir le plus grand compte de son avis. Le comité consultatif ne donne pas seulement son avis sur des décisions contentieuses de la Commission mais peut également être sollicité pour se prononcer sur des projets de textes (règlement d'application de la Commission européenne, communications et lignes directrices, etc.).

En ce qui concerne les comités consultatifs portant sur des affaires contentieuses, l'année 2011 a été marquée par la poursuite de la mise en œuvre de la procédure de transaction de la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence, précurseur en ce genre de procédure, a étroitement suivie. Plusieurs affaires impliquant des procédures d'engagements ont également été traitées.

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

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

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

L'année 2011 a été marquée par la tenue de six comités consultatifs. Ces opérations ont donné lieu à quatre décisions d'autorisation simple<sup>3</sup> à l'issue d'une enquête de marché approfondie, à une décision d'autorisation sous conditions<sup>4</sup>, et à une décision d'interdiction<sup>5</sup>, dans le secteur du transport aérien.

3. Décisions n° COMP/M. 5907 – Votorantim/Fischer/JV (secteur du jus d'orange); COMP/M. 6106 – Caterpillar/MWM (secteur des groupes électrogènes au gaz pour la production d'énergie); COMP/M. 6214 – Seagate/Activités de production et de vente de HDD de Samsung (secteur des disques durs); COMP/M. 6101 – UPM/Mylykoski (secteur de la production de papier).

4. Décision n° COMP/M. 6203 : Western Digital Ireland/Viviti Technologies (secteur des disques durs).

5. Décision n° COMP/M. 5830 – Olympic Air/Aegean.

# Étude thématique





# Étude thématique : concurrence et transport de voyageurs

<b>Introduction</b>	53
<b>La concurrence dans le marché : les conditions de la réussite</b>	56
<b>Les principes</b>	57
La séparation des activités	59
La tarification de l'accès aux infrastructures et services de transport	64
L'articulation entre obligations de service universel et concurrence	68
La nécessité d'un régulateur sectoriel	70
<b>La régulation concurrentielle</b>	73
Le contrôle des ententes horizontales	73
Position dominante : les risques	76
<b>Les conditions d'une concurrence pour le marché effective</b>	81
<b>Qualité des appels d'offres et dissuasion des ententes</b>	83
Incertitude et coûts de la participation aux appels d'offres	83
Les barrières à l'entrée et les moyens d'encourager la participation	86
Détection et sanction des comportements collusifs	89
<b>Pressions concurrentielles sur les sortants</b>	92
Déterminants de la prime au sortant	92
Les moyens de maintenir la contestabilité du marché	95
<b>Conclusion</b>	97



# Concurrence et transport de voyageurs

## Introduction

Le secteur des transports constitue un secteur à part entière de l'activité économique mais c'est également et avant tout un support de l'activité économique dans son ensemble. Parce qu'ils permettent la réalisation des échanges, c'est-à-dire la rencontre de l'offre et de la demande, les infrastructures et services de transport sont essentiels au bon fonctionnement des marchés. Rien d'étonnant de ce fait à ce que le développement de réseaux européens de transport et l'ouverture à la concurrence des marchés de service de transport aérien, routier, ferroviaire et maritime soient considérés comme des conditions nécessaires à la construction d'un marché unique.

Aussi, à l'instar d'autres industries de réseaux (comme les télécommunications ou l'énergie), le secteur des transports connaît-il, depuis la publication du premier Livre blanc de la Commission européenne sur les transports en 1992<sup>1</sup>, des changements organisationnels majeurs, visant à introduire de la concurrence là où, historiquement, n'intervenaient que des monopoles publics. Les réformes accompagnant ces changements ont par exemple conduit à la libéralisation du transport aérien et à la création d'un ciel unique européen. Elles doivent également permettre l'ouverture du marché du transport ferroviaire de voyageurs dans tous les pays membres à court terme.

Pourtant, parmi les industries de réseaux, le secteur des transports n'est pas celui dont les réformes concurrentielles soient les plus abouties, tout du moins en France, et tout particulièrement dans le secteur ferroviaire<sup>2</sup>. Si la libéralisation du transport routier de marchandises est, depuis la fin des années 1990, à peu près

1. Commission européenne, *Livre blanc sur le développement futur de la politique commune des transports*, COM (92) 0494, 1992, Bruxelles.

2. Voir notamment sur ce point l'étude d'IBM Global Business Services, *Rail Liberalisation Index 2011*, 2011, Bruxelles.

complète, et que la concurrence s'est également très largement développée dans le transport aérien, l'ouverture des marchés du transport ferroviaire et du transport de passagers par autocars est quant à elle loin d'être achevée. Le secteur ferroviaire juxtapose en effet deux situations de monopole distinctes. D'une part, la gestion de l'infrastructure relève d'un monopole naturel. D'autre part, la production de services de transport relève encore largement, en France, d'un monopole légal, la loi portant organisation des transports intérieurs (LOTI) de 1982, désormais consolidée dans le Code des transports, disposant que la SNCF est la seule entreprise à pouvoir fournir des services de transport intérieur de voyageurs. De même, dans le transport public urbain, le recours à des appels d'offres concurrentiels pour l'attribution de contrats de services publics n'est encore qu'une pratique rare dans la plupart des pays membres, même si elle est largement développée en France, hors région parisienne<sup>3</sup>. Enfin, dans le transport maritime, le chargement et le déchargement dans les ports français restent soumis à d'importantes contraintes monopolistiques.

Les enjeux concurrentiels dans le secteur des transports sont donc nombreux et variés, et la pratique décisionnelle de l'Autorité reflète cette richesse des problématiques, qui tient aux particularités du secteur et du contexte dans lequel il se place.

En premier lieu, le secteur des transports a fait l'objet de nombreuses réformes réglementaires, dont certaines sont toujours en cours, et qui s'inscrivent dans le cadre d'une ambitieuse politique européenne des transports. C'est donc un secteur en pleine mutation.

En second lieu, dans les secteurs impliquant des investissements lourds et des coûts fixes importants comme les secteurs aérien et ferroviaire, l'introduction de la concurrence fait naître des problématiques propres à la libéralisation des industries de réseau. Ces problématiques portent sur le degré de séparation des infrastructures et des services, sur la définition des règles du jeu concurrentiel et sur leur surveillance, sur le respect des missions de service public dans un environnement concurrentiel parfois propice à l'écrémage. Ces enjeux, communs aux industries de réseau s'ouvrant à la concurrence, prennent une dimension particulière dans le secteur du transport, notamment ferroviaire, dans la mesure où une de ses singularités est la coexistence, sur un même réseau, de services très différents (par exemple transport de marchandises, de voyageurs, transport à grande vitesse, régional, interurbain), qui partagent des coûts communs alors qu'ils appellent des schémas d'ouverture à la concurrence distincts.

En troisième lieu, la concurrence peut prendre, dans le secteur des transports, différentes formes. Selon les modes de transport, la nature des investissements qu'ils nécessitent, leur degré de redéployabilité, le coût des interfaces physiques et les caractéristiques du réseau (par exemple guidés ou non, d'envergure locale ou

---

3. La loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires (dite loi ORTF) du 8 décembre 2009 va soumettre très progressivement les transports franciliens aux dispositions générales prévues par la LOTI. Les échéances maximales de l'ouverture à la concurrence des services de transport urbain en Île-de-France sont fixées au 31 décembre 2024 pour les lignes régulières de bus, au 31 décembre 2029 pour les lignes de tramway, et au 31 décembre 2039 pour les lignes de métro.

nationale), la nature de la concurrence qui peut se jouer diffère. En France, une concurrence sur le marché existe dans le transport aérien et maritime et est envisagée dans le transport ferroviaire de voyageurs. Cette forme de concurrence, aussi appelée concurrence dans le marché (« *competition within the field* ») permet à plusieurs opérateurs concurrents de servir la demande de ce marché. Sur un marché historiquement confié à un monopole public, elle résulte de la levée de barrières réglementaires et techniques à l'entrée de nouvelles entreprises. Certains secteurs, ou certaines activités, justifient cependant, d'un point de vue technique ou économique, leur gestion par un monopole. Mais dès lors que plusieurs entreprises concurrentes sont susceptibles de répondre à la demande sur les secteurs en question, il est possible d'organiser un appel d'offres pour attribuer à un opérateur le droit de servir un marché particulier, en monopole pour une durée déterminée. En France, cette forme de concurrence, dite concurrence pour le marché (« *competition for the field* »), prédomine dans le secteur du transport urbain et interurbain. Enfin, une concurrence par comparaison (« *yardstick competition* ») peut être introduite dans les cas où une comparaison de l'efficacité de plusieurs monopoles locaux est possible. Ce mode de concurrence fictive revient à fixer le prix des services d'un monopole local en fonction des coûts des monopoles implantés dans d'autres régions. Ce mécanisme existe par exemple dans le secteur de la santé et constitue une des originalités de la réforme du secteur ferroviaire au Japon<sup>4</sup>.

En outre, il s'agit d'un secteur où la concurrence ne s'exerce pas qu'entre opérateurs d'un même mode de transport ; elle est aussi intermodale et, de plus, la plupart des opérateurs de transport terrestre sont multimodaux. Cette caractéristique, propre au secteur des transports, est fondamentale et emporte des conséquences sur l'appréciation des marchés pertinents et des stratégies des acteurs intervenant sur des marchés connexes.

Enfin, à la différence des autres industries de réseau d'envergure nationale ayant été libéralisées (comme les secteurs de l'énergie ou des télécommunications), le secteur des transports est, en France, un secteur où la régulation sectorielle indépendante est inexistante ou, à tout le moins, encore balbutiante. Ainsi, il n'existe pas de régulateur du secteur aérien indépendant et, dans le secteur ferroviaire, la création d'un régulateur sectoriel, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), est récente<sup>5</sup>. Elle n'est d'ailleurs intervenue que plusieurs années après le début de la mise en œuvre de la libéralisation et les compétences de ce régulateur ne s'étendent pas aux autres modes de transport en dépit du développement de l'intermodalité.

Le secteur est donc confronté à des problématiques et enjeux nouveaux, ce qui explique le nombre important de rapports et enquêtes sectorielles réalisés récemment

4. Pour une présentation de la réforme ferroviaire japonaise et des modalités de fonctionnement de la concurrence par comparaison, voir notamment la thèse de doctorat de Julien Lévêque, *Réguler les chemins de fer sur une proposition de la nouvelle économie de la réglementation : « la concurrence par comparaison » (yardstick competition)*, thèse pour le doctorat de sciences économiques, Université Lumière, Lyon 2, 2005, 243 p.

5. L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) a été créée le 9 décembre 2009 et est opérationnelle depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2010.

qui traitent de la concurrence dans les transports<sup>6</sup>, et l'investissement du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence sur ces questions.

La présente étude a pour objet de dresser un bilan concurrentiel du secteur du transport collectif de voyageurs à travers les principales problématiques rencontrées par le Conseil puis par l'Autorité de la concurrence au cours des dernières années. Elle abordera dans une première partie les conditions de réussite d'une concurrence *dans* le marché dans ce secteur, et plus particulièrement, compte tenu du contexte actuel, dans le secteur ferroviaire. Dans une seconde partie, elle présentera les facteurs déterminant l'efficacité de la concurrence *pour* le marché.

## La concurrence dans le marché : les conditions de la réussite

Dans le domaine des transports, la concurrence dans le marché existe depuis plusieurs années dans le secteur aérien ou maritime, qu'il s'agisse du fret ou du transport collectif de personnes. Dans le secteur ferroviaire, elle a été introduite en janvier 2006 pour le fret, et l'opérateur historique est maintenant concurrencé notamment par Veolia et EuroCargoRail. Dans le transport ferroviaire de passagers, elle est amenée à se développer depuis l'ouverture à la concurrence des liaisons internationales : une compagnie alternative à l'opérateur historique (Thello) a ainsi ouvert en décembre 2011 une liaison quotidienne entre Paris, Milan et Venise.

Or, ces secteurs présentent un certain nombre de similitudes qui autorisent à les comparer afin d'analyser les conditions de réussite de la concurrence sur le marché dans le transport. En effet, les réseaux sur lesquels ils s'appuient sont d'envergure nationale voire internationale ; les infrastructures nécessaires à l'exploitation de services de transport dans ces secteurs constituent des infrastructures essentielles, qu'il s'agisse par exemple des aéroports, des systèmes informatisés de réservations, des ports, des voies ferrées ou des gares ; enfin, pendant des décennies, ces services ont été fournis – au moins pour l'aérien et le ferroviaire – par des opérateurs publics en situation de monopole (Air France et SNCF).

6. Sur le **secteur ferroviaire**, on retiendra par exemple les rapports de : H. Haenel, *Des régions à l'Europe : les nouveaux défis des chemins de fer français*, Paris, La Documentation française, 2008 ; Commission européenne, *Study on regulatory options on further market opening in rail passenger transport*, Bruxelles, Everis, 2010 ; Commission européenne, *Situation and perspectives of the rail market*, 2010 ; F. Grignon, *Conditions pour une expérimentation portant sur l'ouverture à la concurrence des services de transports ferroviaires régionaux de voyageurs*, Paris, La Documentation française, 2011 ; Centre d'analyse stratégique, *L'Ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs*, Rapport n° 41, Paris, La Documentation française, 2011 ; sur les **transports urbains et interurbains**, on relèvera en particulier les rapports suivants : Cour des comptes, *Les Transports publics urbains*, 2005 ; Commission européenne, *Study on the implementation of regulation (EC) n° 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road*, 2010 ; UK Competition Commission, *Local bus services market investigation, A report on the supply of local bus services in the UK*, 2011 ; sur le **secteur aérien**, on se référera notamment à : Commission européenne, *Competition impact of airline Code-share agreements*, Steer Davies Gleeve, 2007 ; Commission européenne et United States Department of Transportation, *Transatlantic airline alliances : Competitive issues and regulatory approaches*, 2010.

De plus, ces secteurs sont engagés dans des réformes concurrentielles qui, si elles ne présentent pas le même degré d'achèvement d'un secteur à l'autre, suivent des logiques et des objectifs très similaires et renvoient à des problématiques communes.

Comme toutes les réformes concurrentielles d'industries de réseau, les réformes des secteurs du transport aérien et du transport ferroviaire reposent en effet sur deux principes fondamentaux : segmentation verticale et re-réglementation. En pratique, les restructurations et les changements de réglementation sont en effet les deux faces des politiques de réformes concurrentielles.

Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont été amenés à se prononcer sur toutes les grandes étapes de l'ouverture à la concurrence des différentes industries de réseau<sup>7</sup>. Des nombreux avis qu'elle a rendus concernant plus particulièrement la libéralisation du secteur ferroviaire se dégage un ensemble de principes à respecter pour assurer l'introduction puis le fonctionnement de la concurrence sur le marché. Ces principes sont rappelés dans la partie « Les principes ». La partie « La régulation concurrentielle » revient quant à elle sur les comportements observés dans le secteur des transports qui tendent à limiter la concurrence sur ces marchés. La question de la frontière entre coopération et collusion y est abordée à travers la jurisprudence européenne sur les alliances aériennes. Les formes que peuvent revêtir les abus de position dominante dans le secteur des transports et leur incidence sur la concurrence inter- et intra-modale sont présentées en s'appuyant sur la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité.

### Les principes

La première étape des réformes concurrentielles d'industries de réseau, commune aux secteurs en voie d'ouverture à la concurrence, consiste à distinguer ce qui relève des infrastructures essentielles, et présente donc des caractéristiques de monopole naturel, de ce qui relève du domaine concurrentiel et peut constituer un *level playing field* pour les opérateurs, qu'ils soient historiques ou nouveaux entrants. Souvent, ces industries présentent en effet une structure verticalement intégrée, dans laquelle les éléments non concurrentiels sont associés aux activités qu'il est possible d'ouvrir à la concurrence. De nombreux secteurs réglementés présentent une telle structure : les chemins de fer, les services postaux, les télécommunications, l'électricité, le gaz naturel, etc.

Une fois le terrain du jeu concurrentiel délimité, les règles du jeu doivent être définies. Il s'agit en particulier de préciser les modalités d'accès équitable à la composante non concurrentielle du secteur (le réseau) par les nouveaux entrants, afin que ceux-ci puissent développer leurs activités dans les pans concurrentiels de ce secteur. Il est alors nécessaire de pouvoir trouver le juste équilibre entre, d'une part, les conditions favorables d'accès à l'infrastructure qui permettront

7. L'étude thématique du rapport annuel 2003 du Conseil de la concurrence sur les monopoles publics dans le jeu concurrentiel ainsi que l'étude thématique du rapport annuel 2008 de l'Autorité de la concurrence sur la pratique de ciseau tarifaire fournissent une synthèse de la pratique décisionnelle dans les secteurs des télécommunications et de l'énergie.

à la concurrence de se développer au bénéfice des consommateurs et usagers, et d'autre part, la nécessité de maintenir la qualité du réseau, en assurant au propriétaire ou gestionnaire de l'infrastructure des revenus suffisants pour l'entretien et le développement de celle-ci.

L'équilibre recherché nécessite une connaissance assez fine des coûts relatifs à l'infrastructure essentielle, de leur structure comme de leur niveau. L'acquisition par le régulateur de cette information est cependant d'autant plus complexe que l'opérateur historique est verticalement intégré, et que sa comptabilité ne permet pas d'opérer les distinctions souhaitées entre ses différentes activités. En outre, l'entreprise détenant ou gérant l'infrastructure essentielle est par principe bien mieux informée que le régulateur ou les entrants potentiels, s'agissant non seulement des éléments propres au réseau auquel elle doit donner l'accès, mais aussi des caractéristiques du secteur, telles que la structure de la demande. Ces asymétries d'information peuvent conduire à une estimation incorrecte des coûts liés à l'infrastructure, et par conséquent peuvent distordre l'efficacité de la régulation du secteur non concurrentiel et l'effectivité de la concurrence dans les activités ouvertes aux nouveaux entrants.

Aussi, une condition nécessaire à la libéralisation d'un secteur intégré verticalement consiste à instaurer une séparation comptable et financière entre les entités de l'opérateur historique exerçant les activités non concurrentielles et celles opérant sur les secteurs en voie d'ouverture à la concurrence.

Néanmoins, dans les secteurs comme les industries de réseau, une simple séparation comptable a peu d'incidence sur les incitations de l'opérateur historique à adopter des comportements anticoncurrentiels. Si elle permet de faciliter la détermination des prix d'accès et peut suffire à déceler des subventions croisées<sup>8</sup>, elle ne modifie pas l'intérêt que peut trouver l'entreprise en monopole sur l'infrastructure essentielle à mettre en œuvre des stratégies d'éviction ou d'exploitation sur les marchés aval, amont ou complémentaires ouverts à la concurrence. C'est pourquoi, dans les secteurs caractérisés par la présence d'infrastructures essentielles, une séparation plus prononcée est recommandée afin de permettre l'exercice d'une concurrence effective<sup>9</sup>.

Différents degrés de séparation des segments d'activité sont alors possibles, de la séparation fonctionnelle à la séparation patrimoniale (ou structurelle). La mise en œuvre d'une telle séparation vise à faciliter l'accès au réseau par les nouveaux entrants et à préciser et vérifier les principes de tarification non discriminatoire de l'accès aux infrastructures, tout en veillant à ce que les obligations de service public soient respectées dans un environnement concurrentiel. L'intervention d'un régulateur sectoriel fort est alors souhaitable. L'étendue de son contrôle doit être dans ce cadre d'autant plus importante que les garanties en matière de séparation des

8. Voir sur ce point la décision 12-D-04 du 23 janvier 2012.

9. De manière générale, dès lors que l'opérateur historique verticalement intégré dispose de moyens difficiles à dupliquer par d'autres opérateurs (par exemple un réseau mais aussi une base de clientèle ou une marque notoire), une séparation plus poussée que la séparation comptable est recommandée. Voir notamment sur ce point l'avis 11-A-02 du 20 janvier 2011 et la décision 12-D-04 précitée.

activités bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux et des activités dans le champ concurrentiel sont faibles.

### *La séparation des activités*

Le premier principe des réformes concurrentielles d'industries de réseau vise à restreindre le champ du monopole aux segments de son activité dont les rendements sont croissants, c'est-à-dire, en général, aux infrastructures physiques dont il n'est pas souhaitable qu'elles soient dupliquées (réseaux de transport d'électricité, infrastructures ferroviaires, boucles locales des télécommunications), et à ouvrir les autres segments (généralement les services) à la concurrence.

Les travaux d'économie industrielle des trois dernières décennies ont en effet mis en avant que la persistance de monopoles verticalement intégrés, assurant à la fois la gestion des infrastructures et leur exploitation, est difficilement compatible avec l'établissement d'une juste concurrence parce qu'elle est synonyme de rente informationnelle et de risques de verrouillage des marchés potentiellement concurrentiels ou encore d'éviction des nouveaux opérateurs de ces marchés. Pour que des opérateurs concurrents ne soient pas dissuadés d'entrer sur des marchés présentant ces caractéristiques, il faut leur garantir le libre accès au réseau à des conditions équitables, ce qui suppose généralement de séparer verticalement les maillons d'infrastructure des maillons potentiellement concurrentiels.

Ce principe de séparation verticale entre les activités en monopole et les activités ouvertes à la concurrence des industries de réseau est au premier plan des avis du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence, qui le considèrent comme une condition minimale afin d'assurer le bon fonctionnement de la concurrence. Dans l'avis 98-A-05<sup>10</sup>, le Conseil de la concurrence, s'exprimant sur les principes permettant d'assurer le fonctionnement concurrentiel du marché de l'électricité, soulignait ainsi que « *lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activités, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés. Les autorités de concurrence considèrent généralement que la séparation des comptes constitue une condition nécessaire à l'exercice du contrôle du respect des règles de concurrence* ». Il ajoutait, dans l'avis 00-A-29 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité<sup>11</sup>, que « [la] séparation [entre activités] vise à résoudre le problème posé par la coexistence, au sein d'un même opérateur historique intégré, d'activités de production et d'acheminement de l'électricité. Elle doit garantir que l'opérateur du réseau n'utilise pas son monopole de transport pour avantager les installations de production de son entreprise au détriment des compétiteurs. Elle doit aussi permettre de veiller à ce que les conditions d'accès

10. Avis 98-A-05 du 28 avril 1998.

11. Avis 00-A-29 du 30 novembre 2000.

*aux réseaux soient identiques pour toutes les installations de production, en vérifiant l'orientation vers les coûts de la tarification adoptée, son caractère non discriminatoire et l'absence de subventions croisées entre activités».*

Ces questions sont actuellement au cœur des préoccupations de l'Autorité concernant le secteur ferroviaire. Dans le secteur aérien, où la séparation des infrastructures aéroportuaires et de l'exploitation est patrimoniale, ce sujet est de moindre importance, même si la participation de l'État dans les sociétés aéroportuaires et dans la principale compagnie aérienne nationale, combinée à l'existence de droits du grand-père<sup>12</sup>, peuvent faire craindre que des difficultés de même nature se présentent<sup>13</sup>.

## **La création de RFF ou le paradoxe de la séparation juridique sans séparation fonctionnelle**

Dans le secteur ferroviaire, le Conseil puis l'Autorité ont été particulièrement attentifs au respect de ce principe de segmentation verticale, traduit dans la directive européenne n° 91/440/CEE, qui impose aux États membres d'opérer une séparation au moins comptable entre la gestion des infrastructures et l'exploitation des services.

En transposant cette directive, la France a fait le choix d'aller au-delà d'une séparation comptable. La création en 1997 de Réseau Ferré de France (RFF), établissement public à caractère industriel et commercial en charge de la gestion du réseau ferré, marque en effet la séparation juridique entre infrastructures et services.

En réalité cependant, comme l'a souligné l'Autorité dans plusieurs avis relatifs à la réforme du secteur ferroviaire, *« le dispositif français reste ambigu. La création de Réseau Ferré de France (RFF), auquel la SNCF a transféré la propriété du réseau ferré national, n'a pas été accompagnée d'une répartition des moyens entre les deux entités conformes à leurs missions. Le transfert d'une partie des actifs et de la dette de la SNCF vers RFF a répondu à une logique financière alors qu'il aurait dû être conçu avant tout comme un transfert de compétences visant à séparer les activités devant s'ouvrir à la concurrence (le transport) de celles liées à la gestion des infrastructures devant nécessairement rester en monopole, cette séparation étant considérée comme un préalable à l'ouverture à la concurrence<sup>14</sup> ».*

Aussi, malgré la séparation juridique entre RFF et la SNCF, la gestion de l'infrastructure et son exploitation demeurent fonctionnellement imbriquées puisque la SNCF exerce la gestion déléguée de l'infrastructure pour le compte de RFF : elle est donc à la fois client et sous-traitant de RFF. À l'opposé, RFF est le principal fournisseur de service d'accès de la SNCF (qui en est le principal client) et le

12. Les droits du grand-père, ou droits acquis, sont le mécanisme usuel d'allocation des créneaux aéroportuaires. Selon ce mécanisme, une compagnie qui dispose d'un créneau en garde le bénéfice aussi longtemps qu'elle continue à l'exploiter. Les compagnies en place sont donc propriétaires *de facto* des créneaux hérités des périodes antérieures. Un tel système constitue une barrière à l'entrée très importante puisqu'il entérine la position dominante des compagnies en place.

13. Avis 10-A-04 du 22 février 2010.

14. Avis 08-A-17 du 3 septembre 2008.

premier client de la branche infrastructure de l'opérateur historique. L'insuffisance des compétences techniques et des moyens matériels et humains mis à disposition de RFF implique que cette dernière n'est pas « *en mesure aujourd'hui de conduire réellement l'attribution des sillons et de le faire dans des conditions garantissant une stricte égalité entre les transporteurs*<sup>15</sup> ».

Ce déséquilibre de compétences entre le gestionnaire d'infrastructure, RFF, et l'exploitant, SNCF, et l'insuffisante séparation fonctionnelle qui en résulte ont été soulignés à plusieurs reprises par l'Autorité, en particulier dans les avis 08-A-17 et 11-A-15, dans lesquels elle notait que « *le modèle défini en matière de gestion des infrastructures de services de réseau ferré national [...] n'est pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire*<sup>16</sup> ». Aussi, à l'instar de la Cour des comptes<sup>17</sup>, l'Autorité a-t-elle recommandé que RFF se voie transférer *a minima* « *les services nationaux et régionaux [de la SNCF] spécialement chargés de l'attribution des sillons* ». Mais l'option plus lourde consistant à « *transférer à RFF toutes les directions de la SNCF en charge de la gestion effective du réseau* » faisait également partie des recommandations de l'Autorité.

De manière générale, le transfert de la propriété des infrastructures essentielles à une entreprise distincte de l'opérateur de service est l'option privilégiée par l'Autorité qui, comme la Commission européenne, la considère comme le moyen le plus efficace économiquement pour assurer l'accès non discriminatoire de l'ensemble des opérateurs aux infrastructures<sup>18</sup>. Elle supprime tout risque de conflit entre les différentes activités de l'opérateur historique (subventions croisées, recueil d'informations sur la stratégie commerciale des concurrents) et réduit les coûts de contrôle. Cette option présente en outre, dans ce cas particulier, l'avantage de prévenir les risques de confusion entre les fonctions de régulation et d'exploitation et donc de non-respect de l'article 106 TFUE<sup>19</sup>; elle apparaît donc plus conforme aux objectifs du « premier paquet ferroviaire », qui comprend la directive n° 91/440/CEE telle qu'elle a été modifiée et la directive n° 2001/14/CE.

Lorsqu'une séparation patrimoniale n'est pas possible à court ou moyen terme, en raison par exemple de difficultés liées au transfert des personnels, l'Autorité admet cependant comme solution de second rang la filialisation des entités de l'opérateur historique assurant des activités différentes. L'option consistant à opérer une séparation fonctionnelle ne peut quant à elle être envisagée que transitoirement, et à la condition qu'elle s'accompagne d'une réelle séparation comptable.

Cette position générale est celle qu'a adoptée l'Autorité en ce qui concerne la gestion des gares, qui a fait l'objet de plusieurs avis<sup>20</sup>.

15. Avis 08-A-17 précité.

16. Avis 11-A-15 du 29 septembre 2011.

17. Cour des comptes, *Le Réseau ferroviaire. Une réforme inachevée, une stratégie incertaine*, Rapport du 16 avril 2008, Paris, La Documentation française, 169 p.

18. Voir avis 09-A-55 du 4 novembre 2009.

19. CJCE, 13 décembre 1991, RTT/BG-Inno-BM SA, aff. 18/88, Rec. p. I-5941; CJCE, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) contre Elliniko Dimosio*, C-49/07, Rec. p. I-4863; CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, n° 308564.

20. Avis 09-A-55 précité, 11-A-15 précité, 11-A-16 du 29 septembre 2011.

## Le problème de la gestion des gares

La loi n° 97-135 du 13 février 1997 a transféré à RFF la pleine propriété des biens constitutifs de l'infrastructure ferroviaire, qui comprennent, « *les voies, y compris les appareillages fixes associés, les ouvrages d'art et les passages à niveau, les quais à voyageurs et à marchandises, les triages et les chantiers de transport combiné, les installations de signalisation, de sécurité, de traction électrique et de télécommunications liées aux infrastructures, les bâtiments affectés au fonctionnement et à l'entretien des infrastructures*<sup>21</sup> ». Aussi, comme l'a relevé l'Autorité, les biens dévolus à l'exploitation des services de transport, que sont les gares, les ateliers de fabrication, de maintenance et de stockage des équipements liés à l'infrastructure ou encore les immeubles administratifs, sont donc exclus de ce transfert à RFF.

Or, comme l'a souligné l'Autorité à plusieurs reprises, notamment dans l'avis 09-A-55, les gares ferroviaires présentent les caractéristiques d'infrastructures essentielles au transport ferroviaire. « *Elles sont en effet indispensables à un opérateur économique pour pouvoir offrir un service ou un produit sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel se trouvent ces infrastructures.* » Il est en outre impossible de les reproduire par des moyens raisonnables.

Le fait qu'en France ces installations soient gérées exclusivement par l'opérateur historique soulève donc un ensemble de questions, d'autant que plusieurs expériences étrangères, notamment allemande et italienne, ont révélé que l'accès des nouveaux entrants aux espaces en gares est souvent rendu difficile par l'opérateur historique et ce, même lorsque le gestionnaire des gares et l'exploitant issu du monopole historique sont filialisés, comme en Allemagne<sup>22</sup>. De plus, l'expérience de libéralisation du secteur aérien a montré que les positions dominantes des compagnies nationales dans certains aéroports constituaient l'un des freins les plus importants à l'ouverture à la concurrence dans ce secteur. Dans le secteur ferroviaire, en l'absence de séparation juridique, il est donc encore plus probable que ces difficultés existent et viennent entraver le libre jeu de la concurrence entre opérateurs de transport ferroviaire.

C'est pourquoi le choix organisationnel de l'opérateur historique consistant à créer, au sein de la SNCF, une direction autonome chargée de la gestion des gares (Gares & connexions) a fait l'objet d'une attention particulière de la part de l'Autorité de la concurrence, qui a considéré qu'il n'était pas pleinement satisfaisant, et ce à plusieurs égards.

Premièrement, concernant la gouvernance de la branche en charge de la gestion des gares, l'Autorité a estimé que la nomination et la révocation du directeur de Gares & connexions, qui restent soumises à l'appréciation du conseil d'administration de la SNCF et de son président, ne pouvaient caractériser une véritable autonomie.

21. Article 5 de la loi n° 97-135.

22. Voir Commission européenne, *Study on regulatory options on further market opening in rail passenger transport*, Everis, Bruxelles, 2010.

Deuxièmement, l'Autorité a considéré que la structure financière très fragile de Gares & Connexions la rend très dépendante du reste de la SNCF, ce qui pourrait se traduire par un renchérissement du prix demandé pour l'accès aux gares et serait donc préjudiciable à l'entrée de nouveaux transporteurs sur le marché. En outre, en matière d'investissements, l'indépendance de Gares & Connexions sur le plan financier est toute relative puisque la délégation de pouvoir de la branche est limitée aux opérations n'excédant pas un montant total de 15 millions d'euros. «*Il en découle que, pour les opérations les plus importantes concernant les grandes gares parisiennes [où la concurrence est susceptible d'être la plus vive], la décision relèvera du président [de la SNCF], dont la fonction le conduit logiquement à connaître les projets de toutes les autres branches de la SNCF*<sup>23</sup>.» Le risque est donc réel que les investissements soient davantage orientés au bénéfice de la SNCF qu'à celui de ses concurrents.

Troisièmement, l'Autorité a estimé que les règles qui s'imposent à la SNCF en matière de protection des informations commerciales communiquées par les nouveaux entrants à l'occasion de leur demande d'accès aux gares notamment ne présenteraient pas les garanties suffisantes pour éviter que l'opérateur historique dispose d'un avantage concurrentiel indu. De même, l'Autorité a relevé que le fait que les transporteurs concurrents demandant des prestations d'accès aux gares doivent s'adresser à un service de la direction générale de la SNCF<sup>24</sup> présentait le risque que la SNCF connaisse les projets des transporteurs concurrents bien en amont de leur mise en place.

Enfin, dans la mesure où les gares constituent le point de jonction des autres réseaux de transport et représentent de ce fait un enjeu sur les marchés connexes de transport où la SNCF est également présente<sup>25</sup>, l'Autorité a souligné que le manque d'indépendance de la branche Gares & Connexions vis-à-vis des activités concurrentielles de l'EPIC est de nature à fausser le jeu de la concurrence sur d'autres marchés que celui du transport ferroviaire<sup>26</sup>. En premier lieu, il existe un risque que la SNCF propose aux autorités organisatrices de transport une offre intégrant différents modes de transport qui présenterait un avantage concurrentiel significatif auquel les autres opérateurs de transport ne peuvent prétendre. En second lieu, il existe un risque que la SNCF, *via* Gares & Connexions, favorise sa filiale Effia lors de l'attribution des contrats d'exploitation des parcs de stationnement aux abords des gares. L'Autorité a également considéré que la puissance financière de la SNCF pourrait lui permettre de supporter dans le temps des pertes élevées dans le cadre de ses activités de diversification et, par conséquent, de se livrer à des pratiques de prix prédateurs sur les marchés sur lesquels elle entend se diversifier ou qu'elle souhaite protéger de la concurrence. Enfin, l'Autorité a souligné qu'il existait un risque que les informations relatives au transport ferroviaire (par

23. Avis 11-A-15 précité.

24. La PSEF est la plateforme de services aux entreprises ferroviaires.

25. La SNCF est en effet un opérateur multimodal présent sur l'ensemble de la chaîne de transport, du train au vélo, en passant par les prestations liées au transport urbain (par bus, métro, tramway) ou la gestion de parcs de stationnement, à travers sa filiale Effia.

26. Avis 09-A-55 précité.

exemple les horaires) ne soient pas transmises dans des conditions non discriminatoires aux opérateurs concurrents de la SNCF, tant sur le marché du transport ferroviaire<sup>27</sup> que sur ceux du transport urbain et interurbain<sup>28</sup>.

Fort de son expérience de l'ouverture à la concurrence d'autres industries de réseau, l'Autorité, considérant les risques que l'organisation actuelle de l'opérateur historique fait peser sur le fonctionnement de la concurrence, s'est prononcée en faveur d'une séparation juridique entre la SNCF et Gares & Connexions. Toutefois, consciente de la difficulté à mettre en œuvre une telle séparation dans un secteur caractérisé par des rigidités multiples, elle a admis qu'une séparation fonctionnelle entre les activités de transporteur et de gestionnaire de gares puisse perdurer à court terme, à la condition que soit opérée sans attendre « une répartition stricte des compétences sur les plans fonctionnel, financier, opérationnel et humain<sup>29</sup> ».

### ***La tarification de l'accès aux infrastructures et services de transport***

Le Conseil puis l'Autorité ont eu l'occasion à de multiples reprises de se pencher sur la question de la tarification de l'accès aux infrastructures essentielles, et ce dans des secteurs aussi variés que l'électricité, le gaz ou les télécommunications. De cette expérience consultative se dégage un ensemble de conditions nécessaires à la fixation de tarifs d'accès transparents, objectifs et non discriminatoires qui ont déjà fait l'objet d'une étude thématique du Conseil<sup>30</sup>. La présente étude se limitera donc à présenter les implications de ces conditions dans les secteurs ferroviaire et aérien. Elle abordera également, dans un deuxième temps, la question de la tarification et de l'affectation des activités non régulées, qui est propre au secteur du transport, et que le Conseil puis l'Autorité ont abordée dans les avis 10-A-04 sur la privatisation des aéroports français et 11-A-15 sur les gares de voyageurs.

### **La tarification de l'accès aux infrastructures essentielles**

La tarification applicable aux entreprises de transport utilisant les infrastructures essentielles, qu'il s'agisse des voies ferrées, des services en gare ou des aéroports, est un élément fondamental des conditions d'accès au marché et par là même de l'exercice de la concurrence. Les principes permettant une tarification de l'accès à ces infrastructures transparente, objective et non discriminatoire sont communs aux industries de réseau s'ouvrant à la concurrence. Pour le secteur ferroviaire, ils sont détaillés dans l'avis 11-A-15 relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, qui a précédé le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012.

27. Avis 11-A-15 précité.

28. Avis 09-A-55 précité et 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.

29. Avis 11-A-15 précité.

30. Conseil de la concurrence, *L'orientation des prix vers les coûts*, « Étude thématique », Rapport annuel 2006, Paris, La Documentation française.

### *La connaissance des coûts*

De manière évidente, la régulation de la tarification de l'accès aux infrastructures essentielles nécessite de connaître les coûts supportés par les gestionnaires des infrastructures. Plus précisément, « *il est nécessaire d'identifier séparément les coûts variables et les coûts fixes et de les mesurer, car ils n'appellent pas le même type de couverture*<sup>31</sup> ».

Dans les secteurs aérien comme ferroviaire, cette condition n'a rien d'une évidence ; **la définition et l'évaluation des coûts** dans une industrie de réseau s'ouvrant à la concurrence et où coexistent des services très différents (par exemple, transport de fret ou de voyageurs, à grande vitesse ou régional) sont des tâches complexes et peuvent donner lieu à des manipulations stratégiques par l'opérateur historique, qui dispose à cet égard d'un avantage informationnel considérable<sup>32</sup>. Une base de charges trop large peut en effet servir à dissuader l'entrée de concurrents voire à les évincer<sup>33</sup>. « *Un montant excessivement élevé des tarifs au regard des coûts supportés [...] pourrait [également] donner lieu à des pratiques de subventions croisées entre les activités [réglementées et les métiers soumis à la concurrence]*<sup>34</sup>. » C'est pourquoi l'Autorité a déploré, dans l'avis 08-A-18, l'absence de repérage et de mesures des coûts fixes et variables relatifs à la construction et au fonctionnement du réseau ferré français, mesures pourtant indispensables à la bonne détermination des redevances d'utilisation de ce réseau<sup>35</sup>.

### *Les critères de modulation des tarifs*

Le second élément relatif à la tarification auquel l'Autorité est particulièrement attentive concerne **les critères de modulation des tarifs** et leurs règles d'application. En raison des économies d'échelle que peut engendrer l'utilisation croissante d'une infrastructure, ou au contraire des effets de congestion qui peuvent résulter de son usage trop intense, les tarifs d'accès aux infrastructures ne sont pas nécessairement uniformes. Des modulations peuvent être introduites, par exemple en vue de limiter des externalités négatives telles que les problèmes de congestion des réseaux, l'objectif principal de ces critères de modulation étant avant tout de « *permettre la plus juste rémunération de l'utilisation par les entreprises [...] des infrastructures du réseau [...]*<sup>36</sup> ». « *De telles modulations ne peuvent cependant être compatibles avec le principe de non-discrimination qu'à de strictes conditions. La modularité pourrait en effet être utilisée par l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle à des fins anticoncurrentielles, particulièrement lorsque celle-ci est verticalement intégrée, en faisant par exemple supporter à tout ou partie de ses concurrents des tarifs artificiellement élevés en comparaison de ceux facturés en interne pour ses propres besoins*<sup>37</sup>. » « *La*

31. Avis 08-A-18 du 13 octobre 2008.

32. Voir sur ce point l'avis 10-A-04 du 22 février 2010.

33. Voir sur ce point l'avis 05-A-25 du 15 décembre 2005.

34. Avis 05-A-04 du 4 février 2005.

35. Avis 08-A-18 précité.

36. Avis 11-A-15 précité.

37. Avis 11-A-15 précité.

*tentation existe, en effet, pour les opérateurs intégrés, de placer le maximum de charges sur les activités en monopole au bénéfice des activités en concurrence*<sup>38</sup>.»

C'est pourquoi l'Autorité a examiné avec la plus grande attention les critères de modulation des redevances d'utilisation du réseau ferré<sup>39</sup> et d'accès aux services des gares<sup>40</sup>, et déploré, dans les deux cas, la complexité et le manque de transparence des critères retenus<sup>41</sup>. Elle relevait ainsi, concernant le prix des sillons, que *« les tarifs sont appelés à satisfaire des critères multiples, hétérogènes et susceptibles de justifier tout réajustement tarifaire. Il en découle que la transparence et la stabilité de la règle du jeu tarifaire ne sont pas assurées, alors qu'elles sont d'autant plus nécessaires que le secteur s'ouvre à la concurrence et que de nouveaux opérateurs arrivent sur le marché*<sup>42</sup> ». Elle notait en outre, concernant les redevances d'accès aux services en gare, que *« la possibilité offerte aux gestionnaires d'infrastructures de services de pouvoir modifier chaque année, sans justification préalable et sans contrôle, les éléments de modulation de la redevance versée par les entreprises ferroviaires induit un risque majeur d'arbitraire, donc d'imprévisibilité génératrice elle-même de barrière à l'entrée sur le marché*<sup>43</sup> ».

### *Les propriétés incitatives des schémas de tarification*

L'un des enjeux de la régulation de la tarification de l'accès aux infrastructures essentielles est également d'inciter le gestionnaire d'infrastructures à optimiser l'usage de l'infrastructure tout en maintenant ses incitations à investir. Deux modes de tarification alternatifs, aux propriétés incitatives très différentes, sont étudiés dans la littérature économique. Le choix d'un mode plutôt que d'un autre a nécessairement des conséquences sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché des services utilisant ces infrastructures.

La tarification de type *« cost plus »* ou *« rate of return »* garantit au gestionnaire le recouvrement des coûts encourus auxquels est ajoutée une marge *« raisonnable »* visant à rémunérer le coût du capital. Cette tarification n'incite pas le gestionnaire à minimiser ses coûts puisque son bénéfice espéré est fixé *ex ante*, indépendamment du niveau des coûts encourus. En outre, ce mode de tarification peut conduire au surinvestissement, dans la mesure où les recettes nettes du gestionnaire d'infrastructures dépendent positivement de ses investissements en capital.

Le second schéma de tarification, de type *« price cap »*, détermine *ex ante* un plafond de prix (ou de recettes) fixé sur la base des coûts anticipés. Les variations de coût – à la hausse ou à la baisse – ne conduisent donc pas à une modification de plafond, ce qui incite davantage le gestionnaire à la minimisation des coûts, dont il conservera l'entier bénéfice, et à des choix d'investissements rationnels.

38. Avis 00-A-29 du 30 novembre 2000.

39. Avis 97-A-09 du 26 mars 1997 et 08-A-18 précité.

40. Avis 11-A-15 précité.

41. Ce point a également été discuté pour ce qui concerne les redevances pour services rendus sur les aéroports dans l'avis 05-A-15 du 11 juillet 2005.

42. Avis 08-A-18 précité.

43. Avis 11-A-15 précité.

Aussi ce deuxième mode de tarification est-il préféré par l'Autorité de la concurrence qui y voit, de manière générale, un moyen d'introduire une « *contrainte externe d'efficacité* » dans une situation de monopole<sup>44</sup>. Dans le cas particulier de la tarification appliquée au gestionnaire des gares, elle considère en outre que le mécanisme de type « *price cap* » permet de « *prévenir les risques de renchérissement des redevances versées par les opérateurs au gestionnaire et d'éviter des choix d'investissements sous-optimaux ou ne bénéficiant pas à l'ensemble des entreprises ferroviaires présentes en gare* »<sup>45</sup>. Parce qu'elle incite à l'optimisation des choix d'investissements ayant vocation à être financés partiellement par les entreprises ferroviaires, la tarification de type « *price cap* » favorise le développement de la concurrence.

### La tarification des activités non régulées : simple caisse ou double caisse ?

Les redevances d'accès aux infrastructures d'accueil de voyageurs, comme les aéroports ou les gares ferroviaires, que versent les transporteurs aux gestionnaires de ces infrastructures essentielles, ne sont pas les seules ressources qu'elles permettent de dégager. Les gares comme les aéroports engendrent également des recettes par leurs activités commerciales (revenus des commerces, parkings) qui n'entrent pas dans le périmètre des activités régulées. Cette double source de revenus est liée au caractère biface de ces plateformes. Il existe en effet des externalités entre les activités de transport et les activités commerciales que ces plateformes permettent de réaliser. Plus les compagnies ferroviaires ou aériennes transportent de voyageurs, plus le nombre de clients potentiels des commerces et donc le bénéfice attendu des activités non régulées sont importants. En conséquence, la demande d'espaces commerciaux dans les gares ou les aéroports dépend du nombre de voyageurs y transitant.

Cette caractéristique des infrastructures d'accueil des voyageurs soulève le problème de l'affectation des recettes commerciales, que la littérature économique a largement abordé, au moins en ce qui concerne les aéroports.

Deux systèmes d'affectation des recettes commerciales sont traditionnellement distingués : le principe dit de la « *caisse unique* » et le système dit de la « *double caisse* ». Dans le système de caisse unique, les recettes commerciales d'une infrastructure de services participent à la couverture des charges de celle-ci au même titre que les redevances d'accès. Il s'agit donc d'un système de mutualisation des recettes : chaque euro gagné sur l'activité commerciale vient réduire d'autant le niveau de redevances facturées aux entreprises utilisatrices. Dans le système alternatif de double caisse en revanche, les charges des infrastructures de services sont intégralement financées par le produit des redevances d'accès, le bénéfice des recettes commerciales revenant intégralement au gestionnaire d'infrastructure.

Comme le rappelait l'Autorité dans l'avis 10-A-04 sur la privatisation des aéroports français, « *la justification économique du système de "caisse unique" [...] repose*

44. Avis 05-A-11 du 17 juin 2005.

45. Avis 11-A-15 précité.

*sur le fait que les recettes non aéronautiques (liées aux boutiques ou aux parkings) sont largement liées à l'accueil des passagers aériens et que les compagnies doivent pouvoir bénéficier des retombées du trafic aérien par le biais d'une réduction des redevances aéroportuaires qu'elles acquittent». De son côté, la justification économique du système alternatif de la « double caisse » « repose sur l'opportunité que les prix de l'utilisation des infrastructures portuaires reflètent la rareté de celles-ci dans un contexte de saturation croissante du secteur. Par ailleurs, les recettes commerciales ne sont pas uniquement liées au trafic aérien mais résultent également de la qualité de l'offre commerciale mise en place par le gestionnaire d'aéroport, qui est ainsi fondé à en conserver le bénéfice ».*

Le choix d'un mode d'affectation des recettes commerciales n'est pas neutre du point de vue de la concurrence. L'Autorité de la concurrence a ainsi souligné, dans l'avis 10-A-04, que le système de la double caisse accentue le risque de transferts de charges et de ressources entre les différentes activités des sociétés aéroportuaires et est donc « susceptible de favoriser la hausse des redevances ou la réduction des dépenses d'investissements des exploitants dans les infrastructures aéroportuaires ». De même, dans l'avis 11-A-15 relatif au rôle des gares, elle relevait que le système de double caisse « ne permet [...] pas de faire pleinement bénéficier les entreprises ferroviaires, par le biais de réductions de redevances, des recettes commerciales que le trafic qu'elles réalisent permet de dégager ». Au contraire, la mutualisation des recettes commerciales permise par le système de simple caisse « permet de réduire la base de charges et, partant, de réduire les redevances en gares demandées aux entreprises ferroviaires ». Ce faisant, le système de simple caisse est susceptible de faciliter l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises ferroviaires et d'entraîner une baisse des tarifs proposés aux voyageurs et/ou une amélioration de la qualité des services qui leur sont proposés. En facilitant le développement de la concurrence sur le marché du transport ferroviaire et donc l'augmentation du trafic, ce système permet en outre d'accroître la concurrence entre les concessionnaires d'espaces commerciaux, attirés par le développement de leur clientèle potentielle.

Toutefois, une affectation systématique et complète des recettes commerciales peut présenter l'inconvénient de limiter les incitations du gestionnaire des infrastructures (gares, aéroports) à investir dans le développement ou l'amélioration des activités liées aux prestations non régulées dans la mesure où il ne bénéficie que marginalement du fruit de ses efforts de valorisation des infrastructures.

Aussi l'Autorité s'est-elle prononcée pour une affectation partielle des recettes commerciales à la baisse des redevances, le solde des résultats nets étant laissé au gestionnaire des infrastructures<sup>46</sup>.

## ***L'articulation entre obligations de service universel et concurrence***

La problématique des relations entre service universel et concurrence a été abondamment discutée dans la littérature tant juridique qu'économique, et tout

46. Avis 11-A-15 précité.

particulièrement en France. Dans les secteurs fortement capitalistiques, il est important d'éviter que la tarification dans un secteur ouvert à la concurrence ne s'aligne sur le coût marginal de court terme, limitant les investissements et remettant en cause les missions de service universel. L'autre question centrale concerne les modalités de financement du service universel.

Comme le rappelait le Conseil dans son étude thématique sur les monopoles publics dans le jeu concurrentiel<sup>47</sup>, dans l'exercice de leurs missions publiques, les entreprises publiques sont assujetties à des obligations de service universel : présence sur l'ensemble du territoire et desserte des zones non rentables, péréquation tarifaire entre catégories de clients ou zones géographiques. Ces contraintes traduisent des objectifs implicites de redistribution entre diverses catégories d'usagers. Historiquement, ce sont les opérateurs historiques qui, dans la plupart des cas, ont assumé la mise en œuvre effective de ces obligations. Le cadre de monopole permet un financement des obligations de service universel par des subventions croisées, qui reflètent des transferts entre catégories d'usagers.

Or, l'arrivée de nouveaux entrants sur des marchés auparavant exploités par des monopoles remet en cause ce système de financement par péréquation interne des obligations de service universel. L'ouverture à la concurrence peut en effet conduire les nouveaux entrants à se concentrer sur les segments d'activités ou les catégories d'usagers les plus rentables. Ce phénomène d'« écrémage » peut alors entraîner l'abandon de certains services ou, à tout le moins, engendrer une modification substantielle du partage du financement des segments non rentables entre usagers et contribuables au détriment de ces derniers.

Ces problèmes se posent avec d'autant plus d'acuité dans le secteur des transports collectifs qu'ils répondent non seulement aux missions de service universel « classiques » définies plus haut (comme la présence sur l'ensemble du territoire ou le maintien de lignes peu fréquentées) mais aussi à des missions d'intérêt général relevant de considérations environnementales (réduction des émissions de CO<sub>2</sub> ou de la congestion routière en zone urbaine), de sécurité (réduction des accidents de la route), d'aménagement du territoire et/ou de cohésion sociale.

Toutefois, comme l'a souligné le Conseil, « ces obligations ne nécessitent pas, par nature, que l'opérateur qui en est chargé se trouve en situation de monopole public » et il convient de veiller à ce que l'opérateur historique ne tire pas argument des obligations de service universel pour justifier une définition large des droits exclusifs qui peuvent lui être accordés<sup>48</sup>. Le financement et l'allocation des obligations de service universel sont en effet possibles dans un cadre concurrentiel. Pour éviter de déstabiliser le financement des segments d'activité les moins rentables, divers instruments sont envisageables : « fonds de compensation alimenté par des taxes sur les opérateurs ou des dotations de l'État, procédures d'enchère négative pour les zones

47. Conseil de la concurrence, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, « Étude thématique », Rapport annuel 2003, Paris, La Documentation française.

48. *Ibid.*

*non rentables, système de pay or play où chaque opérateur choisit d'assurer l'obligation ou d'y contribuer financièrement».*

L'Autorité n'a pas encore été amenée à se prononcer sur l'instrument le plus approprié pour conjuguer obligations de service universel et concurrence **sur** le marché des transports collectifs, en particulier ferroviaire. En revanche, comme cela sera abordé plus loin, le financement et l'allocation des obligations de service universel dans les secteurs de transport où prévaut une concurrence **pour** le marché, comme le transport public urbain ou le transport maritime de voyageurs, sont des thèmes qu'elle a largement traités.

### ***La nécessité d'un régulateur sectoriel***

Les réformes d'industries de réseau comme le secteur des chemins de fer n'ont pas que des implications structurelles. Elles s'accompagnent d'une modification des pratiques de réglementation, et non d'une déréglementation, comme cela est souvent affirmé. En effet, afin de permettre l'introduction puis l'exercice de la concurrence, l'intervention publique demeure nécessaire mais doit revêtir des formes différentes répondant à des missions nouvelles.

D'une part, il s'agit d'éviter que l'entreprise en situation de monopole sur les infrastructures entrave le bon fonctionnement des marchés sur les segments d'activité concurrentiels sur lesquels elle est aussi active. Ce risque est d'autant plus important que la séparation entre gestion et exploitation des infrastructures est insuffisante, comme cela est actuellement le cas dans le secteur ferroviaire. Il faut donc contrôler les zones de monopole qui subsistent en veillant notamment à ce que la tarification de l'accès aux infrastructures soit appropriée.

D'autre part, il convient d'organiser la concurrence entre opérateurs et veiller à ce qu'ils respectent leurs obligations de service universel. Cela nécessite de définir des cahiers des charges, d'attribuer des licences, d'organiser éventuellement des procédures d'appels d'offres, d'inciter les opérateurs à respecter leurs engagements en matière de prix et de qualité du service, ou encore de régler les litiges entre le gestionnaire d'infrastructure et les exploitants ou entre les exploitants eux-mêmes. De nouvelles règles du jeu doivent donc être mises en place.

Pour ce faire, l'Autorité estime indispensable la création d'agences de régulation sectorielle indépendantes dotées de l'ensemble des pouvoirs nécessaires. Elle a donc pu déplorer l'absence de régulateur dans le secteur aérien, qui n'est encadré que par une commission consultative aéroportuaire (la CoCoAéro)<sup>49</sup>, ainsi que le manque de moyens de l'Agence de régulation des activités ferroviaires (ARAF), dont la mise en place, en décembre 2010, est intervenue très tardivement dans le processus de réforme concurrentielle des chemins de fer<sup>50</sup>. Elle soulignait ainsi, dans son avis 11-A-15 sur l'accès aux infrastructures ferroviaires, qu'il est « *particulièrement problématique qu'à ce stade de l'ouverture à la concurrence d'une industrie*

49. Avis 10-A-04 précité.

50. Avis 08-A-17 du 3 septembre 2008 et 11-A-15 précité.

*de réseau caractérisé par le nombre important de facilités essentielles potentiellement concernées, l'opérateur historique soit laissé seul maître de la détermination des coûts d'accès et des services fournis par ces installations. [...] La situation actuelle est ainsi tout à fait préoccupante en termes de sécurité tant juridique qu'économique*». Il est en outre important que les compétences du régulateur sectoriel soient aussi larges que possibles afin d'assurer la crédibilité de son intervention dans le secteur. Ainsi, si des conditions techniques ou des conditions minimales de sécurité doivent être imposées aux nouveaux entrants, le régulateur devrait pouvoir fixer ces conditions, ou à tout le moins, devrait pouvoir s'assurer que les conditions imposées par l'opérateur permettant l'accès à son infrastructure ne sont pas abusives.

En outre, compte tenu du fort développement de l'intermodalité, qui caractérise comme on l'a vu, le secteur des transports, il n'apparaît pas souhaitable de créer de multiples autorités de régulation, chacune ayant la charge exclusive de contrôler un mode de transport. Afin de maximiser les bénéfices de l'intermodalité, l'Autorité a, au contraire, souhaité la création d'une autorité indépendante unique, qui serait compétente pour l'ensemble des modes de transport<sup>51</sup>. La création de cette autorité de régulation des transports se justifierait par le fait que *« les transports aérien, autoroutier et ferroviaire ont pour trait commun de faire l'objet d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles, qui conserveront le caractère de monopoles malgré une libéralisation des activités de services qui les utilisent, en particulier pour des raisons de coûts ou de rareté des espaces. La création d'une autorité intermodale permettrait ainsi de mieux appréhender les problématiques communes à tous les secteurs des transports »*<sup>52</sup>.

### Les risques liés à la régulation

Depuis les travaux pionniers de Stigler<sup>53</sup>, de nombreuses études économiques ont souligné qu'une des conditions essentielles de l'ouverture à la concurrence des secteurs traditionnellement exploités par des monopoles publics est la création d'agences de régulation sectorielle indépendantes de la tutelle. L'analyse économique de la régulation met en effet l'accent sur les risques de capture des pouvoirs publics par les monopoles historiques qu'induisent, tant l'absence de régulateur, que la mise en place d'un régulateur manquant d'indépendance vis-à-vis de la tutelle. Elle souligne que de tels risques peuvent avoir pour effet de dissuader l'entrée de concurrents. Par ailleurs, le manque d'indépendance du régulateur le rend sujet aux fluctuations politiques. Or ces fluctuations, parce qu'elles sont synonymes d'instabilité juridique et économique pour les investisseurs privés susceptibles d'entrer sur un marché s'ouvrant à la concurrence, risquent de dissuader – ou tout au moins de ralentir – l'entrée de ces nouveaux concurrents<sup>54</sup>.

51. Avis 10-A-04 et 08-A-17 précités.

52. Avis 10-A-04 précité.

53. G. Stigler et C. Friedland, « What can regulators regulate? », *Journal of Law and Economics*, vol. V, 1962, p. 1-16; G. Stigler, « The theory of economic regulation », *Bell Journal of Economics*, vol. 2 (1), 1971, p. 3-21.

54. On se reportera, sur ce point, aux travaux de D. Martimort, notamment, D. Martimort et A. Faure-Grimaud, « Political stabilization by an independent regulator », *Political Economy of Antitrust*, vol. 282, n° 285, 2007, p. 383-416.

Cette analyse est partagée par le Conseil et l'Autorité de la concurrence, qui ont plusieurs fois rappelé que « le droit communautaire [...] commande aux États de retirer les fonctions de régulation des mains de l'opérateur historique [comme du ministre de tutelle] pour les remettre à des entités indépendantes ». Concernant le secteur ferroviaire, elle notait que « cette séparation des fonctions a pour objet de prévenir les conflits d'intérêts susceptibles de résulter de la situation où une entreprise ferroviaire serait à la fois juge et partie et en profiterait pour empêcher l'entrée de concurrents sur le marché ou freiner leur développement »<sup>55</sup>. De même, concernant le secteur aérien, elle indiquait que « le cumul par l'État des fonctions, d'une part, de régulation du secteur aéroportuaire et de la propriété, d'autre part, des sociétés aéroportuaires ainsi que de [...] parts de la principale compagnie aérienne nationale, Air France KLM, est susceptible de donner naissance à des conflits d'intérêts pour la détermination du niveau et de l'évolution des tarifs de redevances aéroportuaires : les décisions de l'État régulateur ont en effet une incidence sur la valeur des sociétés dont il est actionnaire »<sup>56</sup>.

### La nécessité de développer les compétences réglementaires

À la condition d'indépendance des régulateurs sectoriels s'ajoute la nécessité de leur octroyer un réel pouvoir de coercition ainsi que des ressources humaines et techniques qui soient à la mesure de la complexité de leur tâche. Compte tenu des problèmes d'accès à l'information vis-à-vis des entreprises régulées (par exemple sur la structure et le niveau des coûts, sur la pertinence des choix d'investissement ou encore sur la répartition des coûts fixes dans une activité multi-produits), la création d'un régulateur sectoriel doit être accompagnée d'un transfert de moyens et de pouvoir. Comme l'a indiqué l'Autorité notamment dans l'avis 11-A-15, « l'expérience tirée de l'ouverture à la concurrence d'autres industries de réseaux monopolistiques appelle dans ce cadre à renforcer de manière très significative les pouvoirs du régulateur sectoriel. [...] L'organisation retenue concernant l'accès des entreprises ferroviaires à des infrastructures [...] essentielles nécessite une implication forte du régulateur [notamment] sur les questions tarifaires. [...] Il doit pouvoir disposer notamment de pouvoirs de contrôle ex ante des coûts répercutés aux entreprises ferroviaires afin de garantir leur caractère transparent, objectif et non discriminatoire. Il doit également pouvoir intervenir ex post pour vérifier la réalisation des investissements programmés et s'assurer de la sincérité des coûts intégrés dans la base de charge au titre de la dotation aux investissements ».

Qui plus est, lorsque, comme dans le secteur ferroviaire, la séparation des activités d'infrastructure et d'exploitation n'est pas suffisante, ces moyens doivent être renforcés. « [D]ans l'équilibre des contraintes, plus le degré de séparation entre transporteur historique et gestionnaire d'infrastructures de services est faible, plus le pouvoir d'intervention du régulateur sectoriel en matière d'infrastructures de services doit être fort. Et ce n'est que si les garanties de séparation offertes par l'entreprise deviennent plus robustes que celle-ci pourrait voir la contrainte réglementaire se relâcher. »

55. Avis 08-A-17 précité.

56. Avis 10-A-04 précité.

### La complémentarité entre autorités sectorielles et autorités de concurrence

On le voit, l'indépendance et les compétences des régulateurs sectoriels déterminent la portée des règles qu'ils mettent en place. Elles ont donc des conséquences importantes sur la façon dont s'exerce la concurrence. À ce titre, elles influent également sur la capacité de l'Autorité de la concurrence à assurer la surveillance du respect des règles du jeu concurrentiel. Par exemple, comme l'indique Anne Perrot<sup>57</sup>, « les règles [...] qui permettent d'assurer que l'allocation des coûts entre les différentes activités n'est pas biaisée par des considérations stratégiques sont [...] dans les mains du régulateur : mal définies, elles ne permettent pas ex post aux autorités de concurrence de s'assurer de l'absence de tarification anticoncurrentielle de la part de l'ancien monopole ».

### La régulation concurrentielle

Au rôle consultatif de l'Autorité de la concurrence s'ajoute une action de surveillance et de sanction des comportements anticoncurrentiels. Il s'agira dans cette partie de présenter les comportements observés ou susceptibles de l'être dans le secteur des transports qui tendent à limiter la concurrence sur ces marchés. Dans un premier temps sera abordée la question de la frontière entre coopération et collusion à travers la jurisprudence européenne sur les alliances aériennes. Les formes que peuvent revêtir les abus de position dominante dans le secteur des transports et leur incidence sur la concurrence inter- et intra-modale seront présentées dans un second temps en s'appuyant sur la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité de la concurrence.

### Le contrôle des ententes horizontales

Comme dans tout autre secteur d'activité, il existe, dans les secteurs des transports où s'exerce une concurrence sur le marché, un risque de collusion. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs sanctionné deux compagnies assurant des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes pour entente sur le prix des traversées<sup>58</sup>.

Mais, l'activité de contrôle des ententes horizontales dans le secteur des transports a, jusqu'à présent, essentiellement porté sur l'examen des nombreux accords explicites d'alliances ayant vu le jour dans le secteur des transports, en particulier le secteur aérien.

Il existe en effet dans le secteur des transports une forte demande de coopération de la part des acteurs de sorte que la constitution d'alliances entre compagnies s'est

57. A. Perrot, « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Économie publique*, n° 14, 2004/1, p. 3-11. L'articulation entre autorités sectorielles et autorités de la concurrence est également traitée dans A. Perrot, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, vol. 16 (4), 2002, p. 81-12.

58. Décision 04-D-74 du 21 décembre 2004.

multipliée au cours des dernières décennies. De telles alliances ont par exemple vu le jour dans le transport maritime intercontinental de marchandises, dès les années 1980, et ont également pu se nouer dans le transport ferroviaire<sup>59</sup>. Mais c'est dans le secteur du transport aérien que ces alliances sont les plus emblématiques et les mieux documentées.

## Les principales caractéristiques des alliances aériennes

La libéralisation du transport aérien a profondément modifié le marché aux États-Unis d'abord, puis en Europe. Elle a conduit à l'abandon d'une logique de desserte de point à point au profit d'une desserte en étoile (dite « *hub-and-spokes* »), *via* un (ou plusieurs) « *hub* » central où sont effectuées les correspondances en vols. Une telle organisation permet de desservir des lignes qui ne seraient pas rentables dans un système point-à-point (car la demande pour cette simple ligne n'est pas suffisante) en permettant d'élargir la demande potentielle aux voyageurs venant d'autres destinations. Cela permet donc de desservir de plus petits aéroports que dans une pure logique point-à-point. Les réseaux en étoile permettent également de réduire, à offre constante, les coûts d'exploitation pour les compagnies aériennes. Le développement de réseaux étoilés s'appuie en effet sur la recherche d'économies de densité, *via* l'adaptation de la capacité des appareils, et d'économies d'envergure, par l'alimentation de certaines liaisons au moyen de vols de commutation.

Un corollaire à la création de réseaux en étoile a été et continue d'être la constitution d'alliances, voire la fusion, entre compagnies aériennes. C'est ainsi qu'aujourd'hui, trois grandes alliances, Star Alliance, Skyteam et Oneworld, transportent près de 75 % des 1,865 milliards de passagers voyageant par air à travers le monde<sup>60</sup>, tandis que la plupart des opérations de concentrations notifiées à la Commission européenne ont été autorisées<sup>61</sup>.

Ces alliances se traduisent par le développement de vols conjoints et de l'interligne, grâce au mécanisme de **partage de code** (« *Code-sharing* »), qui consiste, soit à vendre sous un billet unique, libellé au nom d'une seule compagnie, un voyage composite formé de plusieurs liaisons point-à-point, qui sont en réalité offertes par des compagnies distinctes, soit à réserver une partie des places aux compagnies partenaires. Elles conduisent également à l'**intégration des systèmes informatiques de réservation** reliant les compagnies et les agences de voyages. Elles sont aussi généralement associées au développement de **programmes de fidélisation**

59. Création de Railteam, regroupant sept compagnies ferroviaires dont la SNCF, la SNCB, et la Deutsche Bahn, et trois de leurs filiales communes en juillet 2007 ; Création de TEE Rail Alliance, regroupant les compagnies ferroviaires allemande, autrichienne et suisse en juin 2000.

60. V. Bilotkach et K. Hüscherlath, « Antitrust immunity for Airline Alliances », *Journal of Competition Law and Economics*, 7 (2), 2011, p. 335-380.

61. Parmi les principales opérations de concentration autorisées, on trouve par exemple les fusions Air France/KLM (Décision n° M. 3280 (CE) de la Commission), Iberia/British Airways (Décision n° M. 5747 (CE) de la Commission), ou encore les différentes opérations de rachat réalisées par la Lufthansa (décisions n° M. 3770 (CE), Lufthansa/Swiss, n° M. 3940 (CE), Lufthansa/Eurowing, n° M. 5403 (CE), Lufthansa/BMI, n° M. 5440 (CE), Lufthansa/Austrian Airlines). Deux projets de concentration ont quant à eux été interdits par la Commission (décisions n° M. 4439 (CE), Ryanair/Aer Lingus et n° M. 5830 (CE), Olympic Air/Aegean Airlines).

**communs** («*frequent flyer programs*»), consistant à consentir des rabais aux utilisateurs réguliers des compagnies membres de l'alliance.

## L'analyse concurrentielle des alliances

Les alliances dans le transport international font l'objet d'intenses controverses, qu'il illustrent par exemple le débat auquel a donné lieu le récent accord entre American Airlines (AA), British Airways (BA) et Iberia (IB)<sup>62</sup>. De telles controverses s'expliquent par le fait que, comme toute forme hybride, les alliances impliquent des accords entre entreprises concurrentes et sont donc susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels qu'il convient de comparer aux gains d'efficacité qu'elles génèrent.

La constitution d'alliances permet d'importantes **économies d'envergure et de densité** pour les compagnies aériennes qui devraient, dans un environnement concurrentiel, bénéficier aux consommateurs. De plus, les consommateurs profitent de **l'amélioration de l'offre de services**, tant en termes de destinations que de fréquence des vols ou de gestion des correspondances, ce qui permet de réduire le temps d'attente. Les alliances permettent également la **suppression de la double marginalisation**<sup>63</sup> et par conséquent peuvent entraîner une **baisse des tarifs interlignes**.

Mais les alliances peuvent aussi servir à coordonner l'offre commerciale et les politiques tarifaires de leurs membres. Elles peuvent donc se traduire par une réduction de l'intensité concurrentielle sous la forme de **hausse de prix**. La mise en place de systèmes informatiques de réservation intégrés permet de soutenir cette **collusion** dans la mesure où elle facilite **l'échange d'informations** sur les tarifs. Enfin, les programmes de fidélisation, qui rendent coûteux le changement de compagnie (**augmentation des «switching costs»**), peuvent aussi avoir pour conséquence de relâcher la concurrence entre les différentes alliances.

Au total, l'évaluation de l'impact des alliances, et *a fortiori* des fusions, sur le surplus global des consommateurs est donc potentiellement complexe. Elle nécessite de comparer les structures des réseaux des compagnies projetant de s'allier ou de fusionner car les effets sur le bien-être de tels arrangements varient selon que les lignes des compagnies s'associant sont complémentaires ou au contraire substituables.

En effet, un accord entre compagnies proposant des liaisons substituables, c'est-à-dire sur un marché de routes parallèles (marché «*inter-hub*»), réduit l'intensité concurrentielle, ce qui se traduit notamment par une augmentation des tarifs, et diminue donc le bien-être.

En revanche, un accord entre compagnies proposant essentiellement des liaisons complémentaires, c'est-à-dire sur un marché avec connections (ou interlignes), a un effet positif sur le bien-être parce qu'elle réduit les externalités négatives,

62. Sur ce point, voir par exemple, J. K. Brueckner, D. N. Lee et E. S. Singer, «Alliances, codesharing, antitrust immunity and international airfares : do previous patterns persist», *Journal of Competition Law and Economics*, 7 (3), 2011, p. 573-602.

63. Sur ce point, voir par exemple J. K. Brueckner et W. T. Whalen, «The price effects of international airline alliance», *The Journal of Law and Economics*, 43 (2), 2000, p. 503-545.

notamment en améliorant la compatibilité des vols, et élimine la double marginalisation, ce qui permet une réduction des tarifs.

Utiliser cette grille d'analyse, comme le fait la Commission européenne, suppose donc d'analyser finement la structure des réseaux des compagnies aériennes désireuses de coopérer. L'exercice est rendu plus difficile encore lorsque leurs réseaux combinent des liaisons complémentaires et substituts car il requiert d'apprécier la taille des différents marchés et les économies d'échelle potentielles<sup>64</sup>.

### *Position dominante : les risques*

Les opérateurs de transport ont longtemps été, voire sont toujours, des monopoles publics : le transport aérien en France a longtemps été le monopole d'Air France ; dans le secteur ferroviaire, la SNCF dispose toujours du monopole légal du transport intérieur de voyageurs par chemins de fer ; dans le transport maritime, certaines dessertes d'îles ont longtemps été assurées uniquement par des régies départementales. De ce fait, ces opérateurs occupent bien souvent une position dominante sur leur marché plusieurs années après l'ouverture à la concurrence<sup>65</sup>.

De plus, ces opérateurs historiques, même quand ils ne sont pas verticalement intégrés, sont susceptibles de disposer d'un accès privilégié aux infrastructures essentielles à l'exploitation des services de transport, hérité de leur statut de monopole. Ainsi, par exemple, la compagnie aérienne nationale bénéficie-t-elle des droits du grand-père pour l'accès aux aéroports (pour les créneaux de décollage et d'atterrissage), tandis que la SNCF gère encore, comme on l'a vu, la plupart des infrastructures ferroviaires essentielles, notamment les gares.

À cela s'ajoute, dans le secteur ferroviaire, d'importantes barrières techniques liées au manque d'interopérabilité des réseaux ferrés nationaux, qui renchérissent le prix à payer par un nouvel opérateur pour entrer sur le marché.

Enfin, du fait des enjeux associés au développement de réseaux de transport sur le territoire et du caractère déficitaire de certains services de transport, les opérateurs historiques exercent des missions de service universel, subventionnées ou financées par péréquation interne.

Ces caractéristiques emportent plusieurs conséquences sur le fonctionnement des marchés de transport à l'heure de leur ouverture à la concurrence. Les pratiques d'abus de position dominante risquant de voir le jour, voire ayant déjà été observées, dans le secteur des transports sont en effet étroitement liées à l'existence de liens verticaux forts entre les opérateurs de service en aval et les gestionnaires d'infrastructures essentielles en amont. Des pratiques anticoncurrentielles sont également rendues possibles par la coexistence d'activités concurrentielles et d'activités non rentables associées à des obligations de service universel.

64. Voir sur ce point l'article de J. K. Brueckner, « The economics of international codesharing : an analysis of airline alliances », *International Journal of Industrial Organization*, 19 (10), 2001, p. 1475-1498.

65. Voir sur ce point C. Maczkovics, G. Van Calster et B. Martens, *Study on the implementation of regulation (EC) n° 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road*, Rapport à la Commission européenne, 31 octobre 2010.

### Intégration verticale et conditions discriminatoires d'accès aux infrastructures essentielles

Dans les activités nécessitant l'accès à des infrastructures essentielles (marché amont), les risques de pratiques abusives sont d'autant plus forts que le détenteur de ces infrastructures opère également sur le marché de services (marché aval), et est susceptible d'y faire face à la concurrence de nouveaux acteurs. Une séparation insuffisante entre gestion des infrastructures essentielles et exploitation des services fait notamment courir le risque que des conditions d'accès discriminatoires soient appliquées par l'opérateur intégré à ses concurrents sur le marché aval, voire que l'accès leur soit refusé.

Dans le secteur des transports, où les liens verticaux entre les activités amont et aval demeurent étroits, les risques que de telles pratiques anticoncurrentielles existent sont donc élevés, d'autant plus que les infrastructures essentielles sont multiples. La fourniture de services de transport collectif nécessite en effet d'avoir accès à des infrastructures essentielles physiques, comme les gares, les aéroports, les ports, les dépôts, etc., mais aussi aux infrastructures essentielles « immatérielles » que sont les informations relatives aux horaires, aux places disponibles et aux tarifs des services de transport contenues dans les systèmes informatisés de réservation (SIR).

L'Autorité a souligné à maintes reprises dans ses avis relatifs à l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire les risques d'abus de position dominante sur le marché aval que fait courir le mode actuel de gestion des gares<sup>66</sup>. Elle a aussi, dans ces avis, insisté sur le fait que la détention voire l'accès privilégié aux infrastructures essentielles peuvent également servir à bloquer l'entrée de concurrents sur des marchés connexes, comme cela est d'ailleurs développé dans la décision autorisant la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec<sup>67</sup> et illustré dans la décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques dans le secteur de la vente de voyages en ligne<sup>68</sup>.

Dans cette affaire, le Conseil a en effet sanctionné la SNCF pour avoir notamment favorisé l'agence Voyages-sncf.com (filiale commune de la SNCF et d'Expedia exploitant le site voyages-sncf.com), au détriment des concurrents de celles-ci. Il a notamment été reproché à la SNCF d'avoir abusé de sa position dominante en empêchant les agences de voyages en ligne concurrentes de commercialiser certaines de ses offres promotionnelles (offres de dernière minute ou billets de TGV à prix réduits) ou d'utiliser la fonctionnalité « billet imprimé ». La SNCF a également été sanctionnée pour avoir imposé aux agences de voyages en ligne concurrentes de recourir à ses prestations informatiques (logiciel Ravel) pour accéder à son système informatisé de réservation (Réserail) et ce, à un prix particulièrement élevé.

66. Voir notamment l'avis 11-A-15 précité.

67. Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010.

68. Décision 09-D-06 du 5 février 2009.

En érigeant des barrières à l'accès à l'infrastructure essentielle que constitue son système informatisé de réservation, l'opérateur historique a donc utilisé le monopole légal dont il dispose pour empêcher le libre jeu de la concurrence sur le marché de la distribution de billets de train. En outre, de telles pratiques, si elles avaient perduré, auraient également emporté des conséquences sur le fonctionnement du marché du transport lui-même. Comme le soulignait l'Autorité, les engagements pris par la SNCF pour faciliter la distribution de ses billets de train par des agences de voyages en lignes concurrentes *«préviennent des problèmes de concurrence susceptibles de se poser à l'avenir. Il en va ainsi de l'engagement consistant à négocier avec des GDS [Global Distribution Systems<sup>69</sup>] la mise en place d'un outil alternatif à la licence Ravel, qui devrait aboutir à la centralisation de l'ensemble de l'offre des billets disponibles sur des plateformes neutres. Cet engagement devrait favoriser la concurrence en donnant une meilleure visibilité aux entreprises ferroviaires qui arriveront sur le marché français lors de la prochaine ouverture à la concurrence des services de transport de voyageurs [...]»<sup>70</sup>.*

Une analyse concurrentielle similaire a été conduite dans la décision de l'Autorité relative à la prise de contrôle de Keolis par la SNCF<sup>71</sup>. Dans l'analyse de ce projet de concentration, l'Autorité a en effet été particulièrement attentive aux risques d'atteinte potentielle à la concurrence par effets non horizontaux entre les marchés du transport ferroviaire et du transport urbain et interurbain. Elle a ainsi souligné que l'opération de fusion entre l'exploitant ferroviaire, qui est également le gestionnaire des gares, et le principal opérateur du marché du transport urbain en France était *«de nature à entraîner une forclusion de l'accès des concurrents de Keolis aux marchés de transport public routier de voyageurs en limitant leur possibilité de proposer des services d'information et de billetterie dans les gares»*. Il a également été considéré que cette opération était susceptible de conférer à Keolis un avantage concurrentiel majeur par rapport à ses concurrents dans la mesure où son lien structurel avec la SNCF lui permettrait de disposer d'un accès facilité aux informations horaires sur les trains de la SNCF et donc d'établir plus facilement des correspondances entre les réseaux de transport urbain ou interurbain qu'elle exploite et les trains de la SNCF. Aussi l'Autorité de la concurrence n'a-t-elle autorisé cette opération que sous réserve d'engagements. En particulier, la SNCF s'est engagée à établir un catalogue des services en gare et à mettre à disposition de tout transporteur concurrent de Keolis en faisant la demande les horaires prévisionnels de ses transports ferroviaires pour l'année à venir.

Dans un contexte d'ouverture à la concurrence des marchés du transport et de développement des technologies de l'information, l'accès aux infrastructures essentielles «immatérielles» présente un enjeu au moins aussi important que l'accès aux infrastructures physiques. Les nombreuses plaintes ayant fait suite à la libéralisation du secteur aérien aux États-Unis en fournissent la preuve. Comme le

69. Il s'agit de moteurs de réservation.

70. Décision 09-D-06 précitée.

71. Décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010.

documentent D. Encaoua et A. Perrot<sup>72</sup>, avec l'ouverture à la concurrence du secteur aérien aux États-Unis, les SIR se sont révélés être, pour les transporteurs les ayant développés, de puissants « *instruments de domination du marché du transport et d'éviction des concurrents* ». Diverses distorsions du processus de concurrence, en termes d'accès, d'affichage et de tarification ont en effet pu être observées et condamnées par les autorités américaines<sup>73</sup>.

Ces faits, bien qu'anciens et relatifs au secteur aérien, sont riches d'enseignement pour le secteur ferroviaire. Ils mettent en effet en évidence que « *l'ouverture de l'accès aux SIR, la neutralité des règles d'affichage sur les écrans, l'uniformité des redevances, l'absence de relations privilégiées entre compagnies et agences de voyage [sont] autant de conditions nécessaires pour l'obtention d'une transparence du marché [...] et le maintien d'une certaine concurrence dans le transport* », qu'il s'agisse de concurrence entre opérateurs de transport ferroviaire (concurrence intra-modale) ou entre acteurs proposant des modes de transports complémentaires (concurrence inter-modale).

### Financement des obligations de service public, subventions croisées et prédation

Le fait qu'une entreprise assure des missions de service public et intervienne également sur les segments concurrentiels de l'activité crée un risque que cette entreprise utilise son privilège d'accès aux équipements essentiels (comme les équipements portuaires ou les gares maritimes) pour bloquer l'entrée de concurrents. Surtout, le fait qu'une entreprise chargée d'une mission de service public offre simultanément des prestations sur un marché connexe sur lequel existe une offre concurrente peut faciliter des stratégies d'éviction reposant sur la pratique de subventions croisées.

Si le recours à des subventions croisées n'est pas, en soi, anticoncurrentiel, le Conseil de la concurrence a pu rappeler dans l'affaire des vedettes vendéennes que de telles pratiques pouvaient avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché : « *pouvait constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle. [Le Conseil] a ajouté qu'une subvention croisée pouvait, à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché<sup>74</sup>* ».

Dans le secteur des transports collectifs, où la logique de continuité territoriale fait coexister des services non rentables et des services potentiellement, voire déjà,

72. D. Encaoua et A. Perrot, *Concurrence et coopération dans le transport aérien en Europe*, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 1992.

73. Pour des détails sur les pratiques abusives liées aux systèmes informatisés de réservation dans le secteur aérien aux États-Unis, voir *ibid.*, p. 112-118.

74. Décision 04-D-79 du 23 décembre 2004.

concurrentiels, de telles pratiques pourraient être mises en œuvre, comme l'a souligné l'Autorité notamment dans l'avis concernant les navettes fluviales sur la Seine<sup>75</sup>. Consultée par le Syndicat des transports d'Île-de-France sur les risques de distorsion de concurrence associés à la création d'un service public de transport fluvial sur le bief de Paris, l'Autorité de la concurrence avait en effet indiqué qu'il convenait de « *prêter une attention particulière à ce que, d'une part, les [...] opérateurs [du marché de l'activité touristique de transport de voyageurs sur la Seine] aient un égal accès – sous réserve de la priorité accordée au service public – aux installations et autorisations nécessaires à l'exercice de leurs activités et, d'autre part, à ce que la position dominante occupée par l'opérateur sur le marché du transport public pratiquant une facturation fortement subventionnée ne le conduise à la commission d'abus dont les effets se feraient sentir sur des marchés voisins ou connexes* ».

Le Conseil de la concurrence avait déjà été amené à rechercher si de telles pratiques avaient été mises en œuvre sur le marché du transport maritime entre l'île d'Yeu et le continent par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)<sup>76</sup>. Dans cette affaire, où l'abus de position dominante n'a pas été établi, un des griefs adressés à la RDPEV était d'avoir utilisé une partie des subventions versées par le département de Vendée au titre de sa mission de continuité territoriale<sup>77</sup> pour soutenir, pendant la période estivale sujette à la concurrence d'autres transporteurs, une stratégie de prédation.

Dans la mesure où l'entreprise mise en cause menait à la fois des activités relevant de missions de service public et des activités en concurrence pour lesquelles les risques de subventions croisées sont importants, le Conseil de la concurrence a mis en œuvre le test du coût incrémental pour vérifier si les prix pratiqués par la Régie lui permettaient de couvrir ses coûts. Il s'est donc appliqué, conformément à la pratique décisionnelle antérieure<sup>78</sup> et à celle de la Commission européenne (COMP/35.141 – Deutsche Post AG), à comparer les prix des activités concurrentielles non pas aux coûts variables mais aux coûts incrémentaux de long terme, c'est-à-dire aux coûts supplémentaires que l'entreprise doit supporter pour exercer l'activité concurrentielle.

Le recours à ce type de test, qui s'avère également pertinent dans les secteurs présentant des coûts fixes importants et des coûts variables plutôt faibles (comme le secteur ferroviaire par exemple), présente cependant des difficultés, particulièrement dans les transports. Sans revenir dans le détail sur les justifications et modalités de réalisation de ce test<sup>79</sup>, on soulignera deux caractéristiques du secteur des transports qui accentuent la difficulté à isoler les coûts incrémentaux associés à la fourniture de services concurrentiels.

75. Avis 09-A-44 du 29 juillet 2009.

76. Décision 04-D-79 précitée.

77. Parmi les contraintes de service public fixées à la RDPEV figurait notamment l'obligation de réaliser chaque jour un service public quotidien entre le continent et l'île d'Yeu.

78. Décisions 98-D-60 du 29 septembre 1998, 02-D-41 du 26 juin 2002 et 03-D-43 du 12 septembre 2003 ; CA Paris, 29 juin 1999 et 6 avril 2004.

79. Celles-ci sont largement décrites dans l'étude thématique du Rapport annuel 2003 du Conseil de la concurrence.

En premier lieu, la nature indivisible des actifs nécessaires à la production de services de transport collectif (comme les bateaux ou les trains) nécessite d'être particulièrement vigilant quant au dimensionnement des actifs lorsqu'ils sont utilisés pour assurer à la fois des obligations de service public et des activités concurrentielles. Le subventionnement d'investissements dans des actifs surdimensionnés au regard des besoins de service public peut en effet permettre à l'opérateur en charge des obligations de service public de soutenir une stratégie de prédation par les capacités sur le segment d'activité concurrentiel<sup>80</sup>.

En second lieu, la nature multi-produits des activités de certains transporteurs (fret/voyageurs; longue distance/régional), parce qu'elle peut être associée à une mutualisation des ressources, rend également délicate l'affectation des coûts entre les différentes activités. La présence de coûts communs à différentes activités peut en effet conduire à sous-estimer les coûts incrémentaux et donc à ne pas déceler une stratégie de prédation.

Comme on l'a développé, les conditions de réussite de la concurrence sur les marchés de transports collectifs passent par de profondes modifications structurelles des monopoles historiques. Le point de vue de l'Autorité de la concurrence est que ces modifications, en particulier la segmentation verticale de l'infrastructure et de l'exploitation, sont absolument nécessaires pour favoriser l'émergence sur le marché aval d'une offre concurrentielle de services de transport.

Mais, dans la phase d'ouverture à la concurrence, ces conditions ne sauraient être suffisantes. Pour qu'une offre nouvelle et innovante se développe, des mécanismes réglementaires sont indispensables. C'est pourquoi l'Autorité de la concurrence a insisté à maintes reprises sur la nécessité de développer les compétences d'agences de régulation sectorielle dans les secteurs s'ouvrant à la concurrence, et notamment, du fait de leur complexité, dans les secteurs du transport collectif.

## Les conditions d'une concurrence pour le marché effective

Certains secteurs ne se prêtent pas à la concurrence sur le marché; c'est le cas des secteurs dans lesquels la position de monopole naturel reste techniquement la seule viable. La concurrence pour le marché, définie comme la mise aux enchères du droit de servir seul la demande, apparaît alors comme un substitut à la concurrence sur le marché. Dans le secteur des transports, elle a largement été mise en œuvre dans de nombreux pays (Argentine, Chili, Suède, Royaume-Uni, États-Unis, Suisse, Allemagne, etc.) et concerne notamment des ports, le transport de passagers et de marchandises par chemins de fer, les routes et autoroutes, le transport urbain et le métro, le transport par ferry.

<sup>80</sup>. Sur la stratégie de prédation par les capacités, voir également la décision 07-D-39 du 23 novembre 2007.

En Europe, la pratique des appels d'offres concurrentiels dans les industries de services publics et en particulier dans le secteur des transports s'est considérablement développée depuis quelques années, sous l'impulsion notamment du règlement européen «OSP» (pour «obligations de service public») <sup>81</sup>. En effet, ce règlement, entré en vigueur fin 2009, soumet, au terme d'une période transitoire et à l'exception de quelques cas expressément visés, l'attribution des contrats de service public de transports terrestres de voyageurs aux règles de mise en concurrence communautaires. Il en va de même dans le transport maritime où les exclusivités pouvant être accordées à des armateurs pour assurer la fourniture de services publics de dessertes d'îles doivent faire l'objet de contrats attribués sur la base d'une procédure de mise en concurrence ouverte, juste et non discriminatoire <sup>82</sup>.

Les arguments en faveur de la concurrence pour le marché sont largement développés dans la littérature depuis la redécouverte par les économistes, au premier rang desquels Demsetz <sup>83</sup>, du principe de «*competition for the field*» initialement proposé par Chadwick <sup>84</sup>. De manière synthétique, la concurrence pour le marché, ou concurrence *ex ante*, est perçue comme un moyen d'introduire des mécanismes de marché dans des secteurs ayant des caractéristiques de monopole naturel. Lorsque la concurrence sur le marché n'est pas possible, l'introduction d'une concurrence *ex ante*, pour le marché, garantit que les prix pratiqués *ex post* soient finalement concurrentiels et assure donc la redistribution de la rente monopolistique aux consommateurs. Elle permet de soumettre les monopoleurs à des pressions concurrentielles, bénéfiques aux consommateurs/usagers en termes de prix et de qualité du service, ou encore en termes de réactivité des offreurs à la demande et d'information disponible. L'approche de Demsetz, et plus généralement de l'école de Chicago, accorde donc à la concurrence pour le marché un pouvoir quasi illimité de coordination des échanges et voit dans l'appel d'offres concurrentiel un moyen de pallier les défaillances de la réglementation traditionnelle des monopoles naturels.

Toutefois, les développements récents de la théorie des enchères <sup>85</sup> et des théories des contrats <sup>86</sup>, et plus particulièrement de la théorie des coûts de transaction <sup>87</sup>

81. Règlement CE n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007.

82. Le règlement du Conseil n° 3577/92 du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres, la communication de la Commission européenne du 22 décembre 2003, et les orientations communautaires sur les aides d'État au transport maritime (COM 2003-595) ont en effet rendu compatibles avec la concurrence les obligations de service public dans le domaine du transport maritime.

83. H. Demsetz, «Why regulate utilities?», *Journal of Law and Economics*, 11, 1968, p. 55-66.

84. E. Chadwick, «Results of different principles of legislation and administration in Europe of competition for the field, as compared with competition within the field of service», *Journal of the Royal Statistical Society*, 22 (A), 1859, p. 381-420.

85. P. Klemperer, *Bidding Markets*, UK Competition Commission, 2005; P. Milgrom, *Putting auction theory to work*, Cambridge University Press, 2004; M. Janssen, *Auctioning public assets*, Cambridge University Press, 2004.

86. Voir en particulier J.-J. Laffont et J. Tirole, *A theory of incentives in procurement and regulation*, MIT Press, 1993.

87. Voir notamment K. J. Crocker et S. E. Masten, «Regulation and administered contracts revisited : lessons from transaction-cost economics for public utility regulation», *Journal of Regulatory Economics*, 9, 1996, p. 5-39; P. Bajari, S. Houghton et S. Tadelis, «Bidding for incomplete contracts : an empirical analysis», NBER Working Paper n° 12051, 2006; P. Bajari, R. McMillan et S. Tadelis, «Auctions versus negotiations in procurement : an empirical analysis», *Journal of Law, Economics and Organization*, 25 (2), 2009, p. 372-399.

amènent à nuancer cette conclusion. Ces approches mettent en effet en lumière les difficultés à organiser des appels d'offres concurrentiels et à tirer pleinement partie des bénéfices théoriques de la concurrence pour le marché.

Cette deuxième partie de l'étude passe en revue ces différentes difficultés qui sont illustrées au regard de la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité de la concurrence. Seront dans un premier temps traitées les questions de la participation aux appels d'offres et du risque de collusion. Dans un second temps, l'accent sera mis sur les problèmes liés à l'existence d'avantages au sortant.

Il ressort de cette analyse qu'en France, bien que la délégation de services publics de transport *via* des contrats attribués par appels d'offres soit une pratique ancienne<sup>88</sup>, la mise en œuvre d'une réelle concurrence pour le marché demeure souvent difficile, pour des raisons qui tiennent, là encore, à l'existence de fortes asymétries d'information entre le donneur d'ordre et les participants à l'appel d'offres.

### Qualité des appels d'offres et dissuasion des ententes

Le premier obstacle à la coordination de la fourniture de services publics par des mécanismes de marché tient à la difficulté à mettre effectivement les opérateurs en concurrence *ex ante*, c'est-à-dire à s'assurer de la participation d'un nombre suffisant de candidats, qui plus est crédibles et efficaces, et à éviter des comportements collusifs, comme le partage de marchés entre les participants. Ces difficultés sont réelles dans le secteur des transports, certains modes, comme le transport collectif urbain, étant dominés par un petit nombre d'opérateurs, quand d'autres, comme le transport ferroviaire régional, sont encore en situation monopolistique.

#### *Incertitude et coûts de la participation aux appels d'offres*

Les bienfaits de la concurrence pour le marché dépendent du degré d'incertitude entourant l'appel d'offres, que cette incertitude porte sur l'objet de l'enchère, c'est-à-dire sur les contours du service faisant l'objet d'un contrat, ou qu'elle concerne les critères d'attribution de ce contrat.

#### Les risques liés à une spécification imprécise du cahier des charges et des critères d'attribution

Comme le Conseil puis l'Autorité de la concurrence l'ont plusieurs fois indiqué, l'efficacité du mécanisme d'appel d'offres dépend en premier lieu de la capacité du donneur d'ordre à caractériser précisément le service qu'il souhaite voir réalisé et à établir des critères objectifs d'attribution lui permettant de comparer des offres alternatives. Il est par exemple indiqué, dans l'avis 09-A-44 relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales

<sup>88</sup>. Dans le secteur des transports, les premières concessions de services publics attribuées par appel d'offres en France datent du XVII<sup>e</sup> siècle (R. B. Ekelung et R. F. Hebert, « The proto-history of franchise bidding », *Southern Economic Journal*, 42 (2), 1979, p. 464-474).

sur le bief de Paris, que « *la mission de service public doit être clairement définie par les autorités publiques* ». De même, dans l'avis 12-A-05 relatif au transport maritime entre la Corse et le continent, la définition claire et précise des caractéristiques des services publics que devront rendre les candidats aux appels d'offres est présentée comme une condition nécessaire à l'existence d'une concurrence pour le marché effective.

En effet, si l'acheteur ne parvient pas à spécifier l'objet de l'appel d'offres avec précision, certains offreurs potentiels – en général les concurrents de l'opérateur sortant – peuvent être découragés de participer à l'appel d'offres en raison, entre autres, des coûts de recherche d'information qu'ils devraient supporter pour répondre à un tel appel d'offres<sup>89</sup>. Comme la souligné l'Autorité, « *en améliorant la qualité des renseignements qu'elles fournissent, les AOT<sup>90</sup> réduisent les coûts d'acquisition d'informations supportés par les transporteurs qui déposent une offre offensive. [Or], cette réduction de coûts [...] est de nature à inciter ces derniers à déposer plus d'offres offensives* »<sup>91</sup>.

En outre, une spécification imprécise de l'objet de l'appel d'offres et des termes du contrat peut dissuader des candidats potentiels d'y participer de peur de voir le contrat renégocié *ex post* et de subir alors l'opportunisme du donneur d'ordre. Introduire de telles incertitudes peut donc affecter les bénéfices attendus de la mise en concurrence, d'une part, parce que cela réduit le nombre d'enchérisseurs et, d'autre part, parce que cela peut amener les candidats à inclure de fortes primes de risque dans leurs offres. Dans leur étude sur les contrats de construction et de maintenance des autoroutes en Californie, Bajari *et al.* (2006)<sup>92</sup> estiment ainsi que les primes de risque qu'incorporent les candidats aux appels d'offres pour couvrir d'éventuels coûts d'adaptation des contrats représentent en moyenne 10 % de la valeur totale de leurs offres.

La littérature économique souligne également que dans ces conditions la mise aux enchères peut conduire à des situations d'anti-sélection et aboutir à retenir les candidats les plus optimistes sur les conditions futures d'exploitation et sur le niveau futur de la demande (ce qui peut conduire à ce que l'on appelle la « malédiction du vainqueur »), ou même à sélectionner les enchérisseurs les plus opportunistes. Si les obligations de service public sont mal spécifiées dans le contrat mis aux enchères, le processus d'appel d'offres peut en effet amener à choisir le candidat qui est le plus conscient des vides contractuels qu'il pourrait exploiter. Anticipant qu'il pourra tirer avantage des situations imprévues dans le contrat et de ses imprécisions, ce candidat n'hésitera pas à proposer de servir le marché à un

89. À titre d'illustration, dans leurs travaux sur la réforme des chemins de fer britanniques, Preston *et al.* ont estimé le coût médian de préparation par les candidats d'une réponse à un appel d'offres pour des concessions d'exploitation ferroviaire à £ 750 000 (J. Preston, G. Whelan, C. Nash et M. Wardman, « The franchising of passenger rail services in Britain », *International Review of Applied Economics*, 14 (1), 2001, p. 99-112). En France, dans le secteur du transport collectif urbain, l'Autorité de la concurrence a, quant à elle, évalué le coût moyen de réponse à un appel d'offres à près de 150 000 euros (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).

90. Autorités organisatrices de transport.

91. Décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010.

92. Bajari *et al.* (2006), art. cit.

prix extrêmement bas pour remporter l'appel d'offres et renégocier à la hausse les termes du contrat, notamment le prix, une fois celui-ci remporté<sup>93</sup>.

### La nécessité de développer les compétences des autorités organisatrices de transport

Ces conséquences d'une spécification imprécise des contrats de services publics appellent au développement des compétences des autorités délégantes afin qu'elles soient en mesure de fournir des informations de qualité aux candidats potentiels. Comme l'indiquait l'Autorité, « *une plus grande professionnalisation des AOT<sup>94</sup>, en ce qu'elle peut conduire à l'amélioration de l'information mise à disposition des répondants aux appels d'offres (notamment par le biais de cahiers des charges plus clairs et plus sophistiqués), peut effectivement avoir un impact positif en stimulant le nombre de candidats<sup>95</sup>* ».

Cette recommandation vaut notamment pour le secteur des transports urbains, où la demande croissante d'intermodalité, combinée à l'extension des périmètres de transport résultant du développement de l'intercommunalité, complexifie les appels d'offres. L'Autorité de la concurrence a ainsi pu préconiser que, dans ce secteur, les collectivités locales délégantes aient recours à des services d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) car ces services « *peuvent permettre de mieux identifier leurs besoins en matière de transport urbain [et] [...] ainsi favoriser l'amélioration des critères de sélection employés dans le cadre d'appels d'offres. Une telle amélioration pourrait [dès lors] conduire à une meilleure allocation des contrats de DSP* ».

Les mêmes suggestions ont été formulées pour le secteur du transport maritime par l'Autorité de la concurrence dans son avis 12-A-05, ainsi que par la Cour des comptes<sup>96</sup> qui relevait que « *la CTC<sup>97</sup> n'a ni su adapter les modes de conventionnement et le contenu des obligations de service public aux évolutions du trafic, ni su en anticiper les conséquences financières. Faute de volonté, et démunie d'instruments d'évaluation, elle n'a pas préparé les décisions stratégiques pour faire évoluer un dispositif qui donnait depuis plusieurs années des signes d'essoufflement* ».

Ces préconisations sont également particulièrement adaptées au secteur du transport ferroviaire régional, dont le fonctionnement est depuis peu sous la responsabilité des régions. Pour que l'ouverture à la concurrence de ce marché, prévue dans les toutes prochaines années<sup>98</sup>, puisse avoir lieu et être bénéfique, il apparaît en effet indispensable que les conseils régionaux, en tant qu'autorités organisatrices, acquièrent suffisamment de compétences pour réduire leur déficit informationnel vis-à-vis de l'opérateur historique. Comme cela a déjà été souligné, le

93. Un exemple de ce type de stratégie d'offre prédatrice dans le secteur du transport ferroviaire en Suède est fourni par G. Alexandersson et S. Hultén, « Predatory bidding in competitive tenders : a Swedish case study », *European Journal of Law and Economics*, 22 (1), 2006, p. 73-94.

94. Autorités organisatrices de transport.

95. Décision 10-DCC-198 précitée.

96. Cour des comptes, *Rapport public annuel*, février 2011.

97. Collectivité territoriale de Corse.

98. Voir sur ce point le rapport du Centre d'analyse stratégique, *L'Ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs*, Paris, La Documentation française, 2011.

régulateur sectoriel (l'ARAF) devrait, sur ce point, avoir un rôle important à jouer. Il pourrait, par exemple, à l'instar de ce qui se passe au Japon, aider les donneurs d'ordre dans le pilotage des appels d'offres en mettant à leur disposition des outils de comparaison (« *benchmarking* »)<sup>99</sup>.

### ***Les barrières à l'entrée et les moyens d'encourager la participation***

L'Autorité de la concurrence a largement souligné qu'un des pré-requis pour que la concurrence pour le marché ait les effets attendus en termes de prix, de coût du service et d'incitation à l'innovation et à la qualité des prestations est qu'un nombre suffisant de candidats potentiels crédibles (c'est-à-dire susceptibles de faire des offres « intéressantes ») soit encouragé à y participer. Elle rappelait ainsi, dans la décision de concentration Veolia/Transdev<sup>100</sup>, que « [...] le coût de préparation d'une offre ou l'insuffisante qualité de l'appel d'offres peuvent dissuader des concurrents potentiels de se présenter ». Or, comme cela a été relevé dans cette même décision, une « diminution du nombre de candidats aux futurs appels d'offres est susceptible d'emporter deux types d'effets : une détérioration en prix des offres remises aux autorités organisatrices de transport et un appauvrissement de la diversité des réponses produites dans le cadre d'appels d'offres ».

Les exemples de barrières entravant la participation de candidats potentiels aux appels d'offres sont nombreux. Le coût de préparation de la réponse à l'appel d'offres en est une, déjà évoquée. Les **barrières linguistiques** limitant l'entrée de concurrents étrangers en sont une autre. Ainsi, comme le relevait l'Autorité dans la décision Veolia/Transdev, au sujet du marché des transports urbains, « la spécificité du cadre juridique dans lequel sont organisés les appels d'offres, leur publication en langue française dans des journaux dont la diffusion est, hormis pour les appels d'offres lancés par les très grandes villes, limitée au territoire national ainsi que les délais de réponse relativement courts qui sont laissés aux candidats constituent des obstacles à l'entrée d'opérateurs étrangers sur ce marché ». Or, dans un secteur comme les transports, l'existence de ce type de barrières est particulièrement dommageable, dans la mesure où elle peut dissuader l'entrée d'opérateurs étrangers pourtant aguerris aux exigences de ces marchés<sup>101</sup>.

Les barrières à l'entrée peuvent aussi être de nature **administrative**. Dans ses décisions et avis relatifs à l'organisation de la concurrence pour le marché de la desserte maritime de la Corse<sup>102</sup>, l'Autorité a par exemple relevé que « le délai très court entre la décision de lancer la consultation et la date limite de dépôt des plis a réduit la possibilité pratique d'attirer de nouveaux candidats ». De même, l'obligation faite au candidat vainqueur de l'appel d'offres de modifier le pavillon de ses navires et

99. Pour une analyse détaillée de ces outils appliquée au secteur des transports, voir Julien Lévêque, *Réguler les chemins de fer...*, *op. cit.*

100. Décision 10-DCC-198 précitée.

101. Des opérateurs étrangers de transport urbain par bus sont d'ailleurs présents depuis peu sur le marché français (Siberbus, Carpostal); les opérateurs français étant, quant à eux, implantés à l'étranger depuis de nombreuses années.

102. Décisions 06-MC-03 du 11 décembre 2006, 09-D-10 du 27 février 2009.

les contrats de travail de son personnel, tout comme la clause imposant aux participants à l'appel d'offres de formuler des projets de développement de l'île et de disposer d'un réseau de distribution déjà en place et dont le personnel parle français ont fortement découragé la participation à cet appel d'offres.

L'Autorité a également pu relever l'existence de barrières à l'entrée que l'on pourrait qualifier de **barrières « sociales »**. Dans la décision 06-MC-03 relative à l'appel d'offres pour le contrat de desserte maritime entre Marseille et les ports corses, elle notait en effet que *« la clause, peu claire au demeurant, prévoyant que "le candidat fera connaître les dispositions qu'il entend prendre vis-à-vis des salariés et conformément au Code du travail dans le cas où le précédent délégué serait écarté" pourrait décourager certaines compagnies à se porter candidates, et ce, en raison du contexte entourant ce renouvellement et des risques liés à l'attitude des organisations syndicales corses »*.

Cette multiplicité des barrières à l'entrée de candidats potentiels, combinée à la tendance à la concentration que l'on observe dans le secteur, sont autant de facteurs pouvant nuire à l'effectivité de la concurrence pour le marché dans les transports. Ces questions sont au cœur des préoccupations de l'Autorité de la concurrence qui s'est particulièrement attachée à proposer ou mettre en œuvre des solutions innovantes permettant de lever les barrières entravant la participation aux appels d'offres.

### La création d'un fonds d'animation de la concurrence

Une des mesures innovantes sur laquelle l'Autorité de la concurrence s'est penchée et dont elle a autorisé la mise en œuvre est la création d'un fonds d'animation de la concurrence.

Lors de l'examen du projet de création de l'entreprise commune Veolia Transport/Transdev<sup>103</sup>, l'Autorité de la concurrence a estimé que la concentration envisagée était, entre autres, de nature à porter atteinte au bon fonctionnement de la concurrence pour le marché dans les secteurs du transport urbain hors Île-de-France. Elle a ainsi constaté que le rapprochement des deux filiales aurait pour effet, d'une part, de détériorer le niveau des offres sur le marché du transport public urbain dans 20 à 25 % des cas, et d'autre part, d'appauvrir la qualité et la diversité des offres remises lors des futures mises en concurrence, en particulier en région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence identifiés sur le marché des transports urbains, les parties ont pris plusieurs engagements de cessions d'actifs répondant aux critères d'efficacité des remèdes qui ressortent de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

De manière plus novatrice, elles ont également pris l'engagement de financer la création d'un fonds d'animation de la concurrence à hauteur de 6,54 millions d'euros permettant, d'une part, d'indemniser de tout ou partie de leurs frais de réponse les candidats non retenus aux appels d'offres lancés pour les réseaux de

<sup>103</sup>. Décision 10-DCC-198 précitée.

transport dont Veolia Transport ou Transdev est l'opérateur sortant et, d'autre part, de financer les prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage des collectivités de petite taille.

Le financement de ces actions d'animation de la concurrence renvoie donc clairement aux préoccupations de l'Autorité de la concurrence concernant l'intensité de la participation aux appels d'offres et les compétences des autorités organisatrices de transport.

## L'allotissement des réseaux de transport urbain

S'interrogeant sur les moyens de stimuler la participation de candidats aux appels d'offres dans le secteur des transports collectifs, en particulier, urbains, l'Autorité de la concurrence a également été amenée à analyser les effets que pourrait avoir l'allotissement des réseaux<sup>104</sup>.

L'allotissement consiste à décomposer un marché en plusieurs lots, soit par mode de transport, soit par ligne ou secteur géographique, et il est largement utilisé dans le secteur des transports interurbains. Pour le secteur des transports urbains, l'analyse, tant théorique qu'empirique<sup>105</sup>, s'appuyant sur les observations de la mise en pratique de l'allotissement dans plusieurs grandes métropoles<sup>106</sup>, suggère que celui-ci peut apporter des gains significatifs d'efficacité car il permet d'accroître la concurrence. Des opérateurs de petite taille sont en effet davantage susceptibles de répondre à des appels d'offres concernant quelques lignes d'un réseau que d'être candidats à l'exploitation du réseau entier. Comme le souligne l'Autorité, si l'exploitation de l'intégralité d'un réseau de transport urbain par un unique opérateur, qui est le mode d'organisation choisi en France, « permet [...] de bénéficier d'économies d'échelle, elle peut également conduire à un appauvrissement de l'offre, tant du point de vue du nombre d'opérateurs candidats aux appels d'offres que de celui de la qualité des services proposés. L'allotissement des réseaux, qu'il soit organisé suivant les modes de transports (métro, tramway, bus), ou bien de façon géographique, pourrait permettre de stimuler la concurrence, de faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs et l'émergence de nouveaux services<sup>107</sup> ».

En outre, la fragmentation d'un réseau permet à l'autorité déléguée, si tant est qu'elle en ait les capacités, de mettre en œuvre des méthodes de « benchmarking », c'est-à-dire de comparer les performances des différents opérateurs exploitant chacun des lots, ce qui peut s'avérer être un puissant outil de régulation.

Toutefois, l'exploitation par un seul opérateur de l'intégralité d'un réseau de transport urbain peut permettre de bénéficier d'économies d'échelle. Elle assure également la cohérence des services fournis sur le réseau (en termes de tarification et de

104. Avis 09-A-55 précité.

105. Voir par exemple L. Baumstark, C. Ménard, N. Puccio, W. Roy et A. Yvrande-Billon, *Risques et avantages de l'allotissement dans les transports publics urbains de voyageurs*, Rapport pour le PREDIT, 2008, ou encore M. Amaral, S. Saussier et A. Yvrande-Billon, « Auction procedures and competition in public services : the case of urban public transport in France and London », *Utilities Policy*, 17, 2009, p. 166-175.

106. Par exemple, Londres, Stockholm, Melbourne, Helsinki, Copenhague ou Adelaïde.

107. Avis 09-A-55 précité.

billettique) et garantit l'interconnexion des différentes lignes constituant le réseau, alors que « *la multiplication de petits lots [génère] d'importants coûts de gestion*<sup>108</sup> ». De même, dans le transport interurbain, « [les autorités organisatrices] *ont généralement intérêt à coordonner leur offre de transport pour assurer une bonne interconnexion entre les réseaux. [...] il ne peut [donc] être écarté qu'elles puissent trouver un intérêt à déléguer les différents marchés publics ou DSP de transport au sein d'une région à un seul groupe de manière à se décharger des questions de coordination entre les réseaux de transport* », comme le souligne l'Autorité de la concurrence dans la décision SNCF-CDPQ/ Keolis-Effia<sup>109</sup>.

Comme le relève l'Autorité dans son avis sur le transport public terrestre de voyageurs<sup>110</sup>, « *la perspective de l'allotissement des réseaux de transports urbains soulève un certain nombre de questions, relatives notamment à l'arbitrage entre d'une part, les gains d'efficacité attendus d'un accroissement de la concurrence, et d'autre part, les coûts potentiels liés à la coordination entre les différents délégataires des lots d'un même réseau* ». En d'autres termes, les gains d'efficacité tirés de l'exploitation par lots des opérateurs concurrents ne l'emportent pas systématiquement sur les coûts liés à la coordination de ceux-ci.

Plusieurs études empiriques ont cependant mis en évidence que, dans les réseaux urbains étendus, les bénéfices de la mutualisation de tous les modes de transport et de toutes les lignes ne compensent pas les surcoûts liés à la production par un monopole. En d'autres termes, les pertes d'économie d'échelle engendrées par la fragmentation du réseau sont plus que compensées par les gains liés au développement de la concurrence et de l'apprentissage que génère ce mode d'organisation, si toutefois l'allotissement s'accompagne d'un suivi par les autorités déléguées des performances des opérateurs<sup>111</sup>.

Aussi, dans le contexte général d'un secteur concentré autour de quelques opérateurs, et compte tenu des résultats de nombreuses études empiriques, en accord avec plusieurs expériences internationales, engager une réflexion sur l'allotissement des appels d'offres de transport public semble plus qu'opportun, comme l'a indiqué l'Autorité de la concurrence dans l'avis 09-A-55.

### *Détection et sanction des comportements collusifs*

Comme la concurrence sur le marché, la concurrence pour le marché, c'est-à-dire la procédure de passation de contrats par appel d'offres qui la sous-tend, peut être mise à mal par des ententes horizontales. D'aucuns avancent même que, dans la mesure où les règles formelles qui régissent les appels d'offres facilitent la

108. Décision 10-DCC-198 précitée.

109. Décision 10-DCC-02, précitée.

110. Avis 09-A-55, précité.

111. Voir notamment les travaux de D. Kennedy, « London bus tendering : the impact on costs », *International Review of Applied Economics*, 9 (3), 1995, p. 305-317, et Amaral et al. (2009), *op. cit.*, sur l'allotissement du réseau de transport par bus de Londres, qui font état d'une réduction significative des coûts d'exploitation (de l'ordre de 20 %) et d'un accroissement de la demande consécutivement à la fragmentation du réseau, mais soulignent que cette amélioration des performances n'aurait pas été possible sans le développement des compétences de la ville de Londres en matière de transport.

communication entre les concurrents, la concurrence pour le marché peut davantage encourager la collusion que les marchés dits « de prix affichés <sup>112</sup> ».

## Les modalités de la collusion dans les transports collectifs

Dans les secteurs des transports dont la structure est oligopolistique, le risque d'entente entre candidats aux appels d'offres est élevé, comme l'atteste la pratique décisionnelle du Conseil puis l'Autorité de la concurrence. Pas moins de neuf décisions ont sanctionné des ententes horizontales dans le secteur des transports collectifs terrestres depuis 2001 <sup>113</sup>. Les pratiques sanctionnées dans ces décisions reposent sur des stratégies de soumission concertées qui prennent plusieurs formes, certaines de ces formes pouvant parfois être cumulées.

Une première stratégie consiste à présenter des offres de couverture. Dans plusieurs affaires, l'Autorité a ainsi constaté que les entreprises concernées s'échangeaient des informations sur leur intention de soumissionner ou se communiquaient des projets de réponse aux appels d'offres afin d'établir des offres de couverture. De telles pratiques ont « *pour objet et pour effet de tromper les décideurs publics sur l'intensité réelle de la concurrence, de fausser l'exercice normal de la concurrence, notamment la fixation du prix des offres et de rendre artificiellement plus attractive l'une des offres établies en concertation* <sup>114</sup> ». Ainsi, dans le secteur du transport public urbain, les trois entreprises en cause (Véolia, Transdev et Keolis) ont été sanctionnées pour « *s'être concertées pour limiter le jeu de la concurrence en simulant une concurrence qui n'existait pas en fait en déposant des offres de couverture* », c'est-à-dire, par exemple, « *en remettant des dossiers incomplets ou peu offensifs n'ayant à l'avance aucune chance d'être retenus* » <sup>115</sup>. Les mêmes pratiques ont été mises en œuvre à l'occasion des appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar <sup>116</sup> ou encore dans le secteur des transports périscolaires de la commune de Grasse <sup>117</sup>.

La concertation peut aussi amener les entreprises à s'abstenir de soumissionner ou à retirer leur offre. Une telle stratégie de suppression d'offres ou d'abstention a par exemple été utilisée dans le secteur des transports publics urbains, où

<sup>112</sup>. Voir les arguments développés par P. Klemperer (2005), *op. cit.*, repris dans OCDE, *Competition in bidding markets*, DAF/COMP 2006 (31), 2006.

<sup>113</sup>. Décisions 01-D-13 du 19 avril 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais, 01-D-77 du 27 novembre 2001 relative au secteur du transport scolaire dans le département de l'Indre, 02-D-59 du 25 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, 03-D-46 du 30 septembre 2003 relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes maritimes, 04-D-30 du 7 juillet 2004 relative à des marchés publics de transport scolaire en Haute-Corse, 04-D-43 du 8 septembre 2004 relative à l'attribution de marchés organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires, 05-D-38 du 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs, 08-D-33 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar, 09-D-03 du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales.

<sup>114</sup>. Décision 04-D-30 précitée.

<sup>115</sup>. Décision 05-D-38 précitée.

<sup>116</sup>. Décision 08-D-33 précitée.

<sup>117</sup>. Décision 04-D-43 précitée.

les entreprises « s'abstenaient systématiquement de présenter des offres contre celle qui était titulaire du marché<sup>118</sup> ».

Les accords peuvent enfin consister en une répartition du marché sur des bases géographiques, les entreprises prenant part à l'entente se réservant ou s'échangeant certaines zones.

### Les moyens de déstabiliser les ententes

Si de telles pratiques ne sont pas propres aux appels d'offres dans le secteur des transports terrestres, certaines caractéristiques de ce secteur en font un terrain particulièrement propice aux ententes anticoncurrentielles, comme le souligne le rapport sur la mise en œuvre du règlement OSP<sup>119</sup>.

En premier lieu, certains de ces marchés sont de nature oligopolistique, comme dans le cas des transports urbains où, comme évoqué précédemment, différentes barrières à l'entrée, de nature administrative ou linguistique par exemple, freinent l'arrivée de nouveaux opérateurs.

En second lieu, la possibilité d'exercer des représailles, qui conditionne la stabilité d'une entente, est facilitée par la présence de certains opérateurs sur des marchés connexes ; les principaux opérateurs de transport urbain sont ainsi présents sur les marchés du transport scolaire, interurbain, même militaire, et depuis peu, ferroviaire. Certes, la fourniture par un même opérateur de divers services de transport répond à un besoin croissant d'intermodalité de la part des usagers et des décideurs publics et « ouvre la possibilité de développer des synergies de coûts [...] [qui] peuvent être pro-concurrentielles en ce sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficient les acheteurs<sup>120</sup> ». Mais, comme l'a relevé l'Autorité à plusieurs reprises, du fait de l'existence d'opérateurs multimodaux et par conséquent de contacts multi-marchés, « une déviation sur l'un d'entre eux peut entraîner des représailles sur tous les autres, ce qui est de nature à renforcer la stabilité de la coordination éventuelle ». Le fait que des opérateurs soient multimodaux est donc un facteur de risque supplémentaire pour la concurrence.

Dans ce contexte, les mesures à adopter pour limiter les risques de collusion consistent à encourager une participation large aux appels d'offres. Des travaux théoriques montrent que ce type de mesures permettant de promouvoir la concurrence peut souvent être plus efficace pour déstabiliser les ententes que l'optimisation fine des procédures d'appels d'offres<sup>121</sup>.

Le dédommagement des candidats perdants, la levée des barrières à l'entrée, le recours à l'allotissement apparaissent donc comme des moyens de limiter les risques d'entente lors des appels d'offres. Ce ne sont cependant pas des garanties

118. Décision 05-D-38 précitée.

119. Voir C. Maczkovics, G. Van Calster et B. Martens, *Study on the implementation of regulation (EC) n° 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road*, Rapport à la Commission européenne, 31 octobre 2010.

120. Décision 10-DCC-198 précitée.

121. J. Bulow et P. Klemperer, « Auctions versus Negotiations », *American Economic Review*, 86 (1), 1996, p. 180-194.

certaines contre les comportements anticoncurrentiels et ils peuvent même parfois être contre-productifs. Ainsi, par exemple, l'allotissement des marchés des transports scolaires et périscolaires à Grasse<sup>122</sup>, parce qu'il reposait sur la création de lots symétriques, a permis de soutenir l'entente entre les transporteurs sur ces marchés. La symétrie des lots, en permettant à tous les candidats de répondre indifféremment à un ou plusieurs lots, a en effet facilité les rétorsions en cas de déviation de l'entente.

## Pressions concurrentielles sur les sortants

La littérature économique souligne les difficultés rencontrées au stade de renouvellement des contrats à l'expiration de la délégation de service public. À ce stade, les différents candidats ne sont pas tous dans la même position, le sortant disposant fréquemment d'un net avantage qui peut constituer un obstacle majeur à l'effectivité de la concurrence.

Certes la reconduction des sortants, que l'on observe dans une grande majorité des cas dans le secteur des transports (urbains ou interurbains), n'est pas nécessairement le signe d'un manque de concurrence. Si l'opérateur sortant est reconduit, cela peut simplement être parce qu'il présente la meilleure offre. Comme l'indiquait l'Autorité, « *l'avantage tiré de la qualité de sortant [n'est] pas en principe suffisant pour qu'un comportement du sortant visant à tirer parti de son antériorité puisse être considéré comme un abus de la position qu'il détient*<sup>123</sup> ».

Mais, si la probabilité anticipée de succès du sortant est telle qu'elle dissuade des concurrents potentiels de participer aux appels d'offres, aucune pression concurrentielle ne s'exerce plus sur lui et il peut alors mener la « vie tranquille » d'un monopole. Toute la difficulté pour une autorité en charge de surveiller le bon fonctionnement de la concurrence consiste alors à identifier les sources des avantages acquis par le sortant et vérifier qu'ils sont dus à son mérite ou, à tout le moins, qu'ils ne sont pas le résultat de comportements anticoncurrentiels de sa part.

## Déterminants de la prime au sortant

### Investissements spécifiques

Un argument développé dans la littérature économique pour expliquer l'avantage au sortant est que la nature des investissements à réaliser dans les industries de services publics confère un avantage aux premiers entrants<sup>124</sup>. En d'autres termes, bien qu'il puisse y avoir un grand nombre de candidats qualifiés lors du premier appel d'offres, si le « *gagnant du contrat original acquiert un avantage de coût, en raison par exemple d'une localisation ou d'un apprentissage unique, incluant l'acquisition de*

122. Décision 04-D-43 précitée.

123. Décision 09-D-18 précitée.

124. O. E. Williamson, « Franchise bidding for natural monopolies in general and with respect to CATV », *Bell Journal of Economics*, 7 (1), 1976, p. 73-104.

*compétences de travail liées à des tâches spécifiques*», l'égalité entre candidats lors du renouvellement du contrat ne sera pas assurée<sup>125</sup>.

En effet, l'existence d'une concurrence *ex ante*, c'est-à-dire la présence d'un grand nombre d'offres au stade de l'attribution d'un contrat, ne garantit pas le maintien du même degré de concurrence lors du renouvellement du contrat. Le degré de concurrence *ex post* varie selon que la fourniture du bien ou du service considéré implique des investissements en actifs humains et/ou physiques spécifiques, c'est-à-dire des investissements durables difficilement redéployables sans coût vers d'autres usages ou d'autres clients. Lorsque de tels investissements ne sont pas nécessaires pour assurer la fourniture de services publics concédés, l'offreur qui remporte l'enchère initiale ne bénéficie pas d'avantages sur ces rivaux lors des enchères ultérieures. En revanche, dès lors que des investissements durables en actifs spécifiques sont réalisés par le premier entrant, ses futurs concurrents ne sont plus sur un pied d'égalité avec lui. Dans de telles circonstances, le vainqueur de l'appel d'offres sera avantagé lors du renouvellement par rapport aux vaincus.

Dans le secteur des transports, qui nécessite souvent des investissements lourds dans des actifs difficilement redéployables et d'une durée de vie importante, l'absence de concurrence lors du renouvellement des contrats est un enjeu majeur. Toutefois, le type et le degré de spécificité des actifs nécessaires à la fourniture de services publics de transport collectif ne sont pas les mêmes selon les modes.

Ainsi, sur le marché du transport maritime entre la Corse et le port de Marseille, le Conseil de la concurrence a mis en évidence que le coût, les caractéristiques techniques des bateaux capables de manœuvrer dans les ports corses et surtout la taille de la flotte nécessaire pour assurer les services définis dans le cahier des charges du contrat de 2007 avaient clairement conféré à l'opérateur sortant un avantage certain sur ses rivaux<sup>126</sup>.

En revanche, dans le secteur du transport urbain par bus, le coût et les caractéristiques des actifs physiques ne constituent pas une barrière à l'entrée importante car les matériels roulants, qui constituent une part importante du capital physique nécessaire pour assurer la fourniture du service, sont des actifs mobiles facilement transférables d'un réseau à l'autre et qui sont en outre, dans une large proportion, détenus par les autorités déléguées<sup>127</sup>. Quant aux installations de base (terminaux et dépôts), elles sont la propriété des collectivités locales. Par contre, l'expérience acquise par le sortant sur les caractéristiques du réseau et de la demande et sur les exigences du contrat le liant à l'autorité organisatrice (notamment sur le caractère plus ou moins contraignant des objectifs de qualité) lui procure un avantage indéniable sur ses rivaux<sup>128</sup>. C'est ce que l'Autorité a pu vérifier dans son analyse du fonctionnement du marché du transport urbain<sup>129</sup>. Le test de marché réalisé à cette occasion a en effet clairement révélé que « l'opérateur de transport

125. O. E. Williamson, *Les Institutions du capitalisme*, New York, The Free Press, 1985.

126. Décision 09-D-10 du 27 février 2009.

127. Pour reprendre l'expression de Williamson (1985, *op. cit.*, p. 328), ce sont des « *assets on wheels* ».

128. Voir notamment sur ce point la décision 10-DCC-02 précitée.

129. Décision 10-DCC-198 précitée.

*urbain sortant bénéficie d'un avantage sur ses concurrents qui correspond, principalement, à une connaissance approfondie du réseau».*

Ces exemples illustrent que, dans le secteur des transports collectifs, l'indépendance entre la probabilité de succès à un appel d'offres et les résultats des appels d'offres passés, considérée comme une des conditions nécessaires à l'efficacité de la concurrence pour le marché<sup>130</sup>, est difficile à assurer. Des facteurs exogènes rendent le développement d'avantages au sortant inévitable et même souhaitable, si ces avantages permettent effectivement au sortant de proposer de meilleures offres que ses concurrents.

En revanche, si ces avantages résultent de comportements anticoncurrentiels du sortant, ou s'ils permettent au sortant d'abuser de sa position d'antériorité pour supprimer toute contestabilité des marchés concernés, leur effet sur la qualité de son offre est négatif.

### **Gel des parts de marché et abus de position dominante du sortant**

La probabilité qu'un opérateur sortant soit reconduit dépend de l'intensité concurrentielle à laquelle il est soumis lors du renouvellement de son contrat. En l'absence de concurrence lors de la procédure de réattribution des contrats, la probabilité que le sortant soit remplacé apparaît en effet bien faible<sup>131</sup>. Le nombre d'adversaires potentiels est *de facto* un facteur explicatif de la probabilité de reconduction des sortants. De plus, un nombre restreint de candidats potentiels augmente les risques de collusion. Or, les comportements collusifs peuvent prendre la forme d'un gel des parts de marché et d'un maintien des positions acquises. La reconduction des sortants peut donc également être le résultat de comportements collusifs rendus possibles par une faible intensité concurrentielle. C'est ce que le Conseil de la concurrence a par exemple mis en évidence dans la décision 05-D-38 relative au fonctionnement du marché du transport public urbain de la fin des années 1990.

L'avantage et la reconduction du sortant peuvent aussi résulter de comportements stratégiques du sortant, essentiellement rendus possibles par l'avantage informationnel qu'il détient. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a retenu, dans son analyse du fonctionnement du marché du transport urbain, que les coûts d'acquisition d'informations sur les réseaux qu'ont à engager les concurrents du sortant sont élevés parce que les données qui leur sont fournies directement ou indirectement par le sortant « *sont souvent erronées, incomplètes ou dépassées, voire [...] faussées*<sup>132</sup> ». De même, l'analyse de la transparence des informations relatives aux marchés de transport urbain et interurbain, a permis d'établir que « *les rapports annuels publiés par les autorités organisatrices [sont] parfois peu détaillés et, en tout état de cause, destinés aux élus*<sup>133</sup> ». Dans la mesure où ces rapports annuels compilent les informations

130. Voir sur ce point le rapport de P. Klempere (2005), *op. cit.*

131. Elle n'est cependant pas nulle si l'on considère que les pouvoirs publics peuvent à tout moment, et *a fortiori* au terme d'un contrat de délégation, choisir de reprendre en main la gestion du service en ayant recours par exemple à une régie.

132. Décision 09-D-18 précitée.

133. Décision 10-DCC-02 précitée.

et données transmises par les opérateurs en place aux autorités organisatrices, le déficit d'information dont souffrent les nouveaux entrants peut résulter d'un comportement de rétention d'information du sortant.

La stratégie de dépôt d'une offre globale et indivisible adoptée par la SNCM, lors du renouvellement du contrat de délégation de service public de transport maritime entre Marseille et la Corse, fournit un exemple d'abus reposant sur l'avantage acquis par le sortant<sup>134</sup>. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a en effet sanctionné l'opérateur sortant pour avoir « *déposé une offre globale portant de manière indivisible sur l'ensemble des lignes, c'est-à-dire sans présentation simultanée d'offres ligne par ligne, et ce, dans un contexte particulier caractérisé, d'une part, par l'incapacité de toute autre compagnie ou groupement de déposer dans les délais requis une offre portant sur l'ensemble des lignes, de nature à concurrencer l'offre globale de la SNCM, et d'autre part, par l'incapacité de l'autorité délégante, du fait de l'indivisibilité de l'offre présentée par la SNCM et du refus de celle-ci de s'engager sur le montant de la subvention demandée ligne par ligne, de comparer les différentes offres en concurrence sur leurs mérites propres* ». Or, il a pu être démontré que le montant global de subventions demandé par le sortant était en fait nettement supérieur à la somme des offres individuelles par ligne, « *ce qui laisse supposer que la SNCM a fixé un prix supraconcurrentiel sans que ce prix reflète les gains d'efficacité attendus d'une offre globale, notamment du fait des économies d'échelle ou d'envergure permises par la possibilité de redéployer plusieurs navires à partir d'un même port* ».

Cet exemple illustre donc comment l'avantage détenu par le sortant, au cas d'espèce du fait de la taille de sa flotte et de ses caractéristiques spécifiques au marché concerné, peut lui permettre d'augmenter artificiellement le coût de changement supporté par la collectivité délégante et ainsi d'évincer ses rivaux sans avoir à proposer une offre compétitive.

### ***Les moyens de maintenir la contestabilité du marché***

Des solutions peuvent être envisagées pour limiter l'avantage de l'opérateur sortant au terme du premier contrat et permettre aux autres acteurs du marché d'être des concurrents crédibles lors du renouvellement.

#### **Transférabilité des actifs**

Une première solution, qui n'exclut pas les autres, consiste à introduire dans les contrats des clauses d'audit et d'inventaires des actifs en début et fin de contrat et à trouver des méthodes d'évaluation de ces actifs afin éventuellement de dédommager le sortant<sup>135</sup>. Même lorsque la durée du contrat est inférieure à la durée de vie des actifs et que l'amortissement des investissements est par conséquent plus risqué, la parité entre offreurs, au stade de renouvellement du contrat, peut être

134. Décision 09-D-10 précitée.

135. C'est notamment ce qu'a suggéré S. C. Littlechild lors de la conception de l'appel d'offres pour le contrat d'exploitation du métro de Londres (S. C. Littlechild, « Competitive bidding for a long term electricity distribution contract », *Review of Network Economics*, 1 (1), 2002, p. 1-38).

rétablie s'il est possible de transférer facilement le capital utilisé par le premier contractant, c'est-à-dire s'il est possible d'évaluer ce capital et de le céder à d'autres enchérisseurs.

Lorsque cela est possible, il est aussi envisageable de créer un marché de la location des actifs spécifiques utilisés par les exploitants. C'est par exemple l'option qui a été adoptée au Royaume-Uni pour accroître la contestabilité du marché de l'exploitation ferroviaire.

Par ailleurs, des clauses prévoyant le transfert du personnel d'une période à l'autre, c'est-à-dire d'un contractant à l'autre, peuvent également être introduites de manière à réduire les avantages comparatifs en termes de spécificité des ressources humaines de l'opérateur sortant. De même, les contrats peuvent incorporer des clauses de transfert de la propriété intellectuelle et des logiciels informatiques.

L'ensemble de ces solutions a donc pour ambition de clarifier les conditions de sortie du contrat des prestataires en place et de limiter les coûts d'entrée des nouveaux candidats aux appels d'offres.

Ceci étant, bien que le manque de parité entre offreurs soit une limite importante à l'efficacité de l'appel d'offres, il est important, lorsqu'on cherche à dépasser cette limite, de veiller à ne pas supprimer les incitations des contractants à investir. Si les actifs étaient totalement et aisément transférables, les opérateurs délégués, pensant ne pas rester en place ou, en tous cas, ayant autant de chances que leurs rivaux de remporter le second appel d'offres, pourraient être dissuadés de réaliser les investissements nécessaires à la maintenance des infrastructures et à la fourniture d'un service de qualité en fin de contrat. On pourrait alors aboutir à des investissements cycliques qui seraient concentrés en début de contrat, ce qui nuirait à la qualité du service et annulerait tous les bénéfices attendus du recours à des opérateurs privés.

Cet argument ne fait toutefois pas l'unanimité chez les économistes car la corrélation entre le degré de contestabilité et les incitations à investir pendant toute la durée du contrat ne semble pas toujours être négative<sup>136</sup>. Il est par exemple possible que les contractants en place soient fortement incités à investir en fin de contrat, afin de signaler au décideur public leur « bonne volonté » et d'obtenir ainsi un avantage sur leurs concurrents.

## Réduction des asymétries d'information

Les moyens mis en œuvre pour faciliter le transfert des actifs et permettre au marché d'être contestable suppose que les asymétries d'information entre la puissance publique délégante et l'offreur sortant soient minimales, de manière à ce que l'autorité organisatrice de l'appel d'offres puisse évaluer avec précision l'avantage du candidat sortant.

<sup>136</sup>. Voir sur ce point l'article de L. Affuso et D. Newbery, « The impact of structural and contractual arrangements on a vertically separated railway », *The Economic and Social Review*, 33 (1), 2002, p. 83-92. Les auteurs y montrent que les exploitants ferroviaires britanniques, sous contrat de délégation de court terme comparativement à la durée de vie des actifs ferroviaires qu'ils utilisent, investissent davantage en fin qu'en début de contrat.

Là encore, le développement, par l'autorité organisatrice, de compétences lui permettant de contrôler les performances des délégataires en place et les caractéristiques des investissements qu'ils ont consentis est une condition nécessaire pour éviter l'exploitation abusive par les sortants des avantages qu'ils ont acquis, et agir sur la contestabilité du marché. Il s'agit par exemple d'éviter que le cahier des charges des nouveaux contrats soit calqué sur les résultats et caractéristiques du sortant et le rende par conséquent incontournable. Cette condition est notamment soulignée dans la décision 09-D-10 et dans l'avis 12-A-05, tous deux relatifs à l'organisation de la desserte maritime de la Corse.

Enfin, comme souligné précédemment, le recours à une assistance à maîtrise d'ouvrage et l'allotissement des réseaux sont un moyen de réduire les asymétries d'information entre autorité délégante et opérateurs sortants.

## Conclusion

La présente étude a décrit la variété des problématiques concurrentielles qui peuvent se poser dans le secteur des transports collectifs de voyageurs, en distinguant les enjeux associés à l'ouverture à la concurrence *dans* le marché des risques inhérents à la mise en œuvre d'une concurrence *pour* le marché. Ce panorama permet de mettre en évidence un ensemble de conditions nécessaires pour développer puis maintenir la concurrence dans le secteur des transports.

Ces conditions, qu'il s'agisse de la séparation de la gestion des infrastructures essentielles et de l'exploitation des services dans les secteurs des transports ferroviaire et aérien notamment, ou de la qualité des appels d'offres dans les secteurs du transport urbain et maritime par exemple, ne sont cependant pas suffisantes. Les changements organisationnels nécessaires à l'introduction de mécanismes de marché ne peuvent avoir les effets attendus en termes de diversification des offres, de baisse des prix ou d'amélioration de l'utilisation des réseaux, que s'ils sont accompagnés de profonds changements réglementaires.

Dans les autres industries de réseau récemment libéralisées (comme les secteurs de l'énergie et des télécoms), une des composantes essentielles des réformes concurrentielles a été la création d'autorités de régulation sectorielle indépendantes et dotées d'importants pouvoirs de contrôle et d'intervention. Dans le secteur des transports, cet aspect des réformes, au moins aussi important que les changements structurels, a été négligé, ce qui laisse à penser que les problèmes concurrentiels traditionnellement observés dans les industries de réseau se poseront avec encore plus d'acuité dans les transports.

# 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 2011 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>	105
<b>Le marché pertinent de produit ou de service</b>	106
La substituabilité du point de vue des demandeurs	106
La substituabilité de l'offre	118
<b>Le marché géographique</b>	118
Dimension régionale ou locale	119
Dimension nationale	122
Dimension supranationale	123
<b>Contrôle des pratiques anticoncurrentielles</b>	124
<b>Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure</b>	124
Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	124
Prescription	129
Déroutement de la procédure	131
<b>Ententes</b>	144
Les concours de volontés	144
Les différentes restrictions de concurrence	151
Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, § 3, TFUE)	171
<b>Pratiques abusives</b>	175
Abus de position dominante	175
Abus de dépendance économique	183
<b>Mesures conservatoires</b>	184
Sur la recevabilité des mesures conservatoires	184
Sur le fond	185

<b>Imputabilité</b>	188
L'imputabilité du comportement de la filiale à la société mère	188
Modification de la structure, de la situation juridique, de la dénomination ou de l'activité de l'entreprise auteur des pratiques	191
<b>Politique de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions</b>	192
Aspect correctif : les injonctions	192
Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions	193
<b>Les engagements</b>	211
<b>Contrôle des concentrations</b>	218
<b>Notion de concentration</b>	218
Contrôle exercé avec une participation minoritaire	218
Passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif	220
Fusion de fait	220
<b>Les opérations interdépendantes</b>	222
<b>Les seuils de contrôle</b>	224
La prise en compte des changements de périmètre de l'activité depuis la certification des comptes	225
La prise en compte des transactions internes	225
Opérations réalisées au cours d'une période de deux ans	226
La mise en œuvre des mécanismes de renvois du règlement communautaire	227
<b>Analyse concurrentielle</b>	227
Les effets horizontaux	227
Les concentrations verticales	232
Les concentrations conglomerales	233
<b>Les mesures correctives</b>	235
GDF Suez/Ne Varietur	236
HTM/Saturn	236
Rubis/Chevron Antilles-Guyane	237
BFCM/Est républicain	237
Groupe Bernard Hayot/Cora Cluny	238
Agrial/Elle & Vire	239
Cofepp/Quartier français spiritueux	239

<b>Activité consultative</b> _____	240
Avis rendus dans le secteur de l'agriculture _____	241
Avis rendus dans le secteur du transport ferroviaire (avis 11-A-15 et 11-A-16 du 29 septembre 2011) _____	250
Avis rendu dans le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (avis 11-A-02 du 20 janvier 2011) _____	252
Avis rendus dans le secteur des télécommunications _____	256
Avis rendu dans le secteur de l'électricité (avis 11-A-06 du 15 mars 2011) _____	264
Avis rendu sur la création de sociétés publiques locales (avis 11-A-18 du 24 novembre 2011) _____	265



# Pratique de l'Autorité de la concurrence

## La définition des marchés

La délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'y apprécier, d'une part, leur pouvoir de marché, c'est-à-dire leur capacité à augmenter leurs prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés et, d'autre part, les effets des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre.

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, l'Autorité 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. La substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent »* (11-D-03; 11-D-09; 11-MC-01; 11-D-15).

La délimitation du marché pertinent se fonde donc sur un examen des caractéristiques objectives du produit ou du service en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre.

Cette définition peut 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 la situation contemporaine des pratiques.

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.

La pratique décisionnelle de l'Autorité rappelle 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 pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre (11-D-02; 11-D-03; 11-D-17; 11-D-19). C'est ainsi que l'Autorité a considéré, dans sa décision 11-D-02, que le secteur concerné par les pratiques d'ententes anticoncurrentielles constatées était celui de la restauration de monuments historiques en France, sans qu'il soit besoin de définir avec précision les limites géographiques des marchés en cause.

Enfin, il convient de noter que les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne préfèrent, lorsque la segmentation d'un marché n'apporterait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée et sur les effets sur la concurrence, laisser la question ouverte (11-D-05).

## **Le marché pertinent de produit ou de service**

Le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services spécifiques, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens et services offerts (11-D-09). 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 (11-D-03; 11-D-09; 11-MC-01).

### ***La substituabilité du point de vue des demandeurs***

Si la substituabilité de différents biens ou services entre eux se mesure, en principe, au moyen des élasticités-prix croisées de ces différents biens ou services, la mesure précise de ces élasticités n'est pas disponible pour la plupart des biens ou services. L'Autorité les apprécie donc de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place par les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution), l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement

du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause. L'analyse des marchés pertinents est donc souvent complexe et suppose de croiser plusieurs critères d'analyse (faisceau d'indices).

### L'identité et les caractéristiques des demandeurs

#### *Les caractéristiques des demandeurs*

Les marchés sont analysés en tenant compte de l'identité et du comportement des clients. Ces comportements peuvent différer d'un groupe de demandeurs à l'autre, modifiant ainsi les structures du marché.

Dans le secteur de la manutention portuaire dans les départements d'outre-mer, l'Autorité a rappelé les termes de sa décision 10-D-13, et indiqué qu'il n'était pas nécessaire de distinguer les prestations de manutention portuaire selon le type de trafic concerné. En revanche, l'Autorité a considéré que le marché de la manutention portuaire de conteneurs pouvait être subdivisé en deux segments, l'un concernant le trafic de conteneurs destinés à l'hinterland et l'autre concernant le transbordement de conteneurs. Par ailleurs, la substitution entre la manutention de conteneurs et la manutention d'autres marchandises n'était pas possible, au regard de plusieurs critères, notamment la nature de la prestation, l'outillage, les techniques employées et le prix (**11-D-01**).

Dans la décision **11-D-03**, l'Autorité a retenu, en l'espèce, le marché des fruits et légumes frais, sans distinction de clientèle, malgré la présence de grossistes exerçant uniquement les prestations de vente et de distribution, et de grossistes exerçant, en plus des prestations habituelles, la préparation et la livraison des commandes à leurs clients.

Par ailleurs, l'Autorité a eu l'occasion de rappeler sa pratique décisionnelle en matière de définition des marchés de détail de communications électroniques, en distinguant les marchés de la téléphonie fixe, de la téléphonie mobile et des services d'accès à Internet haut débit. Ainsi, dans sa décision **11-D-05**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques dans la zone Réunion-Mayotte, seuls ces deux derniers marchés étaient concernés et ont été retenus comme pertinents. L'Autorité a également examiné les marchés de gros du transport de données entre territoires distants, sur lesquels les offreurs sont des opérateurs membres de consortiums, et les demandeurs, des opérateurs tiers agissant sur les marchés de détail de la zone Réunion-Mayotte, souhaitant établir des communications et échanger des données avec d'autres territoires. Elle a considéré que chacune des liaisons point à point constituait un marché pertinent mais qu'une délimitation plus large de ce marché pouvait néanmoins être retenue, selon la capacité des offreurs potentiels sur une liaison donnée à desservir une autre liaison.

Dans sa décision **11-D-17** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, l'Autorité a distingué les marchés selon le type d'acheteur ou de demandeur (professionnels, grand public, etc.). S'agissant des lessives, quatre grandes catégories d'acheteurs pouvaient être distinguées : le grand public, les collectivités

(hôpitaux, administrations, établissements scolaires, etc.), l'hôtellerie-restauration et les entreprises, notamment celles actives dans les secteurs de la blanchisserie et du nettoyage. À cette distinction répondaient deux catégories de lessives : les lessives dites « grand public » et les lessives dites « industrielles ». L'Autorité rejoint par là même son analyse tenue dans la décision 04-D-28 du 2 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Henkel-Ecolab dans le secteur des lessives industrielles. Le Conseil avait ainsi pris en considération la composition des lessives, la différence de conditionnement, et enfin, les structures commerciales et industrielles mises en place. D'autres éléments permettaient d'affirmer la singularité de la demande du grand public, notamment le fait que celle-ci se distinguait de la demande des professionnels par ses préférences subjectives, dirigées vers les marques à forte notoriété. Les fabricants de lessives à destination du grand public ont développé des formats de produits standard ainsi qu'un conditionnement de produits adapté à la demande. Ils ont également dû consentir à des investissements promotionnels importants, le niveau de ces investissements promotionnels constituant d'ailleurs une barrière à l'entrée sur ce segment.

Dans la décision **11-D-06**, l'Autorité a rappelé que dans le secteur des produits et services funéraires, elle retient généralement l'existence de trois marchés de produits et de services différents, un marché général et deux marchés spécifiques. Le marché général est celui des services funéraires proposés aux familles qui peuvent maîtriser l'ensemble des opérations funéraires à la suite du décès. L'Autorité a également constaté l'existence d'un marché répondant à la demande des établissements de soin et de séjour, où résidait la personne décédée et qui, ne disposant pas de chambre mortuaire, s'adressent directement aux sociétés funéraires pour organiser le départ du corps du défunt, lorsque les familles ne prennent pas en main les opérations funéraires dans de brefs délais. Enfin, l'Autorité a défini un marché correspondant à la demande de l'organisation d'obsèques par les familles dont les défunts ont été transportés en chambre funéraire. **(Voir aussi décision 11-D-14).**

Concernant le secteur bancaire, l'Autorité de la concurrence a considéré que les attentes des consommateurs étaient différentes selon les moyens de paiement proposés. En effet, tant du point de vue des consommateurs que du point de vue des commerçants, les chèques, les virements et les prélèvements, ainsi que les espèces, ne sont pas des substituts aux cartes bancaires **(11-D-11)**.

Dans une décision concernant le secteur de la livraison de colis, l'Autorité s'est référée à sa pratique décisionnelle pour constater que, traditionnellement, le secteur de l'envoi de colis est divisé selon les catégories d'envoi : les monocolis d'une part (traités de manière individuelle) et les expéditions d'autre part (traitées par lots). Par ailleurs, l'acheminement en express est également considéré comme un critère de différenciation de l'envoi standard de colis. Il est également rappelé que le marché des monocolis est divisé en trois sous-marchés, comprenant les envois inter-entreprises, les envois des entreprises vers les particuliers et les envois entre particuliers **(11-MC-01)**.

Dans la même décision, l'Autorité a refusé de considérer que le sous-marché de l'envoi standard de colis d'entreprise aux particuliers pouvait être segmenté en un

segment de la livraison de colis à domicile et en un segment de la livraison de colis en points de retrait. En effet, l'Autorité a confirmé que ces services de livraison à domicile et hors domicile sont substituables, car répondant à un besoin de nature identique du point de vue des consommateurs (consommateurs finaux ou clients chargeurs). Par ailleurs, ces services passent par le même canal de vente et s'adressent à la même clientèle. Dans ces conditions, les livraisons de colis à domicile et hors domicile constituent un même marché pertinent.

### *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.

L'Autorité a ainsi considéré que le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais impliquait l'intervention de grossistes qui exercent des fonctions comprenant, en amont, une activité d'approvisionnement et, en aval, une activité de distribution **(11-D-03)**.

De même, dans le secteur alimentaire, elle a distingué un marché amont d'approvisionnement des commerces d'alimentation générale, dans lequel sa pratique décisionnelle est de délimiter autant de marchés pertinents que de groupes de produits, et un marché aval de vente et de distribution au détail des biens de consommation courante **(11-D-04)**.

Dans son examen de pratiques mises en œuvre dans le secteur des titres cadeaux prépayés, l'Autorité a distingué, conformément à sa pratique décisionnelle, d'une part, en amont, le marché de l'acceptation des titres cadeaux qui correspond à la rencontre de l'offre proposée par un émetteur des titres cadeaux, et de la demande de commerçants (généralement une enseigne de distribution de biens et de services) qui les acceptent en paiement, et d'autre part, en aval, le marché de la distribution des titres, qui met en présence les émetteurs et les organismes intermédiaires ou les personnes physiques qui les achètent **(11-D-08)**. Par ailleurs, la demande est distincte sur le marché de la distribution, avec, d'une part, les personnes physiques qui s'adressent à des réseaux généralistes et, d'autre part, des institutionnels.

Dans sa décision **11-D-11**, l'Autorité a observé que la carte bancaire comprenait deux fonctions, l'une de paiement et l'autre de retrait, à l'intérieur desquelles plusieurs marchés pertinents pouvaient être relevés.

Dans sa fonction de paiement, la carte bancaire est présente sur un marché amont et sur deux marchés aval : dans le premier cas, les systèmes de paiement par cartes se font concurrence pour affilier les établissements de crédit ou de paiement et leur fournir des services comme les services de réseau permettant les transactions par carte. Dans le second cas, la carte bancaire est présente, d'une part, sur un marché de l'émission dans lequel les établissements de crédit ou de paiement se font concurrence pour distribuer des cartes de paiement et fournir certains services qui leur sont associés, et, d'autre part, sur un marché de l'acquisition dans lequel les établissements de crédit ou de paiement se font concurrence pour affilier des commerçants et leur fournir des services, en particulier des services d'encaissement. Ces

distinctions répondent au caractère biface du marché des cartes bancaires (étant donné l'existence d'externalités de réseaux croisés), avec, d'un côté, les consommateurs porteurs d'une carte de paiement et, de l'autre, les commerçants ou autres accepteurs qui admettent ce mode de paiement.

Dans sa fonction de retrait, la carte bancaire est également présente sur un marché amont au sein duquel se font concurrence les systèmes de paiement pour l'affiliation des établissements de crédit, et sur un marché aval, dans lequel se font concurrence les établissements de crédit pour la distribution des cartes ayant une fonction de retrait auprès des consommateurs.

Dans sa décision **11-D-12**, l'Autorité a rappelé son analyse du marché de la télévision payante avec, en amont, un marché d'acquisition de droits audiovisuels, en intermédiaire, un marché de production de chaînes thématiques payantes avec une offre composée d'éditeurs de chaînes et une demande composée de distributeurs et, enfin, en aval, un marché de la distribution de la télévision payante, sur lequel s'exercent la mise à disposition de chaînes permettant une offre commerciale attractive et une incitation à la concurrence en prix.

### *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 le plus souvent comme un marché pertinent, la demande du donneur d'ordres étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges.

Par ailleurs, qu'il s'agisse de marchés publics ou privés, chaque marché passé sur appel d'offres constitue un marché pertinent, sur lequel se rencontrent la demande du donneur d'ordres et les propositions des candidats qui soumissionnent à l'appel d'offres. Cela n'interdit pas à l'Autorité d'appréhender globalement les pratiques visant ces différents marchés quand elles relèvent d'une stratégie globale.

Ainsi, concernant les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, l'Autorité a considéré que chaque marché local passé sur appel d'offres constituait un marché pertinent **(11-D-13)**.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a rappelé, les années précédentes, que si plusieurs appels d'offres constituaient 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.

De plus, elle a précisé 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 qui est active dans un secteur fonctionnant 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.

Dans la décision **11-D-09**, saisie par le Syndicat national des producteurs indépendants d'électricité thermique (SNPIET), l'Autorité s'est interrogée sur le marché pertinent concerné par les allégations de prix prédateurs exercés par la société Électricité de France (EDF) et sur le marché pertinent concerné par les contrats d'achat proposés par EDF. À titre liminaire, elle a procédé à une présentation générale du marché français de gros de l'électricité, en rappelant qu'il recouvre l'ensemble des volumes d'électricité produits ou importés en France et revendus à d'autres opérateurs, par le moyen du marché de gré à gré ou du marché organisé.

Ensuite, dans un premier temps, l'Autorité a distingué le marché de gros de l'électricité du marché d'appels d'offres de la société Réseau de transport d'électricité (RTE), qui met en œuvre des logiques économiques très différentes, aux motifs que, d'une part, dans le cadre des appels d'offres, il n'y a qu'un seul demandeur (RTE) et plusieurs offreurs ayant des capacités de production en France uniquement (excluant de ce fait les acteurs ayant des capacités de production à l'étranger, car la relation contractuelle avec RTE implique un libre accès, sur plusieurs années, aux interconnexions), et que, d'autre part, le produit échangé sur le marché de gros n'est pas de même nature que celui pour le marché des appels d'offres (dans le premier cas, les échanges portent essentiellement sur des volumes d'électricité, tandis que dans le second cas, il est question d'une mise à disposition de capacités de production).

Par ailleurs, le marché des appels d'offres de RTE est considéré comme distinct de celui du mécanisme d'ajustement. L'Autorité a en effet analysé les appels d'offres comme un marché où ne peuvent être proposées que certaines technologies de production (centrales diesel et turbines à combustion, ou hydraulique de barrage), alors que le marché du mécanisme d'ajustement comprend toutes les capacités disponibles que les acteurs, français et étrangers, n'utilisent pas (centrales de charbon ou à gaz). C'est ainsi qu'en l'espèce, l'Autorité a retenu le marché des appels d'offres comme marché pertinent. Enfin, l'Autorité a relevé qu'au sein de ce marché, il convenait de distinguer celui de l'appel d'offres pour la réserve rapide, de celui de l'appel d'offres pour la réserve complémentaire. Ainsi, toutes les centrales pouvant être démarrées en moins de treize minutes sont intégrées au marché de la réserve rapide, et les offreurs ayant remporté ce marché ont l'obligation de

mettre à disposition leur capacité pendant deux heures par jour. Concernant le marché de la réserve complémentaire, les offreurs mettent leur capacité à disposition pendant six heures par jour.

En revanche, et dans un second temps, l'Autorité a écarté l'existence d'un marché pertinent plus restreint recouvrant l'extrême pointe, dans le marché de gros de l'électricité, considérant en effet l'absence de produits d'extrême pointe négociés sur le marché de gros et la substituabilité relative entre certaines technologies de production, utilisées à la fois pour la production de pointe et la production en période d'extrême pointe. En effet, elle a constaté que ces centrales thermiques, les centrales diesel telles que les centrales au gaz ou au charbon, ou encore les centrales hydrauliques, généralement utilisées en période de pointe, pouvaient parfaitement être utilisées en période d'extrême pointe.

### **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 coffrets cadeaux de celui des chèques et des cartes cadeaux, en considérant que les coffrets permettaient la matérialisation du cadeau offert, alors que les chèques et les cartes étaient utilisés comme moyen de paiement d'un bien ou d'un service, de manière différée et échelonnée dans le temps. L'Autorité a également distingué le marché des cartes cadeaux de celui des chèques cadeaux, en raison notamment des spécificités qui caractérisent les premières. Ainsi, la carte, à la différence du chèque, ne dispose pas de valeur avant son activation et son authenticité peut être vérifiée automatiquement à chaque passage en caisse, ce qui lui accorde le caractère d'un produit beaucoup plus sécurisé que le chèque cadeau. 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 **(11-D-08)**.

Dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille, l'Autorité a défini le critère essentiel de la demande comme étant la proximité de l'aéroport et la possibilité de rejoindre l'aérogare où les passagers, une fois leur véhicule stationné, prendront l'avion. Seuls les parkings de la zone aéroportuaire – gérés par la société mise en cause – et le parking de la société saisissante,

à proximité immédiate de celle-ci et relié à l'aérogare par une navette gratuite, constituent des offres substituables du point de vue de la demande (**11-D-15**).

Par ailleurs, dans sa décision **11-D-17**, l'Autorité a distingué les lessives des autres détergents et produits d'entretien, du fait de leur usage spécifiquement destiné au soin du linge, et au sein des produits de soin du linge, par leur fonction : le lavage du linge. L'Autorité a considéré que, si les mêmes composants chimiques peuvent entrer à la fois dans la composition des lessives et des autres détergents et produits d'entretien, les lessives présentent une formule qui leur est propre, ainsi que des procédés chimiques de transformation spécifiques. De même, les sites industriels produisant de tels produits ont été configurés pour la mise en œuvre de procédés donnés respectant les différentes obligations réglementaires. L'Autorité en a donc conclu que, tant du côté de la demande que du côté de l'offre, les lessives ne sont pas substituables aux autres détergents et produits d'entretien.

Dans cette même décision, l'Autorité a considéré qu'il convenait de distinguer, au sein du marché des lessives à destination du grand public, deux grandes familles de produits : les lessives dites « standard » (ou « universelles », ou « *heavy duties* ») et les lessives dites « spéciales » (ou « spécialisées », ou « *light duties* »). Les lessives spéciales se distinguent par fonction de lavage : lessives couleur, lessives laine et lessives noir. Qu'elles soient universelles ou spéciales, les lessives peuvent être commercialisées sous différentes formes : poudre, liquide ou tablettes. Cependant, dans la présente affaire, l'Autorité n'a pas estimé nécessaire de s'interroger plus avant sur la pertinence de ces dernières segmentations.

Conformément à la pratique décisionnelle tant communautaire que nationale, l'Autorité a considéré dans sa décision **11-DCC-150** du 10 octobre 2011 que le cidre constituait un marché de produits distinct des autres boissons. Le test de marché réalisé pour l'instruction de cette affaire a en effet confirmé que le cidre présente des caractéristiques de consommation très spécifiques. Avec des pics de consommation à l'Épiphanie, la Chandeleur et pendant l'été qui représentent ensemble près de 40 % des ventes annuelles de cidre auprès de la grande distribution, la saisonnalité de la demande est particulièrement marquée. Par ailleurs, le test de marché a indiqué que dans l'hypothèse d'une augmentation légère mais permanente des prix, le consommateur final ne se tournerait pas directement vers d'autres boissons, la demande correspondant à un besoin spécifique lié à un événement, à un plat principal ou à une habitude alimentaire. Du point de vue de l'offre, compte tenu de la spécialisation de tous les fabricants dans les activités cidricoles et de leur absence sur d'autres marchés de boissons (à l'exception de la fabrication de jus de pommes et de boissons alcoolisées à base de pommes), aucun élément ne permettait de remettre en cause la définition d'un marché du cidre distinct.

Dans sa décision **11-D-18** du 15 décembre 2011, l'Autorité a défini deux marchés pertinents : le marché de l'accès aux examens de scanner effectués à titre libéral sur le territoire intermédiaire d'Arcachon ainsi que celui de l'accès aux examens d'IRM effectués à titre libéral sur le territoire intermédiaire d'Arcachon. Elle en

a conclu que le centre hospitalier d'Arcachon était en situation de monopole sur ces deux marchés.

Enfin, dans sa décision relative aux produits Diddl, l'Autorité a considéré que les produits à l'effigie de Diddl sont caractérisés par leur variété – cartes postales, figurines, fournitures scolaires, etc. – et par la fréquence de leur renouvellement (près de 300 références en moyenne). Le personnage Diddl ne pouvant donc être associé à un type de produits particulier, l'Autorité a estimé qu'il convenait d'appréhender la pratique dans le cadre d'un secteur plus large, qui est celui des articles et gadgets de fantaisie **(11-D-19)**.

## Modalités de distribution

L'Autorité a considéré que le marché des produits aquatiques n'avait pas besoin d'être segmenté au sein de l'activité de commerce en gros en fonction de la nature des produits vendus, étant donné que les conditions de commercialisation sont identiques, quel que soit le produit en cause, dans la gamme poisson, coquillages et crustacés. Le marché pertinent a donc été défini comme étant celui de la distribution en gros des produits de la mer frais **(11-D-03)**.

De même, dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, l'Autorité se fonde sur plusieurs critères (techniques de vente, taille du magasin, accessibilité, nature du service rendu, ampleur des gammes de produits proposés) pour distinguer habituellement six catégories de commerce : les hypermarchés, les supermarchés, le commerce spécialisé, le petit commerce de détail, les maxi discompteurs, la vente par correspondance. Elle a précisé que ces commerces à dominante alimentaire se distinguaient notamment en fonction de leur surface légale de vente, tout en rappelant que les magasins dont la surface est située à proximité d'un seuil, étaient susceptibles de se retrouver sur le même marché pertinent qu'un magasin appartenant à une autre catégorie **(11-D-04)**.

Dans la décision **11-D-08**, l'Autorité a relevé, à l'appui de la distinction entre le marché des chèques cadeaux et celui des cartes cadeaux, que les chèques sont essentiellement l'objet d'une distribution auprès des institutionnels ou des organismes intermédiaires (entreprises, collectivités et comités d'entreprise) alors que les cartes sont proposées par les commerçants directement aux consommateurs finals, 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.

## Le positionnement commercial des produits et l'image de marque

Les produits, notamment alimentaires, vendus dans les GMS (terme incluant au cas présent les enseignes de hard discount) peuvent être commercialisés sous marque de fabricant (MDF), marque de distributeurs (MDD), marque de hard discounters (MHD) et marque de premier prix (MPP). La substituabilité des produits vendus sous MDF, MDD, MPP et MHD diffère selon les produits concernés et l'Autorité procède à une analyse au cas par cas afin de déterminer s'ils appartiennent ou non à des marchés pertinents différents.

En 2011, deux décisions de contrôle des concentrations aboutissent ainsi à des conclusions différentes sur cette question, la première relative au cidre (**11-DCC-150**<sup>1</sup>) et la seconde aux marchés des spiritueux (**11-DCC-187**<sup>2</sup>).

L'Autorité a d'abord rappelé que la chaîne d'approvisionnement allant du fournisseur vers le client final comprend deux niveaux : un niveau amont mettant en relation les fournisseurs et les GMS, et un niveau aval mettant en relation les GMS et le consommateur final.

Elle a ensuite constaté que les modalités d'approvisionnement du circuit GMS sont différentes pour les produits vendus sous MDD et pour les produits vendus sous MDF. Les produits MDD sont produits à partir d'un cahier des charges défini par l'acheteur (la GMS) détaillant les caractéristiques attendues du produit. Dans ce cadre, le fournisseur n'intervient qu'en application du cahier des charges et n'a aucun rôle dans la définition des stratégies commerciales de ces marques (décisions de lancement de nouveaux produits, politique de communication, etc.), contrairement aux fournisseurs des MDF. De même, à la différence des MDF, l'identité de l'opérateur qui approvisionne une enseigne en MDD reste inconnue du consommateur final. De plus, les produits vendus sous MDD font très généralement l'objet d'appels d'offres aboutissant à la signature de contrats, soit pour une durée courte (très souvent d'un an), soit pour une durée indéterminée avec possibilité d'y mettre un terme, sous réserve de préavis, à tout moment. Les produits MDF font, en revanche, l'objet d'un contrat de référencement dans le cadre de négociations de gré à gré, dans lesquelles la marque et les efforts promotionnels liés à celle-ci jouent un rôle important.

L'Autorité a néanmoins considéré que l'appartenance commune des marques de distributeur et des marques de producteur à un même marché de produits en amont dépend également de facteurs autres que le processus d'approvisionnement. Elle a ainsi pris en compte la substituabilité du côté de l'offre et constaté que les principaux offreurs de cidre produisaient tant des MDF que des MDD/MHD/MPP, situation différente de celle observée sur les marchés des spiritueux, sur lesquels, hormis les parties, les principaux producteurs proposaient soit uniquement des MDF, soit uniquement des MDD/MHD/MPP.

Elle a également estimé que la pression concurrentielle que peuvent éventuellement exercer les uns sur les autres les fournisseurs des GMS en MDF et en MDD est étroitement influencée par le comportement des consommateurs sur les marchés aval, et donc la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. Les négociations entre les GMS et leurs fournisseurs prennent notamment place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de qualité ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants.

1. Décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial.

2. Décision 11-DCC-187 du 13 décembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier français spiritueux par la Compagnie financière européenne de prise de participation.

Ainsi, en ce qui concerne le cidre, le test de marché a montré que le cidre vendu sous MDD exerce une réelle pression concurrentielle sur les produits MDF sur le marché de détail, compte tenu d'un faible degré de différenciation des produits et d'une notoriété des marques de fabricants peu développée. Il n'existe pas de différences significatives tant en termes de goût, de qualité ou encore d'emballage entre le cidre vendu sous MDF et le cidre vendu sous MDD, la différence de prix entre ces deux catégories de produits s'expliquant essentiellement par le fait que les seconds ne supportent pas de coûts de marketing et de communication. En outre, il apparaît que la marque revêt peu d'importance dans le choix du consommateur final. La part très importante des MDD dans le total des ventes de cidre des GMS, de l'ordre de 60 %, confirmait que MDD et MDF avaient, en ce qui concerne le cidre, une substituabilité suffisante pour qu'il puisse être considéré qu'elles appartiennent au même marché pertinent.

En revanche, en ce qui concerne les spiritueux, l'Autorité a constaté que la part des MDD, MHD et MPP dans les ventes de spiritueux a progressé au cours des années récentes mais est variable selon les spiritueux concernés et reste globalement inférieure à ce qui peut être constaté sur d'autres marchés. Elle a considéré que ce fait traduisait une certaine résistance des marques de fabricants qui peut s'expliquer notamment par l'existence de marques notoires portées par la publicité et la consommation en restauration hors domicile (« RHD »). Le test de marché a confirmé l'existence, dans ce secteur, de marques notoires, voire incontournables, de nature à limiter sur les marchés amont la substituabilité entre MDD et MDF, les distributeurs étant contraints de proposer ces marques dans leurs linéaires.

Lorsque l'Autorité considère que l'approvisionnement des GMS en MDF constitue un marché pertinent, elle détermine ensuite si une segmentation plus fine doit être opérée entre les MDD, MHD et MPP. À cette fin, elle examine notamment les prix, la qualité, les modalités d'achat, les contenus des contrats et l'identité des fournisseurs de ces différentes catégories de produit. Dans la décision **11-DCC-187**, l'Autorité a ainsi considéré que le marché de l'approvisionnement des GMS en spiritueux sous MHD pouvait être distingué de celui des spiritueux en MDD/MPP en raison notamment des différences de prix et de cahier des charges entre ces catégories de produits et d'une spécialisation assez marquée sur une de ces deux catégories de produits (certains opérateurs sont essentiellement présents sur les MDD/MPP, tandis que d'autres, notamment des producteurs étrangers, ont une offre essentiellement tournée vers les MHD). Dans cette même décision, l'Autorité a également estimé que l'approvisionnement des GMS en spiritueux vendus sous MPP présentait des particularités de nature à le distinguer de celui en spiritueux vendus sous MDD. En effet, il existe des différences de prix, de durée des contrats et d'évolution des ventes entre les deux catégories de produits, de sorte que même si les marques de MDD et les MPP présentent certaines caractéristiques communes (marque appartenant généralement au distributeur et non fournisseur, appels d'offres pouvant inclure ces deux catégories de produits, fournisseurs de MDD et MPP généralement identiques), une distinction entre MDD et MPP est pertinente.

### Différences de prix

Un écart de prix substantiel et durable entre différents produits peut être un indice de non-substituabilité entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché. *A contrario*, une différence minime de prix entre produits ou services permet d'établir leur substituabilité et leur coexistence sur un même marché pertinent.

Dans la décision **11-MC-01**, l'Autorité a ainsi considéré que les services de livraison de colis, à domicile et hors domicile, entre entreprises et particuliers, appartenaient au même marché, étant donné, outre d'autres éléments établissant leur substituabilité, les écarts de prix modérés que proposent ces deux modes de livraison.

### L'environnement juridique

Dans sa décision du 18 janvier 2011 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention portuaire à La Réunion, l'Autorité, pour délimiter le marché pertinent, s'est notamment fondée sur l'existence d'une situation juridique spécifique relative au régime des prix applicables à La Réunion dans le secteur de la manutention portuaire. Ainsi, sur le plan national et avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, les prix des produits et services étaient soumis à des régimes de fixation des prix, dans le cadre d'arrêtés préfectoraux pris par délégation de compétence. L'ordonnance de 1986 a instauré le principe de la liberté des prix, en précisant toutefois qu'à titre transitoire, et dans les secteurs où la concurrence par les prix était limitée soit en raison de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit en raison de dispositions législatives ou réglementaires, les arrêtés réglementant les prix restaient en vigueur, notamment dans les départements d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. Ainsi, à La Réunion, les prix de la manutention étaient fixés par arrêté préfectoral, en date du 30 décembre 1986, et maintenu en vigueur « à titre transitoire », dans l'attente d'une éventuelle réglementation des prix par le Gouvernement, après avis du Conseil de la concurrence. Il ressortira de cette procédure un décret, en date du 17 novembre 1988, établissant le principe de la liberté des prix, sauf dans certains secteurs, tels que, notamment, les services de manutention portuaire. Cependant, postérieurement au décret de 1988, aucun texte n'a donné compétence aux pouvoirs publics, ni prévu de régime quant à la détermination des prix dans ce secteur. Les prix ont donc été fixés selon les usages, sur la base de deux éléments : un tarif « commerce » facturé aux chargeurs et un tarif « compagnies » facturé aux compagnies maritimes (**11-D-01**).

Dans une autre décision, l'Autorité a pris en considération la réglementation relative aux cartes cadeaux pour distinguer ce marché de celui des chèques cadeaux. En effet, en France, l'émission de moyens de paiement relève du monopole bancaire, interdisant ainsi à toute personne autre qu'un établissement de crédit, d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Si la Cour de cassation a considéré que les chèques cadeaux et les cartes mono-enseigne ne sont pas des moyens de paiement, pouvant donc être émis librement, cela n'a pas été le cas des cartes cadeaux multi-enseignes et des cartes dématérialisées. Celles-ci sont 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. Par ailleurs, les cartes cadeaux multi-enseignes connaissent une limite de montant (150 euros), contrairement aux chèques et aux cartes mono-enseigne **(11-D-08)**.

S'agissant du secteur des pompes funèbres, l'Autorité a pris en compte le régime juridique des chambres funéraires, dont la gestion et l'utilisation ont été incluses dans le service extérieur des pompes funèbres, contrairement aux chambres mortuaires, équipements hospitaliers permettant le dépôt et le séjour d'une personne décédée dans un établissement de santé public ou privé, dont la gestion et l'utilisation ne font pas partie du service extérieur des pompes funèbres. Le service extérieur est une mission de service public industriel et commercial, comportant diverses prestations limitativement énumérées par la loi, telles que le transport du corps, l'organisation des obsèques, les soins de conservation. Ainsi, un opérateur de pompes funèbres possédant une chambre funéraire détient un atout concurrentiel par rapport à ceux qui n'en détiennent pas, étant donné l'offre de proximité immédiate entre la chambre funéraire et ses locaux commerciaux. La prise en considération de cet avantage concurrentiel est intégrée dans la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence **(11-D-06 ; 11-D-14)**.

### *La substituabilité de l'offre*

L'Autorité s'appuie parfois sur des indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, lorsqu'ils confortent l'analyse faite dans un premier temps de la substituabilité de la demande.

## Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produits s'étend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question.

Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services.

En d'autres termes, le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre et la demande de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes **(11-D-03 ; 11-D-05 ; 11-MC-01)**. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable **(11-D-05)**.

## *Dimension régionale ou locale*

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à délimiter à un niveau local le marché géographique pertinent.

### **La délimitation des zones de chalandise dans le secteur du commerce de détail**

Dans le cadre de sa compétence de contrôle des concentrations, l'Autorité de la concurrence est fréquemment amenée à analyser l'effet d'opérations sur des marchés de dimension locale, parfois très réduite. Il s'agit généralement d'acquisitions intervenant dans le secteur du commerce de détail<sup>3</sup> ou de négoce de matériaux de construction<sup>4</sup> : ces activités impliquent en effet des distances faibles entre l'offreur et le consommateur.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence identifie un marché où se rencontrent, d'une part, la demande de consommateurs et, d'autre part, l'offre des supermarchés et formes de commerce équivalentes situés à moins de quinze minutes de temps de déplacement en voiture. Concernant des villes comme Paris, compte tenu de la taille de certains arrondissements, des marchés locaux plus restreints peuvent être retenus, correspondant à une zone de chalandise délimitée sur la base de cinq minutes en voiture ou quinze minutes à pied autour du supermarché **(11-D-04)**. En ce qui concerne la Martinique, elle a tenu compte des spécificités topographiques de l'île, en distinguant la conurbation regroupant Fort-de-France, Schoelcher et Le Lamentin du reste de l'île. Elle a en particulier noté que cette zone est structurée autour d'un réseau de transport très dense et que les zones de chalandise des magasins à dominante alimentaire situés dans cette zone s'interpénètrent très fortement, justifiant de considérer la plaine foyaloise comme une seule et même zone de chalandise **(11-DCC-134)**<sup>5</sup>.

S'agissant de la dimension géographique de la vente de carburants en stations-service hors autoroutes, les autorités de concurrence nationales ont considéré dans plusieurs décisions, tout en laissant ouverte la délimitation exacte, que le marché de la vente au détail de carburants hors autoroutes était de dimension locale. L'analyse est ainsi effectuée au niveau des zones de chalandise de chaque agglomération ou bassin urbain, regroupant les stations-service situées à l'intérieur ou à proximité des villes et villages concernés **(11-DCC-102)**<sup>6</sup>.

La méthode de définition des marchés locaux fait l'objet d'un affinement constant, afin de réaliser l'analyse concurrentielle au plus proche de la réalité du marché. À ce titre, dans plusieurs décisions récentes, l'Autorité de la concurrence a eu

3. À ce titre, les seuils prévus par l'article L. 430-2, II du Code de commerce contribuent au nombre d'opérations soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence.

4. Voir par exemple la décision 11-DCC-157 du 24 octobre 2011, relative à la prise de contrôle du groupe Guillemet par la société Chausson Matériaux SA.

5. Voir par exemple la décision 11-DCC-134 du 2 septembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

6. Voir par exemple la décision 11-DCC-102 du 30 juin 2011, relative à l'acquisition de la Société antillaise des pétroles Chevron par le groupe Rubis.

recours à une méthode de définition des marchés géographiques plus précise que l'usage précédent de zones tracées selon des rayons de temps de trajet ou de distance constants.

Dans sa décision **11-DCC-87** du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group, intervenant dans le secteur de la distribution au détail de produits électrodomestiques, l'Autorité de la concurrence a ainsi utilisé une méthode de définition basée sur la provenance effective et réelle des consommateurs. Cette méthode, qui avait été esquissée auparavant<sup>7</sup>, était utilisée pour la première fois dans une décision donnant lieu à des engagements. L'Autorité de la concurrence a précisé que « le comportement réel des consommateurs sur une zone donnée peut être précisé avec les données collectées par les magasins sur la localisation réelle de leurs clients » : en l'espèce, il s'agissait des codes postaux enregistrés lors du passage en caisse. Ainsi, « *il est généralement considéré que la zone de chalandise d'un magasin peut être limitée à celle qui regroupe les clients représentant 80 % du chiffre d'affaires du magasin ou 80 % des clients du magasin, en fonction des données disponibles* ». Cette méthode permet de donner une photographie précise des clients sur lesquels le magasin exerce une attraction. En effet, « *le solde est considéré comme une clientèle ponctuelle et non significative parfois très éloignée du point de vente* » : il s'agit de clients « de passage » et non réguliers. Sur cette base, l'analyse a porté sur des marchés locaux définis, pour chaque point de vente, en fonction de la provenance de 80 % de ses clients. Comme le relève la décision **11-DCC-87**, « *pour certains magasins, les zones "réelles" ainsi définies recourent pour l'essentiel les zones "théoriques" définies en fonction d'un temps de trajet. Pour d'autres, elles sont sensiblement différentes* ».

En 2011, cette méthode a été utilisée dans d'autres décisions, dans le secteur de l'électrodomestique à nouveau (voir la décision **11-DCC-78** du 18 mai 2011 relative à l'acquisition du groupe Titouan par le groupe Conforama) et celui du négoce de matériaux de construction (décision **11-DCC-157** du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle du groupe Guillemet par la société Chausson Matériaux SA). L'Autorité de la concurrence a continué par ailleurs d'utiliser cette méthode « des 80 % ».

Le recours à cette méthode permet d'atteindre un niveau d'analyse plus fin et une meilleure image de la concurrence au niveau local. Première étape du raisonnement, puisqu'elle sert à délimiter la dimension géographique des marchés, elle ne contraint en rien l'analyse concurrentielle fondée sur les parts de marché qui suit et qui ne saurait considérer les limites des zones ainsi tracées comme des frontières infranchissables : lorsque cela est nécessaire et pertinent, l'analyse des effets de l'opération au niveau local prend en compte les points de vente des concurrents et des parties situés en bordure, mais en dehors, de la zone tracée.

---

7. Voir par exemple les décisions 09-DCC-62 du 2 novembre 2009, relatives à la prise de contrôle exclusif de la société Modera par le groupe But.

### Autre délimitations infra-nationales

Concernant les zones géographiques des départements d'outre-mer, l'Autorité a rappelé qu'il n'était pas exclu de considérer que les marchés de détail de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte puissent constituer deux marchés distincts eu égard à certains éléments d'hétérogénéité. Ainsi, les territoires de La Réunion et de Mayotte constituent deux marchés géographiques distincts **(11-D-05)**. Dans la même décision, l'Autorité a relevé que la définition d'un marché géographique propre aux départements d'outre-mer pour les services de communication fixe est pertinente. Cette définition du marché géographique propre aux départements d'outre-mer a également été retenue pour le secteur de la télévision payante **(11-D-12)**.

De la même façon, s'agissant des marchés amont de l'approvisionnement des grandes surfaces alimentaires, et ainsi que l'a relevé l'Autorité de la concurrence dans son avis 09-D-45 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les DOM, le caractère très spécifique des circuits d'approvisionnement des DOM et ses effets sur l'équilibre concurrentiel des marchés concernés a été rappelé dans la décision 11-DCC-134<sup>8</sup>. Une partie importante de l'approvisionnement des enseignes de distribution de détail à dominante alimentaire provient en effet de producteurs et de grossistes locaux, afin notamment de satisfaire aux goûts et habitudes alimentaires locales mais aussi de limiter les coûts d'importation dont celui du fret maritime et de l'octroi de mer. À l'occasion d'opérations intervenant dans les DOM, la pratique décisionnelle nationale a donc envisagé que les marchés géographiques pertinents en matière d'approvisionnement puissent être limités à chaque DOM d'une part, et à la zone Antilles-Guyane d'autre part.

Dans le secteur des pompes funèbres, le marché géographique est restreint. En effet, comme l'a déjà constaté l'Autorité dans sa pratique décisionnelle, les personnes décédées sont, dans la majorité des cas, enterrées à proximité de leur dernière résidence ; ainsi, les organisateurs des obsèques, les familles ou les établissements de soin et de séjour, font généralement appel à des entreprises locales ayant leur bureau à proximité de ce dernier domicile, de la mairie de déclaration du décès, ou encore de la chambre funéraire ou du cimetière **(11-D-06 ; 11-D-14)**.

Dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille, l'Autorité a défini le marché géographique comme découlant du service lui-même étant destiné aux passagers de l'aéroport de Lille. Le marché doit alors être géographiquement circonscrit à la zone aéroportuaire et à sa périphérie immédiate, comme le Conseil l'avait déjà considéré dans sa décision 98-D-77 du 15 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par les Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy-Charles-de-Gaulle **(11-D-15)**.

8. Voir par exemple la décision n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

Enfin, dans sa décision **11-D-19** dans le secteur des articles et gadgets de fantaisie, même si l'Autorité retient une délimitation nationale du marché, compte tenu des spécificités propres à la distribution au détail de produits tels que ceux en cause en l'espèce, elle n'exclut pas de prendre en considération, pour son analyse, l'existence de zones de chalandise locales.

### *Dimension nationale*

La dimension nationale du marché est retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national.

L'Autorité a rappelé qu'aux termes de la pratique décisionnelle, le marché géographique en matière de vente en gros de produits alimentaires est national, étant donné les préférences, les goûts et les habitudes alimentaires des consommateurs, les différences de prix et les variations des parts de marché détenues par les principaux opérateurs. Cependant, il a été considéré que la question de la délimitation géographique (nationale ou régionale) du marché pertinent pouvait demeurer ouverte, étant donné que cela n'a pas de répercussion sur l'analyse concurrentielle des pratiques en cause (**11-D-03**).

Dans la décision **11-D-04**, l'Autorité a également constaté que le marché amont de l'approvisionnement des commerces d'alimentation était un marché national. Il en est de même dans sa décision **11-D-08**, dans laquelle l'Autorité a observé que les émetteurs des cartes cadeaux étaient présents sur l'ensemble du territoire national et limitaient leur activité à ce territoire, étant donné que la distribution et l'utilisation des cartes cadeaux ne s'opèrent qu'en France.

Par ailleurs, le marché de gros de l'électricité – dans lequel les volumes physiques d'électricité importés en France ou produits en France, dans le but d'être ensuite revendus – est de dimension nationale, tout comme le marché des appels d'offres dans le secteur de l'électricité, le but étant de rééquilibrer le réseau électrique français (**11-D-09**).

Dans sa décision **11-D-11**, dans le secteur des cartes bancaires, l'Autorité a constaté que les transactions concernées correspondent aux seules transactions domestiques, auxquelles s'appliquent des commissions multilatérales d'interchange spécifiques. Les transactions transfrontières ne peuvent être accomplies qu'au moyen de cartes internationales comme celles de Visa ou de MasterCard, mais non par les cartes CB. Ainsi, l'Autorité a pris en considération le marché géographique national.

Dans la décision **11-MC-01**, l'Autorité, prenant en compte la pratique décisionnelle de la Commission européenne, a considéré que le marché géographique des livraisons de colis à domicile et hors domicile était national, ces services de livraison étant essentiellement proposés au niveau national.

Dans le secteur des lessives, l'Autorité a considéré que du fait du caractère national de la plupart des marques de fabricant et de la spécificité dans chaque pays des négociations commerciales avec la grande distribution, la délimitation géographique du marché devait être nationale (**11-D-17**).

### *Dimension supranationale*

Enfin, pour certains marchés, les offreurs se font concurrence sur une zone qui ne se limite pas aux frontières nationales mais peut s'étendre à l'Europe entière, voire au reste du monde.

La pratique décisionnelle a considéré que les marchés de la fabrication d'équipements de transport et de distribution d'énergie étaient de dimension au moins européenne, voire mondiale, du fait de l'absence d'entraves aux flux commerciaux internationaux, en particulier en matière de spécifications techniques, du fait de la présence des principaux fournisseurs de ces produits aux niveaux européen et mondial, de coûts de transport relativement peu élevés, et du fait que les clients s'approvisionnent au niveau européen, voire mondial (11-DCC-209)<sup>9</sup>.

De même, le marché de la prospection d'hydrocarbures et le marché de la production et de la vente de pétrole brut sont analysés par les autorités de concurrence comme des marchés de dimension mondiale. S'agissant du marché de la production et de la vente de gaz naturel, la pratique décisionnelle considère que ce marché a une dimension au moins européenne, et inclurait probablement la Russie et l'Algérie (11-DCC-203)<sup>10</sup>.

S'agissant de la vente de détail en aéroport, l'Autorité a noté dans sa décision 11-DCC-171<sup>11</sup> que la Commission européenne a considéré dans l'affaire COMP/M. 5068 « *qu'il n'y avait pas lieu d'analyser la transaction sur des marchés géographiques plus étroits que l'EEE* » et dans l'affaire COMP/M. 5389 que le test de marché réalisé dans le cadre de ce cas tendait à confirmer la dimension au moins communautaire du marché. En effet, la majorité des opérateurs d'aéroports et des fournisseurs de services de vente au détail en aéroport ont indiqué que les opérateurs commerciaux des aéroports des différents pays de l'EEE sont en concurrence entre eux et que les principaux fournisseurs de services de vente au détail en aéroport sont présents au niveau européen ou même mondial. Dans l'affaire COMP/M. 6263, la Commission a encore indiqué qu'un aéroport subit une pression concurrentielle significative de la part de points de vente situés dans d'autres aéroports, au moins ceux de l'EEE, ou encore à proximité de l'aéroport où il se trouve et a précisé que « *cette pression concurrentielle semble due non seulement aux possibilités d'arbitrage dont jouissent les usagers du transport aérien, qui en principe peuvent comparer les prix et les offres dans les aéroports de départ, de transit et de retour, mais aussi à la politique des gestionnaires d'aéroports, qui pour certains semblent œuvrer activement afin de doter leurs zones commerciales d'une réputation mondiale d'attractivité* ». L'Autorité a ainsi relevé qu'Aelia procède à une analyse comparative de ses propres prix avec les prix pratiqués dans d'autres aéroports.

9. Décision 11-DCC-209 du 27 décembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif par la société Schneider Electric d'actifs de la société Alstom Grid SAS.

10. Décision 11-DCC-203 du 20 décembre 2011, relative à l'acquisition par le groupe Vermilion de six concessions de mines d'hydrocarbures liquides et gazeux.

11. Décision 11-DCC-171 du 25 novembre 2011, relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par Aelia SAS et Aéroports de Lyon.

Enfin, en matière d'équipements et de systèmes d'équipements destinés à des véhicules, la pratique décisionnelle considère de manière constante que les marchés sont de dimension au moins communautaire, dans la mesure où les fabricants exercent leurs activités à travers toute l'Europe et où il n'existe pas de standards techniques ou autres barrières réglementaires au commerce au sein de l'Espace économique européen, et pas davantage de barrières entre les États membres **(11-DCC-03)**<sup>12</sup>.

## 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 (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 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.

##### *Marchés publics et délégations de service public*

Dans la décision **11-D-09**, l'Autorité a vérifié sa compétence pour se prononcer au sujet des activités du gestionnaire du Réseau public de transport de l'électricité (RTE).

Dans le cas d'espèce, l'activité en cause était relative à la mission attribuée à RTE par la loi d'assurer à tout moment l'équilibre des flux sur le réseau de transport d'électricité, mission se traduisant par la fourniture de services d'équilibrage à des responsables d'équilibre et se matérialisant par la signature d'un contrat entre RTE d'une part, et chaque responsable d'équilibre, d'autre part.

Contrairement à ce qui était soutenu, l'Autorité a considéré que cette fourniture de services d'équilibrage, qui donne lieu à rémunération, caractérisait bien une activité économique, tout comme l'activité d'approvisionnement d'énergie

<sup>12</sup>. Voir par exemple la décision n° 11-DCC-03 du 2 février 2011, relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par les sociétés Alfa Laval Holding AB et Haldex AB.

nécessaire à la fourniture de ce service d'équilibrage. En effet, selon la jurisprudence, un opérateur qui achète un produit, non pour l'incorporer à sa propre activité mais pour le revendre aux utilisateurs finals, en tant qu'intermédiaire obligé, participe à une activité économique.

En revanche, l'Autorité ne s'est pas estimée compétente pour se prononcer sur la mise en place par RTE des appels d'offres pour la constitution des réserves tertiaires de production rapide et complémentaire utilisée à sa convenance pour répondre aux besoins et aux nécessités de fonctionnement du réseau. En effet cette mission, qui lui est confiée sous le régime d'une concession de l'État, relève de la sûreté du réseau et à ce titre de l'organisation du service public de l'électricité (voir aussi sur ce point l'arrêt du tribunal des conflits du 26 avril 2004, Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production)

L'Autorité de la concurrence a rappelé dans la décision **11-D-15** qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la légalité des actes réglementaires tenant à la gestion du domaine public et à l'organisation des moyens de transport public, qui relève de l'appréciation du juge administratif.

En l'espèce, une société concessionnaire de l'exploitation et de la gestion de l'aérogare de Lille avait réservé l'usage d'une voie d'accès à cet aérogare à certains usagers limitativement énumérés, et ce en application de son contrat de concession, d'un arrêté préfectoral et d'un règlement de police générale.

Dans la décision **11-D-16** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléassistance aux personnes âgées, l'Autorité a considéré qu'elle n'était pas compétente pour connaître les modalités de la coopération entre le délégant, le délégataire et les autres personnes publiques associées dans la mise en œuvre de la mission de service public faisant l'objet de la délégation.

En effet, elle a constaté que ces personnes publiques étaient pleinement dans leur rôle d'organismes du service public de téléassistance en informant les abonnés de la dissolution de l'association qui assurait ce service pour leur compte et de l'existence d'une délégation de service public se substituant à celle-ci, ainsi qu'en les orientant vers le délégataire, jugé le plus à même de garantir la bonne exécution dudit service public.

Selon elle, l'information ainsi donnée par les collectivités territoriales, même équivoque, n'est donc que le prolongement nécessaire de l'acte de délégation de service public lui-même. Dès lors, le « soutien actif » des personnes publiques à la société mise en cause et la « concertation » entre celles-ci, telles que dénoncées dans la saisine, n'apparaissent pas détachables de l'organisation du service public.

### *Pratiques commises par des architectes en chef des monuments historiques*

Dans la décision **11-D-02**<sup>13</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné quatorze entreprises pour s'être réparties des marchés publics de restauration de monuments historiques. En revanche, elle s'est estimée incompétente pour connaître

13. Un recours a été formé contre cette décision.

des comportements individuels des architectes en chef des monuments historiques dénoncés par la société plaignante.

Dans sa saisine, cette dernière dénonçait en effet, outre une entente horizontale entre certaines entreprises du secteur de la restauration des monuments historiques en Île-de-France, une entente entre ces entreprises et certains maîtres d'œuvre, architectes en chef des monuments historiques, dans le cadre des procédures de passation et de l'exécution des marchés publics passés par les maîtres d'ouvrage (État ou collectivités territoriales) en Île-de-France; les maîtres d'œuvre auraient ainsi favorisé, par divers procédés, l'attribution des marchés aux entreprises pré-désignées dans le cadre de l'entente horizontale.

L'Autorité a cependant considéré que les comportements dénoncés, même s'ils pouvaient porter atteinte à la concurrence sur le marché de la restauration des monuments historiques, ne pouvaient être rattachés à l'exercice par les architectes en chef des monuments historiques d'une activité de production, de distribution ou de services au sens des dispositions de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

En effet, lorsqu'ils exercent, en leur qualité de fonctionnaires de l'État et conformément à la mission d'intérêt général dont ils sont chargés en vertu de dispositions réglementaires, la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques, les architectes en chef des monuments historiques, rémunérés à ce titre par l'État selon des modalités fixées par décret, ne sont pas des opérateurs économiques indépendants des services de l'État, et ne peuvent donc pas être considérés comme intervenant sur le marché comme des offreurs de services de maîtrise d'œuvre. L'Autorité a toutefois rappelé que la responsabilité de ces architectes pouvait, le cas échéant, être recherchée devant le juge pénal ou faire l'objet d'une procédure disciplinaire.

### **Affectation du commerce intra-Union européenne**

Les règles de concurrence de l'Union européenne sont applicables si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les pratiques en cause. Ainsi, s'agissant des ententes, l'article 81 du traité CE, devenu article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (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 article 102 du TFUE, dispose qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

Se fondant sur le traité, la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la

notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (devenus 101 et 102 TFUE) (JO 2004 C 101, p. 81), l'Autorité de la concurrence recherche :

– Si les pratiques reprochées sont susceptibles d'affecter actuellement ou potentiellement, directement ou indirectement, le commerce entre États membres<sup>14</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>15</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 de concurrence européennes<sup>16</sup>.

– Si cette possible affectation a un caractère sensible.

En 2011, l'Autorité a ainsi fait application du droit de l'Union à de nombreuses reprises, tant concernant des ententes (**11-D-03, 11-D-05, 11-D-08, 11-D-11, 11-D-17, 11-D-19, 11-MC-01**) que des abus de position dominante (**11-D-08, 11-D-09, 11-MC-01**).

La question de l'affectation du commerce intracommunautaire est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause.

### *Pratiques couvrant l'ensemble du territoire national*

Se référant aux lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07), l'Autorité a rappelé que des ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (**11-D-03, 11-D-17, 11-D-19, 11-MC-01**). 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 la pénétration du marché national en cause aux entreprises d'autres États membres (effet d'éviction) (**11-D-08**).

Dans la décision **11-D-17**, s'agissant d'une entente horizontale entre les quatre principaux fabricants de lessives français, elle a en particulier souligné le caractère sensible de cette affectation, puisque les sociétés concernées étaient d'envergure internationale et représentaient ensemble, à l'époque des faits, la majeure partie de l'offre sur le marché français (environ 85 % des ventes de lessives, à hauteur de plusieurs centaines de millions d'euros lors de la période litigieuse).

Dans la décision **11-D-19**, relative à une entente verticale ayant consisté à fixer les prix de revente des jouets et des articles fantaisie de la marque Diddl, l'Autorité a écarté l'argument de l'entreprise mise en cause, qui soutenait qu'on ne pouvait conclure à l'existence d'une pratique mise en œuvre sur la totalité du territoire

14. Voir décision 08-D-30 confirmée par CA Paris, 24 novembre 2009.

15. Voir point 19 des lignes directrices.

16. Voir point 20 des lignes directrices.

national dans la mesure où l'enquête n'avait porté que sur des départements contigus et non sur tous les départements français.

L'Autorité a fait application du droit de l'Union au vu de l'ampleur géographique et de l'économie de l'ensemble des contrats conclu et au motif que la pratique en cause et la politique commerciale qui la fondait n'avaient manifestement pas été conçues dans un cadre départemental ou régional, mais tendaient à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national. Elle a rappelé en particulier qu'il n'est pas nécessaire, pour que le droit de l'Union soit applicable à une entente verticale, de démontrer que les distributeurs qu'elle concerne sont implantés en tous points du territoire national.

L'Autorité a également considéré que le commerce entre États membres était sensiblement affecté s'agissant d'entreprises occupant une position dominante couvrant l'ensemble du territoire français et constituant une entrave abusive à l'entrée **(11-D-09, 11-MC-01)**.

### *Dimension européenne de pratiques examinées par l'Autorité*

Dans la décision **11-D-17**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entente entre les quatre fabricants de lessives actifs en France, Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive. À cette occasion, elle a écarté un certain nombre d'objections des entreprises mises en cause, ayant trait à la dimension européenne de cette entente.

Le 13 avril 2011, la Commission européenne a en effet prononcé une sanction à l'encontre de Henkel, Procter & Gamble et Unilever pour s'être coordonnés sur certains éléments de détermination du prix des lessives en poudre dans huit pays de l'Union européenne.

Pendant l'instruction, il a été notamment soutenu qu'en raison de cette affaire européenne, l'Autorité aurait dû se dessaisir ou, à tout le moins, suspendre l'instruction dans l'attente de la décision de la Commission.

L'Autorité a rappelé qu'en l'espèce, l'ouverture de la procédure européenne par la Commission ne l'avait pas dessaisie de sa compétence pour traiter cette affaire et qu'elle avait, bien au contraire, considéré que les infractions poursuivies étaient distinctes.

L'Autorité a souligné que les pratiques en cause se distinguaient de celles condamnées par la Commission européenne, à plusieurs titres :

- par leur objet : la pratique en cause devant l'Autorité consistait en une fixation directe des prix et des promotions des lessives dans le contexte particulier de l'adoption de la loi Galland, alors que l'entente sanctionnée par la Commission européenne concernait une coordination essentiellement indirecte des prix mise en œuvre à l'occasion d'une initiative environnementale.
- par les produits concernés : la pratique en cause devant l'Autorité portait sur toutes les formes de lessives (poudre, liquide, tablettes), alors que l'entente sanctionnée par la Commission européenne ne visait que les lessives en poudre.

- par leur champ géographique : la pratique en cause devant l'Autorité concernait uniquement le marché français, caractérisé à l'époque des faits par des modalités très spécifiques de négociation des prix avec la grande distribution (loi Galland), alors que l'entente sanctionnée par la Commission européenne visait huit États membres de l'Union.
- par les participants à l'entente : Colgate Palmolive, qui est demandeur de clémence dans la procédure et qui est identifiée par les autres participants aux pratiques comme y ayant participé, ne figure pas parmi les entreprises mises en cause et sanctionnées par la Commission européenne.
- par le déroulement de l'entente dans le temps : la pratique en cause devant l'Autorité a débuté en 1997, tandis que l'entente sanctionnée par la Commission européenne n'a commencé qu'en 2002.

Par conséquent, l'Autorité s'est estimée compétente pour traiter de cette affaire ; elle a par ailleurs écarté l'argument, avancé par Henkel selon lequel il existerait des « liens » entre l'entente française et une entente européenne plus vaste, au motif qu'il était en réalité présenté pour justifier une réduction de sanction particulière dans le cadre de la procédure de clémence, point examiné dans le cadre de la détermination de la sanction.

### *Prescription*

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, « le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ».

L'article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant que : « L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. »

L'alinéa 3 du même article dispose que « toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci ».

### Application du régime de prescription de dix ans

Dans la décision **11-D-02**<sup>17</sup>, l'Autorité a écarté la prescription décennale des faits reprochés.

Elle a rappelé qu'en application d'une jurisprudence constante, s'agissant d'une infraction continue, comme c'était le cas en l'espèce, le délai de prescription ne commençait à courir qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

Elle a observé également qu'en l'espèce, des ententes de répartition de marchés publics de restauration de monuments historiques mises en œuvre dans plusieurs

17. Un recours a été formé contre cette décision.

régions s'étaient poursuivies pendant plusieurs années et avaient pris fin lors des premières phases de développement d'une enquête judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen.

L'Autorité a donc considéré que la cessation de ces ententes pouvait être fixée, pour chaque région concernée, aux dates des derniers appels d'offres où il avait été constaté que des contacts et des échanges d'informations entre les entreprises concernées avaient eu lieu.

Compte tenu de ces éléments, un délai inférieur à dix ans s'était écoulé entre la cessation des ententes et le jour de la décision, à la date de laquelle les faits n'étaient par conséquent pas prescrits.

Par ailleurs, dans la même décision, la jurisprudence constante selon laquelle, même s'il ne concerne qu'une partie des faits ou des entreprises incriminées, l'acte interruptif de prescription produit ses effets à l'égard de l'ensemble des faits dénoncés et des entreprises concernées a été rappelée par l'Autorité<sup>18</sup>.

En l'espèce, les pratiques visées dans cette affaire concernaient des accords de répartition de marchés et des concertations préalables à des appels d'offres, qui avaient tous pour objet de faire obstacle à la concurrence par les prix sur un ensemble de marchés publics dans le secteur de la restauration des monuments historiques. Ainsi, ces pratiques présentaient entre elles des liens étroits caractérisant leur connexité. Partant, l'Autorité a constaté que l'effet interruptif des actes réalisés dans le cadre de l'information judiciaire ouverte valait à l'égard de l'ensemble des entreprises concernées par la procédure devant l'Autorité de la concurrence, et pour l'ensemble des faits visés par la notification de griefs.

### Décompte du délai de prescription

Dans la décision **11-D-02**<sup>19</sup>, l'Autorité a constaté qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant le délai de prescription à cinq ans, des actes interruptifs de la prescription étaient intervenus à une fréquence inférieure à trois ans (auditions dans le cadre de l'enquête ouverte par les services de la DGCCRF, visite de locaux par ces mêmes services, réquisitoire introductif d'ouverture d'information judiciaire, commission rogatoire, procès-verbaux de garde à vue et d'interrogatoires de première comparution, transcriptions d'écoutes téléphoniques).

Elle a ensuite observé que, postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée, des actes interruptifs de la prescription étaient intervenus à une fréquence inférieure à cinq ans (ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, saisine du Conseil de la concurrence et du ministre en charge de l'Économie...).

Par conséquent, les pratiques en cause, qui avaient pris fin après le 6 avril 1998, n'étaient pas prescrites.

18. Voir notamment C. Cass., arrêts du 13 octobre 2009, Colas Île-de-France Normandie, 12 juillet 2005, CNPA et arrêt, 10 juillet 2008, Séphora.

19. Un recours a été formé contre cette décision.

## Articulation avec une procédure pénale

Dans la décision **11-D-02**<sup>20</sup>, l'Autorité a estimé que les actes interruptifs de l'action publique pris dans le cadre d'une information judiciaire avaient interrompu la prescription devant l'Autorité de la concurrence, alors même qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008 ayant prévu que les actes interruptifs de l'action publique interrompaient également la prescription devant l'Autorité de la concurrence<sup>21</sup>.

En effet, l'Autorité a rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation, aux termes de laquelle cette règle était également applicable aux actes interruptifs antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008, et ce notwithstanding l'absence de disposition expresse alors en vigueur (arrêt du 13 octobre 2009, n° 08-17.269, Colas Île-de-France Normandie, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 juin 2008, France Travaux).

## 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 **11-D-13**<sup>22</sup>, 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, seul le juge judiciaire, régulièrement saisi, étant compétent pour effectuer un tel contrôle.

### Procédure suivie devant l'Autorité

#### *Règles régissant la procédure devant l'Autorité*

Selon une jurisprudence constante, l'Autorité de la concurrence, qui est saisie *in rem* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas liée par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles elle a procédé à la suite de sa saisine 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, 22 février 2005 et SA Le Foll TP, 30 janvier 2007).

20. Un recours a été formé contre cette décision.

21. L'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa version issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, dispose que : « Les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence. »

22. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **11-D-13**<sup>23</sup>, l'Autorité a rappelé ces principes pour constater que, contrairement à ce qui était soutenu, elle pouvait examiner des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'électrification et des travaux d'électricité sans outrepasser le champ de sa saisine.

### 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>24</sup> (**11-D-09**).

Dans la décision **11-MC-01**, l'Autorité a prononcé des mesures conservatoires dans le secteur de la livraison de colis, après avoir écarté le moyen tiré de l'irrecevabilité de la saisine du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie pour défaut d'éléments suffisamment probants ; il était en effet soutenu que le ministre n'avait pas procédé à une vérification minimale de la matérialité des faits allégués par l'entreprise plaignante.

L'Autorité a rappelé que l'article L. 462-5 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, prévoit désormais qu'elle peut être saisie par le ministre chargé de l'Économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du même Code mais également de *« faits susceptibles de constituer une telle pratique »*. Ce dernier cas vise des situations dans lesquelles le ministre n'accompagne pas sa saisine d'un rapport d'enquête effectué par ses services, mais saisit directement l'Autorité de la concurrence de pratiques susceptibles de porter atteinte à l'ordre public économique et dont il estime qu'elles doivent faire l'objet d'une instruction par les rapporteurs de l'Autorité munis de pouvoirs d'investigations en vertu du titre V du livre IV du Code de commerce.

L'Autorité a donc constaté que pour être recevable, la saisine du ministre ne devait pas nécessairement être accompagnée d'un rapport d'enquête et qu'en l'espèce, elle s'insérait bien dans le cadre prévu puisqu'elle indiquait saisir l'Autorité de la concurrence, *« de faits susceptibles de constituer des pratiques mentionnées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, sur le marché de la livraison de colis aux consommateurs et plus particulièrement en points de retrait »*.

23. Un recours a été formé contre cette décision.

24. *« 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. »*

Par ailleurs, il a été observé que la saisine reposait sur des indices suffisamment crédibles permettant de présumer l'existence de pratiques illicites, étant rappelé qu'aux termes de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, aucun texte ni principe ne font obligation à la partie saisissante d'apporter au Conseil la preuve des agissements qu'elle dénonce; en revanche, il appartient à la partie saisissante d'assortir ses déclarations d'indices crédibles, permettant de présumer l'existence de pratiques illicites (décision 04-D-48), ce qui était le cas en l'espèce. Sur les conditions d'octroi voir *infra* « Les mesures conservatoires ».

### Instruction

#### *La notification des griefs*

Dans la décision **11-D-02**<sup>25</sup>, relative à une entente dans le secteur de la restauration des monuments historiques, l'Autorité a écarté le moyen tiré de la prétendue « réinterprétation » des griefs effectuée au stade du rapport des services d'instruction.

Elle a rappelé qu'un grief est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises et que la notification des griefs 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. 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.

Selon une jurisprudence constante, la vérification de la précision d'une notification de griefs doit se faire « au regard non seulement de la formule finale d'accusation, mais aussi du corps même de la notification de griefs » (arrêt du 24 juin 2008, France Travaux).

En l'espèce, après avoir analysé le contenu de la notification des griefs, l'Autorité a constaté que, si les services d'instruction ont, au stade du rapport et à la suite des observations des parties, fait évoluer leur analyse et proposé d'abandonner le grief d'entente au niveau national, en effectuant dans ce cadre une nouvelle présentation et classification des griefs notifiés, cette circonstance n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense des parties mises en cause.

Elle a rappelé qu'il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer au regard de celle développée dans la notification des griefs. Au cas d'espèce, aucun grief nouveau n'a été notifié aux parties, dès lors que les différentes ententes (régionales, propres à chaque marché...) étaient identifiées dans les motifs comme dans la formule d'accusation de la notification de griefs.

25. Un recours a été formé contre cette décision.

Par ailleurs, il a été rappelé que l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par les appréciations du rapporteur et doit statuer sur la totalité des griefs notifiés (arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 juin 2007, Philips France, non cassé sur ce point).

Dès lors que les parties ont bénéficié du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour présenter leurs observations sur les analyses des services d'instruction, l'atteinte au principe du contradictoire à raison de l'analyse des griefs développée dans le rapport a été écartée par l'Autorité.

### *La durée de la procédure (le délai raisonnable)*

L'Autorité de la concurrence rappelle fréquemment que le délai raisonnable doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure et que cette appréciation doit être menée en se référant à la durée de l'ensemble de la procédure, en ce compris la phase non contradictoire pendant laquelle sont mis en œuvre les pouvoirs d'enquête, préalablement à la notification de griefs et donc à l'ouverture de la procédure d'instruction visée à l'article L. 463-1 du Code de commerce (Voir Cour. Cass, 23 novembre 2010, Beauté Prestige International).

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 et CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied (NFVG)). Dans son arrêt du 23 novembre 2010 précité, la Cour de cassation a exigé que soit démontrée par les parties une « atteinte personnelle, effective et irrémédiable » à leur droit de se défendre. La charge de la preuve de l'atteinte aux droits de la défense repose donc sur les parties en cause.

Dans la décision **11-D-02**<sup>26</sup>, l'Autorité a constaté que l'enquête diligentée par la DGCCRF s'est d'abord traduite par une saisine du parquet de Rouen en 2001, antérieurement à la procédure distincte menée par l'Autorité elle-même, le ministre en charge de l'Économie n'ayant saisi le Conseil de la concurrence qu'en 2007. Les services d'instruction du Conseil ont ensuite demandé la communication des éléments de la procédure pénale au juge d'instruction qui y a procédé en 2008. La phase d'instruction contradictoire s'est ouverte un an plus tard avec l'envoi aux entreprises de la notification de griefs le 16 décembre 2008.

L'affaire, qui concerne des ententes mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques sur un territoire comprenant douze régions, a impliqué des notifications de griefs à dix-sept entreprises portant sur plus d'une centaine de marchés publics, et un dossier de plus de 24 000 pièces.

26. Un recours a été formé contre cette décision.

Par ailleurs, l'Autorité a écarté le moyen de certaines sociétés qui faisaient valoir que, compte tenu de l'ancienneté des faits, elles ne disposaient plus des documents à décharge relatifs aux marchés d'appels d'offres en cause et que les responsables impliqués dans la commission des pratiques n'étaient plus présents dans l'entreprise, rendant ainsi plus difficile la possibilité de recueillir leur témoignage.

Elle a en effet observé que, compte tenu de l'instruction pénale menée parallèlement sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce, les entreprises avaient été en mesure de sauvegarder les preuves qui leur auraient permis de renverser les charges pesant contre elles et qu'elles avaient eu connaissance du fait qu'elles auraient à répondre des pratiques en cause dès 2002 ou 2003, à l'occasion des interrogatoires de leurs représentants diligents dans le cadre de la procédure pénale.

De plus, elle a estimé que la prudence commandait aux entreprises de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du Code de commerce, dont le délai a été porté de trois à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et qui avait été interrompue dans la présente affaire par les actes pris dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen.

À ce sujet, elle a rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle les entreprises mises en cause par l'Autorité de la concurrence « *sont responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription [...] n'était pas acquise* » (Com., 12 janvier 1999). À cet égard, les motifs d'ordre interne à l'entreprise mise en cause sont indifférents. La Cour de cassation a précisé qu'aucune violation des droits de la défense n'était démontrée lorsque « *les difficultés alléguées [relatives à la conservation des preuves] dues à des causes internes aux deux sociétés tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives par suite de leur fusion, sont sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil* » (Com., 28 janvier 2003).

Ainsi, ces sociétés, qui pouvaient et devaient conserver les éléments à décharge dès la mise en cause de leurs dirigeants dans le cadre de la procédure pénale, n'ont-elles pas démontré que la durée de la procédure devant l'Autorité de la concurrence les aurait effectivement privées de la possibilité de se défendre utilement contre les griefs qui leur étaient reprochés.

L'Autorité a également écarté le moyen soulevé par une société qui faisait valoir qu'elle n'avait pas fait l'objet de mesures d'enquête ni d'audition, dans le cadre de la procédure pénale comme dans le cadre de la procédure instruite par les services du Conseil de la concurrence, avant l'envoi de la notification de griefs, sept ans après les faits. Elle soutenait qu'elle n'était plus en mesure de recueillir d'éventuels témoignages à décharge, près de huit ans après les faits, alors que cinq dirigeants s'étaient succédé à la tête de la société et que les principaux cadres de l'époque avaient quitté l'entreprise.

Toutefois, l'Autorité a estimé qu'elle ne démontrait pas qu'à la date de la notification des griefs, ses possibilités de réfuter ceux-ci étaient effectivement atteintes

du fait de l'écoulement d'un délai déraisonnable au cours de la procédure antérieure d'enquête.

En effet, cette société n'a pas été mise en cause sur le fondement des déclarations de dirigeants d'entreprises concurrentes mais sur la base d'écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre de la procédure pénale, révélant des échanges sur les prix des offres. Dans ce contexte, la société mise en cause n'exposait pas la nature des éclaircissements qui auraient été nécessaires à sa défense pour apprécier la portée des conversations interceptées. Elle ne précisait pas quels renseignements émanant de témoins des faits auraient pu être utiles à sa défense, ni quelles circonstances rendant impossible le témoignage des dirigeants ayant quitté l'entreprise, ni la nature et la portée des documents qui auraient été nécessaires à sa défense et que le délai écoulé entre les faits et la notification de griefs l'empêcherait de produire.

Aussi, l'Autorité, après avoir examiné précisément les circonstances spécifiques de l'espèce, a-t-elle souligné que cette argumentation revêtait un caractère général qui n'était pas de nature à établir la réalité d'une violation des droits de la défense.

Partant, le moyen tiré de la violation du principe de délai raisonnable a été écarté.

Dans la décision **11-D-13**<sup>27</sup>, relative à des pratiques dans le secteur des marchés publics de travaux d'électrification et d'installation électrique dans plusieurs régions, l'Autorité a également écarté l'allégation selon laquelle la durée de la procédure aurait été excessive. Elle a en effet relevé que les faits reprochés avait donné lieu à de nombreuses investigations de la part des services de la DGCCRF et qu'à la suite des auditions menées par les services d'instruction de l'Autorité auprès d'un grand nombre d'entreprises, six griefs d'entente portant sur vingt-six marchés d'appels d'offres ont été notifiés à trente-six d'entre elles.

Le dossier, qui comportait ainsi plus de 16 000 cotes, imposait par ailleurs de mener des analyses factuelles et juridiques complexes.

En outre, il a été observé que l'entreprise qui soulevait ce moyen avait disposé, à chaque étape de la procédure, des délais prévus par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour faire valoir ses observations en réponse à la notification des griefs et au rapport, et qu'en tout état de cause, elle n'apportait pas d'éléments précis, individualisés et convaincants permettant de montrer concrètement que les délais de procédure avaient, par leur longueur prétendument excessive, porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense.

### *Lien entre l'instruction du rapporteur et une affaire pénale*

#### *Opposabilité des pièces pénales*

Dans la décision **11-D-02**<sup>28</sup>, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'elle pouvait valablement utiliser des procès-verbaux relatifs et consécutifs à la garde à vue des responsables des entreprises mises en cause dans le cadre d'une procédure pénale

27. Un recours a été formé contre cette décision.

28. Un recours a été formé contre cette décision.

pour prouver l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Elle a rappelé, d'une part, que l'article L. 463-5 du Code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées à l'Autorité, qui sont donc opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative, et, d'autre part, qu'une jurisprudence constante a établi que cette prérogative n'était pas contraire au principe de l'égalité des armes, nonobstant la circonstance que les entreprises n'ont pas la faculté d'accéder à l'entier dossier pénal, mais aux seules pièces communiquées au rapporteur et aux parties<sup>29</sup>. En outre, il revient à l'Autorité de la concurrence d'examiner les contestations des entreprises mises en cause quant à la validité ou la force probante des documents retenus contre elles dans le cadre de l'analyse du bien-fondé des griefs.

Il a été observé qu'en l'espèce, l'ensemble des documents et pièces transmis par le juge d'instruction qui ont été utilisés par les rapporteurs pour fonder les griefs ont été versés au dossier, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, si bien que les entreprises mises en cause ont pu faire valoir leurs observations et présenter d'éventuels éléments à décharge, dans les délais prévus par les dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce.

L'une des sociétés mises en cause soutenait en particulier que l'Autorité de la concurrence ne pouvait utiliser les déclarations obtenues dans le cadre des gardes à vue des responsables des entreprises en cause, dès lors que celles-ci se seraient déroulées dans des conditions contraires à la Constitution, ainsi qu'il résulterait de la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 2010.

L'Autorité a écarté ce moyen en relevant que, dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, « *le Conseil constitutionnel a décidé que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions du Code pénal relatives à l'organisation des gardes à vue qu'il prononçait prendrait effet le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Il a précisé que "les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité" (cons. 30). De même, si la Cour de cassation a jugé que l'article 6 de la CEDH imposait le droit de toute personne gardée à vue d'être informée de son droit de se taire et de bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat, la Cour a précisé que "ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice; que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011" (Crim., trois arrêts du 19 octobre 2010, n° 10-82.902 n° 10-82.306 et n° 10-85.051)* ».

29. Voir C. Cass, 13 octobre 2009, Spie et 15 janvier 2008, Colas Île-de-France Normandie.

### *Conséquences procédurales d'une instance pénale en cours*

Dans la décision **11-D-02**<sup>30</sup>, l'Autorité a rappelé qu'elle n'était liée par aucune constatation de fait retenue par le juge pénal à l'appui d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, la Cour de cassation ayant précisé que, malgré le lien étroit institué par le législateur entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 du Code de commerce et les infractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même Code, qui permet à l'action administrative de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique, la survie de l'action administrative n'est pas placée dans la dépendance de celle de l'action publique, les deux actions, indépendantes, suivant leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes<sup>31</sup>.

Elle a, de plus, relevé qu'en principe, l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose aux autorités administratives qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leurs décisions (décision du Conseil d'État du 8 janvier 1971, ministre de l'Intérieur/Dame Desamis, Ass. n° 77800 ; ou, récemment, décision du 10 octobre 2003, Commune de Soisy-sous-Montmorency et Société anonyme pour l'aide à l'accession à la propriété des locataires, n° 259111).

En l'espèce, l'Autorité a ainsi constaté que le juge pénal n'avait procédé à aucune constatation quant aux faits en litige devant l'Autorité de la concurrence. Elle a souligné qu'en tout état de cause, si les constatations de fait qui sont le support nécessaire d'une décision pénale s'imposent à elle, il appartient à l'Autorité de la concurrence de donner aux faits qui lui sont soumis leur qualification juridique au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris.

## **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*

#### *Absence d'audition avant la notification de griefs*

Dans la décision **11-D-02**<sup>32</sup>, la critique des sociétés mises en cause qui se plaignaient de l'absence d'audition avant l'envoi de la notification de griefs a été écartée. L'Autorité a en effet rappelé qu'aux termes de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la régularité de la procédure ne peut être contestée à raison du défaut d'audition des responsables d'une entreprise mise en cause devant l'Autorité de la concurrence pendant la phase de la procédure préalable à la notification de griefs, phase dont la Cour de cassation a elle aussi rappelé le caractère non contradictoire : « *l'audition de personnes intéressées constitue une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou du Conseil, eu égard au contenu du dossier ; [...] de surcroît, le fait que*

30. Un recours a été formé contre cette décision.

31. Voir C. Cass, 13 octobre 2009, Colas Île-de-France Normandie.

32. Un recours a été formé contre cette décision.

*les dirigeants d'une entreprise n'aient pas été entendus au cours de l'enquête et de l'instruction est, en l'absence d'obligation légale en la matière, sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors qu'à compter de la notification de griefs et lors des différentes phases de la procédure, l'entreprise a été en mesure [...] de faire valoir ses observations en temps utile» (arrêt du 29 janvier 2008, Le Goff Confort).*

Il a été observé qu'au cas d'espèce, les documents et pièces du dossier avaient été jugés suffisants à caractériser les griefs notifiés, sans qu'il soit besoin de procéder à l'audition des entreprises concernées. En outre, les sociétés mises en cause ont pu faire valoir leurs observations à compter de la notification de griefs, qui marque l'ouverture de la phase contradictoire de la procédure et ont ainsi bénéficié du délai de deux mois pour présenter des observations écrites, à la suite de la notification de griefs, puis à la suite du rapport, conformément aux dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce. Elles ont par ailleurs été mises à même de présenter leurs observations orales au cours de la séance, si bien qu'aucune irrégularité de procédure ne saurait être constatée à raison du défaut d'audition des entreprises en cause.

Enfin, l'Autorité a écarté le moyen tiré de ce que le classement de certaines pièces au titre du secret des affaires d'une des sociétés mises en cause aurait porté atteinte aux droits de la défense d'une autre ; elle a observé en effet d'une part, qu'en l'espèce les documents ayant fait l'objet d'un classement pour protection du secret d'affaires n'avaient pas servi à établir les griefs notifiés, et d'autre part, que la nature des informations financières et commerciales en cause, propres à la société faisant l'objet de cette protection n'étaient nullement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la société auteure du moyen.

### *Non communication de pièces d'un dossier instruit par la Commission européenne*

Dans la décision **11-D-17**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entente entre les quatre fabricants de lessives actifs en France, Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive ; à cette occasion, elle a écarté des objections soulevées par les entreprises mises en cause au sujet, notamment, d'une demande de communication des pièces d'un dossier instruit par la Commission européenne, supposées être nécessaires à l'exercice des droits de la défense.

Le 13 avril 2011, la Commission européenne a en effet prononcé une sanction à l'encontre de Henkel, Procter & Gamble, Unilever pour s'être coordonnés sur certains éléments de détermination du prix des lessives en poudre dans huit pays de l'Union européenne.

Pendant l'instruction de ce dossier, les conseils de Henkel ont ainsi demandé l'accès à un certain nombre de pièces du dossier instruit par la Commission européenne, ces pièces étant indispensables, selon eux, à l'exercice des droits de la défense, dans la mesure où elles auraient pu permettre de montrer la dimension internationale de l'affaire ou établir d'autres aspects importants de l'affaire.

Par la suite, le rapporteur général adjoint a sollicité la Commission européenne, qui a donné une réponse défavorable, par courrier du 30 septembre 2011, au motif,

d'une part, que les documents demandés lui avaient été transmis par des entreprises autres que la requérante dans le cadre de leur coopération avec la Commission au titre de la procédure de clémence et qu'elle s'était engagée à garantir une protection particulière des documents présentés dans ce contexte, et d'autre part, que les documents demandés avaient été recueillis par la Commission aux fins de son enquête qui portait sur une infraction autre que celle examinée dans le dossier français.

Le conseiller auditeur, intervenant dans le cadre de l'article R. 461-9 du Code de commerce a, quant à lui, considéré dans son rapport que le service d'instruction de l'Autorité avait pris les mesures appropriées qu'il était en son pouvoir d'ordonner pour assurer le respect des droits de la défense.

Dans ce contexte, Henkel, maintenant son argumentation, a demandé à l'Autorité de surseoir à statuer, demande qui a été rejetée par l'Autorité.

L'Autorité a notamment observé que l'exercice légitime des droits de la défense était organisé dans le cadre de la procédure menée par l'Autorité, Henkel ayant pu répondre à la notification des griefs puis au rapport des services d'instruction dans le cadre d'un débat contradictoire. C'est donc en acceptant d'aller au-delà du débat contradictoire organisé par le Code de commerce que l'Autorité a demandé à la Commission européenne, sur le fondement de dispositions qui pourtant ne régissent pas l'accès des parties ou des tiers au dossier, mais organisent la coopération entre autorités de concurrence et à l'initiative de ces dernières, de lui « transférer » les pièces du dossier visées par la demande d'Henkel. Il a donc été considéré que *« la circonstance que, à la date de la séance organisée par l'Autorité, ou même à la date de la décision, Henkel n'ait pu obtenir ces documents, pour des motifs qui ne sont pas imputables à l'Autorité, ne peut marquer de la part de cette dernière une violation de ses obligations, dont le périmètre est défini, eu égard à l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres, par les articles L. 463-1 à L. 463-8 du Code de commerce »* (§ 357).

Par ailleurs, l'Autorité a fait valoir que l'exercice concret des droits de la défense revendiqué par Henkel devait être appréhendé en tenant compte de son obligation de coopérer complètement au traitement de l'affaire dans le cadre de la procédure de clémence, et ce tout au long de l'enquête et de l'instruction. Cette coopération vise à faciliter la démonstration de l'entente telle que visée par l'avis de clémence et s'oppose à ce que l'intéressé réoriente l'instruction vers une autre pratique qui « chapeauterait » ou « compléterait » celle visée par la procédure.

Aussi l'Autorité s'est-elle livrée à un examen minutieux, d'une part, de la nature des liens existant entre les pièces demandées et l'objet de l'affaire pour laquelle leur transfert avait été sollicité et, d'autre part, de l'influence que ces pièces étaient concrètement susceptibles d'avoir sur l'exercice des droits de la défense par l'entreprise en cause.

Or, il a été constaté que les pièces demandées étaient celles d'un dossier ouvert par la Commission européenne à propos d'une affaire ayant pour objet une pratique que ses services avaient eux-mêmes qualifiée de « distincte », à tel point que

le lien entre les pièces visées par la demande et l'affaire en cause devant l'Autorité n'était pas si étroit que le prétendait Henkel.

En outre, les pièces en question n'étaient demandées ni pour contester la compétence de l'Autorité ni pour remettre en cause l'exactitude des faits, leur qualification juridique ou leur imputabilité tels que décrits par la notification des griefs. Elles étaient sollicitées pour démontrer que l'infraction française serait « impulsée » ou « complétée » par un volet européen à propos duquel la Commission européenne ou l'Autorité auraient l'une et l'autre refusé – à tort – d'ouvrir une procédure. Mais une telle argumentation est inopérante à l'égard de l'Autorité qui ne se prononce que sur le grief notifié par les services d'instruction, lequel circonscrit l'étendue des droits de la défense.

### *Secret de la correspondance entre l'avocat et son client*

Dans la décision **11-D-13**<sup>33</sup>, relative à des pratiques dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique, l'Autorité a considéré qu'aucune violation des droits de la défense ne résultait du fait de la possession, par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, de la correspondance échangée, au sujet de l'affaire, par l'une des entreprises mises en cause avec son avocat.

Cette correspondance avait été saisie lors d'une opération menée dans le cadre d'une autre affaire et autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention. L'entreprise concernée soutenait que la restitution, à terme, des documents ainsi couverts par le secret de la correspondance entre l'avocat et son client ne saurait constituer une réparation appropriée et demandait, par conséquent, à l'Autorité de prononcer la nullité de la procédure.

L'Autorité a tout d'abord constaté que l'opération de visite et saisie en question s'était déroulée postérieurement à la notification des griefs dans la présente affaire et avait fait l'objet d'un recours, toujours pendant, devant le premier président de la cour d'appel de Paris visant à obtenir la restitution des pièces.

Elle a relevé qu'en tout état de cause, la rapporteure générale de l'Autorité avait plusieurs fois fait savoir qu'elle était prête, sans attendre l'issue de ce recours, à restituer à l'entreprise les documents dont il serait démontré qu'ils bénéficient effectivement de la protection légale des correspondances avocats/clients, et ce sur la base d'une liste exhaustive établie par la société concernée. Or, celle-ci n'a toutefois pas fourni les éléments permettant d'examiner ni de caractériser une éventuelle méconnaissance de la protection légale accordée, sous certaines conditions, à la correspondance entre l'avocat et son client.

Enfin, l'Autorité a souligné que la correspondance litigieuse n'avait pas été versée au dossier de la procédure relative à la présente affaire. Ainsi, ni le rapporteur chargé du dossier, qui n'aurait pas été en droit d'utiliser les pièces effectivement protégées, ni surtout la formation de l'Autorité appelée à statuer sur ce dernier n'en avaient eu connaissance, compte tenu de la séparation assurée au sein de l'Autorité entre

33. Un recours a été formé contre cette décision.

les fonctions d'instruction et de décision, dans le cadre des procédures pouvant déboucher sur un constat d'infraction aux règles de concurrence.

### *Délai imparti pour présenter des observations*

Dans la décision **11-D-02**, l'une des sociétés poursuivies faisait valoir que le délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour présenter des observations en réponse était trop court pour lui permettre d'exercer utilement sa défense, alors que le dossier d'instruction contenait plusieurs milliers de pièces.

L'Autorité a cependant considéré qu'elle ne démontrait pas en quoi ce délai avait été insuffisant pour lui permettre de réunir les éléments utiles à sa défense et a relevé qu'elle n'avait pas fait usage de la faculté qui lui était ouverte de solliciter un délai supplémentaire pour la consultation du dossier et la production de ses observations, conformément aux prévisions de l'alinéa 4 de l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Dans la décision **11-D-05**, relative à une demande de mesures conservatoires, l'Autorité a estimé que le délai imparti à l'une des sociétés mises en cause pour présenter ses observations avait été suffisant, après avoir rappelé que « *selon une pratique décisionnelle constante, confirmée par la cour d'appel de Paris (voir notamment l'arrêt du 12 février 2004 rendu dans le cadre du recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004), la procédure mise en œuvre pour instruire une demande de mesures conservatoires doit être adaptée à l'urgence tout en respectant le principe du contradictoire.* »

### *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 de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification de 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.* »

Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008, ratifiée par l'article 139 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : « *III. – L'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence et l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date.* »

La faculté pour les parties de présenter des observations auprès du conseiller auditeur a été instituée par l'alinéa 4 de l'article L. 461-4 du Code de commerce, issu de l'article 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (ci-après « LME »). L'article 95 de la LME, qui a pour objet l'instauration d'une Autorité de la concurrence, prévoyait une entrée en vigueur des dispositions nouvelles à compter de la publication de l'ordonnance prévue pour leur application et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Cette ordonnance, publiée le 13 novembre 2008, ayant maintenu les compétences du Conseil de la concurrence jusqu'à la première réunion de l'Autorité de la concurrence, l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles issues de l'article 95 de la LME a ainsi été repoussée à cette date.

Dans la décision **11-D-02**<sup>34</sup>, l'Autorité a ainsi considéré que les entreprises mises en cause n'étaient pas fondées à se plaindre de l'absence d'intervention du conseiller auditeur dans la procédure. En effet, les règles de procédure en vigueur antérieurement à la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence le 2 mars 2009, applicables en l'espèce puisque les griefs avaient été notifiés en décembre 2008, ne prévoyaient pas la possibilité pour les parties de saisir le conseiller auditeur.

### *Impartialité/Loyauté/Instruction à charge et à décharge*

#### *Impartialité de l'Autorité*

Dans la décision **11-MC-01**, relative à une demande de mesures conservatoires dans le secteur de la livraison de colis, l'Autorité a écarté l'argumentation d'une entreprise mise en cause qui contestait l'impartialité de la formation de décision.

Il était soutenu que la saisine et la demande de mesures conservatoires de l'entreprise plaignante avaient été déposées alors que son propre président était encore membre du collège de l'Autorité de la concurrence, ce qui aurait directement affecté les droits de la défense.

Mais le Code de commerce, ainsi que le règlement intérieur et la charte de déontologie de l'Autorité de la concurrence prévoient un ensemble de mécanismes destinés à prévenir tout risque de conflit d'intérêt. Ainsi, le règlement intérieur prévoit que « *lors de son entrée en fonctions, tout membre signe une déclaration sur l'honneur dans laquelle il prend l'engagement solennel d'exercer ses fonctions en pleine indépendance, en toute impartialité et en conscience, ainsi que de respecter le secret des délibérations. [...] tout membre communique au président de l'Autorité, s'il y a lieu, la liste des intérêts qu'il détient, directement ou par personne interposée, et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique à cette date, conformément au troisième alinéa de l'article L. 461-2 du Code de commerce, ainsi que la liste des fonctions qu'il a exercées, des mandats dont il a été titulaire au sein d'une personne morale et des intérêts qu'il a détenus au cours des cinq années précédant cette date* » (articles 1 à 4).

En l'espèce, par un communiqué de presse publié sur le site Internet de l'Autorité, il a été indiqué que la personne concernée avait « *volontairement pris l'initiative d'aller au-delà de cet ensemble complet de garanties, pour des raisons d'ordre*

34. Un recours a été formé contre cette décision.

*personnel, en se mettant en retrait de l'institution pendant toute la durée de traitement [des affaires concernant son entreprise]».*

L'Autorité a donc conclu que par cette mesure de retrait, l'impartialité de la formation de décision était assurée.

## Secret des affaires

Dans la décision **11-D-05**, l'Autorité a écarté le moyen de certaines entreprises mises en cause qui soutenaient que les décisions ordonnant le déclassement de certaines pièces classées en annexes confidentielles étaient irrégulières, ce qui devait entraîner la nullité de la procédure.

L'Autorité a notamment rappelé qu'en tout état de cause, la sanction qui s'attache à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est pas la nullité de la procédure, sauf s'il en résulte une atteinte irrémédiable et concrète aux droits 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.

En outre, s'agissant en l'espèce d'une demande de mesures conservatoires, il a été souligné que *« les procédures de déclassement doivent être proportionnées aux nécessités de l'instruction d'une procédure d'urgence. Dans son arrêt du 2 décembre 2010, Euro Power Technology, la cour d'appel de Paris a ainsi rappelé qu'il fallait "mettre en balance le droit à la protection des secrets d'affaires avec les nécessités de la procédure" ».*

En l'espèce, l'Autorité a constaté qu'au vu des documents produits, l'absence de déclassement des éléments en cause, par ailleurs couverts par l'engagement de confidentialité toujours en vigueur, aurait conduit à vider le débat contradictoire d'une grande partie de sa substance ; ainsi a-t-elle finalement estimé que les décisions de déclassement étaient proportionnées aux nécessités de l'instruction et que, en tout état de cause, les parties n'exposent nullement en quoi la violation alléguée du secret des affaires aurait porté atteinte à leurs droits de la défense.

## Ententes

### *Les concours de volonté*

Ainsi que l'écrivait la Commission de la concurrence, dans son rapport annuel pour 1980 (p. 223) : *« Toutes les ententes supposent un concours de volonté, quelle que soit la forme de cet accord et même s'il ne se formalise pas réellement [...] ; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un **concours de volonté des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination** »<sup>35</sup>.*

35. Soulignement ajouté.

Deux éléments sont donc nécessaires pour démontrer l'existence d'une entente :

- l'existence de volontés indépendantes est un préalable nécessaire, ce qui recouvre l'indépendance des volontés entre elles et de chaque volonté prise isolément;
- l'existence d'un concours de volontés, plus ou moins intense, selon le type d'entente concerné.

### L'existence de volontés indépendantes

- le concours de volontés suppose l'existence d'au moins deux volontés;
- il se noue entre personnes « *juridiquement et économiquement distinctes* »;
- il doit avoir été librement consenti, entre volontés libres.

*Le concours de volontés suppose au moins deux volontés, émanant d'« entreprises »*

La nature des sujets du droit de la concurrence n'est pas définie en droit interne. En effet, alors que l'article 101 du traité TFUE (anciennement article 81 TCE) 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 est cependant, en droit interne, aussi bien qu'en droit de l'Union, l'entreprise. Cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique ; elle n'est pas juridique. La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90), la définit ainsi : « [...] *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement* ». Or, « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné [...]* » (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36) ou encore, toute « *activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* » (Commission, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE, 20 juillet 1999).

*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>36</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 des 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 (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 de l'Union européenne, ces entités sont qualifiées d'« associations d'entreprises » et elles constituent, au côté des « accords » et des « pratiques concertées », l'une des trois formes que peut revêtir le concours de volontés, selon l'article 101 TFUE.

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et interviennent sur des marchés, ces organismes accomplissent des actes de production, de distribution ou de service qui constituent des ententes.

Par exemple, lorsqu'un ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation inexacte de la législation applicable à son activité, de nature à exclure certains opérateurs du marché concerné, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce et se rend responsable d'une entente anticoncurrentielle.

### *Les accords intragroupes*

Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché. Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus entre elles ne constituent pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (voir, en ce sens, CJCE, 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619, point 140).

36. 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.

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.

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 intra-groupes, 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.

### *Le concours de volontés doit avoir été librement consenti*

En droit de l'Union européenne, comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative<sup>37</sup>. Dans un arrêt du 18 décembre 2001, Bajus, la cour d'appel de Paris rappelle ainsi qu'« une pratique ne peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à l'action concertée, en sachant quel en était l'objet ou l'effet ».

Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 101 et 102 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 tribunal de première instance des Communautés européennes, 11 décembre 2003, Transbordeurs grecs, Strintzis Line Shipping SA, T-65/99, point 119). En revanche, les articles 101 et 102 TFUE peuvent s'appliquer s'il

37. 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.

s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises<sup>38</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*» au sein de l'Union. 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 *infra* «*Les pratiques résultant d'un texte*»). En pratique, cette exception est peu pratiquée, en droit européen, comme en droit national<sup>39</sup>. En effet, l'Autorité de la concurrence considère que l'article L. 420-4 1<sup>er</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'entente, sauf si elles revêtent un caractère d'irrésistibilité.

### La forme du concours de volontés

L'entente est la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché en sachant quel était l'objet ou l'effet de ce comportement.

Les volontés libres et autonomes doivent se nouer dans une volonté commune pour constituer l'entente. Chaque volonté doit rencontrer la volonté des autres, ce qui veut dire qu'elle doit s'extérioriser d'une certaine façon.

L'objet du concours de volontés recouvre en réalité deux cas de figure qui peuvent largement se recouper avec les notions d'accord et de pratique concertée en droit européen.

En présence d'un accord, l'objet du concours de volontés consiste en un plan, une stratégie précise.

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit 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.

Dans la décision **11-D-17**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entente complexe entre les quatre fabricants de lessives actifs en France, constituée à la fois d'accords et de pratiques concertées, qui a duré plusieurs années et concerné toutes les gammes des grandes marques de lessive commercialisées en France et toutes les formes de lessive.

38. CJCE, 29 octobre 1980, Van Landewycke. a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 126.

39. CJCE, 10 décembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commission, 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, Rec. p. 3831, points 27 à 29.

L'Autorité a préalablement rappelé que la jurisprudence européenne admettait que lorsqu'étaient en cause des comportements pouvant être qualifiés, pour partie, d'accord et, pour partie, de pratique concertée, ceux-ci pouvaient être considérés, dans certaines conditions, comme constituant l'expression d'une infraction unique et complexe<sup>40</sup>. Une entente peut donc être à la fois un accord et une pratique concertée sans que l'autorité de concurrence ait à qualifier l'infraction exclusivement au regard de l'une ou de l'autre de ces formes de comportement illicite. En l'espèce, de 1997 à 2004, les quatre fabricants s'étaient rencontrés secrètement, plusieurs fois par an, dans des hôtels et des restaurants pour discuter leur politique tarifaire et promotionnelle, qu'ils allaient ensuite proposer individuellement aux enseignes de la grande distribution.

L'Autorité a constaté qu'ils s'étaient concertés pour maintenir un écart déterminé entre les prix des différents segments de lessives, ainsi qu'entre les marques concurrentes au sein de chaque segment et pour déterminer en commun les hausses de prix pratiquées. Pour compléter leurs accords sur les prix, ils s'étaient aussi entendus sur les règles promotionnelles, notamment en plafonnant les taux de réduction appliqués aux produits vendus en formats promotionnels et en définissant ensemble les modalités des offres promotionnelles proposées.

Enfin, un suivi de la mise en œuvre des accords était mis en place, au moyen, notamment, des dépliants publiés par la grande distribution sur lesquels figuraient les prix des lessives standard pratiqués par chacun des concurrents. Ce suivi pouvait donner lieu ponctuellement à des échanges entre les entreprises concernées s'il était constaté une violation des accords convenus.

La preuve de ces pratiques a résulté, dans le cadre des demandes de clémence formulées par les fabricants de lessive, de leurs déclarations concordantes, auxquelles se sont ajoutées de nombreuses preuves documentaires versées au dossier (notes de frais attestant des réunions, courriels et notes relatifs à des accords pour augmenter le prix des lessives ou coordonner les politiques promotionnelles, tableaux de prix, divers documents mentionnant de façon explicite l'existence d'un accord de volontés).

Au vu de ces éléments, l'Autorité a donc considéré que les quatre lessiviers avaient adopté différents comportements relevant de la notion d'infraction complexe, constituée pour partie d'accords et pour partie de pratiques concertées au sens de la jurisprudence.

---

40. CJCE 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125.

## *Les différentes restrictions de concurrence*

Le 1° de l'article 101 TFUE réprime « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe : « même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

Selon qu'elles sont nouées ou non entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, les ententes revêtent la qualité d'ententes horizontales ou verticales.

### **Ententes horizontales**

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

#### *Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics*

Le Conseil a rappelé à plusieurs reprises sa pratique décisionnelle en la matière. « À de multiples reprises le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente

*anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être (voir notamment les décisions 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées. »*

*« La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (voir notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire). »*

*« Par ailleurs, un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (CA Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport ; Cass. com., 12 janvier 1993, société Sogea, n° 91-11.623). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (CA Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA)<sup>41</sup>. »*

### *Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres*

Dans une décision **11-D-07**, relative à des pratiques à l'occasion d'appels d'offres dans des marchés de réfection d'équipements portuaires et d'ouvrages d'art, l'Autorité a sanctionné quatre entreprises pour avoir notamment pris part à des pratiques d'échanges d'informations et d'offres de couverture (voir *infra* « Offre 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.

41. Décision 06-D-13.

Dans cette affaire, trois sociétés mises en cause ont opté pour la non-contestation des griefs, tandis que la quatrième, sans nier l'échange d'informations, soutenait avoir communiqué ses prix postérieurement à la date de remise des offres.

Elle affirmait notamment que l'unique document qui lui était opposé, non daté, mentionnait les montants arrondis correspondant aux offres finales, ce qui au regard de la pratique de l'Autorité et de la jurisprudence de la cour d'appel retirait à ce document sa valeur comme indice d'un échange d'informations antérieur à l'attribution du marché.

Selon l'Autorité, il est exact que, dans certains cas d'espèce, il a pu être considéré que le caractère voisin des chiffres constituait un indice déterminant de l'existence d'un échange d'informations antérieur à l'attribution du marché « *dès lors que les données ne correspondent, ni aux montants des offres finales, ni à ces derniers arrondis* » (CA de Paris, 23 octobre 2007, Eiffage construction).

Mais elle a souligné le caractère imprécis de la notion d'arrondi et a considéré qu'en l'espèce les mentions de la pièce litigieuse se rapprochaient moins d'arrondis des montants exacts effectivement présentés et mentionnés dans un document écrit *a posteriori*, que d'arrondis d'offres envisagées.

L'Autorité a par ailleurs constaté qu'il était établi que de nombreuses autres mentions de ce document relevaient de la prospective et confirmaient le caractère préparatoire du document.

Elle a enfin rappelé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une contrepartie au profit de l'entreprise mise en cause pour établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et observé qu'au demeurant, contrairement à ce qui était prétendu, l'échange d'informations avait eu le résultat recherché, c'est-à-dire le dépôt d'offres apparemment concurrentes permettant à une autre société de remporter cinq lots sur les six qui composaient l'appel d'offres.

Au terme d'une décision **11-D-13**<sup>42</sup> concernant des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, l'Autorité de la concurrence a sanctionné deux pratiques d'échanges d'informations en vue de la répartition de marchés de travaux entre soumissionnaires.

La première pratique concernait des échanges d'informations dans le cadre de deux appels d'offres de travaux groupés relatifs à des marchés de travaux souterrains passés en 2003 par EDF-GDF Services en Dordogne.

L'une des entreprises n'a pas contesté le grief qui lui avait été notifié, et n'a ainsi remis en cause ni la matérialité des faits constatés, ni leur qualification juridique au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce, ni leur imputabilité. Cette absence de contestation a donc suffi pour permettre à l'Autorité de considérer que l'infraction reprochée était établie, comme cela résultait également de l'examen des faits. Partant, seule la question de la participation des autres mis en cause à

42. Un recours a été formé contre cette décision.

cette même infraction devait être discutée (voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France).

Les documents saisis contenaient des indices de l'existence d'un échange d'informations antérieur à la date de remise des offres concernant les prix moyens pratiqués par les entreprises concurrentes pour ces marchés. Il a ainsi été observé que ces prix étaient presque identiques aux prix auxquels les lots de ces marchés avaient finalement été attribués aux entreprises mises en cause, et ce sans que l'information ait pu être transmise par le donneur d'ordre lui-même avant la remise des soumissions, puisque ces offres de prix se sont échelonnées dans un délai très court de trois jours.

En revanche, l'une des entreprises poursuivie a été mise hors de cause, l'Autorité estimant que le document susceptible de prouver sa participation à l'échange d'informations s'était en grande partie révélé inexact et n'était pas complété par d'autres éléments permettant de constituer un faisceau d'indices précis, graves et concordants.

La deuxième pratique consistait en la participation à une *réunion de concertation* ayant eu pour objet la répartition non seulement de marchés de travaux d'électricité dont les appels d'offres étaient déjà publiés, mais également de marchés dont les appels d'offres ne l'étaient pas encore (voir aussi *infra* « Les accords de partage de marchés »).

L'Autorité a rappelé sa pratique décisionnelle selon laquelle l'existence d'une réunion de concertation entre concurrents suffit pour établir une pratique anticoncurrentielle même si elle n'a pas été suivie d'effets ; or, en l'espèce, la réunion litigieuse a donné lieu à la conclusion d'un accord de répartition des marchés de travaux d'électricité qui s'est appliqué durablement en excluant toute concurrence.

Il a également été précisé que la participation à une seule réunion, pour autant qu'elle ait un objet anticoncurrentiel, suffit 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 compétiteurs, 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 (voir l'arrêt AMD Sud-Ouest, précité) »* (§ 326).

### *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 espère pouvoir obtenir pour des marchés ultérieurs et qui pourront prendre la forme d'offres de couverture en sa faveur.

Ainsi, le dépôt d'offres de couverture sur un marché particulier a deux effets. D'une part, il fausse le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par là même, prohibé par les dispositions sur les ententes restrictives de concurrence ; d'autre part, il porte en germe une altération du jeu de la concurrence lors d'autres appels d'offres. Il est certes possible que les contreparties espérées ne se matérialisent pas ou qu'elles ne puissent pas être établies par une instruction devant l'Autorité parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas immédiatement déterminé ou parce qu'il ne fait pas partie du champ de la saisine. Il n'en reste pas moins que le dépôt d'une offre de couverture a, en tout état de cause, un effet anti-concurrentiel 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 S.C.R a jugé que « *la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...] est en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Dans la décision **11-D-02**<sup>43</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné quatorze entreprises pour s'être réparti pendant plusieurs années plusieurs marchés publics de la restauration des monuments historiques et notamment la quasi-totalité de ces marchés en Haute et Basse-Normandie et en Picardie, en recourant habituellement à des offres de couverture (voir aussi *infra* « Les accords de partage de marchés »).

Les éléments du dossier ont ainsi révélé l'existence de réunions à l'occasion desquelles les sociétés se répartissaient les chantiers régionaux, chacune faisant part de ses « souhaits » et obtenant une quote-part du montant annuel des marchés passés par la Direction régionale des affaires culturelles (DRAC). Le partage obéissait à un critère géographique, les entreprises privilégiant les chantiers géographiquement proches de leur lieu d'implantation, et à un critère fondé sur l'historique de l'entreprise, chacune restant sur le monument sur lequel elle avait l'habitude de travailler. Avant le dépôt des offres, des échanges d'informations avaient lieu entre les entreprises pour garantir l'attribution des marchés telle qu'elle avait été arrêtée.

Ce système de répartition intégrait des offres de couverture sollicitées auprès d'entreprises extérieures à la région qui visaient notamment à « faire nombre » en donnant l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage et à éviter qu'un appel d'offres soit déclaré infructueux en raison du nombre insuffisant d'offres remises. En échange de ce « service », ces entreprises étaient à leur tour couvertes dans leur région d'intervention.

Ainsi, participaient à l'entente en cause non seulement des entreprises implantées dans la région concernée, mais également des entreprises extérieures, qui n'étaient pas attributaires de marchés dans la région.

43. Un recours a été formé contre cette décision.

De fait, ces pratiques ont permis aux entreprises locales de conserver les marchés régionaux selon le partage convenu entre elles et d'éviter l'arrivée d'entreprises extérieures dans la région.

Par ailleurs, dans la même décision, l'Autorité a sanctionné deux sociétés pour avoir mis en œuvre un système d'élaboration de bordereaux de prix fictifs destinés au dépôt d'offres de couverture. Les réponses aux appels d'offres des filiales étaient élaborées par un même bureau d'études techniques, qui établissait à la fois un devis concurrentiel et une ou plusieurs offres de complaisance, ce qui permettait aux différentes filiales d'un même groupe de présenter des soumissions fictivement indépendantes aux appels d'offres, et, ainsi, de simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage.

La décision **11-D-07** a également sanctionné des pratiques d'offre de couverture faisant l'objet de la part de trois sociétés concernées d'une non-contestation de griefs.

### *Les accords de partage de marchés*

Dans la décision **11-D-02**<sup>44</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné quatorze entreprises pour s'être réparti pendant plusieurs années plusieurs marchés publics de la restauration des monuments historiques et notamment la quasi-totalité de ces marchés en Haute et Basse-Normandie et en Picardie.

Le Conseil de la concurrence, auquel l'Autorité de la concurrence a succédé, s'était saisi d'office, en 2007, du volet concurrentiel du dossier, dans le prolongement d'une procédure pénale ouverte devant le TGI de Rouen à l'encontre de dirigeants d'entreprises pour participation à des ententes dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

Les éléments du dossier transmis par le juge pénal (auditions, documents saisis et écoutes téléphoniques) ont ainsi révélé l'existence de « tables rondes » et de réunions de partage à l'occasion desquelles les sociétés se répartissaient les chantiers régionaux après consultation de la programmation annuelle établie par la Direction régionale des affaires culturelles (DRAC). Le principe consistait à répartir les chantiers de la région entre les entreprises locales, chacune faisant part de ses « souhaits » et obtenant une quote-part du montant annuel des marchés passés par la DRAC.

Ce partage obéissait à un critère géographique, les entreprises privilégiant les chantiers géographiquement proches de leur lieu d'implantation afin de limiter les frais, et à un critère fondé sur l'historique de l'entreprise, chacune restant sur le monument sur lequel elle avait l'habitude de travailler. La répartition tenait aussi compte du niveau d'activité des entreprises, c'est-à-dire des chantiers déjà obtenus et des consultations futures.

Avant le dépôt des offres, des échanges d'informations avaient lieu entre les entreprises pour « mettre en musique » les ententes et garantir ainsi l'attribution des marchés telle qu'elle avait été arrêtée. Des offres de couverture étaient aussi sollicitées auprès d'entreprises extérieures à la région visant notamment à « faire

---

44. Un recours a été formé contre cette décision.

nombre » et donner l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage. En échange de ce « service », ces dernières étaient à leur tour couvertes dans leur région d'intervention (voir aussi *supra* « Offre de couverture »).

Dans cette affaire, *s'agissant de la preuve des pratiques*, l'Autorité a notamment rappelé la jurisprudence européenne aux termes de laquelle la valeur probante de la déclaration d'un témoin est considérée d'autant plus grande que cette déclaration va à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise à laquelle il appartient. Toutefois, la déclaration d'une entreprise mise en cause pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises inculpées, ne peut être considérée comme constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve.

En l'espèce, l'Autorité a souligné que la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constituait une preuve suffisante de l'existence et de la participation de cette entreprise à l'infraction, mais qu'en revanche, une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente ne constituait qu'un indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause. En ce cas, elle a indiqué qu'il convenait de rechercher si cet indice était corroboré par d'autres éléments de preuve, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises, des écoutes téléphoniques ou d'autres indices matériels (voir aussi **11-D-17**, *infra* « Ententes et échanges d'information sur les prix et marges »).

Par ailleurs, l'Autorité a rappelé les principes jurisprudentiels au sujet de *l'articulation entre les pratiques d'ententes générales et les pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés particuliers*, selon lesquels un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions ayant un objet anticoncurrentiel unique peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en œuvre.

Ainsi, l'Autorité a-t-elle constaté, en l'occurrence, que les concertations et échanges d'informations intervenus à l'occasion d'appels d'offres particuliers, de même que la présentation à titre habituel d'offres de couverture, présentaient un lien de complémentarité évident en ce qu'ils étaient destinés à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence.

Par ailleurs, les concertations observées traduisaient la mise en œuvre de jeux de compensation entre les entreprises, et donc d'une interdépendance des marchés en cause, celles-ci présentant des offres de complaisance au bénéfice de leurs concurrents dans l'assurance d'obtenir la réciprocité à l'occasion des appels d'offres portant sur les marchés dont elles souhaitent être attributaires. Ainsi, l'ensemble de ces pratiques contribuaient-elles, par le biais d'une interaction, à la réalisation des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d'un plan global visant un objet identique.

Par conséquent, selon l'Autorité, les pratiques mises en œuvre par les entreprises dans le cadre de chacun des appels d'offres particuliers ne constituaient que les manifestations successives d'une conduite continue, à savoir des ententes entre les entreprises ayant pour objet de simuler une concurrence auprès des maîtres

d'ouvrage tout en coordonnant leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques.

En revanche, l'Autorité a estimé que les éléments du dossier ne mettaient pas en évidence d'accords de répartition des parts de marchés entre les entreprises au niveau national dans le secteur des monuments historiques.

Elle a en effet souligné que l'existence de tels accords ne pouvait être déduite du seul fait que certaines entreprises mises en cause étaient implantées et actives sur l'ensemble du territoire national, alors que la plupart des entreprises poursuivies n'étaient en revanche actives que sur une partie du territoire visé, voire dans une seule région.

Elle a en outre observé que la mise en place des ententes intervenait la plupart du temps sur des appels d'offres pour la restauration des monuments historiques lancés par les directions régionales des affaires culturelles (DRAC), dont la compétence est régionale et que les entreprises se rencontraient habituellement dans le cadre des structures locales de leur instance représentative, à savoir les cellules régionales du Groupement national des entreprises de restauration des monuments historiques (GMH), qui assuraient la liaison entre les professionnels de la restauration de monuments historiques et du patrimoine ancien avec les maîtres d'ouvrage.

Ainsi, a-t-elle conclu que l'existence d'une entente de répartition des marchés à l'échelon national n'était pas démontrée.

Dans une décision **11-D-07**, relative à des pratiques à l'occasion d'appels d'offres dans des marchés de réfection d'équipements portuaires et d'ouvrages d'art, l'Autorité a sanctionné quatre entreprises pour avoir notamment pris part à des pratiques 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.

Ces pratiques consistaient en échanges d'information et en la participation à une réunion de concertation ayant eu pour objet la répartition non seulement de marchés de travaux d'électricité dont les appels d'offres étaient déjà publiés, mais également de marchés dont les appels d'offres ne l'étaient pas encore (voir aussi *supra* « Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres »).

### *Les réponses en groupements*

Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont rappelé à de multiples reprises que la constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offre, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet proconcurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessité technique et

économique de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère.

Aucune décision n'a été rendue à ce titre en 2011.

### *Ententes et échanges d'information sur les prix et marges*

Dans la décision **11-D-01**, l'Autorité a sanctionné les trois principaux manutentionnaires de conteneurs de La Réunion pour s'être entendus sur les prix de leurs prestations et ce, durant vingt-trois ans.

Il a été observé que jusqu'en 1987, les prix des prestations de manutention portuaire étaient fixés par arrêté préfectoral; après cette date, qui correspond à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, les prix n'ont plus été fixés par arrêté préfectoral faute de base légale. Les sociétés de manutention se sont alors entendues pour fixer ensemble l'élément principal constituant le prix de la prestation de manutention facturé à leurs clients.

L'Autorité a, notamment, écarté le moyen selon lequel la pratique reprochée ne pouvait avoir ni d'objet ni d'effet anticoncurrentiel dans la mesure où les entreprises ne faisaient que suggérer un niveau de prix maximal. Elle rappelle en effet sa pratique décisionnelle qui distingue la pratique de fixation de prix imposés dans le cadre d'un réseau vertical, qui peut être admise, de celle de prix déterminés de manière concertée par des entreprises concurrentes. Cette dernière n'est pas licite puisqu'elle limite la liberté commerciale des offreurs dans des conditions dont il n'est pas certain que les consommateurs bénéficient.

Par ailleurs, l'Autorité a enjoint le Syndicat des entreprises de manutention portuaire de La Réunion (SEMPR) de cesser d'établir et de diffuser un tarif concerté de manutention à destination des compagnies maritimes desservant la Réunion. En effet, elle a considéré que si ce tarif de référence était resté inappliqué et confidentiel, son objet pouvait toutefois être analysé au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Dans la décision **11-D-17**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entente complexe entre les quatre fabricants de lessives actifs en France, constituée à la fois d'accords et de pratiques concertées, qui a duré plusieurs années et concerné toutes les gammes des grandes marques de lessive commercialisées en France et toutes les formes de lessive.

Ces pratiques, qui ont été révélées et démontrées dans le cadre de demandes de clémence des quatre entreprises concernées, se sont déroulées de 1997 à 2004, avec une interruption entre 1998 et 1999; les fabricants se sont ainsi rencontrés secrètement, plusieurs fois par an, dans des hôtels et des restaurants pour discuter en commun leur politique tarifaire et promotionnelle, qu'ils allaient ensuite proposer individuellement aux enseignes de la grande distribution.

La preuve de ces pratiques a résulté, tout d'abord, des déclarations concordantes des fabricants de lessives dans le cadre de leur demande de clémence respective

L'Autorité a constaté que les fabricants mis en cause s'étaient concertés pour maintenir un écart déterminé entre les prix des différents segments de lessives, ainsi qu'entre les marques concurrentes au sein de chaque segment et pour déterminer en commun les hausses de prix pratiquées. Pour compléter leurs accords sur les prix, elles se sont aussi entendues sur les règles promotionnelles, notamment en plafonnant les taux de réduction appliqués aux produits vendus en formats promotionnels et en définissant ensemble les modalités des offres promotionnelles proposées.

Enfin, un suivi de la mise en œuvre des accords était mis en place, au moyen, notamment, des dépliants publiés par la grande distribution sur lesquels figuraient les prix des lessives standard pratiqués par chacun des concurrents. Ce suivi pouvait donner lieu ponctuellement à des échanges entre les entreprises concernées s'il était constaté une violation des accords convenus.

L'Autorité s'est livrée à une analyse de ces pratiques en plusieurs étapes.

### *Une infraction complexe, unique et continue*

L'un des fabricants mis en cause soutenait que l'infraction complexe, unique et continue n'était établie qu'à compter de 2001 et que les réunions auraient eu un objet différent avant 1998 (échanges d'information) et après 2001 (accords sur les prix) ; en outre, elle alléguait que la période d'interruption des pratiques, entre 1998 et 1999 empêchait de considérer que ces réunions entraient dans le cadre d'un plan global visant un objectif unique.

L'Autorité a écarté ces objections et démontré que l'infraction devait être qualifiée d'unique et continue, en ce que les pratiques reprochées avaient un objectif anticoncurrentiel unique et un mode opératoire commun.

Elle a préalablement rappelé qu'aux termes de la jurisprudence tant interne qu'euro-péenne, un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions poursuivant un objectif économique unique et ayant un lien de complémentarité peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en œuvre ; en outre, la suspension d'une entente anticoncurrentielle sur une période déterminée n'empêche pas cette dernière de revêtir cette qualification dès lors qu'après son interruption, l'entente a été reprise selon les mêmes modalités ou des modalités similaires<sup>45</sup>.

Or, l'Autorité a constaté que, contrairement à ce qui était soutenu, l'objet poursuivi par l'entente n'avait pas varié entre son début (1997-2001) et sa suite (2001-2004). En l'espèce, en effet, les réunions de concertation ont toujours concerné des accords sur les prix et les promotions des lessives standards.

Ces pratiques étaient prouvées par de nombreux éléments figurant au dossier dont la force probante ne devait pas être appréciée pièce par pièce, mais qui constituaient ensemble un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants.

45. TPUE, 19 mai 2010, IMI e.a./Commission, T-18/05, 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02, et 20 mars 2002, Dansk Rørindustri/Commission.

L'Autorité a observé, en outre, que l'origine de la concertation entre les lessiviers se trouvait dans le mécanisme introduit par la loi Galland de 1996 selon lequel, dans le cas d'un produit d'appel comme les lessives, les distributeurs alignaient les prix de vente au consommateur sur les prix sur facture et se rémunéraient en marge arrière. Dans ce contexte, l'objectif de la concertation était donc bien de déterminer en commun les prix de vente des lessives standard d'une part vis-à-vis de la grande distribution, en tenant compte de ses stratégies commerciales, et d'autre part vis-à-vis des consommateurs finals.

Quant au mode opératoire utilisé, il a, pendant toute la durée des pratiques, consisté en réunions régulières et occultes, généralement entre les directeurs commerciaux des fabricants, consacrées de manière continue à la fixation des prix des lessives standard, marque par marque et format par format, sur le territoire français, ainsi qu'à la fixation de règles communes en matière de politique promotionnelle. La surveillance de l'application de ces règles et les éventuels rappels à l'ordre prévus témoignent eux aussi de l'existence d'une continuité de l'objectif poursuivi et de la connaissance de chacun des participants à l'entente de cet objectif.

L'Autorité a donc conclu que l'ensemble des pratiques mises en œuvre par les quatre lessiviers présentaient bien un lien de complémentarité, en ce sens que chacune d'entre elles visait la maîtrise totale des prix de vente des lessives standard à la grande distribution et aux consommateurs finals et, au final, à restreindre la concurrence par les prix.

### *L'objet anticoncurrentiel des pratiques*

La jurisprudence, en application des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce souligne que l'objet et l'effet anticoncurrentiel de telles pratiques sont des conditions alternatives pour apprécier si celles-ci peuvent être sanctionnées en application de ces dispositions; la première étape consiste dans l'examen de l'objet même de la pratique, apprécié dans son contexte économique, et des altérations du jeu de la concurrence qui en sont la conséquence logique. Si cet objet révèle un degré suffisant de nocivité, il n'est pas utile d'aller en rechercher les effets, ceux-ci étant présumés. En revanche, si cette analyse ne révèle pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il s'avère nécessaire de passer à la seconde étape, qui consiste dans l'examen des effets des pratiques.

Constatant que, par cette collusion généralisée, les lessiviers avaient contrevenu au principe d'autonomie dont les entreprises doivent faire preuve lorsqu'elles sont en concurrence sur un marché, l'Autorité a considéré que l'objet anticoncurrentiel de ces pratiques était établi en ce que les participants menaient une stratégie concertée de maîtrise du prix de vente sur le marché.

Elle a rappelé, à ce sujet, que, dans le cas d'accords se manifestant lors de réunions d'entreprises concurrentes, une infraction aux règles de la concurrence est constituée lorsque ces réunions ont pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence et visent ainsi à organiser artificiellement le fonctionnement du marché.

### *La durée de l'infraction*

L'Autorité a rappelé qu'en l'absence d'éléments de preuve susceptibles d'établir directement la durée d'une infraction, il convient de se fonder, au moins, sur des éléments de preuve se rapportant à des faits suffisamment rapprochés dans le temps, de façon qu'il puisse être raisonnablement admis que cette infraction s'est poursuivie de façon ininterrompue entre deux dates précises ; il a été considéré par la jurisprudence qu'entre deux dates précises pour lesquelles l'accord de volontés était établi, des déclarations d'entreprises sur la continuité des pratiques entre ces deux dates pouvaient constituer des éléments de preuve suffisants<sup>46</sup>.

En l'espèce, l'Autorité a déduit des éléments du dossier, notamment des déclarations convergentes des directeurs commerciaux des fabricants de lessives impliqués, que l'entente était établie sur une période remontant au moins au 18 septembre 1997, qu'elle avait été suspendue d'octobre 1998 au 2 novembre 1999, et qu'elle avait trouvé son terme le 1<sup>er</sup> août 2004.

### *La participation des mises en cause à l'entente*

Dans cette affaire, les fabricants ont reconnu leur participation aux pratiques litigieuses à partir du 18 septembre 1997, à l'exception de l'un d'eux qui contestait sa participation à un accord sur les prix et les promotions avant le 21 janvier 2001.

L'Autorité a tout d'abord rappelé le standard de preuve de la participation à une entente horizontale, résultant de sa pratique décisionnelle aux termes de laquelle deux situations doivent être distinguées : celles dans lesquelles la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle et celles, comme en l'espèce, dans lesquelles l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, de nature le plus souvent occulte ou secrète, auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes<sup>47</sup>.

Dans ce dernier cas, le standard de preuve est identique à celui utilisé en droit de l'Union : *« une entreprise doit s'abstenir rigoureusement de participer à des prises de contact, directes ou indirectes, avec ses concurrents en vue d'échanger sur les politiques commerciales et notamment sur la politique de prix des biens ou des services qu'elle offre sur le marché. Ce type de réunion informelle, généralement secrète et parfois abritée derrière des noms de Code (le "club", la "réunion des confrères") qui tente de dissimuler le véritable objet pour lequel sont conviés les dirigeants ou responsables commerciaux d'entreprises concurrentes à l'initiative de l'une d'entre elles, n'appelle qu'une réponse de la part des entreprises : refuser d'y participer ou, si la bonne foi du participant est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support. La participation à une seule de ces réunions, 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,*

46. TPICE, 5 avril 2006, Degussa AG/Commission.

47. Décision 07-D-48 confirmée par CA Paris, 25 février 2009, société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations SAS, et C. Cass. 7 avril 2010.

*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» (§ 489).*

La responsabilité d'une entreprise déterminée est ainsi valablement retenue lorsqu'elle a participé à des réunions en ayant connaissance de leur objet anti-concurrentiel. Son assiduité plus ou moins grande à ces réunions, la durée de sa participation à l'entente ainsi que la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues peuvent avoir des conséquences non pas sur l'existence de sa responsabilité, mais sur l'étendue de celle-ci et donc sur le niveau de la sanction. Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, dès lors qu'une entreprise participe, même sans y prendre une part active, à des réunions ayant un objet anti-concurrentiel et qu'elle ne se distancie pas publiquement du contenu de celles-ci, donnant ainsi à penser aux autres participants qu'elle souscrit au résultat des réunions et qu'elle s'y conformera, il peut être considéré comme établi qu'elle participe à l'entente résultant desdites réunions<sup>48</sup>.

Quant à la valeur probante des déclarations recueillies, la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause. En revanche, une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause. Il doit donc être recherché si un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises inculpées ou d'autres indices matériels (voir aussi *infra* **11-D-02**<sup>49</sup>, «Les accords de partage de marchés»).

Au vu de ces éléments, l'Autorité a écarté les objections de l'un des fabricants, qui soutenait notamment que la personne ayant participé aux réunions litigieuses n'avait pas le pouvoir de conclure des accords sur les prix et les promotions, et a estimé que ce cadre d'entreprise était réputé représenter ou engager l'entreprise qui l'employait<sup>50</sup>. En l'espèce, l'entreprise ne s'étant pas publiquement distanciée du contenu de ces réunions, son acquiescement était établi.

L'Autorité a également souligné qu'il importait peu qu'on ne puisse pas déterminer avec précision l'identité du représentant de l'entreprise à chaque réunion, dès lors que pour l'application des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce, seule est pertinente la question de savoir si l'entreprise en cause était bien représentée lors des réunions de concertation.

48. TPICE, 17 décembre 1991, Hercules Chemicals/Commission, T-7/89, Rec. p. II-1711, 10 mars 1992, Solvay/Commission, T-12/89, Rec. p. II-907, 6 avril 1995, Tréfileurope/Commission, T-141/89, Rec. p. II-791, 20 mars 2002, T-21/99, Dansk Rorindustri/Commission, Rec. 2002, p. II-1681.

49. Un recours a été formé contre cette décision.

50. Voir aussi décision 10-D-13.

Or, en l'espèce, les autres membres de l'entente ont tous affirmé que ce fabricant participait aux réunions pendant la période litigieuse, ces affirmations revêtant une valeur probante particulièrement élevée puisqu'elles émanaient des témoins directs des circonstances rapportées et étaient cohérentes avec les autres éléments du dossier.

### *Entraves à l'accès au marché*

#### *Accès à un groupement/sortie d'un groupement*

Dans la décision **11-D-03**, l'Autorité a rendu une décision de non-lieu à poursuivre s'agissant de pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer.

Elle était saisie par un grossiste dénonçant les pratiques contractuelles d'un groupement de grossistes de ce secteur, et plus précisément une clause de non-réaffiliation post-contractuelle faisant interdiction aux adhérents du groupement d'appartenir à un groupement concurrent pendant une durée de deux ans. La saisissante estimait que ce dispositif « anti-sortie » mis en place par le groupement faisait obstacle aux changements d'affiliation.

L'Autorité a considéré, en premier lieu, que même si la concurrence entre adhérents au groupement semblait relativement limitée, le regroupement des grossistes en son sein constituait bien une coopération horizontale au sens des lignes directrices de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale<sup>51</sup>.

Cependant, elle a ensuite estimé que l'exception prévue au point 24 des lignes directrices précitées devait s'appliquer. Au vu de ces lignes directrices, certains types d'accords de coopération horizontale peuvent, par nature, échapper au champ d'application de l'article 81, § 1, du traité CE, devenu 101, § 1, du TFUE, et notamment « *[parmi] des coopérations qui n'impliquent aucune coordination du comportement concurrentiel des parties sur le marché, le cas d'une coopération entre des entreprises concurrentes qui ne peuvent mener à bien indépendamment le projet ou l'activité visés par la coopération* » (point 24). Mais il a été considéré qu'en l'espèce, il n'était pas établi que la décision des adhérents grossistes de se regrouper au sein du groupement, bien que constituant un accord entre concurrents actuels ou potentiels, présentait en elle-même un caractère anticoncurrentiel au sens des articles 101, § 1, du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce.

Enfin, l'Autorité a recherché si la clause de non-réaffiliation post-contractuelle avait un caractère restrictif de concurrence, après avoir rappelé la jurisprudence en la matière. Cette dernière impose en effet de distinguer clauses de non-réaffiliation et clauses de non-concurrence dès lors que les premières n'imposent qu'une restriction, et non une interdiction, à la poursuite de l'activité de commerçant; cependant, la Cour de cassation soumet les clauses de non-réaffiliation aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence post-contractuelles

<sup>51</sup>. (2001/C 3/02); devenues les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01).

lorsque leurs effets sont similaires et que l'interdiction de réaffiliation rend très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce en compromettant sa rentabilité.

En l'espèce, l'Autorité a estimé qu'au vu, d'une part, de la capacité d'un adhérent ayant quitté le groupement à rester un concurrent sur le marché et, d'autre part, de la capacité de groupes concurrents à se développer sur le marché, il n'était pas démontré que la clause de non-réaffiliation litigieuse était assimilable à une clause de non-concurrence et produirait des effets anticoncurrentiels.

### *Boycott*

Aucune décision n'a été rendue à ce titre en 2011.

### *Pratiques d'exclusion*

Dans la décision **11-D-06**, les pratiques d'ententes dans le secteur des pompes funèbres à Tours et dans son agglomération dont l'Autorité était saisie ont fait l'objet d'une décision de non-lieu à poursuivre.

Il était notamment reproché à la société de pompes funèbres PFI d'avoir conclu, avec des établissements de soins ou d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, des conventions faussant le libre jeu de la concurrence en orientant les familles des défunts vers ses propres chambres funéraires au détriment des autres opérateurs funéraires.

L'Autorité a préalablement rappelé qu'aux termes de sa pratique décisionnelle comme de la jurisprudence du Conseil d'État, la conclusion d'accords entre les établissements de soins et de séjour et des gestionnaires de chambres funéraires ne sont pas critiquables dans leur principe tant au regard des règles du Code général des collectivités territoriales que des règles de concurrence, dans la mesure où il est légitime que les premiers s'assurent qu'une chambre funéraire est en mesure d'accueillir les corps des personnes décédées en leur sein.

En revanche, s'attachant à vérifier si ces conventions n'étaient pas de nature à fausser la concurrence par les mérites entre opérateurs de pompes funèbres, elle a examiné successivement leur champ d'application et leurs effets possibles.

Elle a ainsi tout d'abord observé que les conventions dénoncées préservaient la liberté des familles dans le choix de la chambre funéraire et qu'aucune disposition ne visait à favoriser le transport d'un corps vers la chambre funéraire de PFI et à entraver ce transport vers une autre chambre funéraire dès lors que la famille avait pu être jointe dans les heures suivant le décès.

Il a ensuite été constaté que les effets possibles de ces conventions étaient limités. En effet, il n'existait aucune exclusivité interdisant à d'autres opérateurs funéraires gérant une chambre funéraire de passer des conventions dans des termes similaires avec les établissements concernés et la résiliation de la convention était possible à tout moment avec un préavis de deux mois, la maison de retraite pouvant alors conclure, le cas échéant, une autre convention avec un autre opérateur.

De plus, le nombre de défunts pour lesquels ces conventions étaient susceptibles de s'appliquer apparaissait lui-même limité.

L'Autorité a également observé que la gratuité de l'intervention de PFI en cas de transfert vers sa chambre funéraire, qui aurait pu dissuader les familles de recourir aux services d'un autre opérateur n'avait été affichée qu'à l'initiative d'une maison de retraite, et non de PFI elle-même, qui ne pouvait donc être mise en cause à ce titre.

Enfin, l'Autorité a estimé que l'allégation selon laquelle les commissariats de police de l'agglomération tourangelle auraient eu recours systématiquement aux services de PFI dans le cadre des réquisitions liées à la découverte de défunts, n'était pas démontrée.

## 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 européenne, 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 2011, 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, § 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 § 1 de l'article 81 (article 101 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 exemptables certaines obligations et, notamment toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1<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, § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées reprend en grande partie celui de 1999, sous réserve de trois modifications :

– En ce qui concerne le seuil d'exemption, qui prend en compte également les parts de marché de l'acheteur.

Le nouveau règlement fait dépendre le bénéfice de l'exemption des parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur. Il suffit désormais que la part de marché de l'un des deux dépasse 30 % pour exclure le bénéfice de l'exemption par catégorie. Quant aux marchés à prendre en compte, l'article 3 précise qu'il s'agit de celui sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels, ainsi que celui sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels.

En outre, l'exemption dont bénéficiaient les accords verticaux entre concurrents dès lors que le chiffre d'affaires de l'acheteur ne dépassait pas 100 millions d'euros est abandonnée (voir règl. n° 2790/1999, art. 2, 4, a).

Enfin, l'article 3, point 2 du nouveau règlement couvre les accords multipartites. Il vise en effet l'hypothèse où « *une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord* ». Dans ce cas, « *la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché [de 30 %] [...], en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption [...] s'applique* ».

– En ce qui concerne la cession de droits de propriété intellectuelle.

Comme le précédent règlement, le nouveau texte couvre les dispositions contenues dans les accords verticaux concernant la cession à l'acheteur, ou l'utilisation par l'acheteur, de droits de propriété intellectuelle, lorsque ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services (art. 2, pt 3). La définition du droit de propriété intellectuelle est cependant étendue au savoir-faire (art. 1<sup>er</sup>, pt 1, f).

– En ce qui concerne le champ d'application du règlement.

Alors que le règlement n° 2790/1999 s'appliquait à l'ensemble de la distribution, à l'exception du secteur de l'automobile, le nouveau règlement n° 330/2010 s'étendra à la distribution des véhicules automobiles neufs, après une période de transition de trois ans.

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, § 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 2011, 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 européenne 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, § 3, du traité, devenu 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*

Dans la décision **11-D-19**, l'Autorité a sanctionné une entente verticale dans le secteur des jouets et des articles fantaisie ayant consisté à fixer les prix de vente des produits Diddl, entre 2003 et 2007.

En l'espèce, le distributeur en France des produits destinés aux enfants Diddl avait, sous l'apparence de « prix conseillés », imposé les prix de détail à ses revendeurs, qu'ils soient indépendants ou adossés à un réseau, au moyen de « chartes » et de divers accords. Ces prix, imposés par le biais de grilles tarifaires, de bons de commande ou d'un pré-étiquetage des produits livrés, ont tendu à restreindre, pendant près de cinq ans, la concurrence entre revendeurs au détriment des consommateurs, alors même qu'existait pour les produits Diddl une forte demande de la part des enfants.

Après avoir rappelé le standard de la preuve en matière d'ententes verticales, l'Autorité a considéré que les clauses contractuelles liant les parties avaient un objet anticoncurrentiel.

Aux termes de la jurisprudence européenne et nationale, il est ainsi admis que s'agissant d'une entente sur les prix, la démonstration de l'accord de volontés résulte soit de la signature de clauses contractuelles claires, soit de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants (évocation, entre fournisseurs et distributeurs, des prix de vente au public, mise en œuvre d'une surveillance des prix...), la preuve de chacun de ces indices pouvant être établie par tout moyen. En outre, en présence de preuves documentaires ou contractuelles, il n'est pas

besoin de recourir à l'étude de preuves de nature comportementale. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs déjà estimé que la signature d'un contrat de distribution impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs démontrait, à suffisance, l'existence d'une entente sur les prix de revente (voir décisions 07-D-50 et 07-D-06).

L'Autorité a écarté l'argument de l'entreprise mise en cause, qui contestait l'existence d'une entente ayant un objet anticoncurrentiel entre elle et ses distributeurs et soutenait notamment qu'elle se contentait de faire état de prix maximum auprès de ses revendeurs.

Elle a en effet considéré que les accords commerciaux litigieux, faisant état de prix « conseillés » ou « maximum », étaient en réalité compris par toutes les parties aux contrats comme des prix imposés. Elle s'est ainsi référée aux lignes directrices n° 2010/C 130/01 de la Commission européenne du 19 mai 2010 sur les restrictions verticales (JOUE C 130/1), qui indiquent notamment qu'un prix de revente peut être imposé par des moyens indirects, comme en l'espèce.

En effet, il ressort du dossier que l'entreprise mise en cause a conditionné, dans la charte Diddl, le référencement de ses distributeurs sur le site Internet Diddl.fr au respect des prix de revente qu'elle leur communiquait sous l'apparence de « prix publics conseillés » ou de « prix maximum », que des avertissements ou actes de pression ont eu lieu dans le but de faire respecter ces prix et que les revendeurs ont, de manière significative, appliqué les prix ainsi communiqués.

Au final, il résultait des éléments du dossier que l'entreprise mise en cause et ses revendeurs s'étaient mis d'accord pour conférer aux prix communiqués le caractère de prix imposés, quelle que soit la terminologie utilisée.

L'Autorité a donc constaté qu'en signant les documents contractuels dans lesquels ces clauses figuraient, les revendeurs de produits Diddl avaient exprimé leur accord avec une politique de prix imposés.

L'Autorité a fait observer qu'il n'était pas besoin, dès lors que la preuve de l'accord de volontés entre les parties à l'entente avait été établie sur le fondement d'éléments de nature documentaire ou contractuelle, de démontrer que les distributeurs avaient effectivement respecté cet engagement ou qu'une proportion anormale des prix effectivement communiqués ou pratiqués sur la période concernée était alignée sur les prix conseillés par le fournisseur.

### *Les clauses d'exclusivité*

Une pratique décisionnelle abondante guide l'analyse de l'Autorité s'agissant des clauses d'exclusivité<sup>52</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

52. Voir notamment le rapport du Conseil de la concurrence 2007, étude thématique.

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 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.

Aucune décision n'a été rendue à ce titre en 2011.

### La règle de *minimis*

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 TFUE. La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)<sup>53</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 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 au sein de l'Union).

En 2011, l'Autorité n'a pas eu à faire application de cette règle.

<sup>53</sup>. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE, 22.12.2001, C 368/13.

*Les exemptions (articles L. 420-4 du Code de commerce et 101, § 3, TFUE)*

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, § 3, 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 de l'Union européenne, un organisme professionnel n'est pas qualifié d'association d'entreprises lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de compétences déléguées par l'État et étroitement contrôlées par lui, à savoir des « mesures de caractère étatique ». Elles échappent dans ce cas au droit de la concurrence applicable aux entreprises. Par contre, les décisions prises de façon indépendante par cet organisme sont 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 2011, l'Autorité, n'a pas eu à connaître de telles pratiques.

Dans la décision **11-D-01**, l'Autorité a écarté l'application de l'exemption prévue par l'article L. 420-4, I 1) et a sanctionné les trois principaux manutentionnaires de conteneurs de La Réunion pour s'être entendus sur les prix de leurs prestations.

Elle a rappelé que ce texte est d'interprétation stricte puisque, selon une pratique décisionnelle constante, les comportements constatés doivent être la conséquence directe et nécessaire d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application pour pouvoir bénéficier de ces dispositions.

Ainsi, en droit de l'Union européenne comme en droit national, sont seuls visés les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative ; 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, le droit de la concurrence ne leur est pas applicable car, dans cette situation, « la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises ». Le tribunal de l'Union européennes (TUE) a également estimé que

le droit de la concurrence peut trouver à s'appliquer « *s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises* ». Dans un tel cas, le tribunal examine donc si le cadre juridique applicable « *élimine toute possibilité de comportement concurrentiel* » de la part des entreprises.

En l'espèce, l'Autorité a observé qu'après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et après l'application de ses dispositions transitoires, les prix des prestations de manutention portuaire n'ont plus été fixés ni réglementés par arrêté préfectoral.

L'Autorité a donc considéré que la pratique mise en œuvre de manière concertée par les entreprises de manutention ne pouvait être regardée comme étant la conséquence directe et nécessaire d'un prétendu cadre juridique contraignant ou de l'existence d'arrêtés ministériel et préfectoral, antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et maintenus à titre transitoire, dans l'attente de la mise en place d'une éventuelle réglementation des prix spécifique à ce secteur d'activité.

Par ailleurs, certaines sociétés mises en cause soutenaient que l'observation et la validation par les services de l'État du tarif édité par le Syndicat des entreprises de manutention portuaire de La Réunion (SEMPR) étaient de nature à écarter la qualification d'entente anticoncurrentielle.

Or, l'Autorité a au contraire constaté que l'initiative de la détermination des prix en commun incombait bien aux membres du SEMPR, en toute autonomie, sans que le simple visa donné par l'administration chargée de la tutelle des ports puisse justifier cette pratique, dans la mesure où il est établi que ce visa n'a nullement été imposé par les représentants de l'État et où aucune pression irrésistible n'a été exercée sur les entreprises en cause (Voir TPICE 18-09-1996 aff. T. 387/94 Asia Motors/France).

Dans la décision **11-D-02**<sup>54</sup>, l'Autorité de la concurrence a sanctionné quatorze entreprises pour s'être réparti pendant plusieurs années plusieurs marchés publics de la restauration des monuments historiques et notamment la quasi-totalité de ces marchés en Haute et Basse-Normandie et en Picardie, après avoir également écarté l'application des dispositions précitées.

Une entreprise mise en cause se prévalait en effet d'un « particularisme culturel » du secteur des monuments historiques, dans lequel les usages inciteraient à un partage d'informations entre donneurs d'ordre et entrepreneurs et à la planification de chantiers entre confrères.

L'Autorité a cependant rappelé qu'à même la supposer établie, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, l'existence de tels « usages » ne saurait remplir les conditions du 1<sup>o</sup> de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

En outre, il résulte d'une jurisprudence constante que la compromission ou la tolérance des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles

54. Un recours a été formé contre cette décision.

ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (voir les arrêts de la cour d'appel de Paris du 7 mars 2006, Ineo SA et de la cour de cassation du 6 mars 2007, Demathieu et Bard, ainsi que les arrêts de la Cour de cassation du 6 octobre 1992, SA Entreprise Jean Lefèbre et autres, et du 30 mai 1995, Sté Ghilhion).

### Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3° de l'article 101 TFUE dispose : « *les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*

- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
- b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.*

Le progrès invoqué doit 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 une restriction de concurrence peut être exemptée sur le fondement de ces dispositions, les autorités de concurrence procèdent à une mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels de ladite restriction.

Il résulte de la jurisprudence de l'Union européenne que la personne qui se prévaut des dispositions de l'article 81, § 3, 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 l'arrêt GlaxoSmithKline, précité, point 82, et l'arrêt du 11 juillet 1985, Remia e. a. /Commission, 42/84, Rec. P. 2545, point 45).

Dans la décision **11-D-01**, l'Autorité a écarté l'exemption invoquée par les parties et a sanctionné les trois principaux manutentionnaires de conteneurs de La Réunion pour s'être entendus sur les prix de leurs prestations.

L'Autorité a écarté en premier lieu l'argument tiré de l'augmentation des investissements et de la productivité découlant de la mutualisation de certaines tâches,

en relevant que si cette stratégie pouvait avoir des effets économiques positifs, elle n'impliquait pas pour autant nécessairement la fixation de tarifs identiques.

En deuxième lieu, les sociétés destinataires des griefs estimaient que la cessation de la fixation du tarif commun aurait entraîné la disparition d'entreprises et d'emplois. Cependant, l'Autorité a fait observer que, quoique pleinement consciente de l'impact que des conflits sociaux font courir sur l'économie insulaire, elle ne pouvait prendre à son compte la thèse avancée par les parties selon laquelle le maintien d'un « *niveau de salaires [...] particulièrement élevé* » d'une catégorie de personnels, afin de « *pérenniser la paix sociale* », est compatible avec l'objectif de maintien de l'emploi tel qu'introduit par le législateur dans l'article L. 420-4-I-2° au nombre des exemples des manifestations du progrès économique.

Enfin, en réponse à l'argument avancé par les parties au sujet de l'aide apportée aux exportations, l'Autorité a estimé qu'il n'appartenait pas aux entreprises de manutention de La Réunion de se substituer aux pouvoirs publics en abaissant artificiellement les prix de la manutention à l'export ou en faisant supporter par les importateurs, « qui en sont pleinement conscients », le coût de rechargement des conteneurs vides, et ce, dans le but de renforcer le « tissu économique de l'île qui souffre d'un déficit d'exportations ».

Il a donc été considéré que les parties n'apportaient pas la preuve d'une part, que la pratique de fixation en commun des tarifs apportait à la collectivité dans son ensemble un progrès économique susceptible de compenser les atteintes à la concurrence qu'elle induisait et, d'autre part que la restriction de concurrence induite par les pratiques était en tout état de cause, indispensable pour réaliser un tel objectif.

Dans la décision **11-D-02**<sup>55</sup>, l'Autorité de la concurrence a également écarté cette exemption et sanctionné quatorze entreprises pour s'être réparti pendant plusieurs années plusieurs marchés publics de la restauration des monuments historiques et notamment la quasi-totalité de ces marchés en Haute et Basse-Normandie et en Picardie.

Elle a observé que l'allégation selon laquelle les pratiques en cause auraient permis de pratiquer des prix inférieurs n'était nullement démontrée et qu'au contraire, il résultait des éléments recueillis au cours de l'instruction que les ententes reprochées avaient conduit à une hausse du prix des marchés attribués au cours de la période en cause.

L'argument selon lequel les ententes mises en œuvre étaient indispensables à la création ou au maintien d'emplois dans le secteur des monuments historiques n'étant pas davantage étayé, l'Autorité a donc conclu que les conditions de l'exemption n'étaient pas réunies.

---

55. Un recours a été formé contre cette décision.

## 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. »*

### ***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 traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 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 (la question du marché pertinent fait l'objet d'une section spécifique du présent rapport, voir *supra*).

## L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que de l'Union, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir relativement librement, sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents **(11-D-09)**.

Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention d'un monopole légal ou de fait sur une activité, ou 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 ou susceptible d'être constitutive d'une position dominante*

##### **Monopole de droit ou de fait**

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit généralement pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole.

Ainsi, à l'occasion de la définition du marché des appels d'offres pour la constitution de la réserve rapide et de la réserve complémentaire pour le réseau électrique, l'Autorité a rappelé sa pratique décisionnelle : « *de manière générale, la jurisprudence considère qu'un appel d'offres pour la fourniture d'un bien ou d'un service constitue un marché pertinent au sens du droit de la concurrence : le demandeur est l'organisateur de l'appel d'offres et les offreurs en compétition sur ce marché sont les opérateurs susceptibles d'y répondre* ». Dès lors, en emportant la totalité de l'appel d'offres, EDF se trouve en situation de position dominante **(11-D-09)**.

De même, l'Autorité, dans une décision rejetant une demande de mesures conservatoires mais gardant le dossier au fond, a indiqué que le fait pour France Telecom de disposer de droits spécifiques sur certains segments des câbles de communication électronique était susceptible de placer l'opérateur historique en position dominante sur le marché de gros de fourniture Internet des territoires ultramarins. À cet égard, l'Autorité a souligné que le fait de cumuler d'une part le monopole d'exploitation du segment terrestre (c'est-à-dire le tronçon de liaison compris entre la station d'atterrissement du câble sous-marin et le point de livraison où vient s'interconnecter le réseau de l'opérateur client) sur le câble SAFE, et d'autre part, la propriété unique du second câble (LION1) pour lequel les conditions d'accès interdisent la revente de capacité sur le marché de gros, lui conférerait une position « prééminente ». Celle-ci pourrait être renforcée par l'apparition d'un nouveau câble (LION2) sur lequel France Télécom disposera *de facto* d'une influence déterminante, puisqu'il devra être raccordé au câble LION1 de France

Télécom et que l'opérateur historique disposera en outre d'une propriété exclusive du segment terrestre de LION2 pour Mayotte (11-D-05).

S'appuyant sur sa pratique décisionnelle antérieure (décision 10-D-25 du 28 juillet 2010), l'Autorité a rappelé que le centre hospitalier d'Arcachon accueillant les seuls scanners et IRM autorisés par l'ARS d'Aquitaine dans le territoire intermédiaire d'Arcachon, ces deux appareils se trouvent être en situation de monopole sur le marché de l'accès aux examens de scanner et d'IRM effectués à titre libéral (11-D-18).

### L'examen du pouvoir de marché

De manière générale, l'examen des parts de marché constitue un premier paramètre dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. Une part de marché correspond à la part des ventes réalisée par chacun des fournisseurs sur le marché en cause. Dans une décision 11-D-15 du 16 novembre 2011, l'Autorité a rappelé que la position de quasi-monopole caractérise nécessairement une position dominante et donc un pouvoir de marché, puisque l'entreprise en cause n'est, de fait, soumise à aucune concurrence.

Ainsi, l'Autorité a considéré que France Télécom est susceptible de détenir une position dominante sur le marché des services d'accès Internet à la Réunion, où l'opérateur historique possède une part de marché d'environ 60 % (11-D-05).

Dans une décision 11-MC-01 du 12 mai 2011, l'Autorité a estimé qu'avec une part de marché aux alentours de 60 %, La Poste se trouvait en position dominante et a souligné qu'il était en outre pertinent à cet égard de tenir compte du maillage des bureaux de poste, de la reconnaissance de la marque de l'opérateur historique par le consommateur final et de la faible part de marché des opérateurs concurrents.

### *Situation non constitutive d'une position dominante*

L'Autorité a eu l'occasion de souligner que le fait qu'un seul opérateur fournisse un service ne suffit pas nécessairement à établir l'existence d'une position dominante. Ainsi, s'agissant du marché de détail des services d'accès Internet à Mayotte, l'Autorité a estimé que le seul opérateur intervenant sur ce marché ne pouvait être considéré comme dominant au regard du caractère embryonnaire du marché avec seulement mille abonnés (11-D-05).

Par ailleurs, il n'appartient pas à l'Autorité d'apprécier la légalité d'un acte administratif duquel découle un supposé abus de position dominante, un tel contrôle relevant de la compétence exclusive du juge administratif (11-D-16, voir *supra* « Champ de compétence de l'Autorité de la concurrence »).

### *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*» (cour de justice de l'Union européenne, 31 mars 1998, Kali & Saltz; tribunal de l'Union européenne, 25 mars 1999, Gencor).

Aucune pratique de position dominante collective n'a été retenue par l'Autorité durant l'année 2011.

### **Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante**

La simple détention par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur un marché n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 102 TFUE. Une fois l'existence d'une position dominante établie, il convient 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 **(11-D-05)**.

Pour qu'une pratique soit qualifiée d'abusives au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 TFUE, il est nécessaire de caractériser son objet ou ses effets anticoncurrentiels. 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.

#### *Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives*

Aucune pratique d'abus de position dominante relative à des clauses d'exclusivité, un dénigrement ou de ciseaux tarifaires n'a été retenue par l'Autorité en 2011.

#### *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 la présence 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 (Aff. T-111/96, Rec. p. II-2937, point 140), le tribunal de l'Union européenne 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 102 TFUE et l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Dans une décision **11-MC-01** du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA, l'Autorité a rappelé que des rabais fidélisant pouvaient constituer un abus. Il convient à cet égard « *d'apprécier l'ensemble des circonstances, et notamment les critères et les modalités d'octroi des rabais, et d'examiner si les rabais tendent, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée* » (voir arrêt du 9 novembre 1981, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, « Michelin I », 322/81, Rec. p. 3461, point 73). En l'espèce, l'Autorité a eu à connaître d'une remise offerte sur la base d'engagements des clients quant au volume de colis ou au chiffre d'affaires et s'appliquant à l'ensemble des volumes livrés et non pas aux seuls volumes excédant le seuil de déclenchement des remises. Elle a estimé qu'une telle offre, qui prend en compte, dans le calcul des seuils, à la fois la livraison à domicile et celle en points de retrait, serait susceptible d'inciter les entreprises clientes à privilégier une solution de livraison de La Poste au détriment d'une solution de livraison d'un autre opérateur (peu à même de proposer une livraison à domicile alternative à celle de La Poste), lorsque le consommateur ne choisit pas la livraison à domicile comme mode de remise de son colis.

### *Pratiques discriminatoires*

Le fait, pour un opérateur en position dominante, d'imposer des conditions ou prix 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 **11-MC-01** du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA, l'Autorité a expliqué que le fait de proposer à certaines entreprises une offre dans laquelle elle assure une prestation de livraison standard de colis au domicile du consommateur, en sous-traitant aux entreprises clientes la prestation de transport, tout en le refusant à Kiala, pourrait constituer un abus de position dominante du fait de conditions d'accès discriminatoires à ce service.

Dans une décision **11-D-18**, l'Autorité a expliqué que le refus de donner l'accès au scanner ou à l'IRM opposé par le propriétaire du matériel est susceptible de révéler une pratique discriminatoire constitutive d'un abus de position dominante.

### *Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives*

#### *Stratégie tarifaire d'éviction*

Dans une décision **11-D-09**, l'Autorité a considéré que si la position dominante d'EDF lui donnait davantage de responsabilités qu'aux autres acteurs, cette responsabilité ne saurait être interprétée comme l'obligeant à acheter les produits de ses concurrents.

#### *Prédation*

L'article L. 420-2 du Code de commerce comporte une liste non limitative de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives. Cependant, la jurisprudence comporte également d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante. S'agissant de la prédation, l'Autorité a, poursuivant une pratique décisionnelle constante, défini celle-ci 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 de l'Union européenne (arrêt du 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 notamment dans le cas d'entreprises menant à la fois des activités protégées par un monopole légal ou qui l'étaient récemment et des activités en concurrence pour lesquelles les risques de subventions croisées sont plus importants) (**11-MC-01**).

Dans un premier cas, l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé si les prix de vente, sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée, sont inférieurs aux coûts moyens variables de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire, compatible avec les faits de l'espèce et étayée par une explication convaincante de son comportement.

Dans un second cas, si les prix de vente en cause sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise, mais supérieurs à ses coûts variables, une telle constatation constitue un simple indice que cette politique de prix a un objet anticoncurrentiel. La pratique de prédation n'est établie que si l'Autorité de concurrence apporte la preuve que le comportement de l'entreprise adopté en matière de prix s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies. En effet, dans la mesure où une pratique de prédation engendre des pertes pour l'entreprise qui la met en œuvre, sa rationalité doit être recherchée avec soin par l'Autorité de concurrence.

En revanche, un test de coût démontrant que les prix sont supérieurs aux coûts totaux moyens suffit, à lui seul, à écarter la qualification de prédation, sauf circonstances exceptionnelles (**11-MC-01**).

Dans une décision **11-D-09**, l'Autorité a considéré que la méthode de calcul utilisée par EDF lors de sa participation à un appel d'offres lancé par RTE, en ce qu'elle reflétait un coût d'opportunité (EDF ayant le choix entre la participation à l'appel d'offres ou la vente sur le marché de gros à un moment opportun), permettait de démontrer l'absence de sacrifice du bénéfice et donc d'exclure l'existence de prix prédateurs.

### *Jumelage*

Dans une décision **11-MC-01** du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA, l'Autorité a rappelé que, pour que des ventes liées constituent un abus de position dominante, il fallait, d'une part, que les produits liants et liés soient des produits distincts et, d'autre part, que la vente liée soit susceptible de déboucher sur une éviction anti-concurrentielle. En l'espèce, l'Autorité a retenu que le fait de proposer une gamme de services de livraison aux entreprises clientes parmi lesquelles le consommateur pourra choisir lors des achats par Internet et pour laquelle l'entreprise cliente ne paye que le service finalement choisi, n'était pas de nature à dissuader d'acquiescer les prestations d'un autre opérateur, d'autant plus que le tarif pour les livraisons hors domicile était supérieur à ceux de ses concurrents. Dès lors, le risque d'éviction a été écarté.

### *Dénigrement*

À l'occasion d'une décision **11-D-15** du 16 novembre 2011, l'Autorité a rappelé la définition de dénigrement, qui « *consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié; il se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur son concurrent ou sur les produits de ce dernier* ». En l'espèce, l'Autorité a estimé, concernant les allégations de la société Park and Fly selon lesquelles les agents de sécurité de l'aéroport de Lille auraient dénigré le requérant, que le témoignage de la mère du directeur de la société requérante ne pouvait être retenu comme preuve de l'existence d'un dénigrement. De même, l'Autorité a indiqué que l'usage de la mention « officiels » pour qualifier les parkings de l'aéroport de Lille exploités par le concessionnaire ne constituait pas un dénigrement puisqu'il s'agissait d'un terme couramment utilisé non seulement par les autres aéroports, mais aussi par la requérante elle-même pour désigner son propre parking. En outre, de nombreux parkings concurrents des concessionnaires utilisaient ce terme pour mettre en valeur les parkings « privés ».

### *Abus d'exploitation*

Dans une décision relative au secteur des pompes funèbres, l'Autorité a précisé que le fait pour une société d'économie mixte exploitant un crématorium d'avoir une porte de communication entre ses locaux commerciaux et la chambre funéraire, s'il

pouvait constituer une violation de l'article L. 2223-38 du Code de commerce, ne pouvait à lui seul constituer un abus de position dominante puisque aucun risque de confusion pour les familles n'était apparu (accès différents aux deux locaux depuis l'extérieur, affichage de la liste des opérateurs de pompes funèbres habilités du département dans le local de la chambre funéraire) **(11-D-06)**.

En revanche, dans une affaire portant sur le même secteur, l'Autorité a identifié un risque de confusion dans l'esprit des utilisateurs, engendré par la communication systématique de l'entreprise en cause (présentation ou mention du crématorium avec la chambre funéraire dans le site Internet et sur l'annuaire téléphonique, publicités et utilisation d'un numéro de téléphone unique) et a par conséquent accepté des engagements **(11-D-14)**.

### *Pratiques discriminatoires*

L'Autorité a estimé que l'établissement d'un procès-verbal par un huissier constatant l'accès d'une navette privée à un dépose-minute réglementé, à laquelle la requérante n'avait pas accès en vertu d'un acte réglementaire, ne saurait, à lui seul, permettre d'établir l'existence d'une pratique discriminatoire, d'autant plus que ces navettes bénéficient d'une dérogation pour le transport du personnel navigant **(11-D-15)**.

### *Refus d'accès à une ressource ou à une infrastructure*

Le refus d'accès à une infrastructure gérée par une entreprise en position dominante ne saurait en lui-même constituer un abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence a eu, à plusieurs reprises, l'occasion (voir notamment **11-MC-01** ou **08-D-08**) d'énumérer les cinq critères cumulatifs permettant de se livrer à une telle appréciation :

- en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en dernier lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.

L'Autorité a souligné à plusieurs reprises que le droit d'accès à une infrastructure essentielle ne devait pas être trop aisément reconnu, notamment au regard des critères d'impossibilité de trouver une solution alternative ou de la reproduire à des conditions économiques raisonnables, au risque de compromettre l'incitation à l'innovation et, *in fine*, une situation de saine concurrence. Ainsi, dans une décision **11-MC-01** du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA, l'Autorité a expliqué que le fait que plusieurs concurrents de la requérante aient été en mesure de développer

une infrastructure complète de livraison attestait du caractère non indispensable de l'infrastructure de la Poste pour l'activité de livraison de colis.

### *Utilisation d'un site Internet d'hameçonnage*

Dans une affaire relative à des pratiques dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître de la création d'un site internet d'hameçonnage, mis en place par le concessionnaire des parkings de l'aéroport et dont l'objet était de détourner la clientèle de la société Park and Fly vers ses propres installations. Cependant, tenant compte du fait que le site Internet de la société requérante était resté présent dans les premiers résultats de moteurs de recherche, qu'une partie seulement des clients utilisait Internet pour une telle recherche et que le site d'hameçonnage n'avait existé que quelques mois, l'Autorité a estimé qu'en raison de sa durée et de sa portée limitée, la pratique n'avait pu affecter de manière sensible le marché concerné et ne saurait dès lors être qualifiée d'abus de position dominante (11-D-15).

### *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 à plusieurs reprises (11-D-09 ; 11-D-20), 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 une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire (11-D-20), 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 réalisait une part importante, voire exclusive, de son

approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffisait pas à caractériser son état de dépendance économique.

De même, l'Autorité a relevé que le fait pour des producteurs d'électricité de bénéficier d'un régime d'obligation d'achat de leur production par EDF n'était pas de nature à constituer une situation de dépendance économique, dès lors qu'ils savaient que ce régime allait prendre fin et qu'EDF ne pouvait être tenu pour responsable de la recherche de débouchés alternatifs **(11-D-09)**.

## **La notion d'abus de dépendance économique prohibé**

S'agissant de l'interdépendance des différents contrats formalisant les relations d'affaires de la requérante avec Carrefour, l'Autorité a estimé que celle-ci n'était pas de nature à prolonger artificiellement la durée des engagements souscrits et n'était donc pas constitutive d'un abus de dépendance économique **(11-D-20)**.

Dans cette même affaire, l'Autorité a estimé que la moindre visibilité de l'enseigne Champion, décidée par le groupe Carrefour alors que le contrat de franchise était en cours d'exécution, était susceptible de constituer une modification abusive dudit contrat. Certaines clauses du nouveau contrat-type Carrefour substitutif apparaissent comme plus strictes que celles figurant au contrat de franchise Champion (durée plus longue, clause de non-réaffiliation et de non-concurrence en cas de résiliation anticipée pour toute la durée du contrat et ce quelle que soit la cause de résiliation, droit de priorité de Carrefour sur le fond de commerce). De même, la poursuite du paiement par les sociétés saisissantes de la totalité des redevances de franchise Champion et de cotisations de fidélité, alors même que Carrefour avait cessé de promouvoir et développer l'enseigne Champion, était de nature à susciter des préoccupations de concurrence.

Par conséquent, le groupe Carrefour a proposé une série de modifications du contrat de franchise par voie d'engagements afin de proposer un contrat de franchise équivalent au contrat Champion (réduction de la durée du contrat de franchise, suppression de la clause de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle, aménagement du droit de priorité et suppression du droit d'entrée à paiement différent). En outre, Carrefour s'est engagé à prendre en charge une partie des coûts des travaux liés au changement d'enseigne, afin de tenir compte de la situation potentiellement précaire des saisissantes en raison de la procédure d'éviction en cours.

## **Mesures conservatoires**

### ***Sur la recevabilité des mesures conservatoires***

Voir *supra* p. 132.

### *Sur le fond*

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 **11-D-04** et **11-D-05**, 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 **11-D-04**, l'Autorité a notamment rappelé qu'un simple manque à gagner du saisissant 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.

Dans la décision **11-D-05**, elle a précisé que « *s'il importe que dans certains cas l'Autorité de la concurrence puisse intervenir en "gelant" une situation afin d'éviter qu'une pratique très vraisemblablement anticoncurrentielle porte une atteinte immédiate et difficilement réversible, ou même irréversible, au mécanisme concurrentiel, il n'en reste pas moins que l'utilisation de cette faculté d'intervention doit rester subordonnée et proportionnée à l'urgence qui commande une telle intervention* » (§ 183).

En effet, les mesures conservatoires que peut prononcer l'Autorité de la concurrence ne visent pas à prévenir un risque de perturbation potentielle du jeu concurrentiel ou à fixer des règles censées éviter la commission de pratiques anticoncurrentielles, comme peuvent avoir à le faire les autorités sectorielles chargées d'une régulation *ex ante*, mais ont vocation à répondre à une atteinte existante, grave et immédiate par des mesures d'urgence nécessaires pour éviter des conséquences difficilement réversibles et préserver ainsi la pleine effectivité de l'application du droit de la concurrence dans l'attente de la décision au fond.

En revanche, dans la décision **11-MC-01**, l'Autorité a prononcé une mesure conservatoire consistant en la suspension d'un projet d'accord de sous-traitance dans le secteur de la livraison de colis.

Ce projet avait pour objet de permettre à La Poste d'utiliser le réseau de points-relais de Mondial Relay, afin de se développer sur le marché de la livraison de colis en points de retrait.

La demande de mesures conservatoires émanait de Kiala, entreprise gérant un réseau de livraison de colis des entreprises de VPC ou du e-commerce vers les particuliers *via* des points-relais situés chez des commerçants, qui sollicitait principalement la suspension de l'exécution du contrat conclu entre La Poste et Mondial Relay.

L'Autorité de la concurrence a procédé à une analyse détaillée de l'accord en question, avant de se prononcer sur l'existence d'une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence suffisante dans le secteur intéressé puis sur la nature de la mesure à prononcer.

## L'analyse concurrentielle de l'accord litigieux

L'Autorité a constaté qu'à ce stade de l'instruction, la mise en œuvre du projet d'accord était susceptible de marginaliser les opérateurs existants et d'entraîner la constitution d'une barrière à l'entrée sur le marché de la livraison standard de colis dit « B2C » (« *business to consumer* », soit « *d'entreprise à particulier* »).

En effet, la conclusion du partenariat litigieux était de nature, d'une part, à permettre à La Poste d'étendre son réseau de points de retrait de façon à lui octroyer un avantage compétitif décisif sur ses concurrents et, d'autre part, à dissuader Mondial Relay de nouer d'autres partenariats, tant avec des opérateurs déjà présents sur le secteur qu'avec de nouveaux entrants.

Enfin, l'accord litigieux était également susceptible d'avoir pour effet d'atténuer la concurrence entre La Poste et Mondial Relay qui opèrent toutes deux sur le marché de la livraison standard de colis.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a considéré que l'accord en question constituait une coopération horizontale susceptible de produire des effets anticoncurrentiels sur le marché de la livraison standard de colis, en violation des dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101, § 1, du TFUE.

## L'atteinte grave et immédiate

Au vu de cette analyse concurrentielle, l'Autorité a estimé que l'accord entre La Poste et Mondial Relay était susceptible d'atténuer sensiblement la concurrence sur le marché de la livraison standard de colis « B2C » en conduisant à l'éviction ou à la marginalisation des concurrents et en dégradant les incitations de Mondial Relay à concurrencer La Poste ; du fait de l'accord litigieux, la position dominante de La Poste sur le marché en cause pouvait se trouver rapidement renforcée.

Or, il a été constaté que le marché de la livraison standard de colis « B2C » constituait un vecteur essentiel de la concurrence sur le secteur postal. En effet, ce marché constitue le principal segment du secteur postal sur lequel s'est développée une certaine pression concurrentielle sur l'opérateur historique, pression d'autant plus importante aujourd'hui que l'activité de livraison de colis en points de retrait connaît une forte croissance liée à l'essor du commerce électronique. En outre, le marché de la livraison standard de colis « B2C » est aussi, pour les opérateurs qui y sont actifs, un vecteur de développement vers d'autres activités du marché postal (la livraison à domicile par exemple).

En créant un risque d'éviction ou de marginalisation des concurrents, l'accord entre La Poste et Mondial Relay était donc de nature à compromettre le développement de la concurrence naissante sur ce segment de marché mais aussi, à plus long terme, de remettre en cause toute possibilité d'animation concurrentielle dans le secteur postal, alors même que celui-ci vient d'être entièrement libéralisé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

L'Autorité a observé que cette atteinte apparaissait comme d'autant plus immédiate qu'elle intervenait dans un environnement concurrentiel qui pourrait se

trouver très affaibli en raison de la fin du partenariat qui liait Mondial Relay et Kiala : en effet, cette dernière société risquait de ne plus disposer d'un réseau de points de retrait suffisant pour concurrencer La Poste. De ce fait, l'accord, susceptible par nature de dégrader la situation concurrentielle sur le marché, serait intervenu précisément au moment où l'un de ses principaux animateurs aurait été en difficulté et n'aurait plus été en mesure d'exercer une pression concurrentielle suffisante pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence identifiés.

Plus généralement, l'Autorité a exposé que l'immédiateté de l'atteinte résultait, en l'espèce, de l'orientation commerciale stratégique mise en œuvre par la Poste, aux termes de laquelle elle souhaitait s'adjoindre tous les réseaux constitués de points-relais. L'adjonction, par La Poste, opérateur dominant sur le marché de livraison standard de colis, du réseau de Mondial Relay et, potentiellement, de tous les réseaux de points de retrait constitués, conduirait à assécher la concurrence et enverrait un signal négatif en dissuadant les opérateurs tiers de développer leur activité sur le marché de livraison de colis.

Il a par ailleurs été objecté qu'une mesure d'urgence ne serait pas justifiée, le projet d'accord litigieux ayant été suspendu par La Poste. L'Autorité a écarté ce moyen, rappelant que l'octroi de mesures conservatoires est possible dans l'hypothèse où la mise en œuvre de l'accord auquel se rapportent les pratiques est imminente<sup>56</sup>. En l'espèce, si l'accord entre La Poste et Mondial Relay n'était pas encore entré en vigueur, en raison de la décision de La Poste d'en suspendre l'exécution, le caractère immédiat de l'atteinte au secteur et à l'intérêt des consommateurs pouvait néanmoins être caractérisé puisque la décision annoncée par La Poste ne revêtait aucune force obligatoire et que rien n'empêcherait celle-ci de revenir à tout moment sur son engagement.

Il a été conclu, au vu de ces éléments, que la mise en œuvre, possible et imminente, du partenariat conclu entre La Poste et Mondial Relay caractérisait une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence suffisante dans le secteur intéressé, au détriment de l'économie générale et de l'intérêt des clients.

### Sur la nature de la mesure conservatoire

Au vu de ces éléments, l'Autorité de la concurrence a considéré que les risques que représentait, pour la concurrence, l'accord entre La Poste et Mondial Relay, justifiaient, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, d'enjoindre à La Poste de maintenir la suspension de la signature de cet accord.

En revanche, elle n'a pas fait droit aux demandes visant à interdire à La Poste de conclure tout nouvel accord avec un réseau existant de points de retrait ou avec des points de retrait individuels, et à lui ordonner la suspension de tout accord de ce type déjà conclu, dès lors qu'à ce stade de l'instruction de telles pratiques n'avaient pas été constatées ; en effet de telles mesures ne paraissaient ni nécessaires, ni proportionnées à l'urgence.

<sup>56</sup>. Décision 06-MC-01 confirmée par la CA Paris, 9 mai 2006.

## Imputabilité

### *L'imputabilité du comportement de la filiale à la société mère*

Il résulte de la jurisprudence que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. 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 sens de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permet à la Commission européenne 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>57</sup>.

Les juridictions nationales ont, à cet égard, jugé que les pratiques mises en œuvre par une société filiale sont imputables à celle-ci dès lors qu'elle est en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique de la société dont elle dépend<sup>58</sup>. *A contrario*, la cour d'appel de Paris a jugé 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 » (arrêt du 28 octobre 2010, Maquet).

Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, la jurisprudence constante de l'Union européenne retient qu'il existe une présomption simple selon laquelle la société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Il incombe alors à la société mère de renverser la présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, la Commission européenne, ou l'autorité nationale de concurrence concernée, sera en mesure de tenir la société mère solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale<sup>59</sup>.

Si les conditions d'application de ce régime de présomption réfragable ne sont pas réunies, le juge impose à la Commission européenne de vérifier que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, et non de se contenter de constater qu'elle est en mesure d'exercer une telle

57. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission (C-97/08 P, Rec. p. I-8237).

58. Voir notamment CA Paris, 25 mars 2008, Cemex Bétons Sud-Est, non cassé sur ce point, voir également, pour un rappel de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence sur ce point, la décision 09-D-36 du 9 décembre 2009.

59. CJCE, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, points 60 et 61, solution confirmée récemment par l'arrêt General Química e.a./Commission, précité, points 39 et 40).

influence. Dans un tel cas, afin d'établir si une filiale détermine de façon autonome son comportement sur le marché, il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments pertinents propres aux circonstances de l'espèce, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à la société mère<sup>60</sup>.

À cet égard, il n'est pas exigé pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale de prouver que la société mère a été directement impliquée dans – ou a eu connaissance d'une quelconque manière – des comportements incriminés, car ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article 101 TFUE, qui permet à la Commission d'adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés.

Ces principes, et notamment le régime de la preuve institué par la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne, s'imposent à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle fait application des articles 101 TFUE et 102 TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. En effet, la notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union européenne s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique le droit, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent.

Sans l'exclure, les juridictions nationales n'ont pas mis en œuvre, à ce jour, lorsqu'elles appliquent le seul droit interne de la concurrence, un régime de la preuve reposant sur l'existence d'une présomption simple d'exercice par une société mère d'une influence déterminante sur le comportement de sa filiale dans le cas où elle détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de celle-ci (CA Paris, 23 septembre 2010, Digicel).

À son niveau, et afin d'assurer la mise en œuvre homogène et cohérente des règles d'imputabilité et du standard de preuve lorsqu'elle applique le seul droit interne de la concurrence et lorsqu'elle applique simultanément le droit interne et le droit de l'Union, l'Autorité présume, dans un cas où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, que la société mère exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale et la tient solidairement responsable pour le paiement de la sanction imposée à sa filiale. Cette présomption peut alors être combattue par les entreprises, qui ont à cet effet la possibilité de faire valoir tous les éléments de nature à démontrer que leur filiale se comporte de façon autonome sur le marché (voir décision 10-D-39, 22 décembre 2010).

Ainsi dans la décision **11-D-17**, l'Autorité a mis en œuvre ces principes dans le contexte d'une entente complexe et continue dans le secteur des lessives. Elle a considéré qu'il y avait lieu d'imputer les pratiques en cause aux sociétés auteurs des pratiques ainsi qu'à leurs sociétés mères, pour le comportement infractionnel de leurs filiales, étant précisé que les sociétés mères concernées n'ont pas contesté

60. TPICE, 27 octobre 2010, Alliance One International Inc., T-24/05.

leur responsabilité ni, partant, fait valoir d'arguments visant à renverser la présomption d'imputabilité rappelée ci-dessus.

Toutefois, dans les décisions **11-D-02**<sup>61</sup> et **11-D-13**<sup>62</sup>, l'Autorité a observé que le débat contradictoire ouvert devant les services d'instruction n'avait pas porté sur la question de l'application de la présomption d'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale et, dès lors, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, elle n'a pas souhaité faire application de cette présomption.

Dans ces conditions, la possibilité d'imputer les comportements infractionnels des filiales en cause à leur société mère devait être appréciée concrètement au regard des seuls éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent en l'espèce ces sociétés.

Dans la décision **11-D-02**<sup>63</sup> portant sur une entente dans le secteur de la restauration des monuments historiques, l'Autorité a estimé, s'agissant de certaines filiales d'un des groupes mis en cause, que la société mère exerçait, au cours de la période en litige, une influence déterminante sur le comportement de ses filiales, détenues à près de 100 %, qui n'étaient pas en mesure de définir de façon autonome leur comportement sur le marché, et qu'elle devait donc répondre des comportements infractionnels de ses filiales.

L'Autorité a ainsi analysé les liens juridiques et capitalistiques unissant les sociétés concernées (plusieurs filiales ayant par exemple le même administrateur que la société mère) et le contrôle exercé sur les filiales par les conseillers du président de la société mère (assimilable, selon leurs propres déclarations, à un véritable contrôle hiérarchique).

Elle a également observé la coordination de la stratégie commerciale du groupe exercée par l'intermédiaire d'une société d'études techniques notamment chargée de chiffrer les offres présentées dans le cadre des appels à la concurrence. Le capital de cette société était ainsi détenu par le président-directeur-général de la société mère et ses clients étaient les filiales du groupe. Cette société a été utilisée, dans le cadre des pratiques d'entente, à des fins de coordination de l'action des filiales du groupe et révélait également l'existence d'une stratégie commerciale commune du groupe (élaboration de bordereaux de prix fictifs et d'offres de couverture).

En revanche, dans la décision **11-D-13**<sup>64</sup>, l'Autorité a considéré que le comportement infractionnel des filiales mises en cause ne pouvait être imputé à leurs sociétés mères car elles disposaient d'une complète autonomie commerciale pour mener leurs activités.

Par ailleurs, l'une des sociétés mises en cause n'avait été acquise que deux ans et demi après les faits litigieux par sa société mère qui ne pouvait donc se voir imputer les pratiques reprochées.

61. Un recours a été formé contre cette décision.

62. Un recours a été formé contre cette décision.

63. Un recours a été formé contre cette décision.

64. Un recours a été formé contre cette décision.

***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 de l'Union européenne en matière d'imputabilité des infractions en droit de la concurrence, en cas de restructurations d'entreprises, s'appuient sur le principe de la responsabilité personnelle, complété par le critère de la continuité économique.

Lorsqu'une personne morale enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre de cette infraction<sup>65</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 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>66</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 arrêt CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec et Cass. com., 20 novembre 2001, n° 99-16776 et 99-18253, 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 : « *A 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).

65. CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 145, et 16 novembre 2000, Cascades/Commission, C-279/98 P, Rec. p. I-9693, point 78.

66. CJCE, Commission/Anic Partecipazioni, précité, point 145.

## Application du principe de continuité juridique

Dans la décision **11-D-17**, l'Autorité a rappelé que le principe selon lequel la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit d'abord la personne morale a pour conséquence que tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit en assumer la responsabilité, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne et sans que son changement de dénomination sociale ait un quelconque effet<sup>67</sup>.

Lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité.

Elle a ainsi sanctionné des sociétés qui, à la suite de plusieurs opérations de fusion, d'absorption et de transformation avaient juridiquement succédé aux sociétés auteurs des faits reprochés.

Dans la décision **11-D-02**<sup>68</sup>, l'Autorité a également fait application du principe de continuité juridique et considéré qu'en cas de dissolution par absorption de la personne morale, les pratiques qu'elle avait commises devaient être imputées à la société absorbante, nonobstant la circonstance que les infractions étaient antérieures à l'acquisition de l'entreprise.

## Application du principe de continuité économique

Il n'y a pas eu application du principe de continuité économique en 2011.

## 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 2011, une injonction de ne pas faire. Ainsi, dans sa décision **11-D-01** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention portuaire à La Réunion, l'Autorité a enjoint au Syndicat des entreprises de manutention portuaire de La Réunion (SEMPR) de cesser, dès la notification de la décision, d'établir et de diffuser un tarif de manutention portuaire à destination des compagnies maritimes desservant La Réunion.

67. Décisions 01-D-14, 01-D-17 et 01-D-45.

68. Un recours a été formé contre cette décision.

### Injonctions de prendre certaines mesures

#### *Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires*

En 2011, l'Autorité de la concurrence a prononcé une injonction de prendre certaines mesures dans le cadre de sa décision **11-MC-01** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis.

Dans cette affaire, La Poste, déjà prédominante sur la livraison à domicile, projetait de conclure un partenariat avec le gestionnaire de réseau Mondial Relay, qui lui permettrait de présenter aux sites de vente en ligne une offre de livraison en points de retrait combinant son propre réseau de bureaux de poste et de commerçants avec celui de Mondial Relay. L'Autorité a considéré que ce partenariat était de nature à fragiliser la concurrence naissante dans le secteur postal.

Elle a pris acte de l'engagement pris par le président de La Poste dans un courrier du 12 janvier 2011 consistant à « *suspendre la signature du contrat avec Mondial Relay jusqu'à ce que l'Autorité ait statué* » et elle a enjoint au groupe La Poste de maintenir cette suspension jusqu'à ce qu'intervienne la décision sur le fond de l'affaire.

#### *Aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions*

### Application des plafonds de sanction prévus par la loi NRE du 15 mai 2001

Pendant l'année 2011, l'Autorité de la concurrence a appliqué les plafonds issus de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière, dans quatre décisions (**11-D-07**, **11-D-10**, **11-D-13**<sup>69</sup>, **11-D-19**<sup>70</sup>) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après cette date, c'est-à-dire après le 18 mai 2001, dans trois décisions (**11-D-01**, **11-D-02**<sup>71</sup>, **11-D-17**<sup>72</sup>).

Le 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 pour sa part été appliqué à une reprise en 2011 (**11-D-01**).

### 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,*

69. Un recours a été formé contre cette décision.

70. Un recours a été formé contre cette décision.

71. Un recours a été formé contre cette décision.

72. Un recours a été formé contre cette décision.

à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction». L'Autorité de la concurrence a synthétisé sa pratique décisionnelle et clarifié les différentes étapes de son approche de la détermination des sanctions en publiant le 16 mai 2011 un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

Dans les deux décisions ayant prononcé depuis lors des sanctions, la décision **11-D-17** du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives en France<sup>73</sup> et la décision **11-D-19** du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie<sup>74</sup>, la valeur des ventes de l'ensemble des catégories de produits en relation avec l'infraction effectuées en France par chacune des entreprises en cause durant son dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction a, comme indiqué dans ce communiqué, été retenue comme assiette de la sanction respective de ces entreprises (**11-D-17**<sup>75</sup>). L'Autorité s'est ensuite appliquée à déterminer le montant de base de la sanction de chaque entreprise, en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie. Elle a précisé que : « *Les appréciations de l'Autorité à cet égard trouvent une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion, déterminée au cas par cas, de la valeur des ventes retenue pour chaque entreprise en cause, critère qui, comme indiqué plus haut, permet de proportionner l'assiette de la sanction à l'ampleur économique de l'infraction en cause, d'une part, et au poids relatif sur le secteur concerné de chaque entreprise qui y a participé, d'autre part. Les autres éléments d'individualisation pertinents relatifs à la situation et au comportement de chacune des entreprises en cause seront pris en considération dans un second temps* » (**11-D-17**<sup>76</sup>, **11-D-19**<sup>77</sup>).

Dans sa décision **11-D-17**<sup>78</sup>, l'Autorité a retenu, pour déterminer le montant de base de la sanction de chacune des parties, compte tenu de l'appréciation faite de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, une proportion de 20 % de la valeur des ventes de lessives standard à destination du grand public effectuées par chaque entreprise en cause. Dans sa décision **11-D-19**<sup>79</sup>, cette méthode l'a conduite, compte tenu de son appréciation de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie, à retenir, pour déterminer le montant de base de la sanction, une proportion de 9 % de la valeur des ventes des produits Diddl réalisées par Kontiki lors de l'exercice 2005-2006, dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction.

73. Un recours a été formé contre cette décision.

74. Un recours a été formé contre cette décision.

75. Un recours a été formé contre cette décision.

76. Un recours a été formé contre cette décision.

77. Un recours a été formé contre cette décision.

78. Un recours a été formé contre cette décision.

79. Un recours a été formé contre cette décision.

Les différentes étapes du raisonnement suivi sont décrites dans les sections ci-dessous.

### *La détermination du montant de base*

#### *L'appréciation de la gravité des faits*

##### **La nature des pratiques en cause**

– *Les ententes mises en œuvre 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. À plusieurs reprises, 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 (11-D-02<sup>80</sup>, 11-D-07, 11-D-13<sup>81</sup>). Elle note que le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas (11-D-13<sup>82</sup>).

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 ». Dans ce même arrêt, la cour d'appel a écarté le caractère ponctuel de la pratique et les conditions prétendument 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.

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 perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte gravement atteinte à l'ordre public économique (11-D-07).

Un autre élément d'appréciation de la gravité des faits, qui doit être appréciée concrètement dans chaque cas, réside dans le fait que les pratiques ont été commises par des entreprises répondant à de nombreux appels d'offres chaque année et qui jouent un rôle important dans le secteur des travaux de peinture industrielle (11-D-07, 11-D-13<sup>83</sup>).

Dans sa décision 11-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques, l'Autorité rappelle dans le

80. Un recours a été formé contre cette décision.

81. Un recours a été formé contre cette décision.

82. Un recours a été formé contre cette décision.

83. Un recours a été formé contre cette décision.

même esprit que le comportement des deux entreprises du secteur a fait peser un risque de banalisation et d'entraînement à l'égard des autres entreprises de moindre importance désirant participer aux appels d'offres.

– *Les ententes sur les prix*

Dans sa décision **11-D-17** du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives<sup>84</sup>, l'Autorité a souligné que l'infraction unique, complexe et continue visant à permettre aux quatre entreprises en cause de fixer les prix des lessives standard en France, en s'accordant directement sur les prix de vente aux distributeurs et en définissant en commun les règles promotionnelles, est qualifiée de cartel ou d'entente « *injustifiable* » selon l'OCDE dans sa recommandation n° C (98) 35/Final du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables. Elle constitue l'une des infractions les plus graves aux règles de concurrence, dans la mesure où elle ne peut avoir pour but que de confisquer, au profit des auteurs de l'infraction, le bénéfice que les consommateurs – en l'espèce, les ménages acheteurs de lessive – sont en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel de l'économie. Elle a rappelé que cette appréciation est partagée par les juridictions de l'Union et la cour d'appel de Paris (arrêt du 24 avril 2007, JH Industrie; arrêt du 25 février 2009, Société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations).

Elle a, en outre, relevé le caractère particulièrement grave d'une entente au caractère secret, élément qui la rend difficile à détecter et qui traduit, dans une certaine mesure, son caractère délibéré. Elle a aussi relevé que le système de surveillance constante des prix ayant pu susciter des craintes de représailles est de nature à augmenter la gravité des pratiques. Elle a enfin noté que les pratiques mises en œuvre dans le contexte de la loi Galand, en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 1<sup>er</sup> janvier 2006 avaient permis à leurs auteurs d'instaurer en pratique un système de prix plancher pour les lessives standard.

Elle a relevé, s'agissant de la décision **11-D-19** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie<sup>85</sup>, que, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans son arrêt Epsé Joué Club du 28 janvier 2009, « *les ententes verticales sur les prix, si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles* ».

– *Les répartitions de marchés*

Dans sa décision **11-D-02**<sup>86</sup>, l'Autorité de la concurrence a noté que les pratiques d'ententes entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont « *d'autant plus graves s'agissant des ententes mises en œuvre en Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie qu'elles ont pris la forme d'un véritable système de partage des marchés au niveau régional* ». Elle rappelle l'arrêt de la

84. Un recours a été formé contre cette décision.

85. Un recours a été formé contre cette décision.

86. Un recours a été formé contre cette décision.

Cour de cassation du 24 mars 2008, Sade, aux termes duquel : « *La tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique.* »

### *L'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie*

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

L'importance du dommage causé à l'économie s'apprécie de façon globale pour l'infraction en cause sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chaque participant (11-D-17<sup>87</sup>). Dans sa décision 11-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives<sup>88</sup>, l'Autorité a rappelé que le dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice subi par les victimes mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée par ces pratiques à l'économie. Elle a cité en ce sens l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF (11-D-17<sup>89</sup>, 11-D-19<sup>90</sup>). Elle a également souligné que l'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (CA Paris, 30 juin 2011, Orange France). L'existence du dommage causé à l'économie ne saurait donc être présumée (Cass. com., 7 avril 2010, n<sup>os</sup> 09-12984, 09-13163 et 09-65940, Orange) (11-D-17<sup>91</sup>, 11-D-19<sup>92</sup>).

Elle a en outre relevé que pour apprécier le dommage à l'économie, il faut aussi tenir compte de la sensibilité de la demande aux prix, ou élasticité-prix (Cass. com., 7 avril 2010, précité) et souligné que « *les pratiques tendant à réduire la concurrence concernant des produits dont la demande est inélastique sont considérées par la jurisprudence comme particulièrement dommageables* » (11-D-19<sup>93</sup>). Dans sa décision 11-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie, l'Autorité a précisé que « *l'importance du dommage à l'économie s'est trouvée accrue par le pouvoir de marché significatif dont disposait Kontiki [...], du fait, d'une part, de l'exclusivité de la distribution des produits Diddl, et, d'autre part, de l'absence de substituts proches de ce type de produits* ».

#### – *Les marchés d'appels d'offres*

En matière d'ententes mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres, l'Autorité rappelle régulièrement (11-D-02<sup>94</sup>, 11-D-07, 11-D-13<sup>95</sup>) les principes développés par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, soulignant que « *le dommage causé*

87. Un recours a été formé contre cette décision.

88. Un recours a été formé contre cette décision.

89. Un recours a été formé contre cette décision.

90. Un recours a été formé contre cette décision.

91. Un recours a été formé contre cette décision.

92. Un recours a été formé contre cette décision.

93. Un recours a été formé contre cette décision.

94. Un recours a été formé contre cette décision.

95. Un recours a été formé contre cette décision.

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 de Paris 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, notwithstanding 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 [...] » **(11-D-02<sup>96</sup>)**.

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 **(11-D-13<sup>97</sup>, 11-D-19<sup>98</sup>)**.

En outre, l'Autorité a rappelé sa faculté de procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage à l'économie, dès lors qu'elle tient compte par la suite, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de la contribution personnelle aux pratiques **(11-D-02<sup>99</sup>, 11-D-13<sup>100</sup>)**. Elle a, en outre, noté qu'elle n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage causé à l'économie **(11-D-13<sup>101</sup>)**, citant les arrêts de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France SAS et du 28 janvier 2009, Epsé Joué Club.

Elle a fait de même dans sa décision **11-D-02<sup>102</sup>** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques et dans sa décision **11-D-07** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

Le dommage causé à l'économie doit être apprécié, notamment, au regard du montant du marché attribué et de la part des auteurs des ententes anticoncurrentielles sur le marché **(11-D-01, 11-D-02<sup>103</sup>, 11-D-13<sup>104</sup>)**. Sont également prises

96. Un recours a été formé contre cette décision.

97. Un recours a été formé contre cette décision.

98. Un recours a été formé contre cette décision.

99. Un recours a été formé contre cette décision.

100. Un recours a été formé contre cette décision.

101. Un recours a été formé contre cette décision.

102. Un recours a été formé contre cette décision.

103. Un recours a été formé contre cette décision.

104. Un recours a été formé contre cette décision.

en compte la taille du marché en cause et la potentialité des effets anticoncurrentiels sur le marché (11-D-01).

L'Autorité a souligné que, la circonstance que l'attribution du marché s'était faite à un prix inférieur aux estimations du maître d'œuvre ou que les entreprises concernées n'avaient pas présenté d'offres ou ne s'étaient pas vues attribuer de marchés était sans effet sur l'appréciation du dommage causé à l'économie qui a résulté de l'atténuation de l'incertitude qui pousse les concurrents à optimiser leurs prix et la qualité de leurs services pour obtenir le marché (11-D-07). Elle a noté, dans cette même décision, que si le montant des marchés concernés et leur durée d'exécution limitée tendaient à restreindre l'importance du dommage causé à l'économie, la répétition de comportements anticoncurrentiels des entreprises dans un intervalle de temps limité à l'occasion d'appels d'offres portant sur cinq marchés de travaux de peinture industrielle, constituait, en revanche, un élément de nature à l'aggraver.

### – La taille et la part des marchés affectés

Dans sa décision 11-D-02<sup>105</sup>, l'Autorité de la concurrence a pris en compte la taille et la part des marchés affectés par les pratiques d'ententes de répartition. Elle a souligné que les ententes avaient eu pour effet de figer les parts de marchés et que, bien qu'il ne soit pas nécessaire de démontrer que l'entente en cause s'est effectivement traduite par une élévation des prix, les éléments du dossier avaient permis de constater un important effet haussier sur les prix des marchés d'appels d'offres pour la restauration des monuments historiques dans les trois régions concernées.

L'Autorité a relevé qu'elle tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée entre autres par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des parties sur le secteur concerné, de sa durée, des conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur concerné. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (11-D-17<sup>106</sup>, 11-D-19<sup>107</sup>). Elle a noté encore que « pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité peut s'appuyer sur des estimations relatives aux conséquences directes de l'infraction, notamment en ce qui concerne l'éventuel surprix engendré par cette dernière (voir, en ce sens, CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France). Ces estimations, sont, comme toute estimation, affectées par un coefficient d'incertitude; elles peuvent néanmoins être prises en considération si elles sont fondées sur une méthode scientifiquement reconnue, qui permet d'éliminer ou du moins de minimiser l'influence d'autres facteurs extérieurs explicatifs de l'estimation fournie (voir, en ce sens, Cass. com., 12 juillet 2011, n°<sup>s</sup> 10-17482 et 10-17791, Lafarge) ». En l'espèce, l'Autorité a précisé que les pratiques ont visé l'ensemble du territoire national, qu'elles étaient en relation avec l'ensemble des types de lessives standard à destination du grand public et concernaient un bien de consommation courante indispensable aux ménages français. Elle a ajouté qu'à l'époque

105. Un recours a été formé contre cette décision.

106. Un recours a été formé contre cette décision.

107. Un recours a été formé contre cette décision.

des pratiques, les quatre fabricants de lessives représentaient la majorité de l'offre de lessives standard en France.

### *La prise en considération de la durée*

La durée de la pratique est un critère à prendre en compte, notamment pour apprécier la gravité de l'infraction mais aussi l'importance du dommage causé à l'économie (11-D-02<sup>108</sup>, 11-D-17<sup>109</sup>, 11-D-19<sup>110</sup>). Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité s'est engagée, dans le cadre du communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, à prendre en compte leur durée. La proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle de chaque entreprise en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes suivantes. 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 (11-D-17<sup>111</sup>, 11-D-19<sup>112</sup>).

L'Autorité a noté 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 (11-D-07, 11-D-13<sup>113</sup>). Elle a ajouté que si la durée d'exécution de chaque marché, à l'exception de l'un d'entre eux, a été inférieure à un an, la gravité des pratiques est caractérisée par le fait que les ententes ont porté sur cinq marchés, en différents lieux du territoire, qui se sont échelonnés sans lien établi entre les divers marchés, sur une période de quatorze mois, au cours desquels deux ou trois entreprises qui devaient présenter des offres concurrentes se sont concertées (11-D-07).

### *L'individualisation des sanctions*

#### *Les circonstances atténuantes ou aggravantes*

##### **Les circonstances dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer**

La circonstance qu'une entreprise ait adopté une position de suiveur à l'occasion de la conclusion d'un accord restrictif de la concurrence ne saurait être prise en compte comme circonstance atténuante, dès lors que cette entreprise n'a pas fait l'objet d'une contrainte irrésistible, qu'elle a approuvé la conclusion de l'accord (11-D-02<sup>114</sup>, 11-D-13<sup>115</sup>), ou qu'elle n'a pas adopté un comportement de véritable franc-tireur.

108. Un recours a été formé contre cette décision.

109. Un recours a été formé contre cette décision.

110. Un recours a été formé contre cette décision.

111. Un recours a été formé contre cette décision.

112. Un recours a été formé contre cette décision.

113. Un recours a été formé contre cette décision.

114. Un recours a été formé contre cette décision.

115. Un recours a été formé contre cette décision.

Le fait de ne pas avoir tiré profit de l'entente ne constitue pas une circonstance atténuante. Ainsi, dans sa décision **11-D-02**<sup>116</sup> relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, 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 [...].* » Elle a précisé aussi que l'absence de profit, voire une perte ne saurait être prise en compte comme circonstance atténuante, dans la mesure où elle ne minore en rien le dommage à l'économie établi (**11-D-13**<sup>117</sup>).

S'agissant de la prise en compte du rôle limité de l'un des acteurs, l'Autorité a relevé qu'une entreprise qui poursuit, malgré la concertation avec ses concurrents, une politique plus ou moins indépendante sur le marché peut simplement tenter d'utiliser l'entente à son profit. « *Il s'ensuit que les éventuelles déviations ponctuelles de l'entente auxquelles se serait livrée Colgate Palmolive ne sont pas de nature à remettre en cause, ni les effets globaux de l'entente générale, ni la responsabilité de Colgate Palmolive dans cette dernière* » (**11-D-17**<sup>118</sup>).

L'ignorance, des agissements anticoncurrentiels antérieurement à l'achat de l'entreprise par la société nouvellement propriétaire, ne constitue pas une circonstance atténuante, la société acquérante étant venue aux droits et obligations de la société acquise dont elle a acquis l'intégralité du capital (**11-D-02**<sup>119</sup>).

La mise en place d'un programme de conformité en dehors du cadre de la procédure de non-contestation des griefs n'est pas une circonstance atténuante conduisant à réduire la sanction (**11-D-17**<sup>120</sup>).

### La taille, la puissance économique ou les ressources globales de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient

Pour déterminer l'assiette la sanction applicable, l'Autorité s'est fondée sur des éléments généraux et individuels et sur le chiffre d'affaires de chaque entreprise en cause (**11-D-01**, **11-D-02**<sup>121</sup>, **11-D-07**, **11-D-13**<sup>122</sup>) ou sur la valeur des ventes (**11-D-17**<sup>123</sup>, **11-D-19**<sup>124</sup>).

Elle a relevé toutefois, rappelant la jurisprudence constante des juridictions de l'Union que, bien que le recours à la valeur des ventes de l'entreprise en cause permette de proportionner l'assiette de la sanction à l'ampleur économique de

116. Un recours a été formé contre cette décision.

117. Un recours a été formé contre cette décision.

118. Un recours a été formé contre cette décision.

119. Un recours a été formé contre cette décision.

120. Un recours a été formé contre cette décision.

121. Un recours a été formé contre cette décision.

122. Un recours a été formé contre cette décision.

123. Un recours a été formé contre cette décision.

124. Un recours a été formé contre cette décision.

l'infraction et au poids relatif de l'intéressée sur le secteur ou marché en cause, il est légitime de tenir compte, dans le même temps, du chiffre d'affaires global de cette entreprise, en ce que celui-ci est de nature à donner une indication de sa taille, de sa puissance économique et de ses ressources (CJCE, 7 juin 1983, Musique Diffusion Française/Commission, 100 à 103/80, points 119 à 121, CJCE, 26 juin 2006, Showa Denko/Commission, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, points 16 et 17), sans préjudice de l'examen d'éventuelles difficultés affectant sa capacité contributive (TPICE 29 avril 2004, Tokai Carbon e. a./Commission, T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, Rec. p. II-1181, point 242) **(11-D-17**<sup>125</sup>). Le fait qu'une entreprise ait, au delà des seuls produits ou services en relation avec l'infraction, un périmètre d'activités significatif ou qu'elle dispose d'une puissance financière importante, peut justifier une sanction plus élevée **(11-D-17**<sup>126</sup>).

L'appartenance des entreprises à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer la sanction **(11-D-02**<sup>127</sup>, **11-D-13**<sup>128</sup>). La nécessité de proportionner les sanctions à la situation de l'entreprise peut conduire à prendre en considération l'envergure de l'entreprise en cause ou du groupe auquel elle appartient **(11-D-17**<sup>129</sup>).

Dans ses décisions **11-D-02**<sup>130</sup> relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, et **11-D-13**<sup>131</sup> relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, l'Autorité a noté que l'appartenance des entreprises à un groupe dont le chiffre d'affaires est en l'occurrence particulièrement important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer la sanction.

### *La réitération des pratiques*

La notion de réitération, en droit de la concurrence, connaît un régime juridique *sui generis* qui doit être distingué des notions voisines du droit pénal. 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 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.

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

125. Un recours a été formé contre cette décision.

126. Un recours a été formé contre cette décision.

127. Un recours a été fondé contre cette décision.

128. Un recours a été formé contre cette décision.

129. Un recours a été formé contre cette décision.

130. Un recours a été formé contre cette décision.

131. Un recours a été formé contre cette décision.

L. 462-4 du Code de commerce, dans sa version précédant la loi du 15 mai 2001, qui s'applique.

Sur le fond, l'Autorité a énuméré de manière détaillée dans ces décisions 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 fin de la commission des nouvelles pratiques, quelle que soit la suite à laquelle ce constat donne lieu (injonction, sanction pécuniaire, publication, etc.).

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 sur le fonctionnement de l'Union européenne.

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 le début des nouvelles pratiques pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

En 2011, l'Autorité a visé et retenu la réitération des pratiques dans une décision (**11-D-13**<sup>132</sup>).

### *Les circonstances particulières*

Dans sa décision **11-D-01**, l'Autorité a relevé comme circonstance atténuante le caractère flou du régime juridique s'appliquant à la manutention portuaire à La Réunion. Elle a souligné que les autorités publiques interrogées en séance n'avaient pas été à même d'identifier le régime de prix applicable et que l'ambiguïté de l'administration avait créé un contexte propice à la poursuite, au-delà de l'ordonnance de 1986 et des décrets aménageant les régimes transitoires vers la libéralisation complète des prix, de pratiques de prix administrés.

<sup>132</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

## *Les ajustements finaux*

### **La vérification du respect du maximum légal**

L'Autorité a rappelé 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 a ajouté que le montant de la sanction ainsi déterminé est écarté s'il excède le montant de la sanction applicable (**11-D-02**<sup>133</sup>, **11-D-13**<sup>134</sup>). Elle apprécie enfin les éléments donnés par les entreprises qui ont invoqué des difficultés financières (**11-D-02**<sup>135</sup>, **11-D-07**; **11-D-13**<sup>136</sup>).

### **La prise en considération de la clémence et de la non-contestation des griefs**

Voir la partie relative à la clémence et à la non contestation des griefs.

### **La capacité contributive**

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 (**11-D-02**<sup>137</sup>, **11-D-07**). L'Autorité a toutefois précisé que 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. Seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises en cause peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction, dans la mesure où celles-ci apportent la preuve de leurs difficultés contributives. Il en est *a fortiori* ainsi pour un contexte de crise économique générale (**11-D-17**<sup>138</sup>). L'Autorité a noté dans cette affaire que Henkel se prévalait uniquement des effets généraux de la crise économique mondiale qui a débuté en 2008 et que si elle avait fait état d'une réduction générale de son chiffre d'affaires consolidé mondial pour 2008, elle n'a pas apporté d'éléments prouvant que des difficultés individuelles obéraient sa capacité contributive.

## **Clémence et non-contestation des griefs**

### *Clémence*

Une décision ayant donné lieu à la mise en œuvre d'une procédure de clémence a été rendue en 2011. Il s'agit de la décision **11-D-17** du 8 décembre 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives en France<sup>139</sup>. Dans cette affaire, quatre demandes de clémence ont été présentées devant le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence, le 4 mars 2008 par les sociétés Unilever France et Lever Fabergé France et ses filiales (ci-après, ensemble,

133. Un recours a été formé contre cette décision.

134. Un recours a été formé contre cette décision.

135. Un recours a été formé contre cette décision.

136. Un recours a été formé contre cette décision.

137. Un recours a été formé contre cette décision.

138. Un recours a été formé contre cette décision.

139. Un recours a été formé contre cette décision.

« Unilever »), le 28 avril 2008 par la société Henkel France (ci-après « Henkel », le 26 septembre 2008 par la société The Procter & Gamble Compagny et ses filiales (ci-après, ensemble, « Procter & Gamble ») et le 11 février 2009, par les sociétés Colgate Palmolive Services (SA), Colgate Palmolive (SAS), Colgate Palmolive Industriel (SAS), (ci-après, ensemble, « Colgate Palmolive »).

Dans son avis de clémence 08-AC-06 du 3 décembre 2008, le Conseil de la concurrence a accordé à Unilever le bénéfice conditionnel de la clémence pour les pratiques dénoncées d'entente de prix et de fixation des règles promotionnelles dans le secteur des lessives en France, en envisageant une exonération totale de sanction subordonnée au respect des quatre conditions suivantes :

- « – les bénéficiaires devront apporter au Conseil de la concurrence puis à l'Autorité de la concurrence ainsi qu'aux services chargés de l'enquête une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en leur possession ou dont elles disposent sur les infractions suspectées ;
- elles devront effectivement avoir mis fin à leur participation aux activités illégales présumées, comme elles l'ont indiqué ;
- elles ne devront effectivement pas avoir pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer à d'autres infractions ;
- elles ne devront pas avoir informé de leur demande les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées ».

S'agissant de la société Henkel qui a révélé diverses pratiques, le Conseil a relevé, dans son avis 09-AC-01 du 21 janvier 2009 que « le demandeur est [...] la deuxième entreprise à dénoncer les pratiques en cause, pratiques dont le Conseil et l'administration avaient déjà connaissance à la suite des opérations de visites et saisies de 2006 ». Pour la révélation d'éléments portant sur des pratiques de fixation de prix et des règles promotionnelles des lessives mises en œuvre en France, le Conseil a accordé à Henkel le bénéfice conditionnel de la clémence, en envisageant une exonération de la sanction encourue comprise entre 20 et 30 %, après avoir pris en compte la mesure dans laquelle les éléments communiqués par Henkel revêtaient, à ce stade, une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments dont il disposait déjà. Il a toutefois subordonné l'octroi de cette exonération aux conditions suivantes :

- « – Le groupe Henkel devra apporter au Conseil de la concurrence puis à l'Autorité de la concurrence ainsi qu'aux services chargés de l'enquête une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en leur possession ou dont elle dispose sur les infractions suspectées ;
- Le groupe Henkel a effectivement mis fin à sa participation aux activités illégales présumées ;
- Le groupe Henkel ne devra pas avoir pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer à une infraction ;
- Le groupe Henkel ne devra pas avoir averti les autres membres du cartel de la procédure de clémence. »

L'Autorité a rappelé que sa demande de clémence, telle que décrite par les procès-verbaux auxquels elle a initialement donné lieu, en avril et en mai 2008, a ciblé, s'agissant du secteur des lessives, les pratiques suivantes : une entente entre fabricants de lessives portant sur la fixation des prix et des promotions sur le marché français, et une entente entre fabricants en marge du processus de compactage des lessives au niveau européen. Henkel a ensuite fait état, en particulier à partir du 6 novembre 2008, et sous différentes formes, d'une dimension ou d'une coordination européenne ou internationale liée à l'entente de fixation des prix et des promotions en France telle qu'initialement décrite aux services d'instruction. L'Autorité a rappelé que Henkel a présenté, le 28 avril 2008, une demande de clémence portant également sur des pratiques d'ententes entre fabricants en marge du processus de compactage des lessives au niveau européen à la Commission européenne et que le Conseil de la concurrence a limité, dans son avis de clémence du 21 janvier 2009, son examen aux seules pratiques pour lesquelles il estimait disposer de suffisamment d'informations pour pouvoir poursuivre la procédure. Le bénéfice conditionnel de la clémence a été accordé à Henkel, en ce qui concerne le secteur des lessives, pour des pratiques d'ententes entre fabricants intervenues en marge du processus de compactage des lessives au niveau européen, d'une part, et des pratiques d'ententes entre fabricants sur la fixation des prix et des promotions sur le marché français, d'autre part. Une raison objective a ultérieurement conduit le Conseil à circonscrire son analyse à ces dernières : les pratiques d'ententes entre fabricants intervenues en marge du processus de compactage des lessives au niveau européen ont fait l'objet, le 21 décembre 2009, d'une décision d'ouverture de procédure de la Commission européenne (affaire COMP/39.579), en considération de leur dimension européenne. La décision de la Commission européenne, qui a été portée à la connaissance de l'Autorité par une lettre du 5 mars suivant, a dessaisi l'ensemble des autorités nationales de concurrence membres du REC de leur compétence pour appliquer les règles de concurrence de l'Union aux pratiques visées par cette procédure.

En ce qui concerne la demande de Procter & Gamble, dans son avis 09-AC-02 du 21 janvier 2009, pour les pratiques de fixation de prix et des règles promotionnelles des lessives en France, seules pratiques concernées par la procédure, le Conseil lui a accordé le bénéfice conditionnel de la clémence, en envisageant une exonération de la sanction encourue comprise entre 10 et 20 %, après avoir relevé qu'elle était le troisième fabricant de lessives à solliciter le bénéfice de la clémence pour ces pratiques et pris en compte la mesure dans laquelle les éléments communiqués par Procter & Gamble revêtaient à ce stade une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments dont il disposait déjà. Il a subordonné cette exonération aux conditions suivantes :

- « – les éléments apportés par Procter&Gamble devront avoir effectivement contribué à établir la réalité des pratiques dénoncées, présentées comme étant anticoncurrentielles, et à en identifier les auteurs ;*
- Procter&Gamble devra apporter au Conseil de la concurrence puis à l'Autorité de la concurrence ainsi qu'aux services chargés de l'enquête une coopération totale,*

*permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont elle dispose sur les infractions suspectées ;*

- *elle devra mettre fin à sa participation aux activités illégales présumées, sans délai et au plus tard à compter de la notification du présent avis ; elle ne devra pas avoir pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer aux infractions ;*
- *elle ne devra pas avoir informé de sa demande les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées ».*

Enfin, l'Autorité de la concurrence, dans son avis 09-AC-04 du 24 mars 2009, a accordé à Colgate Palmolive, pour les pratiques de fixation de prix et des règles promotionnelles des lessives, le bénéfice conditionnel de la clémence, en envisageant une exonération de la sanction encourue comprise entre 10 et 20 %, après avoir relevé qu'elle était le quatrième fabricant de lessives à solliciter le bénéfice de la clémence pour ces pratiques et pris en compte la mesure dans laquelle les éléments communiqués par Colgate Palmolive revêtaient à ce stade une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments dont il disposait déjà. Elle a subordonné cette exonération aux conditions suivantes :

*« – les éléments apportés par Colgate Palmolive devront avoir effectivement contribué à établir la réalité des pratiques dénoncées, présentées comme étant anticoncurrentielles et à en identifier les auteurs ;*

- *Colgate Palmolive devra apporter à l'Autorité de la concurrence une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et lui fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont elle dispose sur les infractions suspectées ;*
- *Colgate Palmolive ne devra pas avoir pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer aux infractions ;*
- *Colgate Palmolive ne devra pas avoir informé de sa demande de clémence les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées ».*

Dans sa décision **11-D-17**<sup>140</sup>, l'Autorité a considéré qu'Unilever et Procter & Gamble ont rempli les conditions prévues pour bénéficier respectivement d'une exonération totale de sanctions et d'une réduction de sanction pécuniaire de 20 %. S'agissant de Colgate Palmolive, elle a noté que les éléments versés par le demandeur ont une valeur ajoutée mais qui est limitée par rapport aux éléments de preuve dont l'Autorité avait antérieurement connaissance. Elle a précisé que les autres conditions énoncées dans l'avis ont été satisfaites et a donc accordé à cette société une réduction de sanction de 15 %.

Pour ce qui concerne l'appréciation de la coopération de Henkel, l'Autorité a souligné qu'il y avait lieu de tenir compte de la configuration procédurale particulière liée à la coexistence de plusieurs demandes de clémence de Henkel concernant diverses pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives auprès de la Commission européenne et de l'Autorité, demandes qui ont conduit ces deux autorités à se poser, de façon contemporaine, la question de savoir s'il y avait lieu

<sup>140</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

pour chacune d'elles d'ouvrir une procédure et, le cas échéant, du champ de la ou des pratiques appelées à faire l'objet de cette procédure. Pendant cette période, il était, relève la décision, légitime que Henkel fasse connaître sa position à ce sujet à l'Autorité, dans le cadre de la procédure prévue par le Code de commerce, comme elle l'a d'ailleurs fait. Elle a noté cependant que, dès lors que, par lettre du 22 avril 2010, la Commission européenne confirmait aux services d'instruction de l'Autorité que sa décision d'ouverture de procédure du 21 décembre 2009 ne portait en rien sur les pratiques visées par les griefs notifiés à Henkel et n'aboutissait donc pas à dessaisir l'Autorité de ses pratiques, le comportement de cette société consistant à considérer qu'il incombait aux services d'instruction de prouver l'absence d'unité entre les pratiques parallèlement examinées par la Commission et l'Autorité, ou de pratique complexe et continue englobant l'une et l'autre de ces deux pratiques et à faire valoir qu'elle était en tout état de cause la première à avoir porté à la connaissance de l'Autorité l'existence d'une « *dimension européenne* » ou de « *liens* » méritant une réduction supérieure à celle prévue par l'avis conditionnel n'est plus justifiable. L'Autorité a conclu que la position de Henkel a rendu plus difficile l'établissement et la caractérisation des faits par les services d'instruction (§ 737 à 741). Elle a ajouté qu'« *en s'efforçant sans justification, à compter de sa prise de connaissance de la lettre de la Commission européenne du 22 avril 2010, de réorienter la procédure et la décision finale vers une pratique autre que celle qui en était l'objet à la suite de l'avis de clémence du 21 janvier 2009 et en entretenant une discussion permanente sur la nature et le champ réels des pratiques telles qu'elle les avait initialement dénoncées à l'Autorité, Henkel a adopté un comportement qui n'est pas compatible avec l'obligation de coopération totale, rapide, permanente et véritable qui lui incombait dans le cadre de la procédure de clémence et qui avait, du reste, été spécialement appelée à son attention dans l'avis de clémence précité* » (§ 742). Elle a fixé, du fait de ces éléments, et en prenant aussi en compte la présentation, par cette entreprise, de pièces ayant une valeur ajoutée significative, le taux de réduction de la sanction à 25 %, soit un chiffre compris dans la fourchette envisagée par l'avis de clémence mais inférieur aux 30 % auxquels la société prétendait avoir droit.

### *La 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 2011, l'Autorité de la concurrence a prononcé trois décisions mettant en œuvre la procédure de non-contestation des griefs (**11-D-02**<sup>141</sup>, **11-D-07**, **11-D-13**<sup>142</sup>).

Dans sa décision **11-D-02** du 26 janvier 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques<sup>143</sup>, elle a

141. Un recours a été formé contre cette décision.

142. Un recours a été formé contre cette décision.

143. Un recours a été formé contre cette décision.

accordé des réfections variant de 10 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 programmes de formation et de sensibilisation, les engagements pris comportaient, selon les cas, la mise en place de procédures de contrôle interne comprenant un système d'alerte professionnelle interne visant à détecter les pratiques anticoncurrentielles.

Dans sa décision **11-D-07** du 24 février 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques, les réfections accordées ont varié entre 12 et 16 %. L'Autorité a précisé que les engagements ayant donné lieu à la réfaction de 16 %, bien que pris dans le seul champ comportemental, présentaient néanmoins un certain intérêt en ce qu'ils étaient susceptibles d'aider à prévenir en particulier des pratiques litigieuses de même nature que celles notifiées dans l'affaire grâce à la diffusion de la culture de concurrence au sein des entreprises.

La non-contestation de griefs, non assortie d'engagements, présentée par la société ERCTP, a donné lieu à une réduction de sanction de 10 % (**11-D-13**<sup>144</sup>).

### 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 sanction permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs et les collectivités publiques sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques et les invite à exercer leur vigilance. C'est la raison pour laquelle 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 2011, l'Autorité a prononcé des injonctions de publication à deux reprises.

<sup>144</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **11-D-02** du 26 janvier 2011, les sociétés sanctionnées pour s'être entendues dans le cadre d'appels d'offres relatifs à la restauration de monuments historiques<sup>145</sup>, se sont vues enjoindre, afin d'informer les maîtres d'œuvre et d'ouvrage de la décision et de les inciter à la vigilance vis-à-vis des pratiques condamnées, de publier dans le journal *Le Figaro*, et *Le Moniteur*, à leurs frais mais au prorata des sanctions prononcées, un résumé de cette décision.

Dans sa décision **11-D-17** du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives<sup>146</sup>, les sociétés sanctionnées se sont vues enjoindre, afin d'attirer la vigilance des distributeurs et, plus généralement, des consommateurs, de publier, à frais partagés et au prorata de leurs sanctions pécuniaires, dans le journal *Les Échos* et le magazine *LSA*, un résumé de la décision.

### *Motivation de la publication*

#### *Informer les professionnels du secteur*

Dans les décisions **11-D-02**<sup>147</sup>, **11-D-17**<sup>148</sup>, l'Autorité a 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 attirer la vigilance des consommateurs (**11-D-17**<sup>149</sup>).

### **Astreintes**

En 2011, l'Autorité n'a pas fait application des dispositions lui permettant de prononcer des astreintes.

### **Transmission au ministre de l'Économie**

Aucune application en 2011.

### **Transmission au procureur de la République**

Aucune application en 2011.

### **Transmission à la Commission d'examen des pratiques commerciales**

Aucune application en 2011.

<sup>145</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

<sup>146</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

<sup>147</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

<sup>148</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

<sup>149</sup>. Un recours a été formé contre cette décision.

## 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 des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.* »

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce (nouvelle rédaction), qui prévoit que :

*« Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties. Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois. À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier. Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général*

*accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance. »*

En application de ces dispositions qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit de l'Union par les articles 9 et 27, § 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil a progressivement développé sa pratique des engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante (vingt-deux 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>150</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 2011, l'Autorité a rendu cinq nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (**11-D-08 ; 11-D-11 ; 11-D-14, 11-D-18 ; 11-D-20**), confirmant la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité.

### **Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv'Kadeos (11-D-08)**

**Titres Cadeaux**, entreprise émettrice et distributrice de titres cadeaux, estimait avoir été victime de pratiques de restriction de concurrence de la part de la société **Accentiv'Kadéos**, notamment au moyen de clauses d'exclusivité avec ses enseignes partenaires, et avait saisi l'Autorité de la concurrence en demandant des mesures conservatoires.

Dans sa précédente décision 10-D-07 du 2 mars 2010, l'Autorité a considéré que les conditions n'étaient pas réunies pour prononcer des mesures d'urgence mais a décidé de poursuivre l'instruction de l'affaire au fond. Il est alors apparu que l'effet cumulé des différentes clauses d'exclusivité insérées dans les contrats conclus entre Accentiv'Kadéos et ses enseignes partenaires était susceptible de créer des barrières à l'entrée sur les marchés des cartes cadeaux multi-enseignes (acceptation/distribution), compte tenu notamment de la portée des clauses d'exclusivité (87,5 % des enseignes affiliées à Accentiv'Kadéos sont en exclusivité d'acceptation) et de leur durée (cinq ans pour la majorité des contrats, ou bien trois ans renouvelables), celles-ci étant susceptibles de créer un effet de verrouillage sur les marchés des cartes cadeaux multi-enseignes.

En effet, eu égard à la forte position de Kadéos sur le marché des cartes cadeaux multi-enseignes, il était difficile pour ses concurrents de pénétrer sur ce marché. Plusieurs enseignes, dont certaines occupant de fortes positions de marché dans leur univers de consommation (AM PM, Anne Weyburn, La Redoute, So Home, Somewhere, Taillissime, Vertbaudet, Cyrillus, FNAC, FNAC Voyages, Conforama, Surcouf, Eveil&Jeux, Citadium, Made in Sport, Madelios, Printemps, Printemps

<sup>150</sup>. [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro\\_autorite\\_2mars2009\\_engagement.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_engagement.pdf).

Voyages, Courir, Go Sport), ayant déjà conclu une exclusivité d'acceptation avec Kadéos, il en résultait que le choix d'enseignes qu'une carte cadeau concurrente (comme Titres Cadeaux, par exemple) pourrait proposer à ses clients dans son *panier d'enseignes* était fortement limité. Or, au cours du processus d'achat d'une carte cadeau multi-enseignes, le nombre et la renommée des enseignes figurant sur une carte cadeau (c'est-à-dire les enseignes «*acceptant*» la carte) déterminent son attractivité, et sont par conséquent décisifs dans le choix par le consommateur d'une carte plutôt qu'une autre.

Afin de répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par l'Autorité, Accentiv'Kadéos a proposé des engagements permettant l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché dans les meilleurs délais. Ils auront pour principaux effets :

- de lever rapidement (à partir du 1<sup>er</sup> mai 2011) l'entrave à l'accès au marché de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes pour de nouveaux entrants, leur permettant ainsi de négocier avec les enseignes de leur choix. Accentiv'Kadéos s'est engagée en effet à supprimer, de manière anticipée et au plus tard le 1<sup>er</sup> mai 2011, la clause d'exclusivité en acceptation de ses contrats conclus avec l'ensemble de ses enseignes affiliées pour les cartes cadeaux multi-enseignes Kadéos.
- de permettre l'arrivée de nouveaux entrants sur les marchés de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes. Accentiv'Kadéos s'est engagée en effet à ne pas conclure de nouvelles exclusivités, ni en acceptation, ni en distribution auprès des consommateurs, avec les enseignes n'ayant pas encore conclu d'exclusivité avec elle, et ce durant toute l'année 2011.

L'Autorité a, par décision **11-D-08** du 27 avril 2011, accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par Accentiv'Kadéos.

### **Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires (11-D-11)**

Saisie par la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD) et le Conseil de commerce de France (CdCF), l'Autorité a examiné la conformité aux règles de concurrence des commissions interbancaires liées à l'utilisation des différents moyens de paiement, à l'exclusion des chèques, qui ont déjà fait l'objet d'une décision en septembre 2010.

Dans un premier temps, l'Autorité s'est concentrée sur les commissions relatives aux cartes bancaires et a exprimé des préoccupations de concurrence. En effet, en fixant en commun les commissions interbancaires, le Groupement des cartes bancaires était susceptible d'être le support d'une entente entre ses membres (les principales banques actives en France). Cette fixation en commun n'apparaissait pas nécessairement condamnable en elle-même, mais le montant des commissions devait être justifié par des éléments objectifs, comme par exemple la sécurité ou l'interopérabilité, et appuyés par des données à jour. En l'espèce, le Groupement des cartes bancaires n'a pas apporté suffisamment d'éléments à cet effet. D'ailleurs, ces commissions, créées au moment du déploiement du système interbancaire, n'ont pas évolué, pour certaines depuis plus de vingt ans, en dépit

du développement très important des cartes bancaires et de l'évolution en profondeur du contexte concurrentiel.

En réponse aux préoccupations de concurrence exprimées par les services d'instruction de l'Autorité, le Groupement cartes bancaires a proposé de réviser les montants des commissions. Dans la plupart des cas, cette révision aboutit à une baisse. Il résulte des engagements pris que :

- La commission interbancaire de paiement (CIP), qui est versée par la banque du commerçant à la banque du porteur de la carte à chaque paiement baisse de 0,47 % à 0,30 % en moyenne.
- La commission interbancaire de retrait (CIR), versée à chaque retrait par la banque du porteur de carte à la banque gestionnaire du distributeur de billets, baisse de 0,72 € à 0,57 €.
- En outre, la facturation des services de capture de cartes sera réduite de moitié.

Les engagements pris ont concerné non seulement les cartes « consommateur » mais également les cartes professionnelles. De plus, afin de tenir compte du contexte évolutif du marché, la durée des engagements a été raccourcie de cinq à quatre ans.

Ces quatre ans seront mis à profit pour définir, dans le cadre d'un comité de pilotage présidé par l'Autorité de la concurrence, une méthodologie qui pourra être utilisée pour la révision des commissions à l'expiration des engagements proposés (en 2015). Ce comité comprendra notamment les représentants des commerçants ainsi que les acteurs bancaires.

L'Autorité a accepté et rendu ses engagements obligatoires par décision du 7 juillet 2011.

### **Engagements concernant le secteur des pompes funèbres dans le département de la Manche (11-D-14)**

Par lettre enregistrée le 18 novembre 2009, sous le numéro 09/0126 F, la société OGF a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le département de la Manche par la société Jaumaux Mazurier dans le secteur des pompes funèbres.

Compte tenu des éléments du dossier, le rapporteur a estimé que les marchés pertinents susceptibles d'être définis aux fins de l'analyse concurrentielle des pratiques relevées étaient les marchés de services funéraires, à savoir le marché général des services funéraires, le marché spécifique des services funéraires proposés aux familles quand le défunt est transporté en chambre funéraire à l'initiative d'un établissement de soins ou de séjour, et le marché spécifique des services funéraires proposés aux établissements de soins et de séjour.

L'instruction a permis de conclure qu'il n'était pas exclu que la société Jaumaux-Mazurier détienne une position dominante sur le marché général des prestations funéraires ainsi délimité, sans qu'il soit possible à ce stade des investigations de

déterminer sa position sur les marchés spécifiques de prestations funéraires susmentionnés. La société assurait en effet en 2009 près de 50 % des convois funéraires réalisés sur ce marché, et près de 60 % de ces convois si l'on prenait en compte les opérations réalisées par sa filiale (dont elle détenait l'intégralité du capital et qu'elle a aujourd'hui absorbée). La société Jaumaux-Mazurier était par ailleurs gestionnaire de l'unique crématorium du département du Nord-Cotentin, à Brix.

Or, certaines pratiques mises en œuvre depuis 2007 par la société Jaumaux-Mazurier étaient susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Il s'agissait notamment des procédés de communication mis en œuvre par la société Jaumaux-Mazurier, qui reposaient principalement sur la mention par la société de sa qualité de « gestionnaire du crématorium de Brix » sur l'ensemble de ses supports publicitaires (annuaires téléphoniques, affichage urbain, publicités commerciales, etc.), au côté des autres prestations qu'elle proposait, mais aussi sur la conception de son site Internet, sur la signalétique extérieure des chambres funéraires, ainsi que sur la configuration de ses locaux.

L'ensemble de ces pratiques qui ont pu permettre à la société Jaumaux-Mazurier de s'attribuer un avantage concurrentiel indu sur les autres opérateurs funéraires et d'altérer le jeu de la concurrence sur les marchés des services funéraires de la communauté urbaine de Cherbourg suscitaient des préoccupations de concurrence. Pour y répondre, la société Jaumaux-Mazurier a soumis le 10 juin 2011 à l'Autorité de la concurrence des propositions d'engagements visant à lever toute préoccupation éventuelle de l'Autorité.

Cette dernière proposait de mettre en œuvre les engagements suivants :

- Ne plus faire aucune référence, sous quelque forme que ce soit, au crématorium de Brix et/ou à sa qualité de gestionnaire ou d'exploitant du crématorium de Brix, sur les supports de communication et les documents commerciaux de la société, quelle qu'en soit la forme, et en particulier sur les affiches, les annuaires téléphoniques, les annonces dans la presse, les façades des bâtiments et vitrines des points de vente, le ou les sites Internet de la société, les factures, les devis, les pochettes et tout autre document communiqué aux familles ou support susceptible d'être utilisé comme publicité.

En particulier, elle s'engageait à ne pas associer, sur ses supports de communication et ses documents commerciaux, quelle qu'en soit la forme, le crématorium de Brix et/ou sa qualité de gestionnaire ou d'exploitant du crématorium de Brix et les dénominations logos et autres signes distinctifs de la société Jaumaux-Mazurier et les autres activités commerciales de la société Jaumaux-Mazurier.

- Ne plus faire référence sur toute forme de support de signalétique urbaine des chambres funéraires (panneaux directionnels, affiches, etc.) aux dénominations, logos et autres signes distinctifs de la société Jaumaux-Mazurier, et/ou du réseau « Le choix funéraire » auquel la société est affiliée.

- Ne plus mettre de documents ou d'objets de nature commerciale mentionnant la société Jaumaux-Mazurier, et/ou le réseau « le choix funéraire », dans les locaux du crematorium de Brix accessibles au public.

Par décision du 20 octobre 2011, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires ces engagements.

### **Engagements relatifs à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au Centre hospitalier d'Arcachon (11-D-18)**

Par lettre du 8 mars 2010, l'Autorité de la concurrence a été saisie, à l'initiative d'un médecin radiologue, de pratiques mises en œuvre par le Groupement des praticiens en imagerie médicale du bassin d'Arcachon (GPIMBA), le Conseil des radiologues et le Groupement de coopération sanitaire IRM bassin d'Arcachon (GCS IRMBA) et a demandé des mesures conservatoires. Il soutenait que ces diverses entités abusaient de leur position dominante sur le marché des examens de scanner et d'IRM du territoire de santé d'Arcachon et s'étaient entendues pour lui refuser l'accès au scanner et à l'IRM dont elles sont propriétaires et/ou exploitantes.

Dans sa décision n° **10-D-25**, du 28 juillet 2010, l'Autorité de la concurrence a rejeté la demande de mesures conservatoires mais a estimé que les pratiques relatives au refus d'accès aux vacations de scanner et d'IRM étaient susceptibles de constituer soit une pratique concertée (article L. 420-1 du Code de commerce), soit un abus de position dominante (article L. 420-2 du Code de commerce).

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, le Centre hospitalier d'Arcachon, le GPIMBA et le GCS IRMBA ont proposé à l'Autorité des engagements relatifs :

- à la modification des circuits décisionnels relatifs à l'exploitation du scanner et de l'IRM : il s'agit, pour le scanner, de clarifier la compétence respective du directeur du Centre hospitalier d'Arcachon et du Conseil des radiologues concernant l'agrément des nouveaux radiologues ainsi que l'attribution et la modification de la répartition des vacations et, pour l'IRM, de clarifier la compétence respective du GCS IRM bassin d'Arcachon et du GPIMBA, ainsi que de modifier les règles de majorité des décisions prises en assemblée générale du GCS,
- aux conditions d'accès aux vacations de scanner et d'IRM : la nouvelle rédaction du règlement intérieur du scanner et de l'IRM instaure des critères relatifs aux conditions d'exercice, aux qualifications et compétences professionnelles que doivent satisfaire les médecins libéraux,
- aux règles d'attribution des vacations de scanner et d'IRM : ces règles sont définies dans les règlements intérieurs des scanner et IRM,
- aux contenus des clauses d'exclusion des vacations de scanner et d'IRM,
- à la gestion des demandes de rendez-vous des patients extérieurs,

- à l'entrée en vigueur et au suivi des engagements : pour apprécier la validité de ces engagements au regard des règles de santé publique, les parties doivent soumettre à l'approbation de l'ARS d'Aquitaine la convention constitutive du GCS et toute modification relative à cette dernière. En outre, le Centre hospitalier d'Arcachon a pour usage de transmettre à l'ARS d'Aquitaine tout avenant à la convention de co-utilisation du scanner en date du 11 janvier 1994, pour visa et contrôle de légalité.

Par décision du 15 décembre 2011, l'Autorité a accepté ces engagements et les a rendus obligatoires, sous réserve des décisions d'autorisation et de visa précisées ci-dessus, le 15 janvier 2012, au plus tard.

### **Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire (11-D-20)**

Les sociétés Marcadet Distribution 75 et Marcadet Exploitation 75 qui exploitaient un supermarché sous enseigne Champion, ont saisi l'Autorité de la concurrence, de pratiques mises en œuvre par Carrefour. Dans le cadre de son évaluation préliminaire, puis de sa décision **11-D-20** du 16 décembre 2011, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'éventuel remplacement du contrat de franchise Champion du magasin Marcadet par un contrat de franchise Carrefour Market aux conditions plus restrictives était susceptible de constituer un abus de dépendance économique.

Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, Carrefour a présenté des engagements par lesquels elle proposait, dans le délai d'un mois, aux sociétés saisissantes, la signature d'un nouveau contrat de franchise sous enseigne Carrefour Market dont certaines clauses sont assouplies par rapport au contrat type Carrefour Market initialement proposé aux sociétés Marcadet. Carrefour s'engageait notamment à réduire à trois ans la durée initiale du contrat (renouvelable par période de trois ans, au lieu des sept ans renouvelables par période de sept ans initialement proposés). Elle supprimait du contrat toute clause de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle, et le droit d'entrée à paiement différé. Elle prévoyait aussi l'aménagement du droit de priorité de façon à ce qu'il ne s'exerce que pendant la durée du contrat et s'engageait à prendre en charge une partie des travaux spécifiquement liés au changement d'enseigne du magasin.

L'Autorité de la concurrence, considérant que ces engagements répondaient aux préoccupations de concurrence soulevés et présentent un caractère substantiel, crédible et vérifiable, les a acceptés et rendus obligatoires.

# Contrôle des concentrations

## Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'article L. 430-1 définit la notion de concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable. L'Autorité tient compte des principes dégagés par la Commission européenne pour la mise en œuvre de la notion de concentration afin de garantir une cohérence entre le contrôle communautaire et le contrôle national.

Ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies par les statuts et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature du contrôle sur une entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles, ajoutés aux prérogatives conférées aux différents actionnaires peuvent établir un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise de façon exclusive par une seule entreprise ou conjointement par deux entreprises ou plus.

L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

En 2011, l'Autorité a été amenée à préciser la notion de contrôlabilité d'une opération de concentration dans les cas particuliers suivants : le contrôle exclusif exercé sur une entreprise par un actionnaire détenant une part minoritaire du capital, le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif, les fusions de fait, les opérations interdépendantes et la constitution d'entreprises communes.

## *Contrôle exercé avec une participation minoritaire*

La prise de contrôle d'une entreprise par une autre, constitutive d'une opération de concentration au regard des dispositions de l'article L. 430-1 et suivants du Code de commerce, peut être le fait d'une entreprise acquéreuse détenant moins de la moitié du capital de la cible au terme de ladite opération.

Dans la décision **11-DCC-182**<sup>151</sup>, l'Autorité a examiné si l'acquisition par la société Altarea<sup>152</sup> de 28,64 % du capital de la société Rue du Commerce, société cotée dont 53,3 % du capital est flottant, était susceptible de lui conférer une influence déterminante sur la cible. Elle a constaté que compte tenu des droits de vote exprimés lors des dernières assemblées générales, la détention de 28,64 % des droits de vote aurait conféré la majorité lors de trois assemblées sur deux, avant

151. Décision 11-DCC-182 du 2 décembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Rue du Commerce par la société Altarea.

152. *Via sa filiale Altacom.*

de laisser la question ouverte du fait du lancement par Altarea d'une OPA sur la totalité du capital de Rue du Commerce.

Dans la décision **11-DCC-13**<sup>153</sup>, l'Autorité a constaté que la société Bolloré Énergie acquerrait le contrôle de la société New LCN dès l'exécution d'un protocole d'accord prévoyant l'acquisition par Bolloré Énergie de 49 % du capital de New LCN, ainsi que la nomination par Bolloré Énergie de trois des cinq membres du conseil d'administration de la cible, dans la mesure où les décisions devaient être prises à la majorité des droits de vote, et où les actionnaires majoritaires ne détenaient aucun droit de veto excédant la légitime protection de leurs intérêts et leur permettant d'exercer une influence déterminante sur la société.

Dans la décision **11-DCC-34**<sup>154</sup>, l'Autorité a rappelé que GDF-Suez, par l'intermédiaire de sa filiale Cogac, détenait depuis août 2000 un contrôle conjoint sur la société Ne Varietur avec 34 % du capital de cette société dans la mesure où cette prise de participation minoritaire était accompagnée de la signature d'une convention d'actionnaires reconnaissant à Cogac certains droits et prérogatives incluant notamment la désignation de trois des huit administrateurs du conseil d'administration de Ne Varietur, un droit de veto sur certaines décisions stratégiques incluant notamment l'approbation du budget annuel et toute conclusion d'un engagement commercial au-delà d'un certain montant, l'accès régulier de Cogac à des informations stratégiques (compte d'exploitation, la situation de trésorerie, l'évolution et les perspectives commerciales, financières et industrielles du groupe Ne Varietur) et un droit d'audit pour Cogac.

La Commission européenne et l'Autorité avaient confirmé cette analyse en dépit de la détérioration postérieure des relations entre GDF et Ne Varietur qui s'est notamment traduite par l'absence des administrateurs Cogac dans le conseil de Ne Varietur, la Commission européenne, constatant néanmoins que si Cogac, et donc GDF, avait la possibilité d'exercer un contrôle conjoint sur Ne Varietur, celui-ci était *« pour le moment probablement perturbé par les litiges entre le groupe GDF et le groupe [Ne Varietur] »*<sup>155</sup>.

À l'inverse, dans la décision **11-DCC-154**<sup>156</sup>, l'Autorité a considéré que la coopérative Prestor, qui détient 49 % du capital de la cible, la société Financière du Forest, société holding du groupe GAD, n'exercerait pas d'influence déterminante et ne détiendrait donc pas de contrôle conjoint sur celle-ci. En effet, l'Autorité a relevé l'existence de divergences entre la société acquéreuse, la société Centrale coopérative agricole bretonne, et la coopérative Prestor. Cette circonstance a conduit l'Autorité à exclure l'existence d'une communauté d'intérêt entre ces deux sociétés,

<sup>153</sup>. Décision 11-DCC-13 du 31 janvier 2011, relative à la prise de contrôle exclusif par Bolloré Énergie d'une branche d'activité de la société les Combustibles de Normandie.

<sup>154</sup>. Décision 11-DCC-34 du 25 février 2011, relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez.

<sup>155</sup>. Voir décision de la Commission européenne du 17 novembre 2006 n° COMP/M. 4180, Gaz de France/Suez et la 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.

<sup>156</sup>. Décision 11-DCC-154 du 24 octobre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société financière du Forest, holding du groupe GAD, par la société Centrale coopérative agricole bretonne (CECAB).

et donc l'existence d'un contrôle conjoint de celles-ci sur la cible, Financière du Forest, quand bien même Prestor demeurerait le premier fournisseur de la cible.

Dans une décision **11-DCC-106** relative à la prise de contrôle exclusif des activités « fruits et légumes surgelés » de l'Union fermière morbihannaise par PinguinLutosa<sup>157</sup>, l'Autorité a considéré que PinguinLutosa exercerait un contrôle exclusif sur les activités « fruits et légumes surgelés » de l'UFM alors que l'opération consistait en l'acquisition de 100 % des sociétés exerçant l'activité de commercialisation mais seulement 10 % du capital des sociétés exerçant les activités de production. L'accord prévoyait toutefois un contrat de bail, un transfert d'actifs et la reprise par des salariés des sites de production.

### *Passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif*

L'acquisition d'un contrôle exclusif constitue une opération de concentration au sens de l'article L. 430-2 du Code de commerce même si l'entité acquérant le contrôle exclusif disposait déjà d'un contrôle conjoint. Dans la décision **11-DCC-34**<sup>158</sup>, l'Autorité a autorisé la prise de contrôle exclusif de la société Ne Varietur par la société GDF Suez Énergie Services, qui détenait une participation minoritaire dans le capital de Ne Varietur, contribuant à lui conférer un contrôle conjoint sur celle-ci avant l'opération. L'autorité a subordonné l'autorisation de cette opération à la mise en œuvre par GDF Suez de mesures correctives, destinées à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération, dans la mesure où elle a constaté que du fait de divergences passées entre GDF Suez et Ne Varietur et du fait de l'absence de GDF Suez aux conseils d'administration de Ne Varietur, la filiale avait continué à exercer un certain degré de concurrence sur GDF Suez.

De la même façon, l'Autorité a contrôlé dans la décision **11-DCC-118** le passage d'un contrôle conjoint, exercé avec 48,5 % du capital par France Télécom sur la société Compagnie européenne de téléphonie, à un contrôle exclusif<sup>159</sup>.

### *Fusion de fait*

Lors de l'examen de la prise de contrôle exclusif de la société Financière du Forest par la société Centrale coopérative agricole bretonne (**11-DCC-154**)<sup>160</sup>, l'Autorité a été amenée à rappeler la définition de la notion de groupe au sens du droit des concentrations. L'Autorité a ainsi démontré que les membres du GIE groupe CECAB constituaient une unité économique autonome et qu'elle ne se limitait pas au seul examen des éléments de droit pour déterminer l'existence d'une

157. Décision 11-DCC-106 du 6 juillet 2011, relative à la prise de contrôle exclusif des activités « fruits et légumes surgelés » de l'Union fermière morbihannaise par PinguinLutosa.

158. Décision 11-DCC-34 du 25 février 2011, relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez.

159. Décision 11-DCC-118 du 20 juillet 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Compagnie européenne de téléphonie par la société France Télécom SA.

160. Décision 11-DCC-154 du 24 octobre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société financière du Forest, holding du groupe GAD, par la société Centrale coopérative agricole bretonne.

gestion économique unique et durable mais qu'elle prenait également en compte les circonstances de fait.

En l'espèce, l'unité de gestion relevait des statuts du GIE groupe CECAB dont le but était « *de mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité* » et pour objet « *la coordination des activités de ses membres, notamment par la proposition d'orientations et d'objectifs et l'examen de leurs plans d'investissement, la rationalisation de la gestion administrative et financière de ses membres [...], un mode de traitement unique de la comptabilité, la rationalisation de la production, la rationalisation des approvisionnements, une publicité commune, la rationalisation des transports [...]* ».

S'agissant des éléments de fait, le GIE assurait un ensemble de missions pour le compte de ses membres et notamment la direction financière, le secrétariat général et la direction juridique, la direction du personnel, la direction technique ainsi que la direction de la recherche et développement de nouveaux produits et process.

Les procès-verbaux des conseils d'administration de la coopérative CECAB et du GIE groupe CECAB sur les cinq dernières années montraient que le champ de ces prestations impliquait la prise de décisions commerciales stratégiques par le GIE pour le compte de ses membres.

L'examen des participations croisées révélait également que tous les membres du GIE, sauf un, avaient des liens capitalistiques avec l'une ou l'autre des deux coopératives fondatrices CECAB et UFM.

Les membres du GIE avaient également mis en place des liens de solidarité financière importants et durables, lesquels ne relevaient pas exclusivement des participations financières mutuelles des coopératives CECAB et UFM dans leurs filiales respectives.

Une politique de communication commune ou encore la signature des actes soumis à notification par le GIE groupe CECAB et non par la coopérative CECAB relevaient également de l'ensemble des éléments attestant de l'existence d'une politique d'ensemble du GIE groupe CECAB qui ont permis à l'Autorité de considérer que l'ensemble formé par les membres du GIE groupe CECAB constituait une entité économique autonome.

Dans la décision **11-DCC-215**, l'Autorité a relevé que les groupes Humanis et Novalis Taitbout ont signé une lettre d'intention, fixant l'objectif de créer un groupe unique en janvier 2012, et un traité de fusion, précisant les grands principes d'organisation du futur groupe, dénommé Groupe Humanis, ainsi que ses orientations stratégiques; les conseils d'administration des associations sommitales des groupes Humanis et Novalis Taitbout se sont réunis pour valider le rapprochement des deux groupes; que les instances ARRCO et AGIRC ont donné leur accord sur ce rapprochement, de même que le conseil d'administration du centre technique des institutions de prévoyance (CTIP); que le Groupe Humanis sera doté d'une association sommitale dont le conseil d'administration sera chargé de définir les orientations politiques et stratégiques du groupe. De plus, la fusion des trois institutions de prévoyance interprofessionnelles des deux groupes, Aprionis

Prévoyance, Vauban-Humanis Prévoyance et Novalis Prévoyance, au sein d'une nouvelle institution de prévoyance baptisée Humanis Prévoyance était prévue, Humanis Prévoyance devenant l'entité combinante du futur groupe. Enfin, la fusion des institutions de retraite complémentaire des groupes Humanis et Novalis Taitbout est également envisagée en 2015.

L'Autorité a en conséquence considéré que la création du Groupe Humanis s'apparente à la création d'une unité économique commune, au sens du § 23 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations qui précisent 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 »*.

Dans la décision **11-DCC-12** relative à la création d'une Union mutualiste de groupe<sup>161</sup> par les groupes MGEN, MNH, la MNT, la MGET et la MAEE, l'Autorité a considéré que la constitution d'une Union mutualiste de groupe s'analyse comme la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique, doté d'un pouvoir de gestion économique unique et durable, et qu'en conséquence, elle constitue une concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. Elle a en particulier noté que le projet de statut et de convention d'affiliation de l'UMG prévoit un mécanisme de solidarité financière à deux niveaux entre elle et ses entreprises affiliées, dont le bénéficiaire pourra être sollicité par l'entreprise affiliée en cas de dégradation de sa situation financière pouvant la conduire au non-respect de ses exigences en fonds propres ou en cas de besoin d'urgence du fait de difficultés de trésorerie, et que l'UMG publiera des comptes combinés, équivalents à des comptes consolidés, à partir des comptes des entreprises affiliées.

## 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

<sup>161</sup>. Les UMG sont une forme juridique d'entreprise introduite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dans le Code de la mutualité. Selon les dispositions du nouvel article L. 111-4-2 de ce Code, une UMG est une entreprise dont l'activité principale consiste *« à prendre et à gérer des participations, au sens du 2° du même article L. 212-7-1, dans des entreprises soumises au contrôle de l'État en application de l'article L. 310-1 ou de l'article L. 310-1-1 du Code des assurances, ou dans des entreprises d'assurance ou de réassurance dont le siège social est situé hors de France, ou à nouer et à gérer des liens de solidarité financière importants et durables avec des mutuelles ou unions régies par le livre II du présent Code, des institutions de prévoyance ou unions régies par le titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale, des sociétés d'assurance mutuelle régies par le Code des assurances, ou des entreprises d'assurance ou de réassurance à forme mutuelle ou coopérative ou à gestion paritaire ayant leur siège social dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen »*. Le même article L. 111-4-2 ajoute que *« lorsque l'UMG a, avec un organisme affilié, des liens de solidarité financière importants et durables qui ne résultent pas de participations au sens du 2° de l'article L. 212-7-1, ces liens sont définis par une convention d'affiliation »*.

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>162</sup>.

Par exemple, s'agissant de l'opération relative à l'acquisition par Bolloré Énergie du contrôle exclusif d'une branche d'activité de la société les Combustibles de Normandie (**11-DCC-13**)<sup>163</sup>, Bolloré s'était engagé à acquérir 49 % du capital de New LCN au 31 janvier 2011 et les 51 % restants le 2 janvier 2014, dans le cadre d'une vente ferme à terme à laquelle aucune des deux parties ne pouvait renoncer. Par conséquent, les deux opérations ont été considérées comme interdépendantes.

Dans les décisions **11-DCC-117** et **11-DCC-156**, l'Autorité saisie d'opérations multiples entre mutuelles, a noté qu'elles ne faisaient pas l'objet d'un lien juridique réciproque, mais que conformément aux dispositions de la communication consolidée de la Commission européenne « 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 » et 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 ». En conséquence, la fusion par absorption de six mutuelles avec Adrea Mutuelle et l'opération d'apport de portefeuille d'Adrea Mutuelle Pays de l'Ain à Adrea Mutuelle étant concomitantes, voulues et organisées par les parties comme une opération globale faisant partie d'un « projet global », ces sept opérations constituent donc une opération unique (**11-DCC-156**). De même, la fusion par absorption de six mutuelles au profit d'ENM et l'opération d'apport de portefeuille de l'union de mutuelles Eovi Languedoc Mutualité ont été considérées comme une opération unique (**11-DCC-117**).

### 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

<sup>162</sup>. § 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.

<sup>163</sup>. Décision 11-DCC-13 du 31 janvier 2011, relative à la prise de contrôle exclusif par Bolloré Énergie d'une branche d'activité de la société les Combustibles de Normandie.

*toutes les fonctions d'une entité économique autonome*». L'Autorité a eu l'occasion, au cours de l'année 2011, d'appliquer et de préciser ces deux critères cumulatifs.

Dans la décision **11-DCC-07**<sup>164</sup>, l'Autorité a relevé l'existence d'un contrôle conjoint de La Poste et de SFR sur La Poste Telecom au motif notamment que SFR, appelée à détenir une participation minoritaire au capital de La Poste Telecom, disposerait d'un droit de veto sur les décisions importantes du comité stratégique et financier concernant la gestion courante de La Poste Telecom. En outre, le droit de préemption dont dispose SFR sur les titres détenus par La Poste, ainsi que le rôle de conseil joué par SFR auprès de La Poste Telecom ont été considérés comme des éléments qui renforcent l'influence déterminante de SFR sur la société commune. S'agissant de l'autonomie fonctionnelle de cette dernière vis-à-vis de ses sociétés mères, l'Autorité a relevé que La Poste Telecom disposerait de ses propres ressources humaines, de ses propres ressources financières, alimentées par une activité commerciale autonome, et de ses propres moyens techniques, notamment grâce à la signature d'un contrat de MVNO d'une durée de cinq ans avec SFR.

Dans la décision **11-DCC-171**<sup>165</sup>, l'Autorité a considéré que la création d'une entreprise commune par les sociétés Aelia et Aéroport de Lyon constituait une opération de concentration. L'Autorité a relevé que l'entreprise commune disposerait de *« l'ensemble des ressources humaines, matérielles et financières lui permettant d'accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome »*. L'Autorité a en outre relevé que, au vu des dispositions des statuts de l'entreprise commune, celle-ci déterminerait de manière autonome sa politique commerciale en adoptant notamment un budget annuel et un plan d'affaires. Le fait que l'entreprise commune utilise la centrale d'achat d'Aelia pour s'approvisionner n'a pas été considéré comme remettant en cause son autonomie dans la mesure où, statutairement, elle demeure décisionnaire autonome concernant sa politique d'achat. Enfin, bien que l'entreprise commune ne soit créée que pour une durée de quinze ans, cette période a été jugée suffisamment longue pour satisfaire la condition de « fonctionnement durable » prévue par la loi.

## Les seuils de contrôle

En 2011, l'Autorité a été amenée à préciser deux points relatifs au calcul des seuils visés à l'article L. 430-2 du Code de commerce : la prise en compte des transactions internes et celle des opérations réalisées entre les mêmes entreprises au cours d'une période de deux ans. Par ailleurs, une décision illustre la mise en œuvre du mécanisme de renvoi à l'Autorité d'opérations franchissant les seuils communautaires prévu à l'article 4, § 4 du règlement (CE) n° 139/2004.

<sup>164</sup>. Décision 11-DCC-07 du 28 janvier 2011, relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par La Poste et SFR.

<sup>165</sup>. Décision 11-DCC-171 du 25 novembre 2011, relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par Aelia SAS et Aéroports de Lyon.

### *La prise en compte des changements de périmètre de l'activité depuis la certification des comptes*

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 corrigé, 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* ». Dans la décision **11-DCC-17**<sup>166</sup>, l'Autorité a ainsi observé que le périmètre des activités du groupe acquéreur avait changé après la date du dernier exercice clos, suite à la cession de certaines participations. Elle a donc considéré que le chiffre d'affaires visé à l'article L. 430-2 du Code de commerce devait exclure les activités cédées. Elle a alors constaté que l'opération n'était pas contrôlable puisque, dans ces conditions, seule la cible réalisait un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions d'euros.

### *La prise en compte des transactions internes*

Par ailleurs, les lignes directrices de l'Autorité indiquent en se référant au § 1 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 que « *le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article* ». Toutefois, l'Autorité rappelle dans sa décision **11-DCC-214**<sup>167</sup> que l'exclusion des activités intra-groupe prévue par l'article 5, § 1, a pour objet d'éviter de compter deux fois le chiffre d'affaires concerné lorsque l'ensemble des activités du groupe doit être pris en considération. En revanche, lorsqu'une partie seulement d'une entité économique est vendue, l'exclusion du chiffre d'affaires interne entre la partie cédée et la partie cédante empêcherait la prise en compte d'une partie, voire de la quasi-totalité comme dans le cas d'espèce, de l'activité économique de la partie vendue ce qui est contraire aux principes généraux du règlement sur les concentrations selon lesquels le calcul du chiffre d'affaires est destiné à mesurer le poids économique réel de chaque entreprise impliquée dans une concentration. L'article 5, § 2, précise ainsi que « *par dérogation au paragraphe 1, lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants* ». La question du double compte ne se pose donc pas.

<sup>166</sup>. Décision 11-DCC-17 du 1<sup>er</sup> février 2011, relative à la reprise du réseau Urbania par la société Ulysse Investissements SAS.

<sup>167</sup>. Décision 11-DCC-214 du 29 décembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alyzia par G3S.

De plus, l'Autorité a relevé que le § 163 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission apporte des éléments de réponse aux questions posées par le calcul du chiffre d'affaires d'une entité qui n'avait que des revenus internes dans le passé, notamment pour les opérations impliquant la sous-traitance de services par le transfert d'une entité. Il précise que si cette opération constitue une concentration sur la base des considérations énoncées aux points 25 et suivants de la communication, la pratique de la Commission veut que le chiffre d'affaires soit normalement calculé en se fondant sur le chiffre d'affaires précédemment réalisé en interne sauf si celui-ci ne semble pas correspondre à la valeur de marché des activités en question.

En l'espèce, la prise en compte des critères énoncés aux points 25 et suivants de la communication confirmait la nature de concentration de l'opération. Les transactions internes au groupe qui constituent l'essentiel du chiffre d'affaires d'Alyzia recouvrent en effet deux types d'activités : d'une part, des services rendus au gestionnaire d'aéroport ADP, c'est-à-dire, à sa maison mère, principalement les services de ramassage de chariots, que l'opération conduit à externaliser, et d'autre part, des services d'assistance en escale qui sont fournis aux compagnies aériennes par ADP mais réalisés, en « sous-traitance interne » par Alyzia. Ces services sont donc déjà fournis à des tiers et l'opération notifiée s'accompagnait de la cession des actifs et du personnel attachés à ces activités. L'opération permettait donc à la nouvelle entité de fournir ces services à ADP, mais aussi à des tiers à l'issue des contrats en cours, et donc de développer sa présence sur les marchés concernés.

### *Opérations réalisées au cours d'une période de deux ans*

Le deuxième alinéa du § 2 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 indique que « [...] deux ou plusieurs opérations au sens du premier alinéa qui ont lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération ». Les lignes directrices de l'Autorité rappellent que cette disposition permet « d'assurer que des entreprises ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps afin d'échapper au contrôle des concentrations en passant sous les seuils de contrôlabilité ».

L'Autorité, dans sa décision **11-DCC-150**<sup>168</sup>, a eu l'occasion de faire application de cette disposition. Elle a en effet constaté que la cession par la coopérative Elle & Vire de son activité cidricole à la société coopérative Agrial, opération non contrôlable compte tenu du chiffre d'affaires de la cible, intervenait moins de deux ans avant la fusion par absorption de Elle & Vire par Agrial. De ce fait, l'Autorité a considéré que la première cession devait être incluse dans le périmètre de l'opération à examiner au cas d'espèce.

<sup>168</sup>. Décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial.

## *La mise en œuvre des mécanismes de renvois du règlement communautaire*

Les lignes directrices de l'Autorité rappellent que « *le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant que, dans certains cas particuliers, des opérations de dimension nationale soient examinées par la Commission et inversement, que des opérations de dimension communautaire soient examinées par les autorités nationales de concurrence des États membres* ».

Ainsi, en application de l'article 4 § 4 qui prévoit que « *avant la notification d'une concentration au sens du paragraphe 1, les personnes ou entreprises visées au paragraphe 2 peuvent informer la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct* », la Commission européenne a accepté le renvoi, à la demande de la partie notifiante, auprès de l'Autorité de la concurrence de l'examen de la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société HTM Group<sup>169</sup>, opération concernant des marchés locaux de la distribution de produits électrodomestiques, mais pour laquelle les seuils prévus à l'article 1, § 2 du règlement (CE) n° 139/2004 étaient franchis.

## Analyse concurrentielle

### *Les effets horizontaux*

Une atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce, peut être constatée, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà. Lorsque les entreprises parties à l'opération sont des concurrents actuels sur un ou plusieurs marchés pertinents, cet effet peut aller jusqu'à créer ou renforcer au profit de cette entreprise une position dominante simple, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

### L'opération GDF Suez/Ne Varietur

Dans sa décision **11-DCC-34** concernant le secteur de la gestion déléguée des réseaux de chaleur (chauffage, eau chaude sanitaire), l'Autorité de la concurrence

<sup>169</sup>. Décision 11-DCC-87 du 10 juin 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group.

a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'acquisition par le groupe GDF Suez de la prise de contrôle exclusif de l'ensemble des activités du groupe Ne Varietur, dont il détenait préalablement à l'opération 34 % du capital.

L'analyse concurrentielle de l'opération a tenu compte des caractéristiques particulières du marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur sur lequel la concurrence s'organise autour d'appels d'offres lancés par les collectivités territoriales.

L'Autorité a relevé que le marché des réseaux de chaleur en France est caractérisé par un petit nombre d'appels d'offres par an et par une durée des contrats de délégation de service public (ci-après « DSP ») très longue (pouvant aller jusqu'à vingt-quatre ans) et par un nombre d'offres restreints parmi lesquels les principaux sont GDF Suez et Dalkia, les autres opérateurs étant Ne Varietur, Coriance, Idex et NeoElectra. Elle a également relevé l'importance des barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché résultant notamment de la corrélation entre la probabilité de remporter un appel d'offres et le résultat des appels d'offres précédents compte tenu des avantages techniques, stratégiques et commerciaux dont bénéficient le délégataire « sortant » ainsi que de la corrélation entre la probabilité de remporter un appel d'offres et le fait d'exploiter d'autres réseaux géographiquement proches.

L'Autorité n'a pas considéré, comme l'y invitait les parties, que les difficultés financières rencontrées au cours des dernières années par Ne Varietur, qui avaient eu pour effet de réduire sa capacité concurrentielle, permettaient d'exclure les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'opération.

L'Autorité a estimé que l'opération permettrait à GDF Suez d'étoffer de manière significative son portefeuille de réseaux et que les avantages tirés du statut de délégataire « sortant » lors des renouvellements de DSP, augmenteraient significativement la probabilité de renouvellement des contrats au bénéfice de GDF Suez, renforçant à long terme sa position. L'Autorité a considéré que ce renforcement était susceptible d'accentuer l'asymétrie entre les deux principaux opérateurs du marché, Dalkia et GDF Suez, et la frange concurrentielle. Elle a également relevé que l'opération conduirait à affaiblir davantage la frange concurrentielle. Elle a relevé à cet égard que l'exploitation du réseau de la ville de Meaux était partiellement sous-traitée par Coriance à Ne Varietur et que l'opération restreindrait les chances de Coriance, actuellement l'opérateur le plus à même d'animer la concurrence face à Dalkia et GDF Suez, de présenter une candidature crédible au renouvellement de la DSP prévue dans quatre ans.

L'Autorité a par ailleurs estimé que l'accroissement de l'implantation de GDF Suez à l'issue de l'opération dans plusieurs régions (en Bourgogne et Pays-de-la-Loire) serait de nature à entraîner une baisse du nombre d'offres reçues par les collectivités. L'Autorité a en effet constaté que l'exploitation par les candidats de réseaux géographiquement proches renforçait la crédibilité de leurs offres auprès des collectivités en raison de synergies avec les réseaux déjà exploités et de facteurs tenant à l'affinité des collectivités avec des opérateurs bénéficiant d'une réputation régionale. Or, ces facteurs conduiraient les concurrents à anticiper une moindre

probabilité de remporter des appels d'offres dans cette zone et affecteraient leur décision de concourir à l'obtention d'un contrat de DSP.

Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence identifiés, GDF Suez a pris des engagements permettant de préserver l'animation concurrentielle du marché.

GDF Suez s'est engagé à donner aux collectivités de Montceau-les-Mines, située en Bourgogne, et de Saint-Pierre-des-Corps, située dans la proximité immédiate de Tours et de la région Pays-de-la-Loire, le droit de résilier unilatéralement et sans indemnité leurs contrats de délégation de service public en cours avec les filiales de Ne Varietur.

GDF Suez s'est aussi engagé à octroyer à Coriance un droit de résiliation unilatéral sans indemnité du contrat de sous-traitance la liant à Ne Varietur pour l'exploitation du réseau de chaleur de la ville de Meaux.

### La prise de contrôle exclusif des magasins français Saturn par HTM (enseignes Boulanger)

Dans la décision **11-DCC-87** concernant le secteur de la vente au détail de produits électrodomestiques (TV, Hifi, électroménager, matériel informatique et électronique...), l'Autorité de la concurrence a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'acquisition de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group (ci-après « HTM »).

La société HTM, contrôlée par la famille Mulliez, détenait plusieurs filiales exploitant des magasins sous les enseignes Boulanger et Électro Dépôt. La famille Mulliez contrôle aussi l'enseigne Auchan, également active sur ce marché. La société Media Concorde SNC exploite, quant à elle, en France, des magasins sous les enseignes Saturn et Planète Saturn.

L'Autorité a constaté que la nouvelle entité détiendrait sur sept zones de chalandise (Aubergenville, Mulhouse, Angers, Le Havre, Toulon, Tours et Avignon) des parts de marché élevées et que ses concurrents ne seraient pas en mesure d'exercer une pression concurrentielle suffisante permettant d'assurer aux consommateurs l'existence d'une alternative crédible et suffisante à la nouvelle entité sur les marchés des produits concernés.

Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence identifiés sur ces zones de chalandises, HTM s'est engagé, d'une part, à céder cinq points de vente Saturn dans les villes d'Aubergenville (Yvelines), Mulhouse (Haut-Rhin), Angers (Maine-et-Loire), Le Havre (Seine-Maritime) et Toulon (Var) et un point de vente Boulanger à Tours (Indre-et-Loire) et, d'autre part, à renoncer au projet d'ouverture du magasin Saturn de Vedène (près d'Avignon dans le Vaucluse).

### L'opération Est républicain/BFCM

Dans la décision **11-DCC-114**, l'Autorité de la concurrence a procédé à l'examen de l'acquisition du groupe L'Est républicain par la Banque fédérative du Crédit mutuel (BFCM).

BFCM est, en premier lieu, active sur les marchés bancaires et de l'assurance mais elle détient également des titres de presse quotidienne régionale. L'Est républicain édite pour sa part quatre titres de presse quotidienne régionale dans le Nord-Est de la France et est actif dans le secteur de la télévision. Les activités des parties se recoupent ainsi sur certaines des zones de diffusion des titres édités par les parties telles le Haut-Rhin, l'arrondissement de Sélestat dans le Bas-Rhin et le territoire de Belfort. Sur ces zones, l'opération se traduit par la création de monopoles sur les marchés du lectorat des titres de la presse quotidienne régionale, de la publicité et des petites annonces.

L'Autorité a été en mesure d'écartier tout risque d'augmentation des prix dans les zones concernées du fait de la forte sensibilité des lecteurs au prix qui réduit fortement les risques de hausse du prix au numéro, de l'attachement des lecteurs à un titre de presse quotidienne régionale en particulier, ce qui en fait un produit fortement différencié et du caractère biface des marchés de la presse qui affaiblit encore l'intérêt d'une hausse des prix.

Néanmoins l'Autorité a considéré que le contrôle exclusif de BFCM sur l'ensemble des titres de presse quotidienne régionale dans les zones concernées pourrait inciter la nouvelle entité à uniformiser le contenu éditorial des titres. L'opération risquait donc d'induire une homogénéisation du contenu des titres et, ainsi, une réduction de la qualité et de la diversité des journaux de presse quotidienne régionale disponibles pour le lectorat.

L'opération a cependant pu être autorisée au regard des mesures correctives garantissant le maintien de la qualité des titres proposées par les parties. BFCM s'est ainsi engagée à ne pas procéder à l'harmonisation des contenus, à maintenir des rédactions en chef dédiées et à garantir la diffusion des titres de PQR rachetés dans les zones concernées afin de maintenir l'actuelle diversité de titres.

## L'opération Chevron/Rubis

Dans sa décision **11-DCC-02** concernant le secteur de la distribution de carburants et combustibles, l'Autorité de la concurrence a examiné les risques d'atteinte à la concurrence liés à l'acquisition de la Société antillaise des pétroles Chevron (ci-après « Chevron ») par le groupe Rubis dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane.

Bien que le secteur de la distribution de carburants et combustibles dans ces départements soit fortement encadré d'un point de vue réglementaire, l'Autorité a néanmoins estimé qu'une concurrence en prix demeurerait possible dans la mesure où, d'une part, seul le prix maximum est fixé par les pouvoirs publics et où, d'autre part, il ne pouvait être exclu que la réglementation actuelle des prix de vente au détail soit levée à terme. Dans un tel contexte, l'Autorité a considéré qu'une trop forte concentration à l'aval serait susceptible de rendre la persistance de la réglementation inévitable et c'est dans cette perspective qu'elle a procédé à l'analyse des marchés.

Concernant tout d'abord les marchés de la distribution de carburants en stations-service, le rachat des stations-service Chevron par Rubis se traduisait par un renforcement substantiel de la position de Rubis sur certaines zones locales de Guadeloupe et de Guyane. Or, les marchés en cause se caractérisent par leur étroitesse et leur maturité, ainsi que par la rareté des terrains fonciers nécessaires à l'ouverture d'une nouvelle station-service, autant de facteurs qui rendent très difficiles de nouvelles entrées. L'opération a pu être autorisée au regard des mesures correctives proposées par les parties consistant en des cessions de stations-services permettant de maintenir une diversité d'offreurs et de préserver une concurrence locale en qualité. Le marché de la vente de Gaz de pétrole liquéfiés (GPL) en Guyane se caractérisait par une forte concentration, par l'absence des enseignes de la grande distribution et par d'importantes barrières à l'entrée telles, notamment, les nombreuses réglementations liées au caractère potentiellement dangereux du GPL. Dans ce contexte, la forte position que Rubis acquérait du fait de l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence. Les parties ont cependant proposé de céder l'activité GPL de Chevron en Guyane, engagement permettant d'éliminer tout chevauchement entre les parties.

### Les opérations Agrial/Elle & Vire et Cofepp/Quartier français spiritueux

Les lignes directrices de l'Autorité de concurrence en matière de contrôle des concentrations soulignent que le pouvoir de marché d'une entreprise peut être efficacement limité par la puissance d'achat ou contre-pouvoir des acheteurs. La concentration des acheteurs, leur taille ou la diversité de leurs achats sont des facteurs susceptibles de leur conférer une puissance d'achat compensatrice. L'Autorité et le Conseil de la concurrence ont ainsi estimé dans plusieurs avis que la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle confère aux enseignes donnent aux distributeurs un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs.

L'exercice d'un contre-pouvoir des distributeurs vis-à-vis de leurs fournisseurs n'est toutefois pas absolu. Il suppose en premier lieu que les distributeurs disposent de sources alternatives d'approvisionnement et, en second lieu, qu'ils puissent aisément changer de fournisseurs. Le contre-pouvoir de la demande n'existe que dans la mesure où celle-ci est en mesure de menacer de se tourner, dans un délai raisonnable, vers des sources alternatives d'approvisionnement, si le fournisseur décide d'augmenter ses prix. En 2011, l'Autorité a ainsi écarté l'argument du contre-pouvoir de la demande dans deux opérations de concentration impliquant des fournisseurs de la grande distribution, dans la mesure où celle-ci ne disposait pas d'alternatives suffisantes pour utiliser son contre-pouvoir.

Dans l'affaire Cofepp/QFS (11-DCC-187) relative au secteur du rhum, l'Autorité a ainsi considéré que le système de contingentement du rhum des DOM, en limitant mécaniquement la capacité des opérateurs alternatifs à exporter plus de rhum des départements d'outre-mer vers la métropole, ne permettait pas aux GMS de remplacer les quantités fournies par QFS par des volumes supplémentaires fournis

par d'autres opérateurs, ce qui limitait considérablement la capacité des clients à faire jouer leur puissance d'achat. Pour les mêmes raisons liées à un manque de disponibilité des volumes, l'Autorité a constaté que les distributeurs ne seraient pas en mesure de promouvoir l'entrée ou l'expansion d'un nouveau fournisseur sur le marché du rhum. De même, les distributeurs n'auraient pas été en mesure de développer leurs marques de distributeur (MDD) sur le marché du rhum, dans la mesure où l'Autorité a relevé que la Cofepp demeurait le principal fournisseur de rhum sous MDD et que toute tentative de développement des MDD se heurterait au même problème d'approvisionnement en rhum contingenté.

Dans l'affaire Agrial/Elle & Vire (**11-DCC-150**) relative au secteur du cidre, l'Autorité a également constaté que les distributeurs ne disposaient pas des alternatives suffisantes pour exercer un éventuel contre-pouvoir. En premier lieu, ni les concurrents actuels ni les concurrents potentiels ne seraient en mesure de répondre à la demande de la grande distribution en cidre français si celle-ci voulait diversifier ses approvisionnements, les concurrents existant étant bien plus petits en termes de volume de vente et de capacités de production. En particulier, s'agissant des produits vendus sous MDD, il est apparu que les GMS ne pouvaient envisager de se passer des capacités de production d'Agrial compte tenu des volumes nécessaires. De même, l'Autorité a relevé que même en cas d'augmentation significative du prix du cidre, les enseignes n'auraient pas été en mesure de le remplacer dans les linéaires par d'autres boissons alcoolisées comme le vin ou la bière, le cidre demeurant un produit incontournable pour certains consommateurs dont les GMS n'envisagent pas de se passer dans les linéaires.

### *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. Cette stratégie de verrouillage peut concerner les marchés amont lorsque la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux. Ce verrouillage peut également viser les marchés aval, lorsque l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval.

### **Décision 11-DCC-134 relative à l'acquisition par le Groupe Bernard Hayot d'un hypermarché martiniquais précédemment exploité sous enseigne Cora**<sup>170</sup>

Le Groupe Bernard Hayot (ci-après « GBH ») présente la particularité d'être actif en Martinique à la fois au stade de la vente au détail – par l'exploitation de deux hypermarchés sous enseigne Carrefour – et au stade de la vente en gros et de l'approvisionnement des grandes et moyennes surfaces (ci-après « GMS »). L'opération

<sup>170</sup>. Décision 11-DCC-134 du 2 septembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

notifiée permettait donc à un acteur verticalement intégré de se renforcer sur le marché aval de la distribution au détail en Martinique.

Par ailleurs, eu égard à la zone géographique concernée, l'Autorité a tenu compte, pour son analyse concurrentielle de l'opération, des spécificités qui caractérisent les marchés ultramarins. Elle a ainsi relevé en l'espèce que le circuit majoritairement choisi par les distributeurs martiniquais demeure celui des grossistes-importateurs. La combinaison des avantages pratiques et tarifaires octroyés par les fabricants et la réticence de ces derniers à permettre les importations directes, parallèles à celles de leurs intermédiaires grossistes, ne permettait pas de considérer que l'approvisionnement direct pouvait constituer en Martinique une alternative à l'intermédiation des grossistes. Partant, l'Autorité a relevé qu'il ne pouvait être exclu que GBH soit en mesure d'influencer les conditions de la concurrence en amont pour les produits dont il assure la distribution.

Afin d'évaluer en l'espèce la probabilité d'un tel scénario de verrouillage, l'Autorité a examiné, premièrement, si la nouvelle entité avait, après la fusion, la capacité de restreindre l'accès des GMS martiniquaises aux approvisionnements de produits alimentaires et non alimentaires que GBH distribue au stade du gros, deuxièmement, si ses incitations à le faire étaient suffisantes, et, troisièmement, si une stratégie de verrouillage avait un effet significatif sur les marchés en cause.

Au terme de son analyse, l'Autorité a constaté qu'en tant que grossiste-importateur, le Groupe Bernard Hayot bénéficie d'exclusivités de distribution, de droit ou de fait, pour certains produits de marque, de la part d'importants fournisseurs nationaux sur l'ensemble du territoire martiniquais. L'Autorité a estimé qu'en se renforçant sur le marché aval, le Groupe Bernard Hayot pourrait ainsi être incité à restreindre l'approvisionnement des enseignes concurrentes en produits de marques nationales, produits qu'il leur fournit en tant que grossiste et pour lesquels ses concurrents ont peu ou pas d'alternatives d'approvisionnement.

L'enquête de marché menée a également révélé que le Groupe Bernard Hayot, comme la plupart des grossistes-importateurs agissant pour le compte de grandes marques nationales, est chargé de répartir les budgets de coopération commerciale octroyés par les fabricants nationaux entre les différentes enseignes distribuant leurs produits. Dès lors, l'Autorité a estimé que, à la suite de l'opération, l'acquéreur pourrait être incité à favoriser ses propres magasins lors de la répartition des budgets de coopération commerciale ou par l'utilisation d'informations sur les campagnes de promotion préparées par ses concurrents.

### *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.

Dans sa décision **11-DCC-150** relative au secteur agricole, et plus particulièrement aux marchés de la collecte de lait et de la distribution de produits d'agrofourniture auprès des agriculteurs, l'Autorité a eu l'occasion d'évaluer la probabilité d'un tel scénario, en examinant, premièrement, si l'entité aurait la capacité d'évincer ses concurrents, deuxièmement, si elle aurait un intérêt économique à le faire et, troisièmement, si une stratégie de verrouillage du marché aurait une incidence négative significative sur la concurrence.

### **La capacité à verrouiller le marché**

L'Autorité a tout d'abord constaté que le marché de la collecte de lait auprès des agriculteurs, sur lequel sont actives les deux coopératives Agrial et Elle & Vire, était caractérisé par un contexte global de surproduction, conduisant ainsi les agriculteurs adhérant jusqu'à présent à la coopérative Elle & Vire à devoir rejoindre la coopérative absorbante Agrial afin de sécuriser leurs débouchés. S'il a été démontré que la future entité n'aurait pas la possibilité d'exploiter cette puissance d'achat sur le marché même de la collecte de lait, il a en revanche été relevé que celle-ci aurait pu en user sur le marché de la distribution de produits d'agrofourniture (pour les cultures et l'alimentation animale), en conditionnant la collecte de lait à une obligation préalable d'approvisionnement des agriculteurs en semences, engrais ou aliments pour bovins auprès de son réseau de distribution.

L'Autorité a considéré en particulier que la nouvelle entité disposait de deux instruments statutaires lui octroyant les moyens d'exploiter, par un effet de levier, cette situation existante sur le marché de la collecte de lait. En effet, tant les statuts généraux de la coopérative absorbante que le premier projet de règlement intérieur de la filière laitière prévoyaient une clause selon laquelle la vente de lait auprès de la coopérative ne peut avoir lieu que si l'agriculteur s'est, au préalable, engagé à acheter l'ensemble de ses intrants auprès du réseau de la coopérative.

### **L'incitation à verrouiller le marché**

L'incitation à évincer les concurrents par le biais de ventes groupées ou liées dépend du degré de rentabilité de la stratégie mise en œuvre. L'autorité a constaté que la distribution de produits d'agrofourniture pour culture et la distribution d'aliments pour le bétail constituaient les premier et second secteurs qui permettent de dégager le plus important résultat de la coopérative absorbante, cette dernière ayant ainsi tout intérêt à favoriser ces activités. Dans le même temps, l'Autorité a démontré que les coûts inhérents à l'exploitation de cet effet de levier seraient très limités, compte tenu du caractère incontournable des deux activités pour les agriculteurs et du fait que cette stratégie n'aurait pas nécessité d'investissements lourds pour la nouvelle entité.

### **L'effet anticoncurrentiel significatif de cette stratégie de verrouillage**

L'Autorité a expliqué que ce scénario de verrouillage des marchés de la distribution de produits d'agrofourniture pourrait concerner une part significative

d'exploitations agricoles de la région de Basse-Normandie et pourrait conduire, du fait de l'existence déjà de fortes parts de marché sur ceux-ci, à une déstabilisation importante de la concurrence de nature à l'évincer à terme.

En outre, il a été relevé qu'aucun facteur n'était en mesure de contrer cet impact anticoncurrentiel. En effet, compte tenu d'importantes barrières à l'entrée sur les marchés concernés, il était peu probable que l'entrée de nouveaux concurrents vienne faire échec au scénario décrit ci-dessus. De même, l'éventualité d'une redistribution des bénéfices par l'intermédiaire du principe coopératif n'était pas en mesure de pouvoir neutraliser un risque d'augmentation sensible du prix des produits d'agrofourniture auprès des agriculteurs.

Afin de remédier aux problèmes identifiés, des mesures correctives (modification des clauses statutaires en question) ont donc été prévues.

### 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>171</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 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 2011, l'Autorité de la concurrence a autorisé sept opérations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties<sup>172</sup>. Une d'entre elles faisait l'objet d'une demande de renvoi présentée par la partie notifiante en application

<sup>171</sup>. Voir § 521 et suivants des lignes directrices.

<sup>172</sup>. Décision 11-DCC-34 du 25 février 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de Ne Varietier par GDF Suez; décision 11-DCC-87 du 10 juin 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Média Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group; décision 11-DCC-102 du 30 juin 2011, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Rubis des actifs de la société SPAC (groupe Chevron) dans les Antilles et la Guyane; décision 11-DCC-114 du 12 juillet 2011, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe L'Est républicain par la Banque fédérative du Crédit mutuel; décision 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial; décision 11-DCC-134 du 2 septembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par le Groupe Bernard Hayot; décision 11-DCC-187 du 13 décembre 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier français spiritueux par la Compagnie financière européenne de prise de participation.

de l'article 4, § 4 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil <sup>173</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.

### ***GDF Suez/Ne Varietur***

Dans la décision **11-DCC-34**, relative à la prise de contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez, l'opération conduisait à renforcer significativement le pouvoir de marché de GDF Suez sur le marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur (chauffage, eau chaude sanitaire), compte tenu du nombre de réseaux déjà confiés en gestion de délégation de service public par les collectivités locales au groupe GDF Suez. Malgré la faible pression concurrentielle exercée au moment de l'opération par Ne Varietur, l'Autorité a relevé que, compte tenu de la longue durée des contrats de délégation de service public (de douze à vingt-quatre ans) et l'existence de barrières à l'entrée pour les concurrents dans les régions où le groupe sera fortement implanté à l'issue de l'opération (en Bourgogne et Pays-de-la-Loire), l'acquisition contribuait à affaiblir la concurrence. Enfin, la prise de contrôle exclusif par GDF Suez de Ne Varietur, aujourd'hui partiellement sous-traitant de l'exploitation du réseau de la ville de Meaux pour le compte de Coriance, conduisait à restreindre les chances de cette dernière de présenter une candidature crédible lors du renouvellement de cette délégation de service public.

Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence identifiés, GDF Suez a pris deux séries de mesures. La première consiste pour GDF Suez à proposer aux collectivités de Saint-Pierre-des-Corps et Montceau-les-Mines, la possibilité de résilier unilatéralement les contrats de délégation de service public de gestion de réseaux de chaleur avec les filiales de Ne Varietur qui en assurent actuellement l'exploitation. La deuxième consiste à accorder à la société Énergie Meaux Exploitation, filiale de Coriance titulaire de la délégation de service public du réseau de chaleur de la ville de Meaux, un droit unilatéral de résiliation du contrat d'exploitation qui matérialise la sous-traitance de la gestion de ce réseau à Ne Varietur.

### ***HTM/Saturn***

Dans la décision **11-DCC-87**, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Média Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group (HTM), l'opération conduisait à renforcer significativement le pouvoir de marché des enseignes d'HTM, Boulanger et Électro Dépôt, sur les marchés aval de la distribution de produits électrodomestiques dans les zones d'Aubergenville (78), de Mulhouse (68), de Tours (37), d'Angers (49), d'Avignon (84), du Havre (76), et de Toulon

<sup>173</sup>. Décision 11-DCC-87 du 10 juin 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Média Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group.

(83), sur lesquels la nouvelle entité avait une part de marché très importante sans que les concurrents présents soient en mesure d'y exercer une pression concurrentielle suffisante.

Afin de lever ces doutes, HTM s'est engagé, d'une part, à céder cinq points de vente Saturn dans les villes d'Aubergenville, Mulhouse, Angers, Le Havre et Toulon et un point de vente Boulanger à Tours et, d'autre part, à renoncer au projet d'ouverture du magasin Saturn de Vedène près d'Avignon.

### *Rubis/Chevron Antilles-Guyane*

Dans la décision **11-DCC-102**, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Rubis (enseigne Vito) des actifs de la société SPAC (groupe Chevron opérant sous l'enseigne Texaco) dans les Antilles et la Guyane, l'Autorité a estimé que l'opération risquerait de renforcer de façon significative la présence du groupe Rubis sur certains marchés locaux de la vente de carburants en réseau en Guadeloupe (zones de Basse-Terre et de Capesterre) et en Guyane (zone de Cayenne) et sur le marché de la vente de GPL conditionné en Guyane. La nouvelle entité y détiendrait en effet de très fortes parts de marché, sans que les concurrents présents soient en mesure d'y exercer une pression concurrentielle suffisante. L'Autorité a considéré que cette situation aggraverait les effets de la faible concurrence constatée sur l'ensemble des marchés de carburants en Antilles-Guyane <sup>174</sup> et qu'en dépit de l'actuelle réglementation des prix, elle était de nature à affecter la qualité des services.

Afin de remédier aux problèmes de concurrence soulevés, Rubis s'est engagée à céder deux stations-service Texaco situées dans les zones de Basse-Terre et de Capesterre-Belle Eau en Guadeloupe et quatre stations-service (deux à l'enseigne Vito <sup>175</sup> et deux à l'enseigne Texaco) situées dans la zone de Cayenne en Guyane. Elle s'est également engagée à céder les activités de Chevron dans le GPL en Guyane.

### *BFCM/Est républicain*

Dans la décision **11-DCC-114**, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe l'Est républicain par la Banque fédérative du Crédit mutuel (BFCM), l'Autorité de la concurrence a constaté que, dans le Nord-Est de la France, l'acquéreur détiendra l'ensemble des titres de la presse quotidienne régionale alors qu'une concurrence s'exerçait jusqu'à présent entre les titres sur certaines zones. En effet, un des titres de presse quotidienne régionale détenus par la BFCM, *L'Alsace-Le Pays*, entrait en concurrence frontale avec certains titres du groupe l'Est républicain (*L'Est républicain* et *Les Dernières Nouvelles d'Alsace*), dans le Haut-Rhin, sur l'arrondissement de Sélestat dans le Bas-Rhin et sur le territoire de Belfort. Si tout risque d'augmentation des prix dans les zones concernées a pu être écarté, l'opération risquait de conduire à une homogénéisation du contenu des titres, se

174. Voir l'avis 09-A-21 du 24 juin 2009 sur la situation de la concurrence sur les marchés de carburants dans les DOM.

175. À la demande du repreneur, la station CoDo « Vito Montabo » peut se substituer à la station DoDo « Vito Zéphir ».

traduisant pour le consommateur/lecteur par une réduction de la qualité et de la diversité des journaux de presse quotidienne régionale.

Pour garantir le maintien de la qualité des titres, la BFCM s'engage tout d'abord à ne pas procéder à l'harmonisation des contenus entre *L'Est républicain* et *Le Pays* d'une part, et *Les Dernières Nouvelles d'Alsace* et *L'Alsace*, d'autre part. Seules les informations par nature indifférenciées (météo, hippisme, programmes de télévision, etc.), c'est-à-dire les informations factuelles ne comportant pas d'apport personnel de la rédaction, transmises en l'état au lecteur, pourront faire l'objet d'une telle harmonisation. Ces titres continueront à disposer d'une rédaction en chef dédiée. De même pour maintenir l'actuelle diversité des titres de PQR dans les zones concernées, la BFCM s'est engagée à maintenir la diffusion des *Dernières Nouvelles d'Alsace* et de *L'Alsace* dans le département du Haut-Rhin et dans l'arrondissement de Sélestat (Bas-Rhin) et de *L'Est républicain* et du *Pays* dans le territoire de Belfort <sup>176</sup>.

### *Groupe Bernard Hayot/Cora Cluny*

Dans la décision **11-DCC-134**, relative à la prise de contrôle exclusif du magasin Cora Cluny en Martinique, appartenant au groupe Louis Delhaize, par le Groupe Bernard Hayot, l'Autorité a estimé que l'opération soulevait un risque d'entrave à la concurrence par le biais d'effets verticaux. En effet, outre l'exploitation de magasins de détail, le Groupe Bernard Hayot intervient comme grossiste-importateur sur le marché de l'approvisionnement de la Martinique en produits de grande consommation. L'Autorité a donc considéré que le renforcement, même limité, de sa position sur les marchés de détail de la distribution à dominante alimentaire de l'île accroît le risque que le groupe soit en mesure de fausser le jeu de la concurrence sur ces marchés en dégradant les conditions d'exploitation des enseignes concurrentes, aux dépens des consommateurs.

Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence, le Groupe Bernard Hayot s'est engagé à renoncer à toute clause d'exclusivité, contractuelle ou non, restreignant la liberté de ses fournisseurs de commercialiser leurs produits auprès d'autres intermédiaires actifs sur les marchés de l'approvisionnement et de la vente en gros auprès des GMS, ou bien auprès de distributeurs concurrents. Le groupe s'est également engagé à s'abstenir de toute intervention dans les relations entre ses fournisseurs et les distributeurs concurrents visant à obtenir une exclusivité de fait.

De plus, afin de remédier au risque de traitement discriminatoire des activités de détail concurrentes des siennes par ses activités au stade du gros, le groupe s'est aussi engagé à s'assurer que les budgets de coopération commerciale reçus par ses filiales intervenant au stade de la fourniture en gros de la part de leurs fournisseurs soient ensuite alloués entre les magasins qu'il détient et ceux de ses concurrents sans discrimination et sur la base de critères commerciaux transparents, objectifs

<sup>176</sup>. Pour autant que la diffusion de *L'Est républicain* sur le territoire de Belfort se maintienne à un niveau supérieur à 10 000 exemplaires par jour.

et vérifiables. Le groupe s'est enfin engagé à assurer une exploitation autonome de ses activités de grossiste-importateur, distincte de celles de distribution au détail.

### *Agrial/Elle & Vire*

Dans la décision **11-DCC-150**, relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial, l'Autorité de la concurrence a relevé l'existence de deux types de problèmes concurrentiels en Normandie.

Sur le marché de la collecte de lait, la grande majorité des producteurs de lait collectés par la coopérative Elle & Vire n'auront pas d'autre choix que de rejoindre la coopérative Agrial pour sécuriser leurs débouchés. Si tout risque d'exploitation de la puissance d'achat d'Agrial sur le marché de la collecte de lait a pu être écarté, le groupe coopératif pourrait en revanche en user sur le marché de la distribution de produits d'agrofourriture, en conditionnant la collecte de lait à une obligation préalable, pour les exploitants agricoles, d'acheter leurs semences, engrais, produits phytosanitaires et aliments pour bétail auprès de son réseau de distribution. Outre un risque d'éviction des distributeurs concurrents et d'augmentation des prix, ce verrouillage du marché de la distribution de produits d'agrofourriture priverait également les agriculteurs de la possibilité de choisir leurs fournisseurs. Pour éliminer le risque de verrouillage, Agrial s'est engagée à modifier ses statuts pour ne pas conditionner la collecte des produits de ses adhérents à une obligation d'achat préalable des produits qu'elle distribue (alimentation de leurs animaux et autres produits d'agrofourriture).

Sur le marché de la commercialisation du cidre en France, compte tenu de la part de marché déjà très importante d'Agrial, l'Autorité de la concurrence a estimé que l'acquisition des activités cidricoles d'Elle & Vire, son principal concurrent, risquerait de renforcer de façon significative la position dominante du groupe coopératif. Pour éliminer ce risque, Agrial s'est engagé à céder les deux cidreries d'Elle & Vire situées sur les communes de Condé-sur-Vire (50) et Cahagnes (14), en région Basse-Normandie, avec l'ensemble des actifs et des contrats nécessaires au fonctionnement de celles-ci.

### *Cofepp/Quartier français spiritueux*

Dans la décision **11-DCC-187**, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier français spiritueux (QFS) par la Compagnie financière européenne de prise de participation (Cofepp) l'Autorité a constaté, après un examen approfondi en application de l'article L. 430-6 du Code de commerce, que l'opération notifiée aurait conféré à la nouvelle entité de très fortes parts de marché sur les marchés de la vente de rhum en magasins alimentaires ainsi que le contrôle d'une large partie de l'outil de production de rhum dans les DOM. L'opération aurait ainsi permis à la Cofepp de rassembler la majeure partie des marques de rhum disposant d'une forte notoriété, les rhums La Mauny, Trois Rivières et Charrette s'ajoutant aux marques déjà détenues par la Cofepp. S'agissant du rhum vendu

sous marques de distributeurs (MDD), la Cofepp et QFS sont les deux principaux fournisseurs de la grande distribution alors que, sur ce marché, le système des contingents limite l'accès à la matière première et donc les possibilités de développement d'une offre concurrente.

Afin de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées, la Cofepp s'est engagée à céder l'ensemble des actifs de Quartier français spiritueux à la Martinique, parmi lesquels une distillerie, plusieurs marques de rhum (notamment La Mauny et Trois Rivières) et une société de distribution. Cet engagement élimine le cumul d'activité qui aurait résulté de l'opération.

À La Réunion, la Cofepp s'est engagée à céder la marque de rhum Charrette et la distillerie de Savanna. La cession de la seule distillerie de Savanna n'équivalait cependant pas à la contribution de QFS à la production du rhum Charrette avant l'opération et la Cofepp s'est donc engagée, pour compléter le contingent dont le repreneur de la distillerie Savanna sera titulaire, à céder au repreneur un volume de rhum contingenté supplémentaire. Ce volume correspond aux ventes du rhum Charrette en métropole en 2010 sur le circuit off-trade augmenté d'une marge de progression permettant de soutenir les perspectives de développement de la marque.

Par ailleurs, la Cofepp s'est engagée à fournir annuellement des volumes de rhum contingentés à des opérateurs actifs en matière de vente de rhum aux grandes enseignes de distribution alimentaire pour une commercialisation en MDD. En offrant aux tiers une opportunité d'approvisionnement en rhum non agricole de La Réunion inexistante avant l'opération, cet engagement permettra l'émergence d'offres alternatives crédibles aux appels d'offres organisés par les enseignes de la grande distribution.

## 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.

Cette partie présentera les avis rendus selon les différents fondements législatifs en fonction des secteurs abordés, à savoir l'agriculture, les transports, les jeux en ligne, les télécommunications, l'énergie et les sociétés publiques locales.

### Avis rendus dans le secteur de l'agriculture

L'Autorité a rendu plusieurs avis concernant le secteur de l'agriculture, plus précisément concernant les modalités de négociations de contrats dans les filières de l'élevage, des accords interprofessionnels, et enfin, concernant un projet de décret sur le contenu d'accords de modération des marges de distribution.

#### *Sur les modalités de négociations des contrats commerciaux dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles (avis 11-A-11 du 12 juillet 2011)*

Les 31 mai et 30 juin 2011, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre chargé de l'Économie, de deux demandes d'avis ; la première portant sur un accord d'engagement de prise en compte des variations excessives des prix de l'alimentation animale dans les négociations commerciales dans certaines filières de l'élevage, conclu le 3 mai 2011, par différents opérateurs économiques (organisations syndicales, fédérations professionnelles, entreprises des secteurs agricole et industriel, distributeurs) ; et la seconde, portant sur les clauses susceptibles d'être introduites dans les contrats commerciaux du secteur de l'élevage entre les opérateurs de la filière pour tenir compte de la volatilité des prix des matières premières agricoles.

#### **Sur l'accord d'engagement de prise en compte des variations excessives des prix de l'alimentation animale dans les négociations commerciales de la filière de l'élevage**

Cet accord prévoit que, dans un contexte économique de forte volatilité des prix des matières premières agricoles et en cas de variation excessive des prix des aliments des bovins, porcs et volailles, les parties signataires s'engagent à ouvrir des négociations sur les conditions de vente des produits animaux. Par ailleurs, l'article 8 de cet accord prévoit que la validité de ce dernier est soumis à un avis favorable de l'Autorité de la concurrence, qui doit en vérifier, préalablement, son contenu.

Dans son avis, l'Autorité a constaté qu'elle n'a pas été saisie sur le fondement de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche maritime, qui rendrait sa consultation obligatoire en l'espèce, mais sur celui de l'article L. 462-1, alinéa 2 du Code de commerce, qui permet à l'Autorité de donner son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Or, la demande d'avis n'a formulé

aucune question de concurrence d'ordre général. Pourtant, l'Autorité a considéré que l'accord qui était soumis l'invitait nécessairement à se prononcer sur la validité de son contenu, au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 du Code de commerce, voire, des articles 101 et 102 TFUE. Elle a relevé qu'une telle analyse serait contraire au nouveau régime d'exception légale mis en place par le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, et remplaçant, en cas d'affectation du commerce entre États membres, la procédure de notification des accords et le contrôle *ex ante*. Désormais, les accords non concentratifs ne peuvent faire l'objet d'une notification auprès des autorités nationales de la concurrence compétentes, ni même d'une appréciation préalable par ces dernières. Il ne saurait être question de restaurer l'ancien système, à la faveur de la mise en œuvre de la procédure d'avis nationale.

Par ailleurs, si l'accord ne relevait que du droit français de la concurrence, l'Autorité ne pouvait apprécier sa licéité que dans le cadre d'une saisine contentieuse, impliquant la mise en œuvre d'une procédure contradictoire. L'Autorité a donc considéré que cette demande d'avis n'entrait pas dans le champ d'application de l'article L. 462-1, alinéa 2 du Code de commerce, et a décidé de ne pas se prononcer sur la question de savoir si cet accord du 3 mai 2011 était ou non conforme aux dispositions du Code de commerce.

### **Les recommandations sur les clauses susceptibles d'être introduites dans les contrats commerciaux de la filière de l'élevage entre les opérateurs de la filière pour tenir compte de la volatilité des prix des matières premières agricoles**

L'Autorité a constaté que la demande d'avis s'inscrivait dans un contexte économique nouveau pour les filières concernées, qui affectait leur équilibre économique. En effet, le secteur des matières premières agricoles a connu une variation importante des prix, dont les effets se sont répercutés sur les coûts de production des élevages.

C'est ainsi que de nombreux acteurs concernés (éleveurs, transformateurs, distributeurs) ont signé un accord, le 3 mai 2011, prévoyant la réouverture des négociations commerciales pour limiter les effets de la volatilité des prix des matières premières agricoles. L'Autorité de la concurrence s'est donc interrogée sur deux types de clauses systématiquement insérées dans les contrats commerciaux des opérateurs des filières de l'élevage : d'une part, la clause de lissage de prix (visant à ajuster le prix en fonction des fluctuations de la volatilité des prix de matières premières agricoles), et, d'autre part, la clause de révision de prix.

Dans un premier temps, l'Autorité a rappelé la théorie générale du droit des contrats et du droit de la concurrence, permettant l'insertion de clauses de révision et de lissage des prix. Par ailleurs, les principes de la force obligatoire des contrats et de l'autonomie des volontés imposent aux parties de respecter leurs obligations une fois le contrat conclu.

Dans un second temps, l'Autorité de la concurrence a rappelé sa pratique en matière d'avis (11-A-03), en soulignant que les outils proposés par le législateur, tels que la LME et la LMAP, permettent une meilleure gestion du « risque prix ». En effet, la contractualisation, par exemple, permet de prendre en compte rapidement les déséquilibres du marché, en admettant l'insertion systématique des clauses de révision du prix dans les contrats commerciaux. La contractualisation renforce le pouvoir de négociation des vendeurs agricoles et leur garantit un volume de ventes ainsi qu'un revenu, tout en sécurisant l'approvisionnement des acheteurs. Cependant, s'il est possible de prévoir des clauses de révision de prix, ce prix doit être déterminé dans des conditions permettant d'exclure tout risque d'entente sur les prix. Enfin, l'Autorité de la concurrence a confirmé la possibilité d'insérer des clauses de lissage de prix.

En revanche, l'Autorité a émis la réserve selon laquelle la fixation des prix doit s'effectuer de manière autonome, en tenant compte des coûts propres des parties au contrat commercial et dans le respect de la liberté de négociation de chaque acteur.

### *Sur les accords pris par les organisations interprofessionnelles en application de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche*

Depuis la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010, les organisations interprofessionnelles peuvent contractualiser leurs relations avec les acteurs de leur filière, au moyen d'accords interprofessionnels. Ces accords ont pour objectifs de stabiliser le revenu des agriculteurs et de renforcer la compétitivité de l'agriculture. La LMAP prévoit, pour cela, deux mécanismes de contractualisation. D'une part, l'article L. 632-2-1 du Code rural et de la pêche maritime, qui permet la conclusion d'un accord interprofessionnel pouvant prévoir un ou plusieurs contrats types, contenant certaines clauses énumérées<sup>177</sup>, et dont l'extension peut être demandée à l'autorité administrative. D'autre part, l'article L. 631-24 du Code rural, qui a déjà servi de base aux accords dans les secteurs du lait, des fruits et légumes et dans le secteur ovin (11-A-03).

Ces deux mécanismes ont un régime propre, car la nature des contrats visés par ces dispositions n'est pas la même, étant donné que l'article L. 631-24 du Code rural ne concerne que les contrats de vente des produits agricoles, tandis que les contrats types peuvent être d'une autre nature. De plus, le contenu des clauses se recoupe très largement mais sans être exactement le même. Ainsi, les contrats de vente entrant dans le champ d'application de l'article L. 631-24 du Code rural

<sup>177</sup>. Article L. 632-2-1 du Code rural et de la pêche maritime : « Les organisations interprofessionnelles peuvent définir, dans le cadre d'accords interprofessionnels, des contrats types, dont elles peuvent demander l'extension à l'autorité administrative, intégrant des clauses types relatives aux modalités de détermination des prix, aux calendriers de livraison, aux durées de contrat, au principe du prix plancher, aux modalités de révision des conditions de vente en situation de fortes variations des cours des matières premières agricoles, ainsi qu'à des mesures de régulation des volumes dans le but d'adapter l'offre à la demande. »

doivent comporter un certain nombre de clauses obligatoires<sup>178</sup>. Enfin, l'article L. 631-25 du Code rural prévoit un régime de sanction administrative dans l'hypothèse où un producteur ou un opérateur économique ne respecterait pas les dispositions d'un accord rendu obligatoire en application de l'article L. 631-24 du même Code. Ce régime de sanction administrative ne s'applique pas aux contrats types.

En revanche, les deux régimes convergent en ce que les contrats sont susceptibles d'être étendus, s'ils figurent dans un accord interprofessionnel, après mise en œuvre de la consultation de l'Autorité de la concurrence, par application de l'article L. 632-4 du Code rural. C'est ainsi qu'en 2011, l'Autorité a été saisie à trois reprises pour rendre un avis sur des accords interprofessionnels, concernant le secteur ovin (**11-A-03**), le secteur de la dinde (**11-A-12**) et, enfin, le secteur viticole (**11-A-14**).

### **Avis 11-A-03 du 15 février 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin**

Le 20 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en charge de l'Économie, sur le fondement de l'article L. 632-4, alinéa 4 du Code rural et de la pêche maritime, d'une demande d'avis sur le premier accord interprofessionnel conclu le 1<sup>er</sup> décembre 2010, entre les professions du bétail et des viandes, dans le secteur ovin. L'Autorité a rappelé que cette disposition rendait sa consultation obligatoire, sur tous les projets d'accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle, définissant des clauses types relatives aux modalités de détermination des prix, aux calendriers de livraison, aux durées de contrat et aux modalités de révision des conditions de vente. Cet accord représente l'engagement d'une interprofession dans la contractualisation.

La contractualisation est encouragée par la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010, car elle permet de fixer pour plusieurs années, les quantités et le prix, dans un but de protection de l'agriculteur en cas de variations brutales des cours. Par ailleurs, les agriculteurs voient leur pouvoir de négociation renforcé, et peuvent prévoir le niveau de leurs revenus sur une période de un à cinq an.

L'Autorité avait déjà eu l'occasion de constater que la contractualisation était un outil efficace et positif « *à condition qu'il contribue à orienter les prix, en modifiant le rapport de forces entre les producteurs et les transformateurs et en limitant la volatilité, sans méconnaître les règles de concurrence* » (avis 09-A-48 du 2 octobre 2009, relatif au fonctionnement du secteur laitier). C'est ainsi que l'Autorité émet un avis favorable sur le premier accord interprofessionnel signé dans la filière ovine, tout en attirant l'attention sur les risques de détournement du dispositif contractuel liée au phénomène de concentration de l'offre et en rappelant le respect du principe de non-discrimination entre vendeurs et acheteurs nationaux et européens.

<sup>178</sup>. Des clauses obligatoires telles que celles « *relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture* ». En outre, « *ces clauses prévoient l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs et aux opérateurs économiques les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison* ».

### *Les recommandations sur la promotion de l'organisation des filières et de la contractualisation dans le respect des règles de la concurrence*

L'Autorité a constaté que la recherche d'un renforcement du pouvoir de négociation des producteurs semble contradictoire avec la limitation du nombre des acheteurs avec lesquels un éleveur peut commercialiser sa production. Cette limitation du nombre des acheteurs découle d'une concentration structurelle progressive des producteurs, encouragée par le Code rural et le régime de majoration de l'aide au secteur ovin mis en place par le règlement (CE) n° 73/2009 ; le but de la concentration de l'offre permettant la restructuration de la filière et une meilleure visibilité pour les acheteurs. Néanmoins, l'Autorité a rappelé que la concentration de l'offre doit se limiter à des structures d'organisation en conformité avec les règles de la concurrence, ce qui nécessite la vérification de l'absence de situation en position dominante de la structure candidate. Ainsi, comme l'avait déjà constaté l'Autorité dans un précédent avis, « *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* » (avis 10-A-28 du 13 décembre 2008, relatif à deux projets de décrets imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles).

### *Les recommandations sur le contenu de l'accord interprofessionnel*

Concernant le champ d'application du contenu de l'accord interprofessionnel, il a été précisé que l'obligation de proposer des contrats commerciaux ne porte que sur le premier niveau de la filière, à savoir les transactions passées entre les éleveurs et les acheteurs, excluant donc le second niveau de la filière concernant la contractualisation entre l'opérateur économique, au sens de l'article L. 551-1 du Code rural et de la pêche maritime, et son acheteur. L'accord ne concernait donc que les circuits courts alors que selon l'Autorité, pour sécuriser les différentes parties, la contractualisation devrait engager l'ensemble des maillons de la filière, du producteur au distributeur. L'Autorité a encouragé la contractualisation entre acheteurs et distributeurs et a invité les pouvoirs publics à faciliter la mise en place d'un accord de second niveau, d'ailleurs réclamé par l'interprofession. Les pouvoirs publics pourraient définir un échéancier précis pour son adoption.

Concernant les clauses relatives à la durée du contrat, fixée à une année, et les clauses relatives aux conditions de résiliation du contrat, l'Autorité n'a pas fait d'observations particulières, considérant que ces dispositions sont adaptées aux capacités de production et au besoin du marché.

Concernant les clauses relatives aux modalités de collecte et de livraison, l'accord interprofessionnel précisait qu'elles pouvaient faire l'objet de spécifications particulières prévues par des contrats pris en application de l'accord. L'Autorité de la concurrence a considéré qu'elle ne pouvait formuler des observations particulières, étant donné l'impossibilité, en l'état actuel, de savoir si les clauses négociées dans ces contrats particuliers, seront pro ou anticoncurrentielles.

En revanche, l'Autorité a rappelé que la fixation et la variation des volumes de production, au moyen des clauses de quantité insérées dans un contrat entre un acheteur et un producteur, sont compatibles avec le droit de la concurrence, aux conditions qu'elles traduisent la liberté de négociation des parties et qu'elles ne visent pas à restreindre le jeu de la concurrence dans le marché intérieur (en favorisant, par exemple, la commercialisation des producteurs ovins français).

Enfin, concernant les clauses de prix, l'Autorité a indiqué qu'aucun prix fixe ne devrait figurer de manière uniforme dans les contrats. En effet, selon l'Autorité, la diffusion d'indicateurs de référence ne doit pas s'assimiler à des recommandations de prix, même si les producteurs espèrent que la contractualisation débouchera sur des prix minima garantis par l'interprofession. L'application pure et simple de recommandations de prix émises par l'interprofession est incompatible avec le droit de la concurrence, car contraire à l'individualisation des prix effectuée par un opérateur économique, compte tenu de ses charges et de ses coûts divers. L'Autorité a souvent rappelé que les recommandations de prix sont inefficaces au plan économique, car pouvant engendrer des effets pervers, tel qu'un prix trop élevé pouvant inciter les acheteurs à privilégier les importations. L'Autorité reconnaît que la difficulté de la contractualisation réside dans la mise en place d'indicateurs de tendance fiables qui doivent permettre aux producteurs de fixer le prix de vente de leurs produits à partir d'éléments objectifs et de retenir des indicateurs adéquats pour l'évolution des prix au cours de l'exécution du contrat, sans que ces indicateurs ne présentent un caractère normatif. Pour cela, l'Autorité a recommandé à l'Observatoire de la formation des prix et des marges d'accompagner la filière ovine dans la phase de contractualisation, dans l'élaboration d'indices pertinents et efficaces, pouvant tenir compte des coûts entrant dans le prix de la production, des prix à la consommation et de la cotation des viandes à l'étranger. Par ailleurs, l'Autorité a encouragé la DGCCRF à exercer son rôle de veille sur les prix pendant la phase de contractualisation.

### **Avis 11-A-12 du 27 juillet 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur de la dinde**

L'Autorité de la concurrence a été saisie le 1<sup>er</sup> juin 2011 par le ministre en charge de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, d'une demande d'avis relative à un accord interprofessionnel en date du 3 novembre 2010 et prévoyant un contrat type afin d'en permettre l'extension par l'autorité administrative. Cet accord a été conclu sur la base de l'article L. 632-2-1 du Code rural, entre les professions de la dinde française, avec pour objectif de donner aux éleveurs un cadre juridique clair et stable, au moment où ils doivent financer le renouvellement de leurs installations (la mise en adéquation du niveau de production et du besoin prévisionnel, afin de sécuriser les débouchés des producteurs, ainsi que l'incitation des éleveurs à produire un type d'animaux correspondant à la demande du marché, et, enfin, améliorer les techniques de production). Par ailleurs, l'accord permettait de régler des formalités pratiques liées à la production et à la livraison, et servait de texte de référence en cas de litiges entre les organisations de producteurs et

les transformateurs. Enfin, à la différence du secteur ovin, cet accord n'avait pas pour objectif de structurer une filière déjà organisée, ni de mettre en place des quantités d'achat minimum.

Concernant le champ d'application de l'accord interprofessionnel, l'Autorité de la concurrence n'a pas formulé d'observations particulières, constatant simplement qu'il portait sur les relations entre les organisations de production et les transformateurs, n'impliquant donc pas la distribution et n'ayant pas la vocation d'être étendu à l'aval. Tous les types de dindes, quelles que soient leur qualité, étaient pris en compte. Enfin, l'accord s'appliquait à la phase des négociations de la contractualisation.

Par ailleurs, l'Autorité a observé que le contrat cadre établi par le CIDEF ne prévoyait aucune clause relative à des volumes minimaux, à une durée d'engagement minimal, ou encore à la fixation d'un prix de vente. En revanche, des clauses techniques étaient prévues, relatives à l'objet du contrat, à la planification de la production par le transformateur, à la commande, à la traçabilité des produits, aux règles d'enlèvement des lots ou aux règles de responsabilité du transporteur des volailles, au classement et saisie des animaux non conformes, et enfin, à la durée du contrat et du préavis de dénonciation du contrat. Ces clauses n'ont pas fait non plus l'objet d'observations particulières de la part de l'Autorité de la concurrence.

Ainsi, l'Autorité a émis un avis favorable à l'extension de l'accord interprofessionnel qui, selon elle, préserve la liberté de négociation des acteurs de la filière, sur les principaux éléments du contrat cadre, tels que la durée, les quantités et la détermination du prix. Cependant, et sur ce dernier point, l'Autorité a appelé à la vigilance, en indiquant que la clause relative à la détermination du prix et à ses modalités d'évolution, ne devait pas permettre l'existence d'accords anticoncurrentiels sur les niveaux de prix pratiqués par les opérateurs de la filière.

### **Avis 11-A-14 du 26 septembre 2011 relatif à un accord interprofessionnel du secteur viticole (vins de la région de Bergerac)**

Le 25 juillet 2011, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en charge de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, d'une demande d'avis sur un accord interprofessionnel conclu le 28 janvier 2011 par le Conseil interprofessionnel des vins de la région de Bergerac (CIVRB) et pour lequel l'interprofession demandait une extension par voie d'arrêté interministériel.

La contractualisation dans le secteur viticole et la mise en place de contrats types par les interprofessions viticoles ont eu pour rôle de donner une meilleure visibilité, aux exploitants, sur les orientations du marché. En effet, la vigne est une culture pérenne, ce qui implique que les producteurs doivent patienter quelques années avant la récolte de fruits matures et que les cycles sont relativement longs. En outre, le prix de marché est sensible aux volumes de la récolte. Il existe ainsi une volatilité des prix d'une région à l'autre, ce qui constitue un facteur de déstabilisation pour les producteurs. La contractualisation permet un partenariat, une confiance et une sécurité pour les acheteurs du secteur.

L'Autorité de la concurrence a émis un nouvel avis favorable sur les clauses de l'accord interprofessionnel conclu le 28 janvier 2011, et a considéré qu'il laissait une marge de manœuvre importante aux négociations commerciales entre les opérateurs économiques, et qu'il préserve la liberté de négociation des parties sur l'ensemble des éléments du contrat type.

En effet, l'accord interprofessionnel, conclu pour une durée de trois ans, prévoyait trois contrats types de vente, dont deux concernant les ventes ponctuelles, et un concernant l'achat pluriannuel (contrat type conclu pour une durée minimale de deux campagnes consécutives, à partir du 1<sup>er</sup> août, date de début d'une campagne). S'agissant des deux premiers contrats types, le prix est fixé de gré à gré entre l'acheteur et le vendeur, et s'agissant du dernier contrat type, le prix de vente est négocié chaque année.

Concernant les clauses de délais de retraitaison et de délais de paiement, l'Autorité n'a fait aucune observation particulière concernant les contrats types ponctuels. En revanche, elle a constaté que le contrat type de vente pluriannuel prévoyait une dérogation par rapport au régime général des délais de paiement, en forçant l'acheteur à payer dans des délais plus courts que ceux prévus par le Code de commerce, dans le cas où la retraitaison interviendrait tardivement (alors qu'en cas de retraitement rapide, le régime général des délais de paiement s'applique). Cependant, l'Autorité a rappelé que le Code de commerce autorisait une interprofession à mettre en place des délais de paiement dérogatoires, et a constaté que cette dérogation ne semblait pas de nature à entraver l'exercice effectif de la concurrence, car, d'une part, elle ne s'appliquait que dans des cas rares, et, d'autre part, sa mise en place était un vecteur de sécurisation des paiements et d'écoulement rapide des stocks pour les producteurs.

Concernant les clauses de durée minimale pour les contrats pluriannuels, fixées à deux campagnes consécutives, l'Autorité a considéré qu'elles répondaient aux réalités du marché viticole qui fonctionne par campagnes annuelles successives. En outre, la possibilité de dénonciation des contrats par les deux parties était prévue, satisfaisant ainsi au besoin de visibilité et de sécurité nécessaire aux prises de décision en matière d'investissement.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a validé également les clauses relatives à la transmission de l'intégralité des contrats à l'interprofession, car elle a constaté que cette transmission répondait à des fins statistiques. Par ailleurs, cette centralisation de données était prévue par le Code rural, et enfin, les salariés de l'interprofession étaient tenus par leur contrat de travail à une obligation de confidentialité des informations et données nominatives relatives aux transactions et mouvements de vins. L'Autorité a recommandé à l'interprofession de s'assurer que les indicateurs de prix qu'elle publie répondent aux exigences déjà mises en avant par l'Autorité : les indicateurs de prix doivent porter sur une appellation dans son ensemble, empêchant la possibilité d'identification d'un opérateur, et ils doivent correspondre à des moyennes de prix portant sur les données passées.

***Sur le contenu des accords de modération des marges de distribution prévus dans le secteur des fruits et légumes (avis 11-A-04 du 25 février 2011)***

Un projet de décret en Conseil d'État a été soumis à l'Autorité de la concurrence pour avis, sur saisine du ministre en charge de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le 24 janvier 2011. Ce projet de décret précise le contenu des accords de modération des marges de distribution prévus par l'article L. 611-4-1 du Code rural et de la pêche maritime, introduit par la LMAP.

L'objectif de ce dispositif de modération des marges de distribution dans le secteur des fruits et légumes était, notamment, de réduire les marges réalisées par les principaux opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire lors de la revente de fruits et légumes frais, subissant une forte diminution de leurs prix à l'expédition. La diminution des prix de détail des fruits et légumes en crise doit alors favoriser leur consommation et le retour à l'équilibre entre l'offre et la demande. La LMAP a, par ailleurs, introduit une taxe additionnelle sur les surfaces commerciales, dont sont exonérées les personnes qui sont parties à des accords de modération des marges, conclus avec l'État. Le Code rural définit la marge de distribution comme « *la différence entre le prix de revente hors taxe au consommateur du produit et son prix d'achat hors taxe* ».

La LMAP renvoyait à un décret en Conseil d'État la définition du contenu des accords de modération des marges. C'est ainsi que le projet de décret introduisait un article R. 616-4 dans le Code rural, qui précise les clauses devant figurer dans les accords : les paramètres de la modération des marges, les engagements pris par les distributeurs, la durée des accords. Par ailleurs, le projet de décret précisait que les ministères concernés devaient informer les partenaires aux accords de la mise en place du dispositif de modération quand les conditions d'une crise conjoncturelle sur un produit étaient réunies.

L'Autorité avait déjà eu l'occasion d'identifier les principales caractéristiques de la filière fruits et légumes, pertinentes pour l'examen du présent projet de décret. C'est ainsi que le Conseil puis l'Autorité de la concurrence avaient constaté une filière propice à une forte volatilité des prix étant donné un déséquilibre entre l'offre et la demande (lié à une production nationale abondante, à une hausse des importations à bas prix, à une réduction de la consommation...) et la présence d'une forte concentration des acheteurs (grossistes, centrales d'achat, grandes et moyennes surfaces). En outre, la formation des prix et des marges est fondée sur différents paramètres, tels que la variété des niveaux de marge aux différents stades de la filière. Ainsi, le dispositif instauré par le projet de décret permettait d'imposer un taux de marge brute maximum pour les produits subissant une baisse anormale de prix à l'expédition, incitant ainsi à une diminution des marges brutes réalisées par les distributeurs lors de la revente de ces produits.

L'Autorité a donc émis un avis favorable, en considérant que le projet de décret paraissait conforme aux dispositions du droit de la concurrence, et également aux dispositions prévues par le règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du

22 octobre 2007, portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole. En effet, le dispositif mis en œuvre ne paraît pas de nature à altérer le niveau des prix en amont du stade de la vente de détail ou à entraver les échanges intra-communautaires. Ce dispositif maintient également une rémunération équitable des distributeurs, en retenant, comme critère, le taux de marge moyen du rayon hors période de crise. Enfin, le dispositif permet une plus grande efficacité de la filière en période de crise et contribue à la réalisation de l'intérêt général et des consommateurs.

## **Avis rendus dans le secteur du transport ferroviaire (avis 11-A-15 et 11-A-16 du 29 septembre 2011)**

L'Autorité de la concurrence a rendu deux avis concernant le secteur du transport ferroviaire, dans lesquels elle invite les pouvoirs publics, le régulateur sectoriel et la SNCF à assurer l'effectivité de l'ouverture à la concurrence. En effet, faisant suite à la transposition en droit français de directives, la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires (dite « loi ORTF ») a ouvert à la concurrence le transport ferroviaire international de voyageurs. Cette même loi a également créé un régulateur sectoriel, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF).

La question de l'accès des concurrents aux gares s'est posée, donnant lieu à la mise en place de liaisons assurées par des transporteurs concurrents de l'opérateur historique qu'est la SNCF. Ces transporteurs concurrents ont ainsi besoin d'accéder aux gares de voyageurs qui présentent alors les caractéristiques d'une infrastructure essentielle. L'efficacité d'une telle ouverture à la concurrence induit une autonomie renforcée de la direction en charge de la gestion des gares au sein de la SNCF, avec une réelle séparation fonctionnelle, ainsi qu'un renforcement des pouvoirs de l'ARAF.

Pour cela, la SNCF a créé une entité spécifique, intitulée Gare et Connexions, prenant en charge la gestion de l'ensemble des gares de voyageurs du réseau ferré national. Cette organisation a ensuite été reprise par un projet de décret, soumis pour avis à l'Autorité de la concurrence, le 26 juillet 2011.

### ***La nécessité d'une réelle séparation fonctionnelle de la direction de gestion des gares***

L'Autorité de la concurrence a émis plusieurs recommandations quant au projet de décret qui lui a été soumis pour avis. Elle a en effet constaté que l'organisation mise en place par la SNCF laissait trop de latitude à l'opérateur historique, cela ne permettant pas de rendre effective l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire.

Ainsi, concernant la nomination et la révocation du directeur de Gares et Connexions, l'Autorité a constaté que les modalités restaient soumises à l'appréciation du conseil d'administration de la SNCF et de son président. Ce dernier peut également révoquer à tout moment le directeur de Gares et Connexions, ce qui ne permet pas un

renforcement d'autonomie de l'entité en charge de la gestion des gares. L'Autorité a ainsi recommandé de s'inspirer de la procédure de nomination du directeur des circulations ferroviaires, nommé pour cinq années par décret du Premier ministre, sur proposition du ministre chargé des Transports et après avis de l'ARAF.

Concernant le pouvoir de gestion sur le patrimoine des gares, le directeur de Gares et Connexions dispose d'une délégation de pouvoir limitée à 15 millions d'euros pour des opérations d'acquisitions et de cessions, alors que celle du président de la SNCF peut s'élever à 160 millions d'euros. L'Autorité de la concurrence a ainsi recommandé d'assurer, sur ce point, une plus grande autonomie au directeur de Gares et Connexions, en lui attribuant un plus large pouvoir de gestion sur le patrimoine des gares. Le directeur de Gares et Connexions pourrait également, selon l'Autorité, déterminer la politique d'investissements à mettre en œuvre, en prenant des décisions filtrées par un comité d'engagement spécifique.

Concernant la protection des informations commerciales communiquées par les nouveaux entrants à la SNCF, l'Autorité a recommandé de garantir l'imperméabilité entre les activités commerciales de la SNCF et ses missions de gestionnaire d'infrastructures de services, afin d'éviter un déséquilibre dans la compétition.

Enfin, l'Autorité a constaté que la création d'un « guichet unique » par la SNCF, censé permettre aux transporteurs concurrents de s'adresser au service de la direction générale de la SNCF, pourrait permettre à l'opérateur historique de connaître les projets des transporteurs concurrents. Pour éviter cela, l'Autorité a préconisé que l'entité Gares et Connexions obtienne la maîtrise de la relation commerciale avec les opérateurs ferroviaires.

### ***La nécessité d'une indépendance financière de Gares et Connexions***

L'établissement de comptes séparés pour l'activité gares de voyageurs de la SNCF constitue une obligation depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 : les règles de séparation comptable doivent être approuvées par l'ARAF, après avis de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité a relevé que, si le bilan et le compte de résultats établis répondaient bien aux obligations légales, ils mettaient toutefois en évidence la structure financière fragile de l'entité Gares et Connexions, qui la rend très dépendante du reste de la SNCF.

L'analyse opérationnelle du bilan d'ouverture de l'entité Gares et Connexions a conduit l'Autorité à formuler une conclusion similaire à celle de l'avis 06-A-23 du 21 décembre 2006, relatif au réseau de transport du gaz de Total : « *En appliquant les critères usuels d'analyse financière, la situation de TIGF apparaît fragile car marquée par la faiblesse des fonds propres, un endettement élevé, un fonds de roulement négatif, et une absence de trésorerie [...].* » En effet, le gestionnaire de Gares et Connexions se voit déléguer des pouvoirs de gestion sur ces biens moins étendus que ceux accordés actuellement par le conseil d'administration de la SNCF à son président (voir *infra* « La nécessité d'une réelle séparation fonctionnelle de la direction de gestion des gares »).

Au plan concurrentiel, cela pourrait se traduire par un renchérissement du prix demandé pour l'accès aux gares, ce qui serait préjudiciable aux nouveaux transporteurs entrant sur le marché.

L'Autorité a recommandé notamment que, faute d'une véritable autonomie financière de Gares et Connexions, les modalités de financement des investissements et la mise en place des avances de trésorerie fassent l'objet d'une convention pluriannuelle entre Gares et Connexions et la SNCF, traitant notamment des conditions d'octroi et de rémunération des concours et ce, afin d'améliorer la prévisibilité de son financement, et que le régulateur (ARAF) recoure régulièrement à des audits extérieurs pour valider ces comptes séparés.

### ***Le renforcement du pouvoir d'intervention de l'ARAF***

L'Autorité a souligné le fait que plus le degré de séparation entre l'opérateur historique et le gestionnaire d'infrastructures de services est faible, plus le pouvoir d'intervention du régulateur sectoriel en matière d'infrastructures de services doit être fort. Concernant la tarification de l'utilisation des infrastructures et services, l'Autorité a recommandé la mise en place d'une régulation *ex ante* des tarifs des prestations en gare et des coûts répercutés aux entreprises ferroviaires. Cette régulation garantirait, sous le contrôle de l'ARAF, que la tarification soit, d'une part, transparente et prévisible, et d'autre part, n'introduise pas d'éléments de discrimination tarifaire et injustifiée.

À moyen terme, l'Autorité a émis le souhait d'une séparation juridique de l'entité Gares et Connexions. L'Autorité a compris le souhait du Gouvernement de procéder par étapes dans ce qu'il convient d'appeler une phase d'apprentissage intervenant elle-même dans un secteur caractérisé par des rigidités multiples. Pour autant, elle ne saurait valider la séparation en matière de gares de voyageurs prévue par le projet de décret, si elle n'est pas accompagnée d'une perspective d'évolution à moyen terme et d'un renforcement significatif des garanties minimales à court terme.

La séparation fonctionnelle, au sein de l'opérateur historique, entre les activités de transporteur et de gestionnaire de gares nécessite une répartition stricte et rapide des compétences sur les plans fonctionnel, financier, opérationnel et humain. Or, l'Autorité de la concurrence a estimé que l'organisation mise en place par la SNCF depuis 2009 et reprise par le projet de décret ne fournissait pas de garanties suffisantes : elle laisserait trop de latitude à l'opérateur historique, trop peu au gestionnaire des gares ainsi qu'au régulateur sectoriel.

### ***Avis rendu dans le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (avis 11-A-02 du 20 janvier 2011)***

Le secteur des jeux d'argent et de hasard était, jusqu'à présent, confié à des opérateurs dotés de droits exclusifs sur le marché français, tels que la Française des jeux s'agissant des loteries et des jeux de pronostics sportifs, le Pari mutuel hippodrome et le Pari mutuel urbain, s'agissant des paris hippiques, et les casinos,

s'agissant des machines à sous et des jeux de table. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, ce secteur a connu l'entrée de nouveaux opérateurs, notamment sur les marchés des paris sportifs, des paris hippiques et des jeux de cercle en ligne, ainsi que la régularisation de la situation des opérateurs illégaux. La loi du 12 mai 2010 ne concerne pas les activités de paris commercialisées dans les points de vente physique, ni les jeux de grattage et de tirage en ligne, laissant la possibilité à la Française des jeux et au Pari mutuel urbain de conserver leurs droits exclusifs. Enfin, la commercialisation en ligne des jeux de hasard hors poker, tels que les machines à sous, roulette ou blackjack, demeure prohibée.

Le 10 mars 2010, l'European Gaming and Betting Association (EGBA) a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis, sur les éventuelles distorsions de concurrence liées à la position des opérateurs historiques sur le marché et sur les règles générales d'encadrement du marché, prévues par la loi du 12 mai 2010, alors en état de projet. L'Autorité de la concurrence s'était également saisie d'office pour avis, le 15 septembre 2010, afin d'étudier les questions de concurrence soulevées par l'ouverture du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Les deux saisines ont été jointes, et ont abouti à une décision d'avis 11-A-02 du 20 janvier 2011.

À titre liminaire, l'Autorité a constaté que l'adoption de la loi du 12 mai 2010 répondait à la préoccupation du législateur de susciter une offre légale et de mettre en place une régulation par une autorité administrative indépendante (l'Autorité de régulation des jeux en ligne – l'ARJEL), afin de prévenir l'addiction au jeu et lutter contre la fraude et le blanchiment d'argent. C'est dans ce contexte de volonté de limitation de la consommation et de l'offre de jeux, que l'Autorité a proposé un premier éclairage sur la délimitation des marchés pertinents concernés et sur la situation concurrentielle dans le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

Quant au marché pertinent, l'Autorité a considéré, malgré la législation récente et le manque d'informations disponibles, notamment concernant le comportement des joueurs en ligne (absence de tests de substituabilité), qu'une distinction pouvait être faite, d'une part, entre les jeux d'expertise et les jeux de hasard pur, d'autre part, en considération de l'objet du jeu, et enfin, entre les canaux de distribution des jeux. C'est ainsi que l'Autorité a qualifié les jeux et paris en ligne, concernés par la loi du 12 mai 2010 et ouverts à la concurrence, comme appartenant à la catégorie des jeux d'expertise. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a procédé à une segmentation des jeux d'expertise selon l'objet du jeu, en considérant que la substituabilité des jeux de poker et des jeux de paris semblait peu probable, et de même pour les paris sportifs et les paris hippiques. Enfin, l'Autorité a proposé une éventuelle segmentation selon les canaux de distribution des jeux ouverts à la concurrence, en constatant qu'une distribution en ligne sur Internet ne répondait pas aux mêmes attentes, tant du côté de l'offre que de la demande, qu'une distribution dans les réseaux physiques.

Enfin, l'Autorité a constaté la présence de barrières réglementaires à l'entrée du marché pertinent, imposant aux opérateurs des demandes d'agrément et des

obligations, justifiées par des raisons de police administrative telles que la lutte contre la fraude et le jeu excessif. Le nom de marque et la notoriété des opérateurs historiques constituent également des barrières à l'entrée, leur permettant un avantage concurrentiel significatif.

### ***Les relations entre les organisateurs de manifestations sportives et les opérateurs de jeux en ligne pour l'organisation du droit au pari***

Le Code du sport prévoit la transmission pour avis à l'ARJEL et à l'Autorité de la concurrence, des conventions ayant pour objet la commercialisation du droit d'organiser des paris en ligne et liant les organisateurs de manifestations sportives, ou les fédérations sportives, aux opérateurs de paris en ligne. Dans son avis, l'Autorité a ainsi émis des recommandations quant à la préoccupation concurrentielle liée à la commercialisation du droit au pari.

#### **Sur la nécessaire régulation du prix du droit au pari fixé dans les contrats soumis à l'Autorité de la concurrence en vertu de l'article L. 333-1-2 du Code du sport**

L'Autorité a rappelé que le droit d'organiser des paris fait l'objet d'une commercialisation non exclusive, selon une procédure de consultation non discriminatoire ouverte à tous les opérateurs ayant obtenu l'agrément d'opérateur de paris en ligne auprès de l'ARJEL. Cette ouverture de l'accès au marché stimule ainsi la concurrence entre les différents opérateurs, à condition que le prix fixé ne soit pas excessif. Le prix de l'attribution du droit au pari s'exprime en proportion des mises engagées. Si le prix fixé est trop élevé, il peut peser sur la rentabilité de l'activité des opérateurs de paris sportifs en ligne, voire sur leur viabilité économique, constituer une barrière à l'entrée ayant des effets d'éviction et susceptible d'être qualifié de pratique anticoncurrentielle.

Le prix habituellement fixé par les fédérations sportives, constaté dans les contrats transmis à l'Autorité, s'élève à 1 % des mises engagées. L'Autorité a relevé que le prix fixé doit tenir compte d'une juste part des frais exposés par les organisateurs sportifs, pour se conformer à la loi, et de la contrepartie de consentir l'organisation de paris. Compte tenu de ce mécanisme de formation des prix, l'Autorité a recommandé une régulation *a priori* du prix du droit au pari, ou un mécanisme de règlement des différends exercé par un régulateur sectoriel tel que l'ARJEL, comme cela existe dans d'autres secteurs économiques. Dans ce dernier cas, l'ARJEL serait le principal interlocuteur des parties à une convention, portant sur la commercialisation du droit d'organiser des paris en ligne, et aurait la compétence d'émettre un avis sur les projets de contrats. L'Autorité n'interviendrait que sur saisine de l'ARJEL, en cas de situations susceptibles d'être constitutives de pratiques portant atteinte au libre exercice de la concurrence. Par ailleurs, l'Autorité a recommandé à l'ARJEL d'établir un référentiel de coûts, prenant en compte les frais exposés pour la détection et la prévention des fraudes et une évaluation des

principales charges pesant sur les opérateurs de paris en ligne, ainsi qu'un cahier des charges type, permettant d'éclairer les organisateurs sportifs et les opérateurs de paris en ligne et, également, d'assurer une meilleure transparence des conditions d'attribution du droit au pari.

### **Sur les partenariats exclusifs conclus entre les fédérations sportives et les opérateurs de jeux**

Des partenariats exclusifs ont été signés entre les fédérations sportives et les opérateurs de paris en ligne, sur l'utilisation et la commercialisation d'autres droits que celui d'organiser des paris, tels que les droits de marketing sportif. L'Autorité a rappelé que les accords d'exclusivité ne sont pas anticoncurrentiels en soi, s'ils résultent de la contrepartie d'un investissement générant des gains d'efficacité et qui profitent aux consommateurs, et si le champ et la durée de l'exclusivité restent proportionnés à cet investissement.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que les contrats exclusifs ne semblent pas restreindre la concurrence, ni par leur durée, ni par leur objet. En effet, ces contrats ne dépassent pas la durée habituelle observée et l'exclusivité ne couvre pas toutes les prestations de marketing liées à un événement sportif.

### ***Les éventuelles distorsions de concurrence entre les anciens monopoles et les opérateurs alternatifs***

L'Autorité de la concurrence a constaté qu'une réelle concurrence émerge dans le secteur des paris en ligne, mais moins dans le secteur plus particulier des paris hippiques en ligne. En effet, l'activité de ces paris est caractérisée par l'importante position du PMU par rapport aux opérateurs alternatifs. Ces derniers se sentent évincés du secteur des paris hippiques en ligne étant donné les liens qu'entretiennent le PMU et les sociétés de courses, qui leur imposent des conditions discriminatoires pour accéder aux informations hippiques ou aux données nécessaires pour l'organisation des paris en ligne, telles que les programmes des courses, les chevaux et les jockeys partants, les résultats officiels... L'Autorité a recommandé ainsi un encadrement plus strict de l'accès à ces données, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, afin de prévenir tous risques de barrières à l'entrée sur le marché des paris hippiques. Les pouvoirs publics pourraient élaborer des conventions types de mise à disposition des images et des données relatives aux courses. Par ailleurs, ces conventions seraient contrôlées, *a priori*, par l'autorité de régulation compétente, l'ARJEL, et feraient l'objet d'une consultation publique avant d'être rendues obligatoires par arrêté ministériel. Enfin, l'Autorité a recommandé aux pouvoirs publics d'instaurer, dans les compétences de l'ARJEL, un système de sanction et de surveillance en cas de non-respect, par les sociétés de courses, des conditions de mise à disposition des informations hippiques.

Par ailleurs, l'Autorité a constaté que la notoriété des marques du PMU et de la Française des jeux leur procure un avantage considérable sur les opérateurs alternatifs, et a appréhendé le risque d'abus d'exploitation de cette image de marque.

Ainsi, l'Autorité a recommandé aux opérateurs historiques la séparation juridique et fonctionnelle, ainsi que l'utilisation d'enseignes et de marques distinctes, concernant leurs activités exercées en monopole et leurs activités exercées en libre concurrence. Cette recommandation permettrait également d'éviter les risques de subventions croisées entre ces activités en monopole et celles exercées sur le marché concurrentiel.

Enfin, l'Autorité a recommandé la création de mécanismes d'abondements des gains entre courses, ainsi qu'une clarification de la législation applicable, afin d'éviter ou de limiter les risques de distorsions entre les rémunérations des joueurs, pouvant apparaître à cause de l'avantage concurrentiel du PMU sur la masse des enjeux collectés.

## **Avis rendus dans le secteur des télécommunications**

### ***Avis 11-A-05 du 8 mars 2011 sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit***

Par lettre en date du 26 janvier 2011, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit pour la période 2011-2014. Il s'agit du troisième cycle d'analyse de ces marchés.

#### **Sur l'allègement des obligations pesant sur France Télécom**

L'Autorité s'est félicitée du succès du dégroupage, qui vaut à la France d'être régulièrement citée en exemple pour le dynamisme de son marché du haut débit. Dans les zones les plus denses du territoire, les opérateurs alternatifs font désormais jeu égal avec Orange sur le marché de détail résidentiel et dominant le marché de gros des offres activées. Selon l'Autorité de la concurrence, cette situation appelle un allègement de la régulation *ex ante* qui pèse aujourd'hui sur France Télécom dans ces zones devenues concurrentielles. À l'inverse, la position de l'opérateur historique demeure forte sur les territoires moins denses et auprès de la clientèle professionnelle. Ces situations justifient un effort soutenu de la part du régulateur.

#### **Sur l'instauration d'une clause de rendez-vous à dix-huit mois pour évaluer l'efficacité du dispositif de régulation du déploiement de la fibre optique**

La paire de fils de cuivre de France Télécom sera remplacée, à terme, par de nouveaux réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné, permettant de fournir des services à très haut débit. Les conditions de déploiement et d'exercice de la concurrence sur ces nouveaux réseaux sont déterminantes pour l'avenir du secteur.

L'Autorité de la concurrence a considéré que l'ARCEP jouait pleinement son rôle en cherchant un juste équilibre entre les incitations à installer ces infrastructures et les obligations pesant sur les opérateurs investisseurs. Elle a également estimé que cet équilibre devait être régulièrement évalué et qu'une clause de rendez-vous à douze ou dix-huit mois apparaissait nécessaire pour s'assurer de la bonne marche du dispositif de régulation envisagé. Le cas échéant, ce dispositif pourrait être complété par des obligations permettant l'exercice d'une concurrence par les services et garantissant la liberté de choix du consommateur.

### Sur la question de la montée en débit

Les lignes téléphoniques les plus longues, souvent situées dans les zones rurales et périurbaines, offrent un débit limité. Ceci amène certaines collectivités territoriales à s'interroger sur la possibilité de financer la modernisation du réseau téléphonique de France Télécom. Sollicitée par l'ARCEP sur ce point, l'Autorité a relevé en décembre 2009 plusieurs risques dans son avis 09-A-57 : que la concurrence régresse dans ces zones du fait du recul du dégroupage, que les appels d'offres des collectivités pour la mise en œuvre de ces projets soient biaisés par la position particulière de France Télécom, enfin que les zones concernées n'aient finalement jamais accès au très haut débit car les investissements de déploiement de la fibre optique s'en trouveraient découragés.

L'Autorité a salué les travaux conduits par l'ARCEP pour permettre aux collectivités territoriales d'accroître rapidement les débits disponibles sur leur territoire dans le respect des règles de concurrence. Le schéma envisagé par l'ARCEP paraît, selon l'Autorité, pouvoir répondre, dans son principe, aux préoccupations concurrentielles formulées par l'Autorité dans son avis 09-A-57, à condition que les collectivités territoriales veillent par ailleurs à limiter leurs éventuels projets de montée en débit.

L'Autorité a rappelé, qu'en tout état de cause, la modernisation du réseau téléphonique ne constituait qu'une des réponses possibles pour accroître les débits sur les territoires, le déploiement d'une nouvelle boucle locale en fibre optique restant, lorsqu'elle est possible, la meilleure solution sur les plans technologique et concurrentiel.

### Sur la séparation fonctionnelle de France Télécom dans la « boîte à outils » du régulateur sectoriel

L'ARCEP aura prochainement la faculté d'imposer à l'opérateur historique une séparation fonctionnelle entre les activités qui resteront durablement en monopole et celles qui relèvent du champ concurrentiel. Une mesure de ce type, comme il en existe dans la plupart des autres industries de réseaux régulées, peut apporter des garanties importantes quant au bon fonctionnement des marchés et alléger le contrôle de l'opérateur régulé. S'il était prématuré de se prononcer sur l'opportunité de recourir à un tel instrument dans le secteur des communications électroniques, l'Autorité a néanmoins invité l'ARCEP à entamer les travaux préalables à son utilisation éventuelle.

## ***Avis 11-A-08 du 10 juin 2011 sur les marchés de gros des prestations de segments interurbains interterritoriaux relatifs aux collectivités territoriales de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy***

Le 10 juin 2011, l'Autorité a rendu un avis, sur demande de l'ARCEP, sur le dispositif de régulation envisagé par cette autorité concernant l'accès aux câbles sous-marins (marché de gros du transport de données Internet) desservant les îles de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy.

Le transport des données électroniques (son, voix, images, données...) dans les départements et collectivités d'outre-mer se fait principalement par des câbles sous-marins qui relient les îles entre elles et à la métropole. Les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) qui souhaitent proposer des offres à leurs clients sur le marché de détail doivent pouvoir accéder à ces câbles sous-marins, or leur demande de capacités (bande passante) est importante et croissante avec le développement d'Internet.

L'Autorité a rejoint l'ARCEP dans sa volonté de réguler le marché de gros sur Saint-Barthélemy mais l'a invité à approfondir son analyse concernant Saint-Martin.

La desserte de Saint-Barthélemy s'effectue uniquement par le câble GCN. En l'absence d'infrastructure concurrente, les FAI sont tenus de passer par ce câble pour proposer à leur clientèle des offres d'accès à Internet haut débit. L'Autorité, comme l'ARCEP, a considéré que GCN exerçait une influence significative sur le marché de gros de la desserte de Saint-Barthélemy et a estimé que la régulation *ex ante* du marché et l'imposition d'obligations à la société GCN (tarifs orientés vers les coûts) étaient nécessaires pour permettre aux consommateurs de bénéficier d'offres intéressantes notamment au niveau tarifaire, sans pour autant remettre en cause l'équilibre économique de la délégation de service public.

Concernant Saint-Martin, l'ARCEP envisage de renoncer à la mise en place d'une régulation sectorielle *ex ante* considérant que les opérateurs alternatifs de l'île, desservie par trois câbles sous-marins, bénéficient à la fois du jeu concurrentiel existant entre les différents opérateurs membres des consortia et de la possibilité d'acheter de la capacité sous forme d'IRU (*indefeasible right of use*), ou droit d'usage irrévocable, qui est un contrat de mise à disposition de la fibre, et en déduit que les barrières à l'entrée sont faibles. À l'inverse, l'Autorité a invité l'ARCEP à revoir son analyse et, le cas échéant, à réexaminer de façon plus générale la situation concurrentielle des câbles sous-marins aux Antilles. Pour elle, la concurrence n'est pas optimale. Elle s'est en effet déclarée favorable à une véritable animation concurrentielle du marché par les différents opérateurs, ce qui ne semble pas refléter le niveau actuel des prix de gros pour la desserte de l'île. Ce constat rejoint celui qu'elle avait déjà formulé à l'occasion d'un avis rendu en 2009<sup>179</sup> concernant la liaison entre la Guadeloupe et la métropole, selon lequel la présence de plusieurs câbles n'était pas toujours une garantie suffisante pour qu'une concurrence effective s'exerce sur le marché de gros.

179. Avis 09-A-53 du 30 octobre 2009.

*Avis 11-A-10 du 29 juin 2011 sur la mise en place d'un tarif social permettant l'accès des personnes aux revenus modestes aux services Internet haut débit*

L'Autorité de la concurrence a rendu un avis au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, à la suite d'une demande d'avis concernant la mise en place d'un tarif social d'accès à l'Internet haut débit dont elle a été saisie le 8 mars 2011.

Le projet gouvernemental vise à développer un tarif social d'accès à Internet haut débit afin de lutter contre la fracture numérique touchant les foyers les plus modestes. Dans le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, le gouvernement propose de mettre en place ce tarif social à travers un dispositif de labellisation. Cette solution consiste à labelliser des offres de fournisseurs d'accès à Internet (FAI) dont le prix serait inférieur à un certain plafond, pour un ensemble de services donnés. Tous les opérateurs seraient susceptibles d'obtenir ce label, après avoir conclu des conventions avec l'État.

**Sur la nécessité d'établir un diagnostic de la fracture numérique**

Avant d'envisager les solutions pour combler le fossé numérique en France, l'Autorité a défini ce qu'il fallait entendre par « fracture numérique ». Ce terme semble désigner la disparité d'accès aux technologies de l'information et de la communication (TIC), notamment Internet.

L'Autorité a insisté sur la nécessité d'établir un diagnostic portant sur la fracture numérique. Ce diagnostic pose la question de l'éducation, du prix des services et surtout des équipements ou de l'égal accès à ces services sur le territoire (conditions d'accès à la boucle locale de France Télécom, régulation des tarifs de gros). Le fossé numérique concerne notamment les personnes âgées, les non-diplômés et les personnes à revenus modestes. D'un point de vue géographique, ces inégalités touchent particulièrement les habitants des départements d'outre-mer. En effet, en outre-mer, les contraintes techniques, notamment liées à la question des câbles sous-marins, se doublent d'inégalités de revenus qui rendent particulièrement sensible la question des tarifs sociaux relatifs aux offres d'accès Internet haut débit.

L'Autorité a donc recommandé certaines mesures pouvant être envisagées par les pouvoirs publics pour lutter contre la fracture numérique. Il conviendrait de développer les Espaces publics numériques (EPN). Ils assurent un service non commercial d'accès à Internet et d'accompagnement du grand public à l'utilisation des nouvelles technologies et usages numériques. Le rôle des collectivités locales doit également être accru. Certaines collectivités développent en effet des projets couplant un accès au matériel (mise à disposition d'un ordinateur et/ou d'une connexion à moindre prix) et un accompagnement que ce soit dans les quartiers d'habitat populaire ou en milieu rural. Il convient d'encourager les bailleurs à équiper les logements sociaux en accès aux technologies numériques et permettre ainsi le développement de l'accès à l'Internet haut débit dans le parc HLM français. La baisse du prix de l'accès aux services Internet pour les personnes

défavorisées fait aussi partie de l'éventail des solutions permettant de lutter efficacement contre la fracture numérique.

### **Sur la mise en place d'un tarif social de l'accès Internet haut débit compatible avec le droit de la concurrence**

Les mécanismes sociaux à destination des plus fragiles peuvent toujours être rendus compatibles avec le droit de la concurrence. L'Autorité a en effet rappelé que l'intervention des pouvoirs publics est légitime, dès lors qu'elle vise à corriger une défaillance du marché et à remplir un objectif d'intérêt général. Pour une qualité minimale de service considérée donnée, la mise en œuvre d'un service universel devient nécessaire lorsque le prix permettant de couvrir le coût encouru pour servir certains consommateurs est trop élevé au regard de leurs capacités financières. En l'espèce, les difficultés d'accès à Internet pour les ménages les plus modestes caractérisent une carence du marché : l'État est pleinement légitime pour y répondre.

La question de la mise en œuvre d'un service universel a déjà été abordée par le Conseil de la concurrence dans le secteur des télécommunications et de la poste. Dans son avis 03-A-06 du 16 mai 2003, le Conseil s'est prononcé sur la définition d'un service universel non concurrentiel : *« le service universel non concurrentiel correspond à un service qui ne peut être rendu par le marché à un prix abordable pour l'ensemble de la population et répondant à certains critères qualitatifs. Cette carence justifie le recours à un financement public, normalement prohibé pour les entreprises opérant sur les marchés concurrentiels. Les questions essentielles relatives au service universel non concurrentiel sont donc d'abord la délimitation de son champ, puis la mesure de son coût et le choix de son mode de financement ».*

Quels que soient les modes d'attribution et de financement retenus, ceux-ci doivent introduire le moins de distorsions de concurrence possible.

### **Sur l'extension du dispositif actuel de service universel**

Avant de se prononcer sur le projet de labellisation, l'Autorité a abordé l'hypothèse d'une extension du mécanisme du service universel au tarif social de l'accès Internet haut débit.

Le service universel permet de subventionner des niveaux de prix abordables, que le marché ne permettrait pas spontanément d'atteindre. Le mécanisme de « *pay or play* » retenu en France, consiste notamment à le faire financer par les acteurs du marché tout en donnant à chacun d'entre eux la possibilité de participer à une fourniture du service. Ce mécanisme permet ainsi de combiner les objectifs de cohésion sociale, de respect de la concurrence, d'efficacité économique et de limitation des dépenses publiques.

Dans les télécommunications, le service universel est aujourd'hui limité au service téléphonique. Il prévoit notamment un tarif social. Si l'inclusion de l'accès Internet haut débit en tant que tel dans le champ du service universel n'est pas possible en l'état actuel des directives européennes du « paquet télécom », le gouvernement pourrait en revanche, et dans un délai court, étendre l'éligibilité de la réduction

sociale, actuellement réservée aux offres fournissant uniquement le service téléphonique, aux offres multiservices haut débit incluant ce service aux côtés de l'accès à Internet. En pratique, il s'agirait de modifier le I de l'article R. 20-34 du Code des postes et des communications électroniques<sup>180</sup>.

Cette solution suppose de pouvoir identifier le coût net spécifique de la composante téléphonique dans l'offre groupée : comme l'accès à Internet haut débit ne figure pas dans le périmètre actuel du service universel, il n'est en effet pas possible de faire porter la réduction tarifaire sur l'ensemble des offres multiservices.

### **Sur la labellisation, sans subvention, des offres Internet haut débit à tarif social pour les bénéficiaires de minima sociaux : une solution alternative à certaines conditions**

De manière alternative, le gouvernement évoque la faculté de procéder par labellisation d'offres de FAI répondant à certains critères, notamment de prix. Il propose en effet de labelliser les offres des fournisseurs dont le prix ne dépasserait pas un certain plafond pour un ensemble minimal de services.

Si la mise en place d'un label présente certains avantages, comme celui de faire financer les tarifs sociaux par le marché, l'Autorité a néanmoins soulevé des risques concurrentiels, notamment celui d'un effet de ciseau tarifaire, compte tenu de la position particulière de l'opérateur historique sur les marchés de gros et de détail du haut débit. La labellisation ne pourra en effet être rendue compatible avec le droit de la concurrence que si les mécanismes mis en place permettent à l'ensemble des FAI de participer au dispositif de manière effective.

Si le tarif social était accessible à tous sans condition, l'ensemble des consommateurs seraient en situation d'arbitrer entre ce tarif et les autres offres proposées sur le marché. Le tarif social serait susceptible de perturber le fonctionnement normal du marché dans son ensemble, et donc, pour limiter les risques de distorsion concurrentielle, l'Autorité a estimé qu'il serait préférable de restreindre les conditions d'éligibilité des offres. Il serait également préférable que le tarif social se limite à des offres *double play*, combinant l'accès Internet haut débit et communications téléphoniques, et qui ne soient pas subordonnées à la souscription à un abonnement téléphonique. Inversement, il serait regrettable que le champ du label exclue certains territoires, particulièrement l'outre-mer.

Le gouvernement envisage de ne labelliser que les offres dont le tarif serait inférieur à un certain plafond pour un ensemble de prestations données. Il convient que ce tarif maximum n'induisse pas d'effet de ciseau tarifaire. Dans le cadre du tarif social mobile, le gouvernement a souhaité encadrer certaines conditions contractuelles de fourniture des offres, notamment les durées d'engagement, et

<sup>180</sup>. « Les personnes physiques qui ont droit au revenu de solidarité active et dont les ressources annuelles du foyer, prises en compte pour le calcul du revenu de solidarité active conformément à l'article L. 262-3 du Code de l'action sociale et des familles, n'excèdent pas le montant forfaitaire mentionné au 2° de l'article L. 262-2 du même Code ou qui perçoivent l'allocation de solidarité spécifique ou l'allocation aux adultes handicapés et qui ont souscrit un abonnement au service téléphonique fixe auprès de l'opérateur qui les dessert, autorisé selon les conditions fixées au II, bénéficient, sur leur demande, d'une réduction de leur facture téléphonique. [...] »

introduire des mécanismes de contrôle des dépenses. Enfin, il importe que les conditions d'octroi du label soient transparentes et non discriminatoires, notamment que les exigences du label en termes de contenu, de prix et de couverture géographique soient claires et connues d'avance.

Le projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs, adopté par le Conseil des ministres le 1<sup>er</sup> juin 2011, prévoit que les projets de conventions entre l'État et les opérateurs pour la mise en œuvre du label soient préalablement soumis pour avis à l'Autorité de la concurrence. Plutôt qu'une notification préalable de ces projets, l'Autorité préférerait donner un cadrage général dans lequel devront être négociées ces conventions.

### ***Avis 11-A-19 du 9 décembre 2011 sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal mobile de Free Mobile, LycaMobile et Oméa Télécom***

Par lettre enregistrée le 26 octobre 2011, l'ARCEP a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence sur la définition des marchés pertinents et la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal mobile de Free Mobile, LycaMobile et Oméa Télécom.

L'Autorité s'est félicitée de l'arrivée en 2011 de quatre nouveaux opérateurs : Free Mobile et trois full MVNO (LycaMobile, Oméa Télécom et NRJ Mobile) qui contribueront au dynamisme des marchés mobiles dans les prochaines années. Elle s'est dite favorable au projet de soumettre ces acteurs à une régulation *ex ante* en ce qui concerne la terminaison des appels sur leur réseau. Elle a rappelé que chaque opérateur disposait d'un monopole sur son propre réseau, et qu'aucun contre-pouvoir d'acheteur ne venant contrebalancer ce pouvoir de marché, cela légitimait une intervention *ex ante* du régulateur sectoriel. L'Autorité a invité l'ARCEP à inclure dès à présent NRJ Mobile dans son analyse, dont l'offre de services mobiles full MVNO est en cours de lancement.

L'Autorité a également estimé que la fixation – à titre transitoire – d'une terminaison d'appel asymétrique en faveur de Free Mobile, pourrait permettre de corriger les distorsions de concurrence induites par les niveaux encore élevés de terminaison d'appel. S'agissant de la mise en œuvre de la régulation *ex ante*, elle a rappelé que la baisse continue des terminaisons d'appels doit rester au cœur des préoccupations du régulateur sectoriel.

Concernant l'outre-mer, l'Autorité de la concurrence a invité l'ARCEP à prolonger le mouvement de baisse des charges de terminaison d'appel qu'elle a engagé. Leur niveau est plus élevé que celui que l'on observe en métropole, alors que les asymétries de parts de marché demeurent fortes. De la même manière, le développement des SMS devrait amener le régulateur sectoriel à prolonger la baisse des charges de terminaison SMS.

*Avis 11-A-20 du 15 décembre 2011 sur les modalités de communication des données relatives aux sites radioélectriques des opérateurs mobiles*

Saisie par le ministre de l'Économie, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis concernant les échanges d'informations réalisés sous l'égide de l'Agence nationale des fréquences (AFNR).

L'AFNR coordonne et donne son accord à l'implantation des stations radioélectriques en France qu'il s'agisse des antennes relais pour la téléphonie mobile, des émetteurs de radio et de télévision ou des radars météo. Elle doit, à la fois, assurer la meilleure utilisation des sites disponibles et veiller au respect des valeurs limites d'exposition du public au champ électromagnétiques. Dans le cadre des études de compatibilité qu'elle mène, l'AFNR recueille et diffuse, notamment, auprès des opérateurs de téléphonie mobile, toutes les caractéristiques de l'installation envisagée : type et hauteur de l'antenne, puissance d'émission, fréquence utilisée, adresse du site de l'installation...

La diffusion d'informations relatives aux sites radioélectriques des opérateurs de téléphonie mobile et à leur utilisation soulève de nombreux enjeux car ces opérateurs sont en mesure de connaître les stratégies de déploiement de leurs concurrents. En réponse à la demande d'avis qui lui a été soumise, l'Autorité a tenu à souligner plusieurs points.

Tout d'abord, elle a relevé que les échanges réguliers entre opérateurs mobiles d'informations stratégiques étaient préoccupants dans la perspective des déploiements à venir à la suite de l'attribution des licences mobiles de quatrième génération et devraient donc être encadrés ou limités.

Elle a ensuite indiqué qu'il serait souhaitable de donner à tout nouvel entrant la possibilité d'accéder aux informations consolidées relatives aux sites radioélectriques des opérateurs de téléphonie mobile circularisées jusqu'à présent dans le cadre de la procédure COMSIS.

Elle a enfin souligné qu'il reviendra enfin à l'AFNR le soin de mettre en balance les préoccupations de concurrence qui pourraient résulter du dispositif actuel et des évolutions qu'elle envisage au niveau de l'application CARTORADIO avec d'autres objectifs pouvant justifier une certaine publicité des informations, comme la transparence au titre de l'information générale du public.

## Avis rendu dans le secteur de l'électricité (avis 11-A-06 du 15 mars 2011)

La ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence d'un projet de décret portant application de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 relative à la nouvelle organisation du marché de l'électricité (loi NOME). La loi NOME a en effet instauré, jusqu'au 31 décembre 2025, un droit d'accès pour tout fournisseur alternatif à l'électricité de base produite par les centrales nucléaires de EDF en service à la date de la loi, dénommé accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ou ARENH).

Dans le présent avis, l'Autorité a limité son analyse du projet de décret au contexte d'exercice de la concurrence avec l'ARENH, ainsi qu'au mécanisme de complément de prix.

L'Autorité a émis des recommandations sur le projet de décret. Elle a tout d'abord estimé que le profil du produit ARENH unique à partir de 2016 demandait à être défini sur des bases objectives, transparentes et non discriminatoires, afin de ne pas avantager une catégorie de fournisseurs ou de clients et, de placer les fournisseurs alternatifs dans des conditions équivalentes à celles d'EDF pour leur approvisionnement. Le risque semble être en effet qu'une spécialisation trop poussée des fournisseurs sur une catégorie de clientèle lors de la première phase d'ouverture de l'accès à l'ARENH ne conduise, lors de la deuxième phase, à partir de 2016, lorsque les trois catégories de clientèle définies par l'article 1<sup>er</sup> du décret auront disparu, à figer la configuration du marché de la fourniture d'électricité.

Elle a également recommandé que les appels d'offres relatifs à la couverture des pertes des gestionnaires de réseaux soient organisés de manière ouverte afin qu'aucun fournisseur ne puisse être exclu de ces appels d'offres. Elle a estimé que l'asymétrie d'information existant aujourd'hui entre EDF et les fournisseurs alternatifs permettait de comprendre la volonté du pouvoir réglementaire de publier, sous l'autorité de la CRE, les prévisions de volume total d'ARENH et des volumes par catégorie de clientèle pour l'exercice annuel à venir.

L'Autorité a recommandé que les garanties financières demandées dans le cadre du dispositif ARENH soient proportionnées, c'est-à-dire qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire au bon fonctionnement du dispositif. Elle a également recommandé que la date de paiement des volumes ARENH achetés par les fournisseurs à EDF soit fixée au dernier jour du mois pour les volumes livrés au cours de ce même mois. Enfin, elle a estimé que l'articulation entre la sanction par le complément de prix majoré d'une demande excessive de volumes ARENH du fournisseur et l'abus défini par la loi comme consistant en un « excès substantiel » des volumes ARENH demandés, demandait que des précisions soient apportées sur ce point par le biais d'un texte réglementaire d'application. Enfin, elle a recommandé que les modalités de calcul du complément dû par un fournisseur (période et prix de marché retenus pour ce calcul) soient fixées

de manière à éviter les possibilités de lissage et à maintenir l'aspect de contrainte du complément de prix.

### Avis rendu sur la création de sociétés publiques locales (avis 11-A-18 du 24 novembre 2011)

Par courrier en date du 15 avril 2010, le syndicat professionnel Entreprises générales de France-BTP (EGF-BTP) a transmis à l'Autorité de la concurrence une demande d'avis concernant une proposition de loi dénommée « *Pour le développement des sociétés publiques locales* » déposée au Sénat le 23 mars 2010. EGF-BTP souhaitait que l'Autorité exprime son avis sur la compatibilité de cette proposition de loi avec les règles européennes et françaises de la concurrence et de la commande publique.

La SPL est une société anonyme, dont la totalité du capital social est obligatoirement détenu par au moins deux collectivités territoriales (commune, département ou région) ou leur groupement.

Pour le syndicat EGF-BTP, la proposition de loi serait contraire au droit européen de la commande publique, dans la mesure où elle porterait atteinte à la concurrence en remettant en cause les procédures de publicité préalable et de mise en concurrence pour la passation de marchés publics ou de délégations de service public. Cette loi serait aussi susceptible de remettre en cause la libre concurrence et d'aboutir à la constitution de « *monopoles locaux* » au bénéfice des collectivités territoriales. Enfin, le syndicat considère que le financement public des SPL par des collectivités territoriales serait contraire au droit européen des aides d'État.

En premier lieu, l'Autorité a rappelé que le principe posé par la Cour de justice de l'Union européenne concernant la compatibilité du régime des SPL avec le droit de la commande publique est que tout contrat à titre onéreux conclu par une collectivité publique devait être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Néanmoins, il peut être dérogé à ce principe sous trois conditions : le capital de l'entité tierce est intégralement public, l'entité exerce l'essentiel de son activité pour le compte des collectivités actionnaires et elle fait l'objet d'un contrôle de la collectivité qui est analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

En second lieu, l'Autorité a conseillé aux collectivités publiques d'être particulièrement vigilantes lorsqu'elles accordent des compensations financières à des SPL exerçant une activité économique dans la mesure où ces transferts financiers sont susceptibles de contrevenir à la réglementation européenne des aides d'État. L'Autorité a recommandé à cet effet que chaque compensation financière fasse l'objet d'un mandat décrivant précisément les missions de service public confiées à la SPL, les paramètres de calcul et de révision éventuelle de la compensation financière, ainsi que les modalités de remboursement à la collectivité publique des possibles surcompensations financières.

# Suivi de l'exécution des décisions





# Suivi de l'exécution des décisions

## **Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication)**

<b>Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce</b>	271
Les engagements exécutés	271
Les engagements en cours de vérification	272
<b>Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce</b>	273
Les engagements exécutés	273
Les engagements en cours de vérification	274
Les engagements non exécutés	276
<b>Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce</b>	277
Les injonctions exécutées	277
Les injonctions en cours de vérification	277
<b>Les injonctions décidées dans le cadre de demande de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce)</b>	278
Les mesures conservatoires en cours d'exécution	278

## **Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des opérations de concentration**



# Suivi de l'exécution des décisions

## Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication)

Les dispositions de l'article L 464-8 alinéa 6 du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, prévoient désormais que « *l'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions* », alors que cette fonction était auparavant dévolue au ministre chargé de l'Économie.

Les décisions dont le suivi incombe à l'Autorité comprennent les décisions qui acceptent et rendent obligatoires les engagements souscrits par les entreprises dans le cadre des procédures prévues au I et au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce et les décisions de fond ou de mesures conservatoires prononçant des injonctions de faire ou de ne pas faire afin de mettre un terme à la commission de l'infraction.

En vertu de l'article L. 464-3 du Code de commerce : « *Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2.* »

## Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

### *Les engagements exécutés*

**Décision 10-D-27 du 15 septembre 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber.

La mise en œuvre de ces engagements qui portent, pour les uns, sur les conventions de prestations de services et, pour les autres, sur le Contrat performance

et responsabilité Michelin (CPRM) est en cours. Ils restent en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015.

**Décision 10-D-29 du 27 septembre 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Éco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques.

La mise en œuvre de ces engagements est très avancée. Des précisions ont été demandées aux sociétés Éco-Emballages et Valorplast.

**Décision 10-D-30 du 28 octobre 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.

Ces engagements sont mis à exécution et resteront en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013.

**Décision 11-D-14 du 20 octobre 2011**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Manche.

La société Marbrerie Jaumaux-Mazurier a attesté de la mise en œuvre de ses engagements le 6 décembre 2011.

Ont également été exécutés les engagements contenus dans les décisions **07-D-30 du 5 octobre 2007**, relatives à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique, **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, **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, **10-D-20 du 25 juin 2010**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction et **10-D-06 du 26 février 2010** relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des téléphériques de La Grande Motte (STGM).

### *Les engagements en cours de vérification*

**Décision 11-D-08 du 27 avril 2011**, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv'Kadeos.

Parmi les cinq engagements pris par la société Accentiv'Kadeos, le premier était à mettre en œuvre avant le 1<sup>er</sup> mai 2011 et le cinquième dès la notification de la décision. La société a informé l'Autorité qu'elle a, conformément au premier engagement, notifié à ses enseignes affiliées la suppression des exclusivités en acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes. En outre, elle lui a adressé son contrat type modifié, conformément au cinquième engagement.

**Décision 11-D-11 du 7 juillet 2011**, relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires.

Les engagements sont en cours d'exécution. Il reste au Groupement des cartes bancaires à mettre en œuvre les moyens de nature à modifier le mode de calcul du taux interbancaire des cartes en opposition (TICO) avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

Sont également en cours de vérification l'exécution des engagements contenus dans les décisions **09-D-08 du 16 février 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'autoroute dans le secteur du dépannage-remorquage sur autoroutes et **07-D-43 du 10 décembre 2007**, relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France.

### Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce

#### *Les engagements exécutés*

**Décision 08-D-13 du 11 juin 2008**, relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux.

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 parvenu), 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 ONET Services, SPID, SPID Anjou et Haute-Mayenne Services remplissent leurs engagements. L'ensemble de ces sociétés doit continuer à informer l'Autorité de l'exécution des engagements pendant une durée de cinq ans.

**Décision 08-D-20 du 1<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 2011, 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.

**Décision 09-D-05 du 2 février 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire.

Les sociétés ont transmis, au cours de l'année écoulée, un rapport relatif à la mise en œuvre de leurs engagements.

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

Les engagements ont été exécutés.

**Décision 09-D-31 du 30 septembre 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football.

Les engagements ont été honorés.

### *Les engagements en cours de vérification*

**Décision 10-D-39 du 22 décembre 2010** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

Les engagements pris par les sociétés SES, Lacroix Signalisation, Signature, Signaux Girod et Sodilor sont en cours d'exécution.

La société SES a proposé des engagements concernant la mise en place d'un programme de conformité au droit de la concurrence et de formation (engagement n° 1), de règles de communication avec ses concurrents ou autres entreprises extérieures (engagements n°s 2 à 4), la mise en place d'un système d'alerte et d'un mécanisme de contrôle interne de respect des engagements et la rédaction d'un rapport annuel transmis pendant cinq ans à l'Autorité (engagements n°s 5, 6). La société SES a fait l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire du tribunal de commerce de Tours le 30 juin 2011.

La société Lacroix Signalisation a souscrit des engagements relatifs à la mise en place de règles dans le cadre de ses réunions avec les syndicats professionnels (engagement n° 1), à la formation au droit de la concurrence et à la création d'une procédure d'alerte (engagement n° 2), et à la procédure applicable dans le cas de réunions avec ses concurrents (engagement n° 3). Elle a communiqué les éléments attestant de la mise en œuvre de ses engagements (documents relatifs à la formation dispensée, à la mise en place de la procédure d'alerte, à l'engagement des salariés au respect du droit de la concurrence, aux relations avec ses concurrents et les syndicats professionnels). Ses engagements sont donc respectés.

La société Signature a souscrit des engagements concernant la mise en place de règles relatives à la communication avec ses concurrents (engagements n°s 1 à 3), la mise en œuvre d'un programme de conformité au droit de la concurrence (engagement n° 4), la création d'un mécanisme de contrôle interne destiné à assurer un suivi annuel par la direction générale. Elle s'engage à transmettre chaque année et pendant trois ans un rapport à l'Autorité. Elle devra donc l'avoir transmis à l'Autorité au début de l'année 2012.

La société Signaud Girod s'est engagée à mettre en place un programme de sensibilisation et de formation professionnelle (engagement n° 1), à mettre en place et respecter les procédures en cas de réunions avec des concurrents (engagements n°s 2 à 4), la création d'une procédure de surveillance des négociations

commerciales et/ou des appels d'offres (engagement n° 5). Elle doit adresser à l'Autorité au cours du premier trimestre de chaque année un rapport relatant la mise en œuvre des engagements lors de l'année précédente, soit au début de l'année 2012, pour le premier.

La société Sodilor a souscrit des engagements comportementaux, relatifs à ses relations avec les revendeurs, les entreprises concurrentes se présentant comme clients et les maîtres d'ouvrage, des engagements de formation, et un engagement de contrôle interne de suivi des engagements; elle a notamment prévu l'envoi à l'Autorité, chaque année et pendant un délai de trois ans d'un rapport détaillé sur le respect des engagements, soit au début de l'année 2012, pour le premier.

**Décision 11-D-02<sup>1</sup> du 26 janvier 2011**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

Les sociétés Pradeau-Morin, Lanfry et Coefficient ont présenté des engagements.

La société Pradeau-Morin a proposé six engagements qui ont été rendus obligatoires concernant la formation et la sensibilisation aux règles de la concurrence (engagement n° 1), le contrôle du respect des règles de concurrence avec la mise en place d'un contrôle interne et l'intervention d'un délégué spécial à la concurrence (engagement n° 2), l'instauration de règles dans la communication avec les concurrents (engagements n°s 3 à 5) et le contrôle du respect des engagements souscrits (engagement n° 6). Elle devra transmettre à l'Autorité un rapport relatif à l'exécution de ses engagements au cours du premier trimestre de chaque année et pendant trois ans.

La société Lanfry a souscrit à quatre engagements concernant l'instauration de règles dans la communication avec les concurrents (engagement n° 1), la mise en œuvre d'une formation et d'une sensibilisation aux règles du droit de la concurrence (engagement n° 2), la mise en œuvre d'une procédure pour la réponse aux appels d'offres dans le cadre du groupement ou de sous-traitance (engagement n° 3) et la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle (engagement n° 4), la mise en œuvre de ces engagements, devant être faite dans les six mois et poursuivie au-delà. Ces engagements ont été mis en œuvre.

La société Coefficient a proposé des engagements qui portent sur la mise en place d'une procédure d'audit externe de la société, fondée sur des entretiens individuels avec les membres du personnel, afin d'évaluer sa situation au regard du respect du droit de la concurrence, sur un programme d'information professionnelle et sur l'élaboration d'une charte de conduite à l'attention du personnel de l'entreprise, la mise en œuvre de ces engagements, devant être faite dans les six mois et poursuivie au-delà, est en cours. Du retard a été pris dans la mise en œuvre des engagements et l'Autorité veille tout particulièrement à une exécution désormais rapide.

**Décision 11-D-07 du 24 février 2011**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

1. Un recours a été formé contre cette décision.

Les sociétés Lassarat, Prezioso et Grivetto ont présenté des engagements.

La société Lassarat a proposé des engagements qui ont été rendus obligatoires, relatifs à la formation et à la sensibilisation au droit de la concurrence (engagements n<sup>os</sup> 1 à 3), la rédaction d'une charte sur « les pratiques de libre concurrence » et sa diffusion (engagement n<sup>o</sup> 4), l'insertion, dans le renouvellement des délégations et subdélégations d'une clause qualifiant de faute grave toute participation à une pratique anticoncurrentielle (engagement n<sup>o</sup> 5), insertion, à toutes les offres remise d'un montant supérieur à 30 000,00 € HT d'une attestation par l'auteur de l'étude de prix du respect des règles de concurrence (engagement n<sup>o</sup> 6), l'intégration, dans son système qualité ISO 9001 des exigences comportementales visant à éviter les pratiques anticoncurrentielles et la transmission hebdomadaire, par voie électronique à la Direction générale des remises d'offres d'un montant supérieur à 30 000,00 € et d'un tableau récapitulatif de ces devis (engagements n<sup>os</sup> 7 et 8), la création de la fonction d'auditeur interne (engagement n<sup>o</sup> 9). Le dixième engagement concerne l'information de l'Autorité à qui la société enverra un rapport sur le suivi de l'exécution au cours du premier trimestre des trois années civiles suivant la notification de la décision.

La société Prezioso a souscrit à cinq engagements concernant l'information et la formation du personnel (engagements n<sup>os</sup> 1 et 2), le contrôle, notamment dans la mise en place d'une procédure de contrôle et de validation préalable à tout projet de groupement, d'un système informatique centralisé de suivi et de validation des offres et devis, d'une mise en conformité du document relatif à la procédure de traitement des appels d'offres (engagement n<sup>o</sup> 3), les sanctions avec l'intégration du code de bonne conduite dans le règlement intérieur et l'inscription, dans tout nouveau contrat de travail d'une clause assimilant à une faute grave ou lourde le non-respect des règles de concurrence (engagement n<sup>o</sup> 4). L'engagement n<sup>o</sup> 5 prévoit que la société enverra à l'Autorité un rapport de suivi des engagements au premier trimestre de chaque année et pendant trois ans.

La société Grivetto, en séance, a formalisé les mesures prises par son entreprise concernant notamment, la mise en conformité de leur document relatif à la procédure de traitement des appels d'offres, la rédaction d'une charte de bonne conduite, la mention dans le règlement intérieur et dans les nouveaux contrats de travail du caractère de faute grave ou lourde du non-respect des règles de concurrence. Elle s'est engagée à faire état de ses actions et de leur suivi dans un rapport annuel adressé à l'Autorité.

Ces sociétés doivent donc informer l'Autorité au début de l'année 2012.

Est également en cours la vérification des engagements contenus dans les décisions **09-D-06 du 5 février 2009**, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne.

### *Les engagements non exécutés*

En 2011, l'Autorité de la concurrence a eu à connaître, à une reprise, du non-respect d'engagements par les entreprises qui y avaient souscrit.

Dans sa décision **11-D-10, du 6 juillet 2011**, relative au respect, par la ville de Marseille, des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence **08-D-34 du 22 décembre 2008**, l'Autorité a constaté que la ville de Marseille avait méconnu le deuxième engagement souscrit par elle et rendu obligatoire par la **décision 08-D-34 du 22 décembre 2008**. Cet engagement prévoyait tout d'abord, que toute entreprise de pompes funèbres pourra obtenir, sur demande adressée au service des affaires juridiques et de la réglementation, le nombre global de décès et d'inhumations réalisés dans la ville de Marseille ainsi que le nombre de décès enregistrés dans chaque établissement de soins ou de séjour. Ensuite, il imposait à la ville de Marseille de ne fournir aucune donnée portant sur l'activité d'un opérateur à un autre opérateur. Enfin, il précisait que les réponses sont apportées par correspondance écrite envoyée à l'adresse du demandeur.

Elle a indiqué que, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'existence d'un dommage à l'économie, le manquement aux engagements qui porte atteinte à la solution négociée, destinée à rétablir une situation normale de concurrence et à prévenir toute pratique anticoncurrentielle, revêt un caractère d'une particulière gravité. Elle a cité l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005, France Télécom. Elle a prononcé à l'encontre de la ville de Marseille une sanction pécuniaire de 60 000 euros.

## Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

### *Les injonctions exécutées*

**Décision 11-D-01 du 18 janvier 2011**, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manufacture portuaire à La Réunion. Le SEMPR a justifié de l'exécution de l'injonction prononcée à son encontre par lettre du 21 mars 2001.

### *Les injonctions en cours de vérification*

**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. Des précisions sur les documents fournis ont été demandées.

---

2. Un recours a été formé contre cette décision.

## 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 en cours d'exécution*

**Décision 11-MC-01 du 12 mai 2011**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis.

L'Autorité a pris acte de l'engagement du président de La Poste, dans un courrier du 12 janvier 2011, de «suspendre la signature du contrat avec Mondial Relay jusqu'à ce que l'Autorité ait statué» et elle a enjoint au groupe La Poste de maintenir cette suspension jusqu'à ce qu'intervienne la décision au fond de l'Autorité dans cette affaire.

## 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 révision des engagements.

Début 2011, dix-huit décisions dans lesquelles des engagements ont été pris devant le ministre étaient toujours en cours d'exécution. S'y ajoutaient dix décisions d'autorisation sous réserve d'engagements prises par l'Autorité depuis sa création (trois en 2009, sept en 2010).

Au cours de l'année 2011, certains de ces engagements ont pris fin. En effet, les engagements comportementaux pris par les parties devant le ministre sont arrivés à leur terme pour les décisions n° C 2006-11 du 31 mai 2006, Spir/S3G, et n° C 2007-171 du 12 juin 2008, Somfy/Zurfluh-Feller. Par ailleurs, certains remèdes structurels ont été réalisés par les parties. C'est notamment le cas de ceux pris dans la décision n° C 2008-16 du 30 avril 2008, Vivarte/SuperSport, mais aussi des engagements de cession pris dans les décisions de l'Autorité 10-DCC-51 du 28 mai 2010, Tereos/Société sucrière du quartier français (réalisation partielle des engagements) et 10-DCC-98 du 20 août 2010, Eurovia/Tarmac, pour lesquels les repreneurs des actifs ont été agréés par l'Autorité. De même, dans l'affaire Bigard/Socopa qui a donné lieu à la décision du ministre n° C 2008-100 du 17 février 2009, le dernier repreneur des abattoirs à céder a été agréé.

Dans l'affaire Bigard/Socopa, l'Autorité a également été amenée à accepter une demande de révision des engagements. En effet, compte tenu de difficultés de réalisation, le groupe Bigard a proposé de remplacer un engagement de licence de la marque Valtero portant sur la vente des produits *de et à base de viande bovine* destiné au canal de distribution GMS par un engagement de cession de cette même marque, la cession portant sur l'ensemble des espèces et canaux de distribution sur lesquels la marque est présente. Le repreneur de cette marque ainsi que le contrat de cession de marques et de noms de domaine ont été agréés. Il est cependant à noter que la révision des engagements et leur réalisation est sans préjudice de la décision qui sera prise par l'Autorité dans le cadre d'une procédure de saisine d'office ouverte le 29 mars 2011 à l'encontre du groupe Bigard concernant le non-respect des engagements souscrits dans la décision n° C 2008-100, précitée.

En outre, l'Autorité de la concurrence a autorisé sept opérations de concentration sous réserve du respect d'engagements en 2011. Dans chacune de ces décisions, un mandataire chargé du suivi des engagements est prévu.

Au total, au 31 décembre 2011, quatorze décisions dans lesquelles des engagements ont été pris devant le ministre étaient encore en cours d'exécution. S'y ajoutent seize décisions prises par l'Autorité (trois en 2009, six en 2010, sept en 2011).

Dans certains cas exceptionnels, l'Autorité de la concurrence peut aussi être amenée, à la demande des parties et après avis du mandataire, à suspendre la réalisation d'engagements. Ce fut le cas en 2011 pour un des engagements conditionnant la décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009, SNCF/Novatrans, relatif à la création de sociétés par action simplifiées (« SAS ») dans plusieurs terminaux de transport combiné. Cette décision est en l'espèce motivée par les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de cet engagement dans la mesure où les différents opérateurs de transport combiné invités à se joindre aux SAS ont formellement renoncé à participer au processus de création des SAS. Cette décision peut être expliquée par plusieurs développements récents parmi lesquels les inquiétudes sur la situation économique et financière de Novatrans.

## Les engagements encore en cours de réalisation fin 2011

Affaire	Date de la décision	Parties	Résumé des engagements
C2001-77*	21/02/2001	Pathé/Gaumont	Comportementaux : interdiction des exclusivités et des clauses de garanties de copies.
C2001-107*	04/08/2001	Mediapost/ Delta Diffusion	Structurels : sortie des zones urbaines pour la distribution des publicités non adressées (« PNA »). Comportementaux : ouverture d'une base de données aux tiers en matière de PNA ; obligation de fournir chaque année sa grille tarifaire et la liste des zones où La Poste maintient la distribution.
C2003-13*	10/09/2003	Experian/Atos	Comportementaux : sous-traitance obligatoire du traitement d'un certain nombre de chèques à partir de certains seuils de nombre de chèques triés pour une année donnée.
C2004-114*	21/02/2005	Boiron/Dolisos	Comportementaux : commercialisation de MNC ; maintien des livraisons ; engagements de non-subordination.
C2004-120*	25/05/2005	Heineken Entrepôts	Comportementaux : distribution par Heineken à des brasseurs tiers des volumes de bière au moins égaux à ceux prévus par les engagements.
C2006-47*	01/12/2006	Pan Fish/ Marine Harvest	Structurels : engagement de cession des actifs écossais (Pan Fish Scotland).
C2006-155*	31/08/2007	Cafom/Fincar	Structurel : cession d'un magasin en Guyane.
C2007-14*	13/11/2007	CCI/Unibail	Structurels : extension des surfaces couvertes à Paris Nord en 4 phases. Comportementaux : limitation de l'augmentation des loyers sur les sites gérés (sauf Porte de Versailles), de la durée des réservations des salons avec une priorité pour les grands exposants ; obligation de réduire l'occupation de leurs propres sites par leurs salons ; prohibition de la pratique du couplage entre les prestations annexes obligatoires et exclusives et les prestations dites concurrentielles ; obligation de transparence, grille tarifaire, et recours à des appels d'offres pour sélectionner les fournisseurs.
C2007-19*	10/09/2007	SPiR/Schibsted	Comportementaux : non-couplage avec des éditions de presse du groupe SIPA et de la société S3G.
C2007-97*	19/12/2007	LVMH/Les Échos	Comportementaux : maintien de la publicité commune entre <i>La Tribune</i> et <i>Investir</i> ; aucune offre de publicité commune ne pourra être faite entre <i>Les Échos</i> et <i>Investir</i> ; séparation de la gestion de la publicité financière des <i>Échos</i> et d' <i>Investir</i> .
C2007-127*	07/12/2007	GHM/Pôle Sud de Lagardère	Comportementaux : non-couplage entre les titres de la PGA et/ou leur site Internet, et les titres de PQR ; maintien séparé des équipes commerciales de l'acquéreur et de la cible.
C2007-181*	15/04/2008	SFR/Neuf	Comportementaux : offre publique par SFR permettant l'accueil d'un nouveau MVNO sur son réseau ; mise à disposition de fibres « noires » aux opérateurs de télécommunications tiers qui lui en feraient la demande ; offre par Vivendi aux FAI des chaînes de catégorie 1 et 2 distribuées par SFR ; pas d'acquisition par SFR de droits exclusifs de distribution ou de droits cinématographiques ; pas de discrimination concernant la base de donnée Canal Plus et la distribution des bouquets thématiques.
C2008-04*	04/04/2008	Vivarte/Défimode	Structurels : cession de 3 fonds de commerce
C2008-39*	16/07/2008	GIE PMU/ Geny Infos	Comportemental : donner accès à la base Infocentre à tout opérateur qui en ferait la demande dans des conditions transparentes (prix et durée).
09-DCC-16	22/06/2009	Banque populaire/ Caisse d'épargne	Comportementaux : maintien de structures d'exploitation juridiquement distinctes, de marques et d'enseignes différenciées ; gestion autonome et séparée des réseaux. Engagement conditionnel : en cas de manquement aux engagements ou si la situation concurrentielle est altérée sur l'île de La Réunion sur le marché de la banque de détail et de la banque commerciale, cession à un tiers de la participation détenue par la Financière OCEOR dans la banque de La Réunion.
09-DCC-54	16/09/2009	SNCF/Novatrans	Comportementaux : gestion par Novatrans de ses propres demandes sillons à RFF et des appels d'offres pour mettre en concurrence les entreprises ferroviaires pour la traction de ses trains ; transfert par la SNCF des activités de gestion de terminal de Novatrans et Naviland Cargo à des sociétés d'exploitation (SAS) créées à cet effet ; garantie par la SNCF d'un accès transparent et non discriminatoire à tous les transporteurs routiers.
09-DCC-67	23/11/2009	LDC/Arrivé	Comportemental : pas de remises de gamme, d'assortiments et/ou de couplages sur les produits Le Gaulois et Maître Coq.

## Suivi de l'exécution des décisions

Affaire	Date de la décision	Parties	Résumé des engagements
10-DCC-02	12/01/2010	SNCF/CDPO/ Effia/Keolis	Comportementaux : pas de réponse aux appels d'offres par Effia portant sur des prestations de contrôle qualité sur des réseaux de transports publics de voyageurs; établissement par la SNCF de conventions de correspondances garanties; informations des opérateurs de transport public routier de voyageurs quant aux horaires prévisionnels et modifications d'horaires; accès de ces opérateurs aux services en gare sur le domaine géré par la SNCF.
10-DCC-01	12/01/2010	M. Bricolage/ Passerelle	Structurels : cession d'un magasin.
10-DCC-11	26/01/2010	TF1/TMC/NT1	Comportementaux : pas de réponse à un appel d'offres pour des droits sportifs pour plus de deux chaînes en clair; obligation de diffusion des œuvres patrimoniales lorsque le droit de premier et dernier refus a joué avec des conditions au moins équivalentes à celles de l'offre concurrente; obligation de diffusion des œuvres cinéma lorsque le droit de préemption a joué; pas de rediffusion de certains programmes sur plus d'une chaîne en clair d'un programme diffusé sur TF1; pas de promotion des programmes de TMC et NT1 sur TF1; non couplage et gouvernance séparée pour les régies publicitaires; programme de formation du personnel.
10-DCC-25	10/03/2010	H-distribution/ Topaze	Structurels : cession d'un magasin Écomax en Martinique.
10-DCC-51	28/05/2010	Tereos/ Société sucrière du quartier français	Comportemental : contrat d'approvisionnement en sucre avec le repreneur de Mascarin pour une durée de 20 ans.
10-DCC-98	30/12/2010	Veolia/Transdev	Structurels : cession d'actifs urbains et interurbains. Comportementaux : ne pas candidater à des appels d'offres de transport interurbain dans certains départements; contribuer à hauteur de 6,54 millions d'euros dans un fonds d'animation de la concurrence (dans le domaine des appels d'offres de transport urbain).
11-DCC-34	25/02/2011	GDF Suez/ Ne Varietur	Comportementaux : donner aux collectivités la possibilité de résilier unilatéralement et sans pénalité les contrats de DSP des villes de Saint-Pierre-des-Corps et Monceau-les-Mines avec les filiales de Ne Varietur.
11-DCC-87	10/06/2011	HTM/Saturn	Structurels : cession de 6 magasins et renonciation à l'ouverture d'un magasin.
11-DCC-102	30/06/2011	Rubis/Chevron	Structurels : cession de 4 stations-service en Guyane et 2 en Guadeloupe; cession de l'ensemble des actifs de GPL conditionné de SAPC en Guyane.
11-DCC-114	12/07/2011	BFCM/ Est républicain	Comportementaux : pas d'harmonisation des contenus (sauf informations différenciées) et liberté rédactionnelle; séparation des rédactions; maintien de la diffusion de certains titres acquis.
11-DCC-134	02/09/2012	GBH/CoraCluny	Comportementaux : interdiction de clauses d'exclusivité dans les contrats avec des fournisseurs; abstention de toute intervention dans les relations entre les fournisseurs et les distributeurs concurrents du groupe Bernard Hayot; répartition des budgets de coopération commerciale entre les distributeurs contrôlés par le Groupe Bernard Hayot et les distributeurs concurrents sur la base de critères commerciaux transparents, objectifs et vérifiables, propres à éviter toute ventilation discriminatoire; dissociation de l'exploitation des activités de vente au détail par les magasins contrôlés par le Groupe Bernard Hayot de celle de ses activités de distribution de gros.
11-DCC-150	10/10/2011	Agrial/Elle & Vire	Structurels : cession de deux sites industriels de cidre et d'une marque; modification statutaires réduisant les obligations d'approvisionnement croisées des adhérents vis-à-vis de la coopérative.
11-DCC-187	13/12/2011	Cofepp/Quartier français spiritueux	Structurels : en Martinique, cession de l'ensemble des actifs de Quartier français spiritueux (une distillerie, plusieurs marques de rhum et une société de distribution); à La Réunion, cession de la marque de rhum Charette, de la distillerie de Savanna et fourniture de volumes de rhum contingentés à des opérateurs actifs sur les marchés de marques de distributeurs.

\* Décisions ministérielles avant l'entrée en vigueur de la réforme (2 mars 2009), laquelle a transféré le contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence.

Par ailleurs, l'article L. 430-8 du Code de commerce permet à l'Autorité :

*« – Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :*

*1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I;*

[...]

*En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombe l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I. »*

Le 20 septembre 2011, l'Autorité a été amenée à se prononcer, dans une décision **11-D-12**, sur le respect des engagements rendus obligatoires dans le cadre de l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, autorisée en 2006 par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

En raison des conséquences de la réunion des deux principaux opérateurs du marché de la télévision payante en France, les parties avaient en effet soumis cinquante-neuf engagements, acceptés par le ministre, afin de permettre aux distributeurs de télévision payante qui subsisteraient après l'opération d'accéder à des contenus suffisamment attractifs pour constituer des bouquets compétitifs de chaînes payantes qui participeraient à l'animation de la concurrence sur le marché aval de la distribution de télévision payante.

Initialement saisie par le ministre en juillet 2008 pour avis concernant le respect de certains engagements, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de cette question en octobre 2009, suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

Dans cette affaire, l'Autorité a constaté que les parties n'avaient pas respecté dix engagements, centraux dans l'économie générale de la décision d'autorisation, relatifs, notamment, à la mise à disposition de chaînes (TPS Star, Cinéstar, Cinéculte, Cinétoile, Sport +, Piwi et Télétoon) et au maintien de la qualité de ces dernières (et notamment du caractère premium de la chaîne TPS Star), ainsi qu'aux relations qu'entretient le groupe Canal Plus avec les chaînes indépendantes tierces (afin de permettre aux distributeurs tiers d'enrichir leur bouquets).

L'Autorité a eu l'occasion de rappeler que le contrôle du respect des engagements ne portait pas sur une appréciation globale de l'opération, mais sur le respect de chaque engagement, puisqu'ils étaient tous nécessaires à la résolution des atteintes à la concurrence identifiées dans la décision d'autorisation. Il appartient dès lors aux parties de s'assurer au préalable que les engagements qu'elles soumettent, et qui conditionnent l'octroi de l'autorisation, peuvent être effectivement exécutés.

De même, l'Autorité a souligné que si les rapports d'un mandataire désigné pour le contrôle de l'exécution des engagements dans certaines opérations de concentration pouvaient utilement l'éclairer, elle ne saurait être liée par les appréciations formulées par le mandataire.

Au regard de l'importance de ces engagements pour le maintien de la concurrence sur le marché aval de la distribution de la télévision payante en France, l'Autorité a appliqué l'article L. 430-8 IV du Code de commerce, en prononçant le retrait de l'autorisation accordée par le ministre et en imposant une sanction de 30 millions d'euros, tenant compte de la gravité des manquements constatés et de l'importance de l'atteinte à la concurrence.

Le retrait de l'autorisation impose aux parties de notifier à nouveau l'opération selon la procédure prévue au titre III du livre IV du Code de commerce, et de tenir compte de l'ensemble des données de fait existant à la date de renotification, sauf à revenir à l'état antérieur à la concentration.

# Jurisprudence des juridictions de contrôle

## Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

### 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 la régularité des actes d'enquête

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>1</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a considéré que, contrairement à ce que soutenaient les requérantes, la détention pendant plusieurs mois, par les services de la DGCCRF, de documents irrégulièrement produits par un ancien salarié d'une des entreprises mises en cause qui avait dénoncé les faits, n'avait pas pu vicier la procédure dès lors que ces pièces n'ont pas été versées au dossier et qu'il n'est pas démontré qu'elles ont été utilisées, étant donné au demeurant que les enquêteurs étaient bien obligés d'en prendre connaissance pour en apprécier l'origine.

La cour a également écarté les prétentions des requérantes qui dénonçaient l'origine frauduleuse de plusieurs documents remis par cet ancien salarié à l'administration à l'appui de sa dénonciation, présentés comme des notes manuscrites prises au cours de réunions professionnelles mais en réalité reconstituées *a posteriori* et donc constitutifs de faux en écriture et en toute hypothèse de vol ou d'abus de

1. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, nos 11-11.750 et 11-13.130).

confiance dans la mesure où ces notes concernaient des informations appartenant à la société. La cour a en effet relevé que l'intéressé n'avait pas prétendu remettre l'original de ses notes, « *une telle déclaration n'excluant pas au contraire que les documents ainsi remis fussent la compilation de notes éparses prises sur une longue période* », et que la force probatoire des notes remises par le salarié étant sujette à caution et à vérification, l'infraction de faux ne pouvait être constituée. La cour a considéré, en outre, que le fait pour le salarié d'avoir utilisé et recopié des notes personnelles prises dans le cadre de son activité professionnelle ne relevait pas d'un vol ou d'un abus de confiance, une telle transcription ne caractérisant pas l'approbation d'informations qui auraient été la propriété exclusive de l'employeur.

La cour a, par ailleurs, écarté l'argument tiré de la nullité de deux procès-verbaux dressés par les enquêteurs pour recueillir des déclarations, l'un manuscrit, l'autre dactylographié, au motif qu'ils ne seraient pas rigoureusement identiques sur le plan formel et seraient donc dénués de valeur probante. La cour a en effet relevé que chacun des deux procès-verbaux était régulièrement signé des enquêteurs et des déclarants et que les différences qui les affectaient étaient minimes et ne révélaient aucune divergence dans les déclarations qui y étaient rapportées. Ainsi, il importe peu que l'un des procès-verbaux plutôt que l'autre ait été utilisé au soutien de la demande d'autorisation de visites domiciliaires « *dès lors que l'administration est libre de choisir les éléments qu'elle estime devoir présenter au soutien de sa demande d'autorisation, sous réserve que ce choix n'ait pas pour effet de tromper le président du tribunal* », ce qui n'était pas allégué en l'espèce.

La cour a encore considéré qu'un agenda professionnel, quand bien même il comprendrait des annotations d'ordre privé, est susceptible de faire l'objet d'une demande de communication des enquêteurs.

La cour a rejeté les arguments d'une des requérantes consistant à contester la validité des opérations d'enquête menées dans ses locaux, au prétexte qu'un certain nombre d'irrégularités y auraient été commises. La cour a rappelé que les procès-verbaux d'enquête administrative sont valables jusqu'à preuve contraire (article 46 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, devenu article L. 450-2 du Code de commerce), si bien que le fait que les personnes concernées par les investigations indiquent *a posteriori* qu'elles auraient été l'objet de procédés déloyaux de la part des enquêteurs ne suffit pas à contredire les énonciations claires portées dans les procès-verbaux, surtout si ces personnes ont signé les procès-verbaux sans réserve. Par ailleurs, le fait que les investigations qui ont débuté à 10 heures du matin se soient poursuivies jusqu'à 15 heures, sans interruption durant l'heure du déjeuner (pendant laquelle l'entreprise est fermée au public), ne traduit aucun excès de pouvoir dès lors qu'aucun texte ne l'interdit et que l'ampleur des investigations en cause le justifiait. Enfin, les enquêteurs, qui ont le pouvoir d'accéder à tout moyen de transport à usage professionnel, n'ont pas commis d'irrégularités en se faisant ouvrir des véhicules à usage partiellement professionnel.

La cour, après avoir rejeté les moyens tirés de la nullité de l'enquête administrative, a écarté, par voie de conséquence, l'argumentation selon laquelle l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie, obtenue par l'administration sur la base

des éléments de l'enquête administrative contestée, ainsi que les opérations de visite et saisie auraient été viciées (cf. décision 97-D-39).

### *Sur la saisine de l'Autorité*

#### Sur l'absence prétendue d'éléments suffisamment probants à l'appui de la saisine

Dans l'**arrêt Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>2</sup>, la cour a écarté le moyen tiré de l'absence d'éléments suffisamment probants fournis à l'appui de la saisine du plaignant. Selon la cour, il ressort des articles L. 462-8 et L. 462-5 du Code de commerce que « *le législateur n'a pas entendu imposer de quelconques exigences probatoires à l'auteur de la saisine, ni à l'appui de celle-ci ultérieurement, et a confié au service d'instruction de l'Autorité le soin de réunir les éléments dont l'organe décisionnel et au besoin la cour d'appel apprécieront la pertinence* » (cf. décision 04-D-48).

### *Sur la compétence de l'Autorité*

Dans l'**arrêt ENFenCONFIANCE du 27 janvier 2011**<sup>3</sup>, la cour a confirmé la décision par laquelle l'Autorité a décliné sa compétence pour connaître des activités de la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) consistant à exploiter le site Internet « mon-enfant. fr », concurrent de celui du plaignant et ayant pour objet d'informer les familles sur les places d'accueil disponibles auprès des assistants maternels. La cour a confirmé l'analyse de l'Autorité selon laquelle les faits dénoncés n'entraient pas dans la catégorie des activités de production, de distribution et de services visés à l'article L. 410-1 du Code de commerce, dans la mesure où la CNAF, établissement public national à caractère administratif, assure, notamment avec l'appui des caisses d'allocations familiales (CAF), une mission d'information en direction des familles sur les modes d'accueil des jeunes enfants et que le site dénoncé ne constituait qu'un des moyens d'exercice de cette mission. La cour a ensuite relevé, comme l'Autorité l'avait fait, que le Conseil d'État avait, dans une décision du 28 mai 2010, « *dont il n' [appartenait] pas à la cour de critiquer la teneur* », retenu la même analyse. La cour a également relevé que l'existence d'opérateurs privés intervenant dans le même secteur de l'information sur les structures d'accueil destinées à l'enfance importait peu, tout comme la décision des conseils généraux de recourir à l'offre privée dans le cadre de marchés publics pour la prestation concernée était sans influence sur la nature de l'activité en cause, qui résultait directement de la mission dévolue à cet organisme (cf. décision 10-D-24).

2. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. com., 17 janvier 2012, n° 11-13.067).

3. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Dans l'**arrêt Jean-Michel X du 27 janvier 2011**<sup>4</sup>, la cour a confirmé la décision par laquelle l'Autorité avait déclaré irrecevable la saisine formée par un viticulteur concernant de prétendues pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre par la Caisse de mutualité sociale agricole de Gironde (CMSA). Le saisissant soutenait que les exploitants non salariés étaient tenus de cotiser à la CMSA en application des dispositions du Code rural et que la CMSA pratiquait des tarifs excessivement élevés. La Cour a fondé son raisonnement sur l'examen des deux conditions posées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2009, Kattner (C-350/07, Rec. I-1513), qu'elle a considérées réunies en l'espèce, à savoir que la CMSA remplissait « *une fonction à caractère exclusivement social dès lors qu' [elle opérait] dans le cadre d'un régime qui met [tait] en œuvre le principe de solidarité et que ce régime [était] soumis au contrôle de l'État* ».

La cour a écarté les allégations de la requérante relatives à l'existence d'une situation de concurrence potentielle entre la CMSA et les autres organismes agréés dès lors que les dispositions du Code rural (article L. 731-30) prévoient la possibilité de recourir à ces organismes. Elle a relevé à cet égard que ces autres organismes, qui étaient d'ailleurs soumis à une habilitation ministérielle et au respect de diverses obligations, ne détenaient qu'une délégation de gestion du système de protection sociale agricole au sein duquel la CMSA et ses caisses départementales exerçaient des fonctions de contrôle et de centralisation des informations et qu'ils étaient soumis aux mêmes règles de solidarité que les CMSA et au même contrôle de l'État, de sorte qu'il n'était pas possible de soutenir que le Code rural organisait une véritable concurrence entre la CMSA et ces autres organismes. La cour a également écarté l'argument par lequel le requérant faisait valoir que le régime de la CMSA constituait une entrave injustifiée au principe de libre circulation des services prévu par le droit de l'Union. La cour a estimé que « *sous couvert d'une critique de la décision déférée en ce qu'elle aurait refusé de retenir la qualification d'entreprise au profit de la CMSA et l'exercice par celle-ci d'une activité économique [...], M. X conteste, en réalité, la conformité des dispositions du Code rural relatives au régime des CMSA au principe de liberté de circulation des services, question qui ne relève ni de la compétence de l'Autorité de la concurrence ni, a fortiori, de celle de la cour d'appel de Paris saisie d'un recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence* ».

Enfin, la cour a relevé que le requérant qui ne se trouvait pas dans la position d'une entreprise vis-à-vis d'un fournisseur ou d'un client ne pouvait se prévaloir, tant du fait de l'obligation de cotisation que du niveau des tarifs pratiqués par la CMSA, d'une atteinte à son activité provoquée par un comportement anticoncurrentiel de cette caisse avec laquelle il n'était pas en concurrence (*cf.* décision 10-D-23).

Dans l'**arrêt Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>5</sup>, la cour a confirmé la compétence de l'Autorité pour apprécier si les conditions de mise en œuvre d'une clause de non-concurrence figurant dans le Mémoire of Agreement (MOA) conclu entre Perrigault et APM pour la création d'une filiale commune destinée à exploiter

4. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

5. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

un terminal au port du Havre, avaient un objet ou des effets anticoncurrentiels. La cour a ainsi indiqué que l'existence d'un différend entre les parties sur l'application de cette clause, qui a conduit à l'introduction d'une instance devant le tribunal de commerce, « *ne fait pas obstacle à un examen parallèle par l'Autorité de cette clause, qui, si elle n'est, dans son principe, pas illicite en elle-même, peut cependant, comme le dénonce la notification de griefs au titre de l'entente de partage de clientèle, être légalement détournée de son objet pour couvrir des agissements contraires aux règles de la libre concurrence énoncées par les articles 81, paragraphe 1, du traité CE devenu 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce* » (cf. décision 10-D-13).

### *Sur la procédure suivie devant l'Autorité*

#### Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

*Sur la communication à l'Autorité par les juridictions d'instruction et de jugement, des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont l'Autorité est saisie*

Dans l'**arrêt Aximum du 30 juin 2011**, la cour a rejeté la demande de transmission à la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui était soumise par la société Aximum. Cette société invoquait le défaut de conformité des dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, aux principes constitutionnels des droits de la défense et du droit à un recours juridictionnel dans la mesure où il prévoyait que « *les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi* ». La requérante faisait valoir que les dispositions en cause conféraient au Conseil un droit d'accès privilégié à des documents de preuve dont ne dispose pas l'entreprise à laquelle sont imputés des griefs, violant ainsi le principe du respect des droits de la défense. La requérante invoquait également que ce texte méconnaissait le principe du droit à un recours juridictionnel effectif, dès lors que la nature des pièces communiquées au Conseil est laissée à la seule discrétion du juge d'instruction, alors que le dossier peut comporter des éléments à charge et à décharge. La cour a cependant jugé que « *la communication au Conseil [...] des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi, intervient exclusivement pendant la phase, non contradictoire d'enquête, au cours de laquelle les services d'instruction du Conseil se bornent à procéder, sans mise en cause nominative, à la constitution d'éléments de preuve qui ne préjugent en rien des griefs qui pourront être notifiés ultérieurement aux entreprises concernées, dont les droits de la défense sont préservés par la mise en œuvre, à compter de la notification des griefs, d'une procédure contradictoire* » (cf. décision 10-D-39).

## *Sur l'accès au dossier*

Dans l'arrêt **Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>6</sup>, la cour a considéré qu'aucune atteinte au droit d'accès au dossier de TPO ne pouvait être relevée. En l'espèce, la requérante se plaignait d'une impossibilité d'accès aux versions confidentielles de documents pour lesquels aucune demande de protection au titre du secret des affaires n'avait été formulée, de l'existence d'erreurs dans la cotation de certaines pièces annexées à la notification des griefs ne permettant pas d'identifier les pièces citées, ainsi que de fréquents décalages entre les références des cotes citées et la numérotation de celles figurant effectivement en annexe. La cour a relevé, en premier lieu, que les difficultés d'accès à certaines pièces du dossier évoquées par TPO résultaient de la transmission du dossier sous forme de CD-Rom. Or, la cour a rappelé que « *la réalisation et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification de griefs ne constituent qu'une facilité supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent, en tout état de cause, la possibilité de venir consulter le dossier dans les locaux de l'Autorité* ». En deuxième lieu, la cour a indiqué que, comme l'avait souligné le conseiller auditeur dans son rapport, « *les pièces [...] qui avaient été rendues à tort inaccessibles sur le CR-Rom transmis par TPO, ont été communiquées à TPO [...] dans un délai de 8 jours ouvrables* » et qu'au surplus « *TPO avait déjà connaissance de ces pièces pour en avoir reçu copie dans le cadre de la procédure des mesures conservatoires* ». En troisième lieu, la cour a validé l'analyse de l'Autorité selon laquelle TPO avait eu accès aux parties de pièces classées en annexe confidentielle qui ne relevaient pas du secret des affaires dès lors qu'il suffisait de se référer aux cotes correspondant aux versions non confidentielles des pièces en cause, en s'aidant pour cela du tableau figurant en annexe de la notification des griefs. La cour a ainsi confirmé la décision de l'Autorité et relevé que cette dernière avait, à bon droit, constaté que les erreurs alléguées avaient été rectifiées par la suite et qu'en tout état de cause, le contenu des pièces avait été suffisamment décrit dans le corps de la notification des griefs (cf. décision 10-D-13).

## **Sur le respect du principe d'impartialité**

### *Impartialité de l'enquête et de l'instruction*

Dans l'arrêt **Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>7</sup>, la cour a estimé que les moyens soulevés par TPO tirés de l'irrégularité de la procédure pour violation du principe d'impartialité n'étaient pas fondés. La cour a tout d'abord écarté l'argument selon lequel la violation du principe d'impartialité aurait résulté de l'occultation par le rapporteur de nombreux éléments à décharge, et indiqué que l'appréciation de l'impartialité de l'instruction ne saurait résulter de la seule circonstance que le rapporteur n'aurait pas tenu compte, dans sa notification de griefs, d'éléments à décharge. La cour a relevé, à cet égard, qu'en l'espèce, les parties mises en cause avaient été mises en mesure de faire état de ces éléments dans la discussion sur le bien-fondé des griefs et d'invoquer toutes les pièces qui leur apparaissaient

6. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

7. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

utiles à leur défense. La cour a ensuite considéré que la circonstance qu'aucune opération de visite et saisie n'avait été menée dans les locaux d'APMM était inopérante, dès lors qu'un tel argument consistait en fait « à contester le contenu de l'ordonnance de visite et saisie rendue par le juge des libertés et de la détention en ce qu'elle ne vise pas les locaux d'APMM, alors qu'elle est dépourvue de qualité pour le faire ». La cour a enfin relevé que la circonstance qu'APMM n'a pas fait l'objet d'opérations de visite et saisie n'est pas de nature à démontrer l'impartialité de l'instruction car cette entreprise s'était néanmoins vu notifier un grief d'entente et de partage des capacités, avant d'être ultérieurement mise hors de cause par l'Autorité (cf. décision 10-D-13).

### *Impartialité du rapporteur*

Dans l'arrêt **Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>8</sup>, la cour a écarté le moyen présenté par SFR, selon lequel en renonçant à obtenir des éléments probants auprès de l'association requérante Ténor, le rapporteur aurait manqué à son obligation d'instruire à charge et à décharge. La cour a rappelé que, dès la notification des griefs, qui ouvre le débat contradictoire en vertu des articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce, les parties mises en cause ont eu la faculté de consulter le dossier, ainsi que de demander l'audition de témoins au rapporteur et au Conseil. De même, la cour a relevé que les parties ont également été mises en mesure de présenter leurs observations sur les griefs notifiés puis le rapport et de s'exprimer oralement devant le Conseil. La cour en conclut que la partie requérante n'a pas démontré concrètement en quoi elle aurait été privée de l'une de ces prérogatives (cf. décision 04-D-48).

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>9</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a écarté le moyen tiré de l'impartialité du rapporteur auquel il était reproché d'avoir, auparavant, été en charge de l'instruction du dossier ayant conduit à la décision de mesures conservatoires 94-MC-10, dont la Cour de cassation avait jugé qu'elle était constitutive d'un pré-jugement et également d'avoir assisté aux délibérés de la décision de mesures conservatoires et de la décision 95-D-82 de vérification du respect de l'injonction. La cour a considéré que l'appréciation de l'impartialité du rapporteur doit être réalisée *in concreto* « en contemplation du respect effectif des droits de la défense », et considéré qu'en l'espèce, « s'il ne suffit pas que les parties aient pu, à partir de la notification des griefs, consulter le dossier, demander l'audition de témoins à décharge, présenter des observations sur les griefs puis sur le rapport et s'exprimer oralement au cours des débats en séance, comme l'impose l'article L. 463-1 du Code de commerce, cependant, et en l'espèce, [...] le rapporteur avait assisté au délibéré sur les mesures conservatoires mais n'avait ensuite fait qu'user des prérogatives qu'il tient de l'article devenu L. 450-6 du Code de commerce, en définissant les orientations de l'enquête, accomplie concrètement et pour l'essentiel par l'administration sous le contrôle désintéressé du rapporteur, en se tenant informé du déroulement de cette enquête, en appréciant lui-même et objectivement l'utilité d'actes

8. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

9. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, nos 11-11.750 et 11-13.130).

*supplémentaires, en examinant souverainement mais objectivement les propositions formulées par les entreprises mises en cause, lesquelles sont hors d'état d'invoquer précisément un refus significatif d'acte d'instruction ou toute autre manœuvre tendant à évincer les droits desdites entreprises; [...] de même, si le rapporteur doit donner à voir son impartialité, se donner les moyens de clore éventuellement son instruction sans suite et ne prendre parti que lorsque la loi l'exige de lui à la fin de son instruction, cependant, et en l'espèce, les parties se contentent de déplorer un risque de confusion entre instruction et jugement préalables sur des mesures de contrôle ou conservatoires, et instruction au fond; qu'il n'est apporté [...] aucune démonstration que les parties aient eu des raisons de s'inquiéter de l'attitude du rapporteur et qu'il n'est pas davantage invoqué devant ladite cour que les entreprises poursuivies aient manifesté une crainte à ce sujet jusqu'au renvoi de cassation décidé le 3 mars 2009» (cf. décision 97-D-39).*

### *Sur la présence du rapporteur et du rapporteur général lors du délibéré*

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>10</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a jugé que la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil était saisi, est contraire au principe du procès équitable et qu'il en est de même pour la présence du rapporteur général au délibéré (cf. décision 97-D-39).

### *Sur l'impartialité du Conseil*

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>11</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a annulé la décision du Conseil pour violation du principe d'impartialité issu de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en raison, d'une part, de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré et, d'autre part, de la participation de membres du Conseil à un précédent délibéré, dans la même affaire, sur les mesures conservatoires (cf. décision 97-D-39).

### **Sur les conditions d'intervention du conseiller auditeur**

Dans l'**arrêt Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>12</sup>, la cour a écarté le moyen soulevé par TPO selon lequel 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 de griefs, ne lui aurait pas permis d'exercer pleinement les garanties offertes par l'article R. 461-9-II du Code de commerce. En effet, confirmant l'analyse menée par l'Autorité, la cour a rappelé que TPO avait été mise en mesure de présenter au conseiller auditeur des observations sur le déroulement de la procédure d'instruction et que celui-ci y avait pleinement répondu, de telle sorte que la nomination du conseiller auditeur postérieurement à l'envoi de la notification des griefs n'avait pas eu pour conséquence de priver la

10. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

11. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

12. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

requérante des garanties offertes par l'article R. 461-9-II du Code de commerce précité (cf. décision 10-D-13).

### Sur les délais de réponse à la notification de griefs

Dans l'**arrêt Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>13</sup>, la cour a écarté le moyen soulevé par TPO selon lequel le délai supplémentaire de huit jours ouvrables qui lui avait été accordé par la rapporteure générale pour répondre à la notification de griefs n'avait pas été suffisant et qu'il en résultait une violation de ses droits de la défense. Après avoir rappelé que « *la rapporteure générale a pris en considération ces circonstances en prolongeant de huit jours ouvrables, par lettre du 3 juillet 2009, le délai initialement accordé* », la cour a considéré que, comme l'avait décidé l'Autorité, la seule coïncidence du délai de réponse à la notification de griefs avec la période estivale ne saurait constituer une « *circonstance exceptionnelle justifiant, au sens de l'article L. 463-2 [du Code de commerce] un délai supplémentaire et que, dès lors, l'extension du délai de réponse à la notification de griefs qui lui a ainsi été octroyé apparaît suffisante* » (cf. décision 10-D-13).

### Sur la différence entre le grief notifié et la pratique retenue

Dans l'**arrêt Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>14</sup>, la cour a rejeté le moyen présenté par le Groupe SFR Cegetel, tiré d'une violation du respect du principe du contradictoire. La requérante soutenait que la décision attaquée avait retenu à son encontre une pratique de « *ciseau tarifaire* », alors que le grief notifié portait sur une pratique de « *prédation tarifaire* ». Après avoir rappelé qu'« [...] *un grief est un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise; qu'il faut et il suffit que la formulation des griefs permette d'informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques qui leur ont été reprochées [...]* », la cour a relevé qu'il ressortait bien du corps de la notification des griefs qu'était décrite « *une pratique tarifaire mise en œuvre sans risques de pertes par un opérateur verticalement intégré, détenant en amont une position dominante sur un bien indispensable à l'exercice d'une activité de détail située en aval, sur laquelle il était également présent* ». La cour en a conclu que « *telle est la définition, non pas d'une pratique de prix prédateurs comme l'énonce la requérante au moyen, mais bien d'une pratique de ciseau tarifaire* » (cf. décision 04-D-48).

### Sur la durée de la procédure

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>15</sup>, la cour a rappelé que la durée de la procédure s'apprécie au jour de la décision attaquée et non au jour de la saisine de la cour. En l'espèce, le Conseil s'était prononcé en 1997 sur des faits produits en 1993. La cour en a déduit que cette durée ne pouvait être considérée comme anormalement longue dans la mesure où était en cause « *une pratique*

13. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

14. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. com., 17 janvier 2012, n° 11-13.067).

15. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n°s 11-11.750 et 11-13.130).

*anticoncurrentielle assez complexe, dont l'instruction avait nécessité le recours à des visites domiciliaires» (cf. décision 97-D-39).*

## ***Sur la procédure suivie devant la cour d'appel***

### **Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8, alinéa 2, du Code de commerce<sup>16</sup>**

Dans l'**ordonnance Sécurité et signalisation du 17 mars 2011**, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris a rejeté les demandes de sursis à exécution formées contre la décision 10-D-39 dans laquelle l'Autorité de la concurrence a sanctionné huit entreprises, dont des acteurs majeurs du secteur de la signalisation routière, pour s'être entendues pendant une dizaine d'années sur la quasi-totalité des marchés lancés par les collectivités publiques en France.

Les demandes de sursis à exécution portaient à la fois sur le paiement de la sanction pécuniaire et sur l'injonction de publication prononcée par l'Autorité.

Sur le premier point, le magistrat délégué a relevé que l'Autorité a pris en compte les difficultés alléguées par la requérante dans la détermination du montant de la sanction, qui avait été réduite de plus de moitié. La cour a précisé : *« il résulte de la Décision [...] que la société [...] a bénéficié d'une authentique clémence au titre de ses difficultés, dont la nature et l'ampleur étaient connues de l'Autorité [...] »* et rejeté la demande sur ce point. La cour a également retenu que l'entreprise en cause bénéficiait d'un moratoire pour ses principales dettes sociales et fiscales, accordé par la direction du Trésor en charge du recouvrement des sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité.

Sur le deuxième point, le magistrat délégué a fait droit à la demande en ce qu'elle portait sur l'injonction de publication. Les requérantes soutenaient que celle-ci contenait plusieurs inexactitudes. Il a ainsi accueilli la demande de rectification portant sur la nature de l'activité de l'une des entreprises et sur le fait que cette dernière avait été condamnée en sa seule qualité de société mère de l'auteur des pratiques et non en raison de ses comportements propres. Il a aussi fait droit à la demande de suppression de l'indication concernant la possibilité pour les victimes de demander réparation de leur préjudice : *« L'Autorité de la concurrence, qui lorsqu'elle sanctionne, n'a pas compétence pour susciter, recevoir ou traiter les demandes de dommages et intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles ne peut décider quoi que ce soit à ce sujet au sens de [l'article L. 464-2-I, alinéa 5, du Code de commerce], à peine de laisser apparaître une confusion entre son rôle politique et son rôle juridictionnel »*. Le magistrat a également relevé que, saisi sur le fondement de l'article L. 464-8 du Code de commerce, il ne peut prononcer qu'un sursis et non une rectification qui ne relèverait que du pouvoir de l'Autorité de la concurrence elle-même ou du pouvoir de réformation de la cour saisie sur le fond et,

<sup>16</sup>. « 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. »

en conséquence, a prononcé le sursis de la mesure de publication mais, « *vu l'importance d'une publication rapide pour l'efficacité de la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles* », a laissé à l'Autorité la possibilité de rectifier sa prescription (cf. décision 10-D-39).

Dans l'**ordonnance Nocibé France du 27 janvier 2011**, la cour a rejeté la demande de sursis à exécution de la décision 06-D-04 *bis* présentée par la société Nocibé. En effet, après l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2010 qui avait annulé l'arrêt de la cour d'appel du 10 novembre 2009, Nocibé avait saisi de nouveau la cour d'appel d'un recours contre la décision du Conseil qui l'avait condamnée au paiement d'une sanction pour sa participation à des pratiques d'entente avec plusieurs de ses fournisseurs, sur les prix aux consommateurs. Nocibé avait en outre formé une demande de sursis à l'exécution de cette décision sur le fondement de l'article L. 464-8, alinéa 2, du Code de commerce. À l'appui de sa requête, Nocibé invoquait que les annulations successives de la décision du Conseil par la cour d'appel et non remises en question, en ce qui la concernait, par la Cour de cassation, révélaient que des « *violations flagrantes des règles de droit applicables menaçaient sérieusement d'annulation la décision du Conseil, de sorte que son exécution serait de nature à engendrer les "conséquences manifestement excessives"* » visées par les dispositions de l'article L. 464-8, alinéa 2, précité. La cour d'appel a rejeté la demande de Nocibé après avoir constaté que cette dernière avait reconnu que sa situation financière était solide et que, dès lors, elle ne pouvait pas sérieusement soutenir « *que le paiement de cette amende, compromettrait, de manière "non réversible", son développement en retardant des opérations d'achat ou de "relooking" de points de vente* » (cf. décision 06-D-04 *bis*).

### Sur le recours prévu par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 contre les ordonnances de visite et de saisie

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>17</sup>, la cour a rejeté le moyen soulevé par les requérantes, tiré de l'irrégularité des visites domiciliaires et saisies réalisées, comme procédant d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention les autorisant entachée de nullité. Les requérantes soutenaient qu'elles n'avaient pas disposé, au moment où l'ordonnance d'autorisation avait été rendue par le juge des libertés et de la détention, d'un recours effectif au sens de l'article 6, § 1, de la CESDH et que la voie de recours nouvelle ouverte par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, ne permettait pas non plus de satisfaire cette exigence.

La cour a statué dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 13 janvier 2011**, après avoir sursis à statuer en raison de l'intervention, en cours de délibéré, de deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 décembre 2010 (Canal Plus et autres c. France, req. n° 29408/08 et Compagnie des gaz de pétrole Primagaz

17. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n°s 11-11.750 et 11-13.130).

c. France, req. n° 29613/08). Dans ces arrêts, la CEDH avait estimé que le régime français du contrôle juridictionnel de la régularité des ordonnances autorisant les opérations de visite et saisie, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 précitée, n'était pas conforme à l'article 6, § 1, de la CEDH<sup>18</sup> dans la mesure où, ne prévoyant qu'un pourvoi en cassation contre l'ordonnance d'autorisation, il ne garantissait pas un recours effectif aux entreprises.

La CEDH, dans les deux arrêts cités *supra*, avait également considéré que les dispositions transitoires de l'ordonnance du 13 novembre 2008 (article 5, IV, alinéa 2), permettant aux entreprises de contester, devant la cour d'appel de Paris, en fait et en droit, l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et saisie en même temps que la décision au fond rendue par l'Autorité, quand cette ordonnance n'a pas fait l'objet d'un pourvoi ou quand elle a fait l'objet d'un pourvoi qui a été rejeté, ne garantissaient pas davantage un recours effectif aux entreprises car :

– « *cette action ne pourra être exercée que si un recours au fond est formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence, ce qui rend nécessairement l'accessibilité de cette voie de recours incertaine, compte tenu de l'exigence préalable à la fois d'une décision au fond et d'un recours contre celle-ci* » (§ 40 de l'arrêt Canal Plus) ;

– parce que cette voie de recours était, en l'espèce, d'une accessibilité trop tardive : « *la décision au fond de l'Autorité de la concurrence, qui n'est toujours pas rendue à ce jour, n'interviendra donc que plusieurs années après les décisions de 2005. Or, la cour rappelle qu'en plus d'un contrôle en fait et en droit de la régularité et du bien-fondé de la décision ayant prescrit la visite, le recours doit également fournir un redressement approprié, ce qui implique nécessairement la certitude, en pratique, d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse et ce, dans un délai raisonnable* » (§ 40 de l'arrêt Canal Plus).

Dans son arrêt, la cour d'appel a tout d'abord relevé que les requérantes agissaient comme dans les affaires examinées par la Cour européenne, sur le fondement de l'alinéa 2 du IV de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008<sup>19</sup>, même si la Cour de cassation avait, dans son dernier arrêt, renvoyé les parties devant la cour d'appel pour connaître de leur contestation relative à l'ordonnance d'autorisation<sup>20</sup>.

La cour a ensuite jugé que le recours ouvert par les dispositions transitoires constituait un recours conforme aux exigences de la Cour européenne. En effet, après avoir énoncé que « *l'existence d'un recours approprié [...] s'apprécie de manière concrète et spéciale* » et « *qu'elle est avérée dès lors que l'accessibilité de la voie de recours a été certaine, et qu'en plus d'un contrôle en fait et en droit de la régularité et du bien-fondé de*

18. « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...].* »

19. « *Si l'autorisation de visite et saisie n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation ou si cette autorisation a fait l'objet d'un pourvoi [...] ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l'autorisation est ouvert devant la cour d'appel de Paris saisie dans le cadre de l'article L. 464-8 du Code de commerce, hormis le cas des affaires ayant fait l'objet d'une décision irrévocable à la date de publication de la présente ordonnance.* »

20. On était alors dans le cadre de l'alinéa 3 de l'article 5, IV, de l'ordonnance du 13 novembre 2008 : « *Lorsque est pendant devant la Cour de cassation un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel [...] statuant dans le cadre de l'article L. 464-8 du Code de commerce, les parties ont la faculté de demander le renvoi à la cour d'appel [...] pour l'examen d'un recours en contestation de l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention.* »

*la décision ayant prescrit la visite, le recours a fourni un redressement approprié, lequel implique la certitude d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse, dans un délai raisonnable», la cour a vérifié la réunion, en l'espèce, de chacune de ces conditions.*

Elle a ainsi constaté, en premier lieu, que le recours ne pouvait être qualifié d'incertain en l'espèce puisque les parties avaient effectivement exercé un recours contre l'ordonnance d'autorisation à l'occasion de leur recours sur le fond : *« les entreprises requérantes ne peuvent affirmer qu'elles ont dû, pour obtenir un contrôle effectif de l'autorisation de visite et saisie par un juge du fond, attendre leur condamnation par le Conseil de la concurrence puis exercer un recours contre cette condamnation ; que l'incertitude du recours, au sens de l'arrêt de la cour EDH du 21 décembre 2010, s'entend de la situation dans laquelle seraient mises les entreprises requérantes du fait du régime transitoire résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008, si elles n'avaient pas exercé de recours au fond, ce qui ne correspond évidemment pas aux circonstances de la présente affaire ».*

S'agissant du caractère approprié du recours, la cour a estimé que *« 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 [...], 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 ; qu'en effet, la cour d'appel de Paris ou son premier président, selon le cas, saisis du recours en contestation de l'autorisation de visite et de saisie prévu par l'article 5 paragraphe IV de l'ordonnance du 13 novembre 2008 sont tenues 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 ajouté en se référant à l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 23 novembre 2010 dans l'affaire Beauté Prestige International, que la violation d'une formalité ou d'un délai raisonnable peut conduire à l'annulation de la procédure et pas uniquement à l'allocation de dommages et intérêts, *« ce qui renforce le caractère réel et approprié du "redressement" au sens de la jurisprudence européenne ».* Enfin, la cour a énoncé que *« le recours a pour suite, s'il aboutit à l'infirmité de la décision qui a autorisé la visite domiciliaire, de conduire à l'anéantissement des actes d'enquête réalisés en application de celle-ci, avec toutes les conséquences que cela pourra, en outre, comporter sur l'examen des griefs par le collègue de l'Autorité ».*

En ce qui concerne le caractère effectif du contrôle juridictionnel opéré, elle a rappelé être tenue d'examiner en fait et en droit la régularité de la décision du juge qui a autorisé les opérations de visite et saisie au vu des éléments du dossier, avec toutes les conséquences possibles en terme d'annulation, mais que ce contrôle n'impliquait toutefois pas de sa part une quelconque appréciation sur le bien-fondé des griefs ou un préjugé sur les sanctions prononcées.

La cour a examiné encore si le délai raisonnable visé dans les arrêts de la Cour européenne protégeait *« directement et exclusivement »* les droits de l'entreprise qui avait subi la visite domiciliaire. Elle a relevé, qu'en l'espèce il s'était écoulé quinze

ans entre le jour où la voie de droit avait été ouverte (en l'espèce, le jour de la perquisition, c'est-à-dire le jour où l'intéressée avait eu connaissance de l'existence de l'ordonnance d'autorisation), et le jour où le juge compétent avait été saisi pour statuer sur le recours, à savoir, l'arrêt de la Cour de cassation rendu en mars 2009, puisque c'est à ce moment que, pour la première fois, les entreprises avaient indiqué entendre former un recours contre l'autorisation de visite et saisie. Elle a estimé cependant, que ce délai n'était pas entièrement imputable à l'administration puisqu'il avait été largement mis à profit par les entreprises pour exercer toutes les voies de recours qui leur étaient ouvertes, de façon répétée, devant la cour d'appel et la Cour de cassation et, en conséquence, a déduit de ces quinze années, douze années correspondant aux années pendant lesquelles les entreprises ont exercé des recours, soit contre l'ordonnance d'autorisation par un pourvoi devant la Cour de cassation, laquelle avait rendu un arrêt de rejet en 1995, soit contre la décision au fond elle-même, et ce, jusqu'à l'ouverture du recours prévu par l'ordonnance de novembre 2008. Ainsi, la cour a estimé que le délai imposé aux requérantes pour obtenir un recours effectif n'a été que de trois ans, ce qu'elle n'a pas estimé déraisonnable « *au vu de la difficulté du dossier* ».

Enfin, examinant la régularité de l'ordonnance, la cour a rejeté l'argumentation par laquelle était soutenu que l'administration avait abusé le juge en lui présentant des documents tronqués ou reconstitués et un dossier incomplet. La cour a rappelé que les services de l'Autorité n'étaient pas tenus de produire au juge l'ensemble des éléments dont ils disposaient (ou dont les requérantes croyaient qu'ils disposaient), « *mais seulement ceux de nature à justifier les opérations de visite et saisie* » et qu'il revient au juge, saisi d'une demande d'autorisation de visite et saisie, « *de vérifier non contradictoirement, selon le choix qu'a fait le législateur pour favoriser l'effet de surprise propre à la procédure sur requête, l'existence de présomptions d'une pratique anticoncurrentielle* ». En l'espèce, le juge, en vérifiant la qualité juridique des requérants, en examinant les pièces produites et en motivant sa décision, avait pleinement satisfait aux exigences de la loi et il n'était pas établi que les pièces qui lui avaient été présentées avaient été obtenues illicitement ou avaient été falsifiées ou tronquées (cf. décision 97-D-39).

## Sur la qualité de partie reconnue à l'Autorité

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 13 janvier 2011**<sup>21</sup>, la cour a pris acte de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 7 décembre 2010 (VEBIC, C-439-08, non encore publié au recueil) et ainsi reconnu le statut de partie défenderesse à l'Autorité : « *Considérant que l'Autorité de la concurrence, partie défenderesse devant la cour et disposant de tous les droits inhérents à cette qualité, doit pouvoir conclure sur la portée de cet arrêt dans l'espèce, sans préjudice des conclusions des autres parties, ainsi que du ministère public et de la ministre chargée de l'Économie [...]* » (cf. décision 97-D-39).

21. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

## Sur la recevabilité des écritures ou interventions en appel

Dans l'**ordonnance Sécurité et signalisation du 17 mars 2011**, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris a jugé irrecevables les écritures et interventions produites par les sociétés Signature SA, Lacroix SA, Franche-Comté et Signature SA, au motif que « ces sociétés n'ont pas fait parvenir régulièrement leurs écritures à l'Autorité de la concurrence, à Madame la Ministre chargée de l'Économie ni à Monsieur le Procureur général [...] » (cf. décision 10-D-39).

## Sur l'étendue des pouvoirs de la cour d'appel

### *Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel*

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>22</sup>, la cour, après avoir annulé la décision de sanction prise à l'encontre de treize entreprises pour diverses pratiques d'entente dans le secteur du béton prêt à l'emploi en région PACA, en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré et de la participation de membres du Conseil au délibéré lors de la décision relative à la demande de mesures conservatoires, a statué, comme la Cour de cassation l'y avait invitée, sur les moyens des parties relatifs à la procédure et au fond : « en conséquence de l'annulation prononcée sur le fondement de l'article 6-1 de la [CEDH], la cour est tenue, par application des articles L. 464-8 du Code de commerce, 561 et 562 du Code de procédure civile, de statuer, en fait et en droit, sur les demandes des parties tendant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction ayant conduit à la décision annulée, puis, le cas échéant, sur les griefs notifiés » (cf. décision 97-D-39).

Dans l'**arrêt Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>23</sup>, la cour a réitéré la position adoptée dans l'arrêt 13 janvier 2011 précité, en reconnaissant une nouvelle fois la qualité de partie à l'Autorité (cf. décision 04-D-48).

### *Sur la publication d'un communiqué de presse*

Dans l'**arrêt Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>24</sup>, la cour, reconnaissant la qualité de partie défenderesse à l'Autorité, a requis de cette dernière la publication « [...] sur son site Internet et, à ses frais, dans le quotidien Les Échos, d'un communiqué énonçant que "par arrêt du 27 janvier 2011, la cour d'appel de Paris, chambre 5-7, Régulation économique, a réformé la décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004, dit que les griefs poursuivis contre la société France Télécom ne sont pas établis et dit n'y avoir lieu à sanction" » (cf. décision 04-D-48).

## Sur la portée de la cassation partielle

Dans l'**arrêt Orange France du 30 juin 2011**, rendu sur renvoi après cassation, la cour a indiqué que les motifs de l'arrêt de cassation, « fussent-ils le soutien nécessaire

22. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n°s 11-11.750 et 11-13.130).

23. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. com., 17 janvier 2012, n° 11-13.067).

24. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. com., 17 janvier 2012, n° 11-13.067).

*du dispositif, n'ont pas l'autorité de la chose jugée; que c'est donc au regard de son seul dispositif qu'il y a lieu d'apprécier la portée de tout arrêt de cassation; que, par ailleurs, l'article 624 du Code de procédure civile énonce 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 [...]"; que la portée dudit moyen est nécessairement déterminée et circonscrite par le chef du dispositif de l'arrêt d'appel visé par le moyen retenu par la Cour de cassation [...]*». La cour a ensuite relevé qu'en l'espèce la cassation ne concernait pas l'ensemble des dispositions de l'arrêt de la cour d'appel du 11 mars 2009 mais celles afférentes «*aux sanctions prononcées contre la société Orange pour avoir participé à un échange d'informations*» et que les critères de l'article L. 464-2 du Code de commerce parmi lesquels, la gravité des faits reprochés et l'importance du dommage causé à l'économie constituaient un faisceau de conditions indivisiblement liées et étaient donc d'application et d'appréciation nécessairement cumulatives. La cour en a déduit qu'elle était saisie de l'appréciation des sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité dans leur globalité, qu'il s'agisse tant de la gravité de la pratique concernée que du dommage à l'économie provoqué par celle-ci (cf. décision 05-D-65).

## **Sur la prescription**

### **Sur la prescription décennale**

Dans l'**arrêt Razel du 5 mai 2011**<sup>25</sup>, rendu sur renvoi après cassation partielle, la cour d'appel, autrement composée, s'est prononcée sur la décision 06-D-07 dans laquelle le Conseil avait sanctionné en 2006 une trentaine d'entreprises pour des ententes de répartition de marchés publics en Île-de-France.

Devant la cour d'appel de renvoi, ces deux entreprises invoquaient l'application du nouveau régime de la prescription décennale, issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, figurant désormais à l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du Code de commerce, lequel dispose : «*[...] la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci*».

La cour a indiqué que «*les lois qui organisent des prescriptions extinctives sont des lois de procédure; que comme telles, elles ont vocation à s'appliquer immédiatement aux faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur [...]*». Elle a ainsi considéré que le nouveau régime de prescription décennale était d'application immédiate. Il en résulte que, selon l'analyse de la cour, le point de départ de la computation du délai de prescription est celui de la cessation de la pratique anticoncurrentielle. Partant, en prenant comme date de référence la date à laquelle le Conseil a statué sur les griefs formés à l'encontre des sociétés requérantes, la cour a jugé que la prescription décennale était acquise, en l'espèce, au profit des sociétés requérantes (cf. décision 06-D-07).

25. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Sur le fond

### *Sur la définition du marché pertinent*

Dans l'**arrêt Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>26</sup>, la cour a rappelé, à titre liminaire, que dans le cadre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché pertinent avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante, dès lors que « *le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre* ». La cour a, par la suite, approuvé l'analyse menée par l'Autorité au terme de laquelle celle-ci a défini le marché pertinent comme étant celui de la manutention portuaire de conteneurs dans la zone de « l'arc Nord » européen. La cour a ainsi considéré que c'était à bon droit que l'Autorité avait conclu à l'existence d'un marché de la manutention portuaire de conteneurs sans qu'il ait été nécessaire de procéder à une délimitation plus fine de ce dernier, en distinguant les prestations de manutention portuaire selon le type de trafic concerné, à savoir le trafic avec l'arrière-pays (l'hinterland) et le transbordement (d'un navire à un autre). En effet, les pratiques examinées concernaient indifféremment l'ensemble des opérations de manutention. La cour a validé, en outre, la délimitation du marché circonscrite aux « *activités de manutention portuaire* » pour le transport de conteneurs, laquelle regroupe l'ensemble des opérations ayant trait à la mise à bord et au débarquement des marchandises, y compris les opérations de mise en reprise sous hangar et terre-plein qui en sont le préalable ou la suite nécessaire. Au plan géographique, la cour a confirmé la délimitation du marché retenue par l'Autorité, comprenant les ports situés entre Hambourg et Le Havre, territoires caractérisés par des conditions de concurrence suffisamment homogènes pour être distingués des zones voisines, comme celles des ports des îles britanniques. La cour a ainsi rejeté les arguments des parties tendant à démontrer l'existence d'un marché géographique plus restreint, en soulignant notamment que le projet Port 2000 visait à améliorer la capacité d'accueil du port du Havre, la productivité de ses activités de manutention et sa compétitivité avec les ports de l'« arc du Nord » (cf. décision 10-D-13).

Dans l'**arrêt Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>27</sup>, la cour a validé la délimitation des marchés pertinents telle qu'opérée dans la décision 04-D-78 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom. En effet, la cour a jugé que « *le marché pertinent est une réalité économique qui préexiste à la décision qui le définit; qu'en outre, ainsi que France Télécom l'admet elle-même, la définition des marchés pertinents pour l'application d'une réglementation sectorielle ne lie pas les autorités de concurrence saisies au contentieux, qui peuvent retenir des marchés différents en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire; qu'en l'espèce, il importe seulement que la définition retenue soit motivée par des considérations, relatives aux caractéristiques*

26. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

27. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (17 janvier 2012, n° 11-13.067).

*du service demandé et de l'offre élaborée pour y répondre, contemporaines des pratiques en cause*». La cour a considéré que l'Autorité avait retenu à juste titre l'existence « d'un marché aval des services d'acheminement du trafic "fixe vers mobile" des entreprises, scindé en deux segments, selon que l'on considère la clientèle des entreprises de taille moyenne ou celle des grands comptes, et dont la dimension géographique est celle de la France métropolitaine » ainsi que « les marchés amont de terminaison des appels sur chaque réseau mobile » (cf. décision 04-D-48).

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>28</sup>, rendu sur renvoi après cassation, la cour a validé la délimitation du marché retenue par l'Autorité, en l'espèce circonscrite au béton prêt à l'emploi. Elle a également entériné la délimitation géographique du marché, circonscrit aux zones géographiques dans un rayon compris entre 25 et 30 kilomètres autour des unités de fabrication de Toulon, Fréjus-Saint Raphaël, Cavaillon, Avignon, Nice, Aix-en-Provence, dans l'est du département du Var et à Ollioules (cf. décision 97-D-39).

## ***Sur les pratiques d'entente***

### **Sur les ententes horizontales**

#### *Sur la règle de minimis*

Dans l'**arrêt Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>29</sup>, la cour a écarté l'application de la règle dite *de minimis*, prévue par les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce concernant les accords d'importance mineure ne restreignant pas sensiblement le jeu de la concurrence au motif que les pratiques en cause, qui visaient la répartition de marché ou de clientèle, entraient dans la catégorie des restrictions caractérisées (cf. décision 10-D-13).

#### *Sur l'existence d'un concours de volontés*

Dans l'**arrêt Perrigault du 20 janvier 2011**<sup>30</sup>, la cour a réformé partiellement la décision 10-D-13 par laquelle l'Autorité avait condamné les sociétés Perrigault et TPO pour une entente de partage de clientèle, résultant notamment de l'application anticoncurrentielle d'une clause de non-concurrence contenue par l'accord fondateur de l'entreprise TPO conclu entre Perrigault et APMM (le MOA), 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.

La cour a rappelé que la prohibition des ententes n'est pas applicable aux accords passés entre des sociétés appartenant à un même groupe, puisque celles-ci ne disposent pas d'une réelle autonomie sur le marché.

28. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

29. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

30. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Dans sa décision, l'Autorité s'était attachée à démontrer que TPO, filiale commune des sociétés Perrigault et APMM, était autonome à l'égard de Perrigault, avec laquelle elle s'était entendue, constituant bien une entreprise distincte. En effet, la Commission européenne considère que la composition paritaire du conseil d'administration d'une filiale commune – les deux mères étant représentées à part égale – constitue une présomption d'autonomie de la filiale commune car une telle représentation paritaire implique qu'aucune des sociétés mères ne soit en mesure de contrôler l'activité commerciale de l'entreprise commune au sens du droit de la concurrence (voir les décisions de la Commission européenne du 15 mai 1991, aff. IV/32.186, Gosme/Martell-DMP, § 30, et du 14 septembre 1999, aff. IV/36.213/F2, GEAE/P&W, § 66 à 68). L'Autorité avait étayé cette présomption par d'autres indices, notamment le fait que la notification de la création de l'entreprise commune adressée par APMM et Perrigault au ministre de l'Économie le 7 avril 2006 précisait que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et ne serait pas exclusivement dédiée aux besoins d'APMM.

La cour a pourtant invalidé l'analyse de l'Autorité en retenant, tout d'abord, que sur le plan structurel, TPO était privée de toute autonomie commerciale par rapport à ses deux sociétés mères, Perrigault et APMM. En effet, l'accord conclu entre Perrigault et APMM sur la création de TPO prévoyait que chaque entreprise fondatrice, qui détenait 50 % du capital désignait respectivement les deux dirigeants. Par ailleurs cet accord prévoyait que ces deux entreprises détenaient l'une et l'autre 50 % des droits de vote au sein du conseil d'administration. En outre, s'agissant de l'établissement par TPO de relations commerciales auprès de clients tiers, l'accord prévoyait que « toute démarche d'une compagnie maritime/consortium devra au préalable être approuvée par le conseil d'administration », et que « les tarifs de [TPO] applicables à tout nouveau client seront négociés avec l'accord du conseil d'administration ». La cour en a conclu que « les organes de direction et d'administration de [la] filiale commune n'ont, normalement, ni le pouvoir ni les moyens de déterminer et de mettre en œuvre de manière autonome sur le marché une stratégie commerciale » et qu'il importe peu que, dans le cadre distinct de la procédure de notification de la création de TPO au titre du contrôle des concentrations auprès du ministre de l'Économie, les sociétés fondatrices aient déclaré que l'entreprise commune exercerait ses activités de manière autonome et indépendante et ne serait pas exclusivement dédiée aux besoins d'APMM.

La cour a ensuite jugé que « le constat du défaut structurel d'autonomie de TPO ne saurait dispenser la cour d'une analyse concrète des conditions dans lesquelles cette entreprise a exercé son activité ainsi que de son comportement sur le marché ». À cet égard, la cour a relevé que le conflit entre les deux sociétés mères lié à l'interprétation de la clause de non-concurrence figurant dans le MOA n'a pas « eu pour effet de mettre un terme au défaut structurel d'autonomie commerciale de TPO dans des conditions telles que l'entreprise commune aurait été mise en mesure d'adhérer elle-même, y compris de façon tacite, aux comportements prétendument anticoncurrentiels préconisés par Perrigault ».

La cour en a déduit que les pratiques d'entente poursuivies ne pouvaient pas être analysées « *comme le résultat de comportements unilatéraux de Perrigault [...]* » (cf. décision 10-D-13).

### *Sur les accords de répartition des marchés*

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>31</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a confirmé la réalité de plusieurs pratiques d'entente de répartition de marchés entre producteurs de béton prêt à l'emploi dans la région PACA, par fixation de prix et de quotas, au plan local et régional, réalité établie par les investigations menées au cours de l'enquête administrative qui corroborait les déclarations circonstanciées faites par un salarié. Plusieurs documents saisis par les enquêteurs, révélaient l'existence d'échanges entre les entreprises, avant le dépôt de leurs offres, au cours desquels étaient définis des quotas de répartition assortis d'un système d'avance-retard (cf. décision 97-D-39).

### *Sur l'entente de prédation*

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>32</sup>, la cour, sur renvoi après cassation, a confirmé la réalité de l'existence d'une entente entre quatre producteurs de béton prêt à l'emploi pour pratiquer des prix prédateurs en vue d'évincer un concurrent venu s'implanter dans le Var. La cour a estimé que les prix pratiqués concomitamment par ces entreprises – inférieurs à leurs coûts totaux, voire à leurs coûts moyens variables – avaient occasionné, pour elles, des pertes importantes et ne pouvaient « *s'expliquer par un simple parallélisme de comportement en légitime réaction à la pression concurrentielle exercée par l'arrivée d'un nouvel entrant [...]* », dès lors que les baisses consenties excédaient largement, par leur ampleur et les conséquences qu'elles avaient entraînées sur les résultats des entreprises concernées, l'alignement sur les prix pratiqués par le nouvel entrant et n'eût été l'arrivée de ce dernier, la conjoncture était particulièrement favorable pour les entreprises en cause qui, par ailleurs, se concertaient pour se répartir les marchés et maintenir des prix artificiellement élevés. Du reste, ces pratiques avaient été évoquées comme habituelles en cas d'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent. La cour a rappelé que de telles pratiques sont répréhensibles indépendamment de leur résultat, la circonstance que le concurrent « victime » avait connu un développement satisfaisant au cours de la période considérée, étant, par conséquent, indifférente (cf. décision 97-D-39).

31. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

32. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

## *Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique*

### Sur la pratique de ciseau tarifaire

Dans l'**arrêt Société française du radiotéléphone du 27 janvier 2011**<sup>33</sup>, la cour a réformé la décision de l'Autorité ayant condamné l'entreprise SFR pour une pratique de ciseau tarifaire, constituant un abus de position dominante. La cour a jugé que l'objet anticoncurrentiel de la pratique n'était pas établi et « [...] *que les pratiques doivent être examinées à la lumière d'une guerre des prix que se sont livrés l'opérateur en position ultradominante et les nouveaux opérateurs, auxquels appartenait le groupe SFR CEGETEL ; que les offres commerciales du groupe ne visaient ainsi pas à éliminer la concurrence, mais bien à tenter de pénétrer le marché* ». La cour a considéré, de surcroît, que l'effet anticoncurrentiel n'était pas non plus démontré. La cour a d'abord rappelé que la présomption d'effet anticoncurrentiel ne peut être établie que si la prestation fournie par l'opérateur dominant verticalement intégré à ses concurrents leur est indispensable pour la concurrencer sur le marché aval. La cour a ensuite considéré que le Conseil de la concurrence n'avait pas apporté de preuves suffisantes permettant d'identifier les pertes exactes subies par un concurrent potentiel aussi efficace. Partant, la cour a considéré que la pratique d'abus de position dominante n'était pas établie en l'espèce (cf. décision 04-D-48).

### Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'**arrêt Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>34</sup>, la cour a confirmé l'imputabilité à la société Unibéton des pratiques commises par l'une de ses filiales, la Société méditerranéenne de béton (SMB), en écartant la thèse selon laquelle cette dernière aurait été une entité juridique autonome définissant librement sa stratégie industrielle et commerciale sur les marchés. La cour s'est appuyée sur différents éléments, parmi lesquels notamment la circonstance que « *l'administration de la SMB dès sa création avait été "entièrement confiée à Unibéton" qui assurait "l'intégralité des fonctions de gestion, tant commerciales, administratives, techniques que comptables ou juridiques"* » (cf. décision 97-D-39).

33. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. com., 17 janvier 2012, n° 11-13.067).

34. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n°s 11-11.750 et 11-13.130).

## Sur les sanctions

### *Sur la gravité des pratiques*

#### Sur les ententes horizontales lors de marchés publics

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>35</sup>, la cour s'est abstenue de procéder à une classification des différentes pratiques anticoncurrentielles en fonction de leur gravité. Elle a précisé à cet égard que *« la loi, qui ignore les classifications de ce type, n'autorise pas la cour à classer les pratiques comme "particulièrement" ou "très" ou "parmi les plus" graves »*. Néanmoins, elle a relevé que les pratiques avaient eu une emprise significative sur les marchés du béton prêt à l'emploi en raison, notamment, de l'appartenance de certaines des entreprises en cause à des groupes multinationaux. La cour a également relevé qu'il s'agissait de pratiques de concertation aux fins de répartition des marchés et de maintien des prix à des niveaux artificiellement élevés qui avaient faussé les consultations organisées par les entreprises en demande, que ces comportements avaient conduit à interdire ou limiter l'accès du marché à un concurrent nouvellement entré, que les pratiques avaient duré deux ans correspondant à la durée de l'exécution des appels d'offres pendant laquelle avaient été ressentis les effets sur le marché, que la gravité était accrue eu égard à la valeur d'exemple des pratiques qui avaient été ressenties comme banales et régulières par les acteurs du secteur. La cour a conclu : *« ces pratiques sont en somme caractérisées, quant à leur principe et leur gravité, par la tromperie mise en œuvre à l'égard des maîtres d'œuvre publics et privés sur la réalité et l'étendue de la concurrence en altérant ainsi l'indépendance des offres et éliminant la concurrence par les prix sur les marchés concernés ; par la malignité des mécanismes d'éviction mis en place par leurs auteurs ; par le caractère dissuasif pouvant revêtir de telles pratiques vis-à-vis d'autres entreprises extérieures à l'entente qui seraient tentées de s'implanter sur le marché ou sur des marchés géographiquement voisins »* (cf. décision 97-D-39).

#### Sur les échanges d'informations

Dans l'arrêt **Orange France du 30 juin 2011**<sup>36</sup>, la cour a considéré que le Conseil avait eu une appréciation mesurée de la gravité de la pratique d'échanges d'informations en cause. En effet, si cette pratique n'atteignait pas le niveau de gravité inhérent à une entente expresse sur les prix ou de répartition des marchés, ni même celui d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public préalablement à la remise des offres, sa durée s'était néanmoins étendue sur une période de six années (1997 à 2003). De plus, les opérateurs concernés n'avaient nullement renoncé « spontanément » à l'entente. Enfin, le caractère confidentiel et stratégique des informations échangées révélait notamment la *« conscience qu'avaient tous les opérateurs concernés d'enfreindre les règles de la concurrence »*. La cour en a donc déduit qu'Orange n'était pas fondée à minimiser la gravité d'une telle pratique (cf. décision 05-D-65).

35. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

36. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Sur l'importance du dommage causé à l'économie

### Sur l'appréciation du dommage causé à l'économie

Dans l'arrêt **Orange France du 30 juin 2011**<sup>37</sup>, la cour a rappelé que « l'article L. 464-2 [du Code de commerce] [...] exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier; qu'un tel dommage s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause et, notamment, en fonction de l'étendue des marchés affectés par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels et structurels de ces pratiques [...] » (cf. décision 05-D-65).

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>38</sup>, la cour a considéré que le Conseil avait procédé à une analyse adéquate de l'importance du dommage à l'économie causé par les pratiques d'entente sanctionnées dans le secteur du béton prêt à l'emploi. Elle a rappelé que le dommage causé par des pratiques d'entente ne peut être présumé et « s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause et notamment en fonction de l'étendue des marchés affectés par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels et structurels de ces pratiques ». En l'espèce, la cour a estimé que le dommage était « d'une indéniable importance » en relevant, notamment, que :

- les pratiques portaient sur un matériau indispensable dans le bâtiment et les travaux publics pour lequel il n'existait, à l'époque, ni substituts, ni fournisseurs alternatifs en raison des contraintes de proximité;
- elles avaient lésé les entreprises de gros œuvre qui n'étaient pas en mesure de faire fonctionner des centrales de chantier dans des conditions d'efficacité et de coût comparables;
- ces concertations avaient permis le maintien des prix à un niveau globalement élevé et affecté six marchés géographiques en région PACA;
- que le concurrent visé par les pratiques de prédation avait souffert de ces pratiques, ses résultats d'exploitation traduisant à l'époque une perte importante alors même qu'il y avait un accroissement de la demande;
- les entreprises avaient adopté une stratégie de pris bas visant à limiter systématiquement l'accès aux marchés des nouveaux entrants, ce qui caractérisait un trouble persistant à la concurrence (cf. décision 97-D-39).

### Sur l'existence du dommage causé à l'économie

Dans l'arrêt **Orange France du 30 juin 2011**<sup>39</sup>, rendu sur renvoi après cassation, la cour a considéré que, contrairement à ce que soutenait Orange, le Conseil n'avait pas présumé l'existence d'un dommage à l'économie du seul fait de l'existence de la pratique d'échange d'informations mais avait démontré que cette pratique

37. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

38. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n° 11-11.750 et 11-13.130).

39. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

avait eu des effets non seulement potentiels mais également réels résultant de la réduction de l'autonomie commerciale des opérateurs.

Après avoir rappelé que l'article L. 464-2 du Code de commerce n'exige pas une évaluation chiffrée du dommage causé à l'économie, semblable à celle qui prévaut en matière de réparation, la cour a souligné que la pratique d'échange d'informations avait causé un dommage certain et obligé à l'économie en ce qu'elle avait réduit significativement l'incertitude sur les évolutions de la demande. La pratique avait ainsi permis aux opérateurs concernés et, en particulier, à Orange « *d'optimiser leurs anticipations sur l'évolution de la demande à laquelle les intéressés furent confrontés et d'extraire de la sorte la surplus du consommateurs* ». Ensuite, la cour a relevé que le caractère répété de cette pratique au profit de ses trois auteurs (Bouygues, SFR, Orange) avait eu pour conséquence de perturber l'intensité du fonctionnement de la concurrence. De même, la création artificielle d'une structure de transparence propre aux auteurs de la pratique s'est avérée préjudiciable, du simple fait qu'elle a eu « *un effet dissuasif en soi* » à l'endroit des concurrents potentiels souhaitant entrer sur ce marché (cf. décision 05-D-65).

### Sur l'importance du dommage causé à l'économie

Dans l'arrêt **Orange France du 30 juin 2011**<sup>40</sup>, la cour a indiqué que l'importance du dommage causé à l'économie ne peut être présumée et doit, dès lors, être établie par l'Autorité de la concurrence. Elle a ainsi validé l'analyse du Conseil, laquelle avait, à suffisance, tenu compte « *de la sensibilité de la demande au prix* » et des motifs « *tirés de l'importance de la taille du marché ainsi que de l'implication de la totalité des opérateurs intervenant sur ce marché oligopolistique* » en l'espèce. S'agissant de l'appréciation du dommage à l'économie, la cour a validé les critères pris en compte par le Conseil à savoir : la taille du marché concerné et le degré d'implication des trois opérateurs présents sur le marché (cf. décision 05-D-65).

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>41</sup>, la cour a validé l'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie menée dans la décision. Elle a ainsi estimé que le dommage présentait une « *indéniable importance* » et relevé, à cet égard, que les pratiques portaient sur un matériau indispensable dans le bâtiment et les travaux publics pour lequel, il n'existait, à l'époque des faits, ni substitut, ni fournisseurs alternatifs en raison des contraintes de proximité. De plus, la cour a estimé que les pratiques avaient lésé les entreprises de gros œuvre qui n'étaient pas en mesure de faire fonctionner des centrales de chantier dans des conditions d'efficacité et de coûts comparables. Enfin, les concertations reprochées avaient permis le maintien des prix à un niveau globalement élevé et affecté six marchés géographiques en région PACA.

<sup>40</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>41</sup>. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

### *Sur l'individualisation des sanctions*

Dans l'arrêt **Cemex Bétons Sud-Est du 27 janvier 2011**<sup>42</sup>, la cour a validé pour l'essentiel les sanctions infligées par le Conseil, aux sociétés Béton de France, Unibéton et Cemex Béton Sud-Est. Cemex France Gestion (Béton de France) s'estimait victime d'une inégalité de traitement quant au mode de calcul de sa sanction pécuniaire en invoquant qu'il avait été fait référence au chiffre d'affaires global du groupe, lequel comprenait les activités non liées à la production du béton prêt à l'emploi, alors même que la sanction des autres sociétés, dont la plupart étaient des filiales de grands groupes, avait été calculée à partir de leur chiffre d'affaires propre. La cour a rejeté ce moyen en estimant que « *la société Béton de France (société Cemex France Gestion), qui était, à l'époque des faits, présente sur le marché national, a participé à des concertations de répartition de marché sur les marchés locaux de Toulon comme sur l'ensemble du marché régional, le tout au cours de l'année 1993; qu'elle a également activement contribué aux pratiques d'éviction de la SNBT du marché local de Toulon; qu'elle a réalisé en France, au cours de l'exercice 1996, un chiffre d'affaires hors taxes de 1 023 378 987 F; qu'en égard à ces éléments, la sanction de 4 500 000 euros apparaît clémente [...]* » (cf. décision 04-D-48).

Dans l'arrêt **Orange du 30 juin 2011**<sup>43</sup>, la cour a confirmé la décision du Conseil considérant que le montant de la sanction pécuniaire prononcée contre la société Orange était proportionné à la gravité de la pratique et à l'importance du dommage causé à l'économie, et que le Conseil avait procédé à une appréciation mesurée et individualisée du dommage. La cour a, en effet, considéré que le montant de la sanction prononcée par le Conseil à l'encontre de la société Orange au titre de la pratique relative aux échanges d'informations était proportionné à la gravité de la pratique et à l'importance du dommage à l'économie. La cour a estimé par conséquent que le Conseil avait procédé à une appréciation particulièrement mesurée et individualisée du dommage à l'économie, lequel correspond au caractère spécifique de la pratique en cause « *constitutive d'une entente horizontale en vue d'une répartition du marché, de sa durée et de son incidence structurelle sur ledit marché* ».

42. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n<sup>os</sup> 11-11.750 et 11-13.130).

43. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

# Jurisprudence de la Cour de cassation

## Sur la procédure

### *Sur la procédure suivie devant l'Autorité*

#### Sur la saisie des messageries électroniques

*Arrêt de rejet du 29 mars 2011, Manpower France Holding et Manpower France (n<sup>os</sup> 10-12.913 et 10-13.686)*

La Cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait entièrement confirmé la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné pour entente les trois principales entreprises de travail temporaire (Adecco, Manpower et VediorBis devenue Randstad).

Lors de la phase d'enquête, les enquêteurs avaient saisi l'intégralité des messageries informatiques de salariés de la société VediorBis. Le contenu de ces messageries avait ensuite été classé dans une annexe confidentielle du dossier par le rapporteur. Les sociétés Manpower invoquaient la violation des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, dans la mesure où le rapporteur avait déclassé certains éléments à charge, alors qu'elles-mêmes n'avaient pas eu accès à l'intégralité des messageries pour y chercher notamment des pièces à décharge utiles à leur défense. La Cour de cassation a écarté le moyen dans la mesure où, d'une part, les pièces déclassées à la demande du rapporteur avaient été soumises au contradictoire et, où, d'autre part, les requérantes n'avaient pas demandé le déclassement des messageries qu'elles estimaient nécessaires à leur défense, faculté qui leur était pourtant ouverte par l'article R. 463-15 du Code de commerce, équivalente à celle offerte au rapporteur, sans qu'il soit démontré qu'une telle demande eût été vouée à l'échec (*cf.* décision 09-D-05).

#### Sur le principe du contradictoire et des droits de la défense

*Arrêt de cassation du 21 juin 2011, Colas Midi-Méditerranée (n<sup>o</sup> 09-67.793)*

Sur pourvoi formé par la société Colas Midi-Méditerranée venant aux droits de la société Jean-François, à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré du Conseil de la concurrence. La requérante faisait grief à l'arrêt attaqué de ne pas avoir réformé la décision du Conseil sur ce point, alors même que la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint au délibéré traduisait une méconnaissance du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement, garanti par l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Selon la requérante, la violation de ce principe entachait d'illégalité l'ensemble de la procédure. La Cour a rejeté ce moyen et jugé que « [...] *la présence du rapporteur ayant instruit*

*l'affaire traitée ainsi que du rapporteur général au délibéré de la décision du Conseil ne saurait entacher l'instruction antérieure à ce délibéré, d'une méconnaissance du principe de la séparation des fonctions et porter atteinte aux droits de la défense; que c'est donc à bon droit que l'arrêt retient que l'atteinte au principe d'impartialité du juge entachant le délibéré du Conseil et entraînant l'annulation de sa décision n'a pas pour conséquence l'irrégularité de la procédure d'instruction qui l'a précédé [...]* » (cf. décision 96-D-65).

### Sur la compétence de l'Autorité

*Arrêt de rejet du 7 juin 2011, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes (n° 10-12.038)*

La Cour a rejeté les pourvois formés à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel du 19 janvier 2010<sup>44</sup> qui avait confirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître des pratiques d'entente mises en œuvre par le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes et plusieurs de ses conseils départementaux, ayant consisté à exercer des pressions sur les chirurgiens-dentistes afin qu'ils dénoncent leur partenariat avec une société de services intervenant pour des compagnies d'assurance et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé. La Cour de cassation a confirmé l'analyse menée par la cour d'appel qui avait relevé que, dans le cadre de leurs pratiques, les entreprises n'avaient usé d'aucune prérogative de puissance publique, ni mis en œuvre de dispositif contraignant, de nature disciplinaire et articulé au nom de l'intérêt général et de l'action publique. La cour a relevé, au contraire, que « *les ordres du Conseil national et des conseils départementaux sont intervenus dans une activité de service et ont pris position sur une question marchande et qu'ils sont corrélativement entrés dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce* » (cf. décision 09-D-07).

*Arrêt de rejet du 21 juin 2011, Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM)*

La Cour a rejeté le pourvoi formé par la SNCM à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel du 9 mars 2010<sup>45</sup> qui avait 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 la 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 proposer une telle offre), reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir accueilli son argument selon lequel la proposition 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 de cassation a cepen-

44. CA Paris, 19 janvier 2010, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes.

45. CA Paris, 9 mars 2010, SNCM.

dant confirmé l'analyse de la cour d'appel en rappelant que « *le Conseil d'État a recherché si l'autorité délégante avait respecté ses obligations et que de son côté le Conseil de la concurrence a apprécié le comportement de la SNCM au regard des seules règles du droit de la concurrence* ». Puis, après avoir indiqué que « *la cour d'appel n'avait pas à s'expliquer davantage sur le caractère détachable de l'offre par rapport à la procédure de dévolution* », la Cour de cassation a indiqué que la cour d'appel en avait exactement déduit que « *l'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre de l'appel d'offres ne fait pas obstacle à la compétence de l'Autorité pour examiner, sans se prononcer sur d'éventuelles irrégularités de l'appel d'offres, des comportements susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l'occasion de la réponse des entreprises* » (cf. décision 09-D-10).

### **Sur la loyauté de la preuve (enregistrements téléphoniques)**

*Arrêt de cassation du 7 janvier 2011, Philips France (n<sup>os</sup> 09-14.316 et 09-14.667)*

La Cour, réunie en assemblée plénière, a cassé l'arrêt Philips France du 29 avril 2009 de la cour d'appel rendu sur renvoi après cassation, dans l'affaire dite « TVHA ». La Cour a ainsi maintenu sa position sur l'irrecevabilité des enregistrements téléphoniques réalisés par le plaignant à l'insu des personnes enregistrées et produits à titre de preuve devant le Conseil.

Dans un arrêt du 3 juin 2008<sup>46</sup>, la Cour de cassation avait une première fois censuré la cour d'appel qui, par un arrêt du 19 juin 2007, avait confirmé en grande partie la décision prise par le Conseil en 2005, sanctionnant des fabricants de produits électroniques grand public pour des pratiques de prix de détail minimaux imposés à leurs distributeurs, après avoir validé les enregistrements téléphoniques litigieux. Dans l'arrêt Philips France du 29 avril 2009, rendu après cassation, la cour d'appel avait maintenu la position qu'elle avait adoptée dans un arrêt du 19 juin 2007<sup>47</sup>. En effet, cette dernière avait notamment relevé l'absence de texte spécifique réglementant la production des preuves devant le Conseil et affirmé l'autonomie procédurale dont bénéficie ce dernier. Elle s'était fondée, en outre, pour écarter l'application du Code de procédure civile, sur le caractère quasi pénal de la procédure de concurrence, en relevant que le Conseil est investi d'une mission de protection de l'ordre public économique, qu'il exerce des poursuites à des fins répressives conduisant au prononcé de sanctions. Enfin, s'inspirant très précisément des règles en vigueur en matière pénale, où le principe est celui de la liberté de la preuve et où une preuve obtenue de façon déloyale n'est pas écartée d'emblée mais soumise à la contradiction et à l'appréciation du juge quant à sa force probante, la cour avait relevé que les enregistrements en cause étaient produits par la partie saisissante, et non par les enquêteurs ou le rapporteur, qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'ils n'avaient pas porté atteinte aux droits de la défense de ceux auxquels ils avaient été opposés.

46. Cass. com., n<sup>o</sup> 07-17.147, e.a, Sony France, Bull.

47. Voir Rapport annuel 2009, p. 363 *sq.*

La Cour de cassation, au visa, non seulement de l'article 6, § 1, de la CEDH mais aussi du principe de loyauté de la preuve et de l'article 9 du Code de procédure civile a jugé irrecevables les enregistrements effectués, en indiquant : « *sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

La Cour a donc écarté les motifs retenus par la cour d'appel pour valider les enregistrements litigieux et affirmé que la procédure de concurrence est, sauf disposition contraire du Code de commerce, régie par le Code de procédure civile et les principes dégagés par la jurisprudence civile, en ce qui concerne notamment la licéité de la preuve. Or, la prohibition de l'utilisation, à titre de preuve, d'enregistrements de conversations téléphoniques ou de vidéos, réalisés à l'insu des personnes enregistrées, résulte d'une jurisprudence constante des chambres civiles de la Cour de cassation (Civ. 2<sup>e</sup>, 7 octobre 2004; Soc. 20 novembre 1991) alors qu'en matière pénale, de tels modes de preuve sont admis (cf. décision 05-D-66).

### Sur la portée de la procédure de non-contestation des griefs

*Arrêt de rejet du 29 mars 2011, Manpower France Holding et Manpower France (n<sup>os</sup> 10-12.913 et 10-13.686)*

Les sociétés Manpower France Holding et Manpower France, qui étaient les seules à avoir contesté les griefs notifiés par le Conseil de la concurrence, soutenaient que la non-contestation des griefs par les autres entreprises mises en cause ne valait pas aveu de la mise en œuvre de la pratique d'entente qui leur était imputée. Elles critiquaient, en ce sens, la décision du Conseil pour avoir considéré à tort que la concertation entre ces entreprises était acquise et qu'il lui incombait, dès lors, seulement d'établir la participation des sociétés Manpower à l'entente pour qualifier la pratique. La Cour a écarté le moyen en jugeant que, dès lors que les participants à l'entente n'avaient pas contesté les griefs « *et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée* » (cf. décision 09-D-05).

### Sur le renvoi du dossier à l'instruction

*Arrêt de rejet du 7 juin 2011, France Télécom (n<sup>o</sup> 10-17.044)*

La Cour a rejeté le pourvoi fondé sur la violation des articles R. 463-7 du Code de commerce, 544 du Code de procédure civile, 6, §§ 1 et 13, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme formé contre l'arrêt de la cour d'appel du 6 avril 2010. Le pourvoi faisait suite au rejet par la cour d'appel du

recours formé contre la décision de l'Autorité renvoyant un dossier aux services d'instruction (*cf.* décision 09-S-03).

Dans cette affaire, la société Bouygues Télécom avait saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les sociétés Orange et SFR sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine. À l'issue de l'instruction, plusieurs griefs avaient été notifiés aux sociétés mises en cause. L'Autorité avait alors décidé, en application de l'article R. 463-7 du Code de commerce, de renvoyer à nouveau l'affaire en instruction. En effet, l'article R. 463-7 dispose : « *Lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours.* » Dans l'arrêt précité du 6 avril 2010, la cour d'appel a jugé le recours de la société Bouygues irrecevable au motif que la mesure prise par l'Autorité sur le fondement de l'article R. 463-7 précité ne constitue pas un dessaisissement, dans la mesure où il ressort de la décision de l'Autorité que l'affaire n'avait pas été tranchée au fond. La Cour de cassation confirme l'interprétation des juges du fond et estime « [...] *qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* [...] ».

## ***Sur la procédure suivie devant la cour d'appel***

### **Sur la divisibilité**

*Arrêt de cassation partielle du 15 novembre 2011, Veolia transport, Keolis et Transdev (n<sup>os</sup> 10-20.527, 10-20.851, 10-20.881)*

Dans l'affaire de l'entente des « transporteurs publics », la Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par les sociétés Keolis, Veolia et Transdev à l'encontre de l'arrêt du 19 octobre 2010 de la cour d'appel de Paris confirmant, sur le fond, les pratiques d'entente sanctionnées par le Conseil (*cf.* décision 05-D-38). L'arrêt attaqué avait été rendu sur renvoi après cassation. La Cour de cassation était à nouveau saisie de deux pourvois, l'un formé par les sociétés Keolis et Transdev, l'autre par la société Veolia (*cf.* décision 05-D-38).

Les sociétés Kéolis et Transdev faisaient grief à l'arrêt d'appel d'avoir déclaré irrecevables leurs recours incidents, alors que, selon elles, au regard de l'article 615 du Code de procédure civile, il existait un lien d'indivisibilité entre les parties résultant de leur participation à une même entente.

La Cour a rejeté le pourvoi et jugé que l'indivisibilité au sens de l'article 615 du Code de procédure civile est caractérisée « *lorsqu'il existe une impossibilité juridique d'exécution simultanée de deux décisions tenant à leur contrariété irréductible* ». Ainsi, le seul fait qu'un même grief ait été reproché aux sociétés requérantes ne suffit pas à satisfaire la condition d'indivisibilité prévue à l'article 615 du Code de procédure civile. Dès lors que le Conseil a infligé une sanction, après l'avoir déterminée de manière individuelle, qui peut être appréciée et exécutée séparément par chacune des entreprises, la Cour estime que les sociétés requérantes ne pouvaient se prévaloir du bénéfice de l'indivisibilité.

Sur le respect de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

*Arrêt de cassation du 21 juin 2011, Colas Midi-Méditerranée (n° 09-67.793)*

La Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 16 juin 2009, dans lequel celle-ci avait rejeté le recours formé par la société Colas Midi-Méditerranée contre l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention, sur le fondement des dispositions transitoires prévues par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, en écartant l'argumentation selon laquelle le recours ouvert par ces dispositions transitoires n'était pas un recours effectif au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La société Colas Midi-Méditerranée soutenait, à cet égard, que la cour d'appel de Paris serait conduite, siégeant dans la même composition, à se prononcer à la fois sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation et sur le fond de l'affaire, ce qu'elle estimait contraire au principe de l'impartialité du juge. Tirant les conséquences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 2008, Société Ravon et autres c. France, la Cour de cassation a accueilli les arguments de la requérante favorablement et jugé « [...] *qu'en statuant ainsi, alors que l'examen de l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant les visites et saisies par la même formation de jugement que celle appelée à statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction prononcée au titre de ces pratiques est de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction, la cour d'appel a violé le texte susvisé* [article 6 de la CEDH] [...] » (cf. décision 96-D-65).

*Arrêt de cassation partielle du 2 novembre 2011, Sté Colas Rail et R. Vecchietti (n° 10-21.103)*

Dans l'arrêt Colas Rail, la Cour a cassé et annulé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris du 29 juin 2010 qui avait jugé qu'aucun principe ne fait obstacle à ce qu'un même juge examine successivement la régularité d'une étape de la procédure puis l'affaire au fond. La Cour a souligné qu'une telle motivation est de nature à faire « *naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction* » au regard de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (cf. décision 09-D-25).

*Arrêt de cassation partielle du 15 novembre 2011, Veolia transport, Keolis et Transdev (nos 10-20.527, 10-20.851, 10-20.881)*

La Cour a accueilli le second pourvoi par lequel la société Veolia contestait, au regard de l'article 6, § 1, le contrôle par la même formation de jugement de la légalité de l'ordonnance de visite et saisie et de la sanction prononcée au titre des pratiques retenues. Ainsi, elle casse et annule l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 2010, en ce qu'il a rejeté le recours de la société Veolia.

## *Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation*

### Sur la qualité de partie de l'Autorité

*Arrêt de cassation du 21 juin 2011, Colas Midi-Méditerranée (n° 09-67.793)*

Dans l'un de ses moyens de pourvoi, la société Colas-Méditerranée reprochait à la cour d'appel de Paris d'avoir décidé que le représentant de l'Autorité devait être admis à présenter des observations orales à l'audience, alors même que les termes de l'article R. 464-19 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'article 2 du décret n° 2009-141 du 10 février 2009, ne font plus mention de l'Autorité de la concurrence comme étant admise à présenter de telles observations : « *le ministre chargé de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, peut présenter des observations orales à l'audience à sa demande ou à la demande du premier président de la Cour* ». La Cour de cassation a écarté le moyen en indiquant que « *si l'article R. 464-19 du Code de commerce dans sa rédaction résultant du décret n° 2009-141 du 10 février 2009 ne fait plus mention de l'Autorité de la concurrence, l'article R. 461-1 du même code précise désormais que le président de cette autorité a qualité pour présenter en son nom des observations devant toute juridiction sans qu'il soit exclu que celles-ci soient orales* » (cf. décision 96-D-65).

## Sur le fond

### *Sur les pratiques d'entente*

#### Sur la règle de *minimis*

*Arrêt de sursis à statuer et de renvoi devant la cour de justice de l'Union européenne du 10 mai 2011, Société Expedia Inc. (n° 10-14.881)*

La Cour de cassation a sursis à statuer à la suite du pourvoi formé par la société Expedia à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 février 2010 qui avait confirmé la décision relative à des pratiques de la SNCF et de la société Expedia dans le secteur de la vente de voyages en ligne. Saisi par les agences de voyages, le Conseil de la concurrence avait sanctionné plusieurs abus de position dominante mis en œuvre par la SNCF, ainsi qu'une entente entre la SNCF et la société Expedia.

Dans son pourvoi, la société Expedia reprochait à la cour d'appel d'avoir considéré que l'Autorité n'était pas tenue de faire application de la règle de *minimis*. En effet, la cour d'appel avait considéré que l'article L. 464-6-1<sup>48</sup> du Code de

48. « 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 [...] »

commerce 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 cour avait également retenu que la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, § 1, du traité instituant la Communauté européenne<sup>49</sup> 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 avait précisé que si l'article 3.2 du règlement du Conseil n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité<sup>50</sup> 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 [101, § 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 101, § 1, du TFUE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce, quand bien même ces pratiques pourraient potentiellement être exemptées en droit national sur le fondement de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce.

La Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et posé, à la cour de justice, la question préjudicielle suivante : « *L'article 101 paragraphe 1, du TFUE et l'article 3-2, du règlement n° 1/2003 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une pratique d'accords, de décisions d'associations d'entreprises, ou de concertation qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission européenne dans sa communication 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 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (JOCE C 368/13), soit poursuivie et sanctionnée par une Autorité nationale de concurrence sur le double fondement de l'article 101 paragraphe 1, du TFUE et du droit national de la concurrence ?* »

La Cour de justice ne s'est pas, à ce jour, prononcée sur cette question (cf. décision 09-D-06).

### Sur les pratiques d'entente continue

*Arrêt de rejet du 15 mars 2011, Établissements Guy Joubert (n° 09-17.055)*

La Cour de cassation a rejeté le moyen soulevé par la société Établissements Guy Joubert qui contestait le caractère continu de la pratique d'entente mise en œuvre dans le secteur de la fabrication de contreplaqués. Selon la requérante, la pratique en cause aurait, en effet, dû s'analyser comme « [...] *autant d'infractions instantanées ayant, chacune, épuisée ses effets lors de la mise en œuvre de la hausse tarifaire prétendument*

49. Communication n° 2001/C 368/07, JOCE 22 décembre 2001, n° C368, p. 13.

50. Règl. CE n° 1/2003, 16 décembre 2002, JOCE 4 janvier 2003, n° L 1, p. 1.

*convenue [...]».* La Cour a approuvé la cour d'appel d'avoir rappelé «*qu'une pratique anticoncurrentielle revêt un caractère instantané lorsqu'elle est réalisée en un trait de temps, dès la commission des faits qui la constituent et qu'elle revêt au contraire un caractère continu lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la réitération constante ou par la persistance de la volonté anticoncurrentielle après l'acte initial sans qu'un acte matériel ait nécessairement à la renouveler dans le temps*» et jugé que l'entreprise avait participé à des pratiques concertées qui «*procédaient d'une volonté commune persistante des membres de l'organisation professionnelle de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des produits contreplaqués à base de bois exotiques [...]».* La cour d'appel avait donc retenu à bon droit que la prescription ne commençait à courir qu'à compter de la cessation de la pratique concernée (*cf.* décision 08-D-12).

## Sur les sanctions

### *Sur l'importance du dommage causé à l'économie*

**Sur le marché à prendre en considération pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie**

*Arrêt de rejet du 15 mars 2011, Établissements Guy Joubert (n° 09-17.055)*

La Cour de cassation a rejeté le moyen soulevé par la société Établissements Guy Joubert, qui reprochait à la cour d'appel d'avoir considéré, pour apprécier le montant de la sanction, que le marché de référence affecté était de dimension mondiale au motif que les entreprises mises en cause, fabricants de contreplaqués exotiques à base d'okoumé, subissaient la concurrence de producteurs de produits substituables et de fabricants non seulement européens mais également du monde entier, alors que selon le pourvoi, il fallait s'en tenir à la dimension nationale des pratiques pour apprécier leur conséquences dommageables. La Cour de cassation a considéré qu'il y avait lieu d'apprécier les effets dommageables des pratiques sur le marché national, ouvert à la concurrence internationale, des produits contreplaqués à base de bois exotiques, dans la mesure où les entreprises mises en cause subissaient, sur le territoire national, la concurrence de producteurs de produits en bois exotiques substituables et de fabricants étrangers. La cour a également relevé qu'en 2004, les ventes des producteurs français de contreplaqué à base d'okoumé ont représenté 60 % en volume et 69,8 % en valeur des ventes totales de contreplaqué à base de bois exotiques, le reste étant couvert par des importations (*cf.* décision 08-D-12).

**Sur la prise en compte de la situation de crise économique affectant le secteur concerné**

*Arrêt de rejet du 29 mars 2011, Manpower France Holding et Manpower France (nos 10-12.913 et 10-13.686)*

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que «*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 et que seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction». La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir constaté que les requérantes n'avaient pas apporté, en l'espèce, la preuve de « leurs difficultés contributives » (cf. décision 09-D-05).

### **Sur l'individualisation de la sanction**

*Arrêt de rejet du 12 juillet 2011, Lafarge ciments (n° 10-17.482)*

La Cour de cassation a rejeté les pourvois formés par les sociétés Lafarge et Vicat à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel du 15 avril 2010, rendu sur renvoi après cassation, qui avait annulé partiellement la décision du Conseil relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment corse. Dans leurs pourvois, les requérantes invoquaient que l'abandon d'un des griefs aurait dû conduire la cour d'appel, sur le fondement du principe de proportionnalité, à modérer les sanctions prononcées à leur encontre. La Cour de cassation a cependant jugé « qu'ayant [...] fait ressortir que l'annulation du grief d'abus de position dominante collective ne modifiait ni le nombre, ni la nature anticoncurrentielle ni la gravité des faits, notamment de remises fidélisantes, retenus à l'encontre des sociétés Lafarge et Vicat, la cour d'appel qui n'a pas apprécié à nouveau la gravité des ententes définitivement caractérisées par l'arrêt du 6 mai 2008, mais a recherché si la gravité des pratiques telle qu'appréciée par la cour d'appel dans cet arrêt était modifiée par l'annulation du grief d'abus de position dominante collective afin de déterminer la part de la sanction globale justifiée par ce grief, qui n'a pas violé le principe de proportionnalité, qui n'a ni méconnu l'étendue de la saisine ni son office et qui n'a pas ajouté à la loi, a pu statuer comme elle a fait ».

La Cour de cassation a également jugé que, contrairement à ce que soutenaient les requérantes, la cour d'appel ne s'était pas fondée sur une présomption de dommage à l'économie reposant sur l'existence d'ententes anticoncurrentielles mais avait retenu, pour évaluer le surprix payé par les clients, « [...] les estimations du Conseil, qui, comme toute estimation, étaient affectées d'un coefficient d'incertitude [...] étaient fondées sur une méthode scientifiquement reconnue consistant à comparer les prix effectivement pratiqués sur le marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles et ceux des concurrents étrangers sur ce marché ou ceux des sociétés auteurs des pratiques anticoncurrentielles sur d'autres marchés, après avoir éliminé l'influence d'autres facteurs explicatifs de différence de prix entre ces situations » (cf. décision 07-D-08).

### **Sur la réitération des pratiques**

*Arrêt de rejet du 29 mars 2011, Manpower France Holding et Manpower France (nos 10-12.913 et 10-13.686)*

La Cour a rejeté le moyen soulevé par la société Randstad selon lequel la cour d'appel ne pouvait retenir une circonstance de réitération en se fondant sur une

première décision du Conseil qui concernait une entente locale et limitée à un secteur d'activité pour sanctionner une entente nationale sans limites quant aux branches d'activité.

En effet, la Cour a confirmé que, dès lors qu'une précédente infraction avait été constatée par une décision rendue avant la commission des nouvelles pratiques et devenue définitive à la date à laquelle le Conseil avait statué dans la nouvelle affaire, et que les nouvelles pratiques étaient identiques par leur nature et leur objet aux précédentes, la réitération pouvait être retenue sans que la cour d'appel ait « à procéder à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les pratiques précédemment sanctionnées avaient été mises en œuvre » (cf. décision 09-D-05).

## Jurisprudence du Conseil d'État

Le Conseil d'État ne s'est pas prononcé en matière de concentrations au cours de l'année 2011.

# Rapport annuel du conseiller auditeur





# Rapport annuel du conseiller auditeur

Les missions du conseiller auditeur _____	329
Les saisines du conseiller auditeur _____	331
Les suites données aux observations des parties par les décisions de l’Autorité et les arrêts de la cour d’appel_	332



Nommé par arrêté du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 2 août 2011, Henri Génin a succédé à Dominique Voillemot, dans les fonctions de conseiller auditeur. Il rend hommage à son action et entend poursuivre dans le même esprit et avec la même détermination la mission que lui confie la loi en vue *d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties*.

### Les missions du conseiller auditeur

La mission confiée au conseiller auditeur par l'article L. 461-4 du Code de commerce consiste à permettre *« d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties »*. À cette fin, il *« recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs »*. Il transmet au président de l'Autorité un rapport d'évaluation de la situation et propose, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

L'article R. 461-9-II, troisième alinéa, du Code de commerce rappelle la mission du conseiller auditeur, dans des termes identiques à ceux de la loi : *« Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité. »*

Toutefois, cet article apporte une précision complémentaire importante, car *« le conseiller auditeur peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties »*.

### La saisine du conseiller auditeur

Le conseiller auditeur peut être saisi, soit par les parties mises en cause dans des affaires donnant lieu à notification des griefs, soit se saisir lui-même puisqu'il est invité à attirer l'attention du rapporteur général *« sur le bon déroulement de la procédure s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties »*.

Cette faculté correspond à un droit d'auto-saisine du conseiller auditeur. Elle mérite d'être mentionnée, quand bien même à ce jour, les modalités de cette auto-saisine restent à définir.

## Les pouvoirs du conseiller auditeur

Contrairement à ses homologues communautaires, le conseiller auditeur français ne dispose pas de pouvoir décisionnel. Le législateur l'a cependant doté de différents pouvoirs qui lui permettent d'intervenir aux divers stades de la procédure devant l'Autorité de la concurrence et ainsi d'être à même de remplir la mission de protection des droits des parties qui lui a été confiée. Ces pouvoirs sont énumérés ci-dessous.

### *Recueillir les observations des parties*

Aux termes de l'article L. 461-4, quatrième alinéa, du Code de commerce, le conseiller auditeur peut recueillir les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs.

L'article R. 461-9-II, deuxième alinéa, confirme ce pouvoir. Il précise cependant que cela concerne « *des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité* ».

### *Recueillir les observations complémentaires des parties et du rapporteur général*

L'article R. 461-9-II, troisième alinéa, dispose que le conseiller auditeur « *recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure* ». Ces observations peuvent venir compléter les observations principales prévues à l'article L. 461-4 du Code de commerce.

Cette disposition conduit à l'instauration d'un dialogue entre le conseiller auditeur, les parties saisissantes et le rapporteur général. Ce dialogue doit lui permettre de remplir au mieux son rôle de médiateur.

### *Proposer des mesures*

L'article R. 461-9-II, troisième alinéa, précise que le conseiller auditeur « *peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ». Les propositions du conseiller auditeur, sans être décisionnelles, peuvent permettre d'orienter les décisions du rapporteur général ainsi que celles du collègue.

Ces propositions, qui sont consignées dans le rapport du conseiller auditeur et qui sont versées au dossier, sont donc aussi susceptibles d'être prises en compte ultérieurement dans les procédures d'appel ou de cassation.

### *Rédiger un rapport*

Conformément à l'article L. 461-4, quatrième alinéa, une fois les observations recueillies, le conseiller auditeur « *transmet au président de l'Autorité un rapport*

*évaluant ces observations*». Dans son rapport, le conseiller auditeur peut proposer tout acte «*permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties*».

L'article R. 461-9-II ajoute une précision. En son quatrième alinéa, il prévoit qu'une copie du rapport remis au président de l'Autorité dix jours ouvrés avant la séance, doit être adressée «*au rapporteur général et aux parties concernées*».

### ***Assister à la séance et présenter le rapport sur invitation du président de l'Autorité***

L'article R. 461-9-II, cinquième alinéa, dispose que «*le président de l'Autorité de la concurrence peut inviter le conseiller auditeur à assister à la séance et à y présenter son rapport*».

Par ailleurs, l'article R. 461-9-III prévoit que «*pour l'exercice de ses fonctions, le conseiller auditeur bénéficie du concours des services d'instruction de l'Autorité. Il est habilité à demander la communication des pièces du dossier dont il est saisi auprès du rapporteur général de l'Autorité. La confidentialité des documents et le secret des affaires ne lui sont pas opposables*».

Afin d'assurer la pleine efficacité de la mission du conseiller auditeur, il est apparu nécessaire que celui-ci, soumis au secret professionnel, ait accès à tous les éléments des dossiers, sans qu'il puisse se voir opposer la confidentialité ou le secret des affaires.

### ***Rédiger un rapport annuel d'activité***

L'article R. 461-9-IV précise enfin que «*le conseiller auditeur remet chaque année au président de l'Autorité un rapport sur son activité*». Ce rapport est joint au rapport public annuel de l'Autorité de la concurrence.

## Les saisines du conseiller auditeur

Depuis sa création, le conseiller auditeur a été saisi à six reprises.

Année	N° de dossier	Secteur concerné	Décision rendue
2009	07/0047	Pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation	Décision 10-D-08 du 3 mars 2010
	08/0003 F et 08/0023 F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre	Décision 10-D-13 du 15 avril 2010 Arrêt du 20 janvier 2011 de la cour d'appel de Paris
	05/0044 F	Pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression	Décision 10-D-12 du 15 avril 2010
2010	08/0040 F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires	Décision en délibéré
	06/0070 F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine	Instruction en cours
2011	09/0007 F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives en France	Décision 11-D-17 du 8 décembre 2011

Au cours de l'année 2011, le conseiller auditeur a donc été saisi dans le cadre d'une seule affaire ayant donné lieu à notification de griefs.

Dans le courant du même exercice, l'Autorité de la concurrence a adressé sept notifications de griefs.

## **Les suites données aux observations des parties par les décisions de l'Autorité et les arrêts de la cour d'appel**

### **Arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2011, relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre**

Cet arrêt fait suite au recours formé contre la décision **10-D-13 du 15 avril 2010** rendue par l'Autorité de la concurrence et analysée dans le rapport annuel de 2010. La saisine du conseiller auditeur, résumée dans le Rapport annuel 2009 (p. 455), avait porté sur les difficultés d'accès à certaines pièces du dossier rencontrées par la société TPO, puis la nomination tardive du conseiller auditeur.

Devant la cour d'appel, la société TPO a réitéré ses observations relatives à l'atteinte à ses droits de la défense. Cette juridiction a fait siennes les conclusions du conseiller auditeur, soulignant que les pièces qui avaient été rendues, à tort, inaccessibles avaient été transmises le 9 juillet 2009.

Elle a en outre confirmé la décision de l'Autorité qui avait repris les conclusions du conseiller auditeur, relatives à la nomination tardive de ce dernier ; selon TPO, ce retard ne lui aurait pas permis de présenter ses observations dans des délais utiles pour tenter de résoudre les problèmes posés. La cour a ainsi relevé que TPO avait été mise en mesure de présenter au conseiller auditeur toutes ses observations sur le déroulement de la procédure d'instruction et qu'il y avait été pleinement répondu, de telle sorte que le nomination du conseiller auditeur le 10 juillet 2009, n'avait pas eu pour conséquence de priver la requérante des garanties prévues par l'article R. 461-9-II du Code de commerce.

### **Décision 11-D-17 du 8 décembre 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives en France (Affaire n° 09/0007 F)**

Dans cette affaire, la notification des griefs est intervenue le 8 décembre 2009.

Par lettre du 11 mars 2011, les sociétés Henkel AG & Co. KGaA et la société Henkel France SA (ci-après collectivement dénommées « les sociétés Henkel ») ont saisi le conseiller auditeur des difficultés qu'elles estimaient rencontrer dans

l'exercice de leurs droits. Elles ont indiqué avoir, par lettre du 14 septembre 2010, vainement demandé au rapporteur général adjoint de solliciter auprès de la Commission européenne, conformément à l'article 11 du règlement (CE) n° 1/2003, la communication de pièces du dossier n° COMP/39579 suivi par la Commission qui leur semblaient « pertinentes pour l'appréciation de l'affaire » instruite par l'Autorité et « indispensables à l'exercice de leurs droits de la défense dans la mesure où elles pourraient permettre de montrer la dimension internationale de cette affaire, ou établir d'autres aspects importants de l'affaire ». Sur les recommandations du conseiller auditeur, le rapporteur général adjoint, alors même que les affaires européenne n° COMP/39579 et française n° 09/0007 F portaient sur des pratiques reconnues distinctes par les autorités de concurrence européenne et nationale, a transmis cette demande à la Commission le 12 septembre 2011. Celle-ci a opposé une fin de non-recevoir à cette demande.

Dans ces conditions, le conseiller auditeur a conclu que le service de l'instruction de l'Autorité avait pris les mesures appropriées pour assurer le respect des droits de la défense, dans le sens dans lequel les parties entendaient les exercer et qu'ainsi, il pouvait être considéré que toutes les facilités pour préserver l'exercice effectif de leurs droits ont bien été reconnues aux sociétés Henkel.

Devant l'Autorité, la société Henkel a réitéré sa demande de communication de pièces. Par courrier du 10 octobre 2010, adressé au président, Henkel a qualifié d'infondées les raisons pour lesquelles la Commission a refusé de transférer les pièces sollicitées et a soutenu qu'elle n'était toujours pas en mesure d'exercer ses droits, en dépit de l'intervention du conseiller auditeur. Elle a demandé à l'Autorité de reporter la séance, puis, au cours de la séance qui a été maintenue au 18 octobre 2011, de surseoir à statuer.

Dans sa décision, l'Autorité a rappelé les termes du rapport du conseiller auditeur et a rejeté la demande de sursis à statuer.

Elle a, notamment, précisé que dans le cadre d'un débat contradictoire, cette société avait pu répondre à la notification des griefs puis au rapport en fournissant les éléments en sa possession qu'elle jugeait utile de présenter pour sa défense. Elle a considéré que « c'est en acceptant d'aller au-delà du débat contradictoire organisé par le Code de commerce que l'Autorité a demandé à la Commission européenne, sur le fondement des articles 11 – seule disposition invoquée à l'origine par Henkel – et 12 – au regard duquel sa demande a été spontanément examinée par l'Autorité – du règlement n° 1/2003, qui pourtant ne régissent pas l'accès des parties ou des tiers à un dossier ouvert par une autorité membre du Réseau européen de la concurrence, mais organisent la coopération, et notamment l'échange d'informations confidentielles, entre autorités de concurrence et à l'initiative de ces dernières, de "transférer" à l'Autorité les pièces du dossier que la Commission européenne avait constitué dans le cadre de l'affaire COMP/39.579 et qui étaient visées par la demande d'Henkel ». Ainsi, elle a souligné que le fait que la société Henkel n'ait pu obtenir ces documents, pour des motifs qui ne sont pas imputables à l'Autorité, ne saurait caractériser de sa part une violation de ses obligations, dont le périmètre est défini, eu égard à l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres, par les articles L. 463-1 à L. 463-8 du Code de commerce.

# Textes





# Textes

<b>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</b> _____	339
<b>Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence</b> _____	341
<b>I. Les objectifs et les moyens de la régulation concurrentielle</b> _____	341
<b>II. L'intérêt des programmes de conformité aux règles de concurrence</b> _____	343
<b>III. Les conditions d'efficacité des programmes de conformité aux règles de concurrence</b> _____	346
<b>IV. Les conséquences attachées aux programmes de conformité aux règles de concurrence</b> _____	349
<b>Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs</b> _____	352
<b>I. Le cadre juridique</b> _____	352
<b>II. Les objectifs et l'intérêt de la non-contestation des griefs</b> _____	353
<b>III. Le domaine et le contenu de la procédure</b> _____	355
<b>IV. Le déroulement de la procédure devant les services d'instruction</b> _____	357
<b>V. La prise de décision par le collège</b> _____	360
<b>VI. Le suivi de la mise en œuvre de la décision</b> _____	362



# Textes

## 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

Titre I<sup>er</sup> : De la liberté d'accès aux documents administratifs et de la réutilisation des informations publiques

Chapitre I<sup>er</sup> : De la liberté d'accès aux documents administratifs.

### Article 6

Modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 – art. 50

I.– Ne sont pas communicables :

1° Les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 141-10 du Code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même code, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du Code de la santé publique, les documents préalables à l'accréditation des personnels de santé prévue à l'article L. 1414-3-3 du Code de la santé publique, les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la Sécurité sociale pour 2001 et les documents réalisés en exécution d'un contrat de prestation de services exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées ;

2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte :

- a) au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;
- b) au secret de la défense nationale ;
- c) à la conduite de la politique extérieure de la France ;

- d) à la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ;
- e) à la monnaie et au crédit public ;
- f) au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;
- g) à la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ;
- h) ou, sous réserve de l'**article L. 124-4** du Code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi.

II.– Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

- dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ;
- portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ;
- faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

Les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des **dispositions de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique**.

III.– Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application du présent article mais qu'il est possible d'occulter ou de disjoindre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions.

Les documents administratifs non communicables au sens du présent chapitre deviennent consultables au terme des délais et dans les conditions fixés par les **articles L. 213-1 et L. 213-2 du Code du patrimoine**. Avant l'expiration de ces délais et par dérogation aux dispositions du présent article, la consultation de ces documents peut être autorisée dans les conditions prévues par l'**article L. 213-3** du même code.

## Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence

Les programmes de conformité sont des outils permettant aux acteurs économiques de mettre toutes les chances de leur côté pour éviter des infractions aux normes juridiques qui s'appliquent à eux, notamment en matière de concurrence. Ils reposent non seulement sur des mesures destinées à créer une culture orientée vers le respect des règles (formation, sensibilisation), mais aussi sur des mécanismes d'alerte, de conseil, d'audit et de responsabilisation indispensables pour créer les bons réflexes au sein des entreprises (prévention, détection et traitement des cas d'infractions possibles). L'Autorité encourage les entreprises à se doter d'un programme de conformité aux règles de concurrence, que ce soit sur une base autonome ou en l'intégrant à leur politique générale de conformité aux normes (fiscales, environnementales, etc.), et à y consacrer les moyens nécessaires pour en assurer le succès. Elle met à leur disposition, dans le présent document-cadre, un recueil de « bonnes pratiques » permettant de contribuer à l'efficacité de ces programmes.

Par ailleurs, les entreprises ou organismes qui s'engagent à mettre en place un programme de conformité répondant à ces bonnes pratiques ou à améliorer un programme de conformité préexistant dans la mesure nécessaire à cet effet, dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, pourront se voir accorder, à ce titre, une réduction de la sanction encourue susceptible de s'élever jusqu'à 10 %, dans les conditions décrites par le présent document-cadre. Cette réduction s'ajoutera à celle de 10 % liée à la renonciation à contester les griefs proprement dite et à celle de 5 % pouvant être accordée au titre d'autres engagements, en vertu du communiqué de procédure de l'Autorité du 10 février 2012 sur la non-contestation des griefs.

### I. Les objectifs et les moyens de la régulation concurrentielle

1. L'article L. 461-1 du Code de commerce charge l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») de veiller au bon fonctionnement concurrentiel de l'économie. Cette mission consiste 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, de détection, de correction et de sanction des infractions à ces règles.

2. Le Code de commerce attribue différents moyens à l'Autorité pour mener à bien cette politique. Ces outils ne sont pas tous de même nature, bien qu'ils aient pour but commun d'inciter les acteurs économiques à conduire et à développer leur activité en conformité avec les objectifs fondant les règles de concurrence établies par la loi et par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»), d'une part, et de les dissuader d'enfreindre ces règles, d'autre part. Certains de ces instruments sont de nature essentiellement répressive ou curative. D'autres prennent en compte, sous les conditions qu'ils précisent, certaines initiatives prises par les acteurs économiques pour prévenir les infractions, pour y remédier ou pour aider l'Autorité à les détecter, à les faire cesser et à les sanctionner.

3. Le deuxième alinéa du I de l'article L 464-2 du Code de commerce donne ainsi à l'Autorité le pouvoir d'ordonner 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, d'y mettre fin et de leur infliger des sanctions pécuniaires<sup>1</sup>. Le IV du même article lui donne néanmoins la possibilité d'accorder, au titre de la clémence, une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaire à un organisme ou à une entreprise contribuant à la détection et à l'incrimination d'une entente à laquelle il a participé<sup>2</sup>. Le III de la même disposition lui donne aussi la faculté de réduire la sanction pécuniaire pour tenir compte du fait qu'une entreprise ou un organisme ne conteste pas les griefs qui lui ont été notifiés, et d'accorder une réduction supplémentaire lorsque l'intéressé s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir<sup>3</sup>.

4. Cette dernière disposition, créée par l'article 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) et modifiée par l'article 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, permet à l'Autorité de tenir compte du fait qu'une entreprise ou un organisme ayant renoncé à contester les griefs qui lui ont été notifiés s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, notamment en mettant en place des mesures destinées à assurer la conformité de ses activités aux règles de concurrence, et en particulier des programmes dits «de conformité». Depuis l'instauration de ce dispositif, le Conseil de la concurrence, et à sa suite l'Autorité, ont progressivement développé une pratique décisionnelle consistant à accepter de tels engagements, à les rendre obligatoires et à en tenir compte en accordant une réduction de sanction pécuniaire, après avoir

1. Les modalités pratiques de fixation des sanctions pécuniaires sont décrites dans le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

2. Les modalités pratiques de cette procédure sont décrites dans le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

3. Les modalités pratiques de cette procédure sont décrites dans le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

déterminé dans chaque cas d'espèce si ces engagements étaient substantiels, crédibles et vérifiables.

5. Le communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires indique à ce propos que : « [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* ».

6. Conformément à cet engagement, le présent document-cadre présente l'approche de l'Autorité à l'égard des programmes de conformité. Il synthétise les lignes directrices de sa pratique décisionnelle en la matière, tout en les complétant et en les précisant pour intégrer le fruit de sa réflexion plus générale à ce sujet. Il fait également fruit des principaux enseignements qu'elle a retirés de son analyse des bonnes pratiques internationales et des expériences étrangères concernant les programmes de conformité<sup>4</sup>, ainsi que de ses échanges avec les parties prenantes à ce propos. Il engage l'Autorité et lui est 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.

7. Il explique les raisons conduisant l'Autorité à encourager les entreprises, les organismes et les autres associations ou organisations professionnelles intéressées à se doter de programmes de conformité aux règles de concurrence (II), les conditions auxquelles elle estime que de tels programmes doivent répondre pour pouvoir être efficaces (III) et les résultats concrets qu'elle en attend (IV).

## II. L'intérêt des programmes de conformité aux règles de concurrence

8. Les programmes de conformité sont des programmes par lesquels des entreprises ou des organismes expriment leur attachement à certaines règles ainsi qu'aux valeurs ou aux objectifs qui les fondent, et prennent un ensemble d'initiatives concrètes destinées à développer une culture de respect des normes ainsi qu'à leur permettre de détecter de possibles manquements à ces règles, de mettre fin à ces manquements et d'en prévenir la réitération.

4. Voir, par exemple, le guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité du 18 février 2010, annexé à la recommandation de l'OCDE du 26 novembre 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Ce document a été adopté avec le soutien des 38 pays signataires de la convention de l'OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, dont la France. Il est accessible sur le site Internet de l'OCDE.

9. Ces programmes sont l'illustration tangible de stratégies de gouvernance volontaristes, par lesquelles les acteurs économiques expriment leur détermination non seulement à assurer la conformité de leur comportement avec les règles de droit, qui s'imposent en tout état de cause à eux, mais aussi à prévenir les risques auxquels ils peuvent être exposés en cas de non-respect de ces règles et, dans le cas où ils découvrent une infraction qui n'a pas pu être évitée, à y faire face sans attendre.

10. Ils peuvent concerner différentes catégories de règles, telles que celles relatives à la corruption, aux législations fiscale, boursière ou financière, à la sécurité des personnes et des produits, à la santé, à la protection de l'environnement ou encore à la concurrence. La méconnaissance de certaines de ces règles peut exposer les acteurs économiques à des sanctions, indépendamment des autres conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner, en particulier une perte de réputation et des actions en réparation. C'est notamment le cas en matière de concurrence, où la violation des règles prévues par le droit français et par le droit de l'Union peut exposer les personnes morales à des sanctions pécuniaires, en sus du droit reconnu aux personnes publiques et privées victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante d'obtenir la réparation effective de leur préjudice. L'article L. 420-6 du Code de commerce prévoit, par ailleurs, des peines d'emprisonnement et d'amende pour les personnes physiques ayant pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Les programmes de conformité sont un élément important d'anticipation, de maîtrise et de gestion de ces différents risques.

11. Pour que les programmes de conformité puissent être efficaces, l'Autorité estime qu'ils doivent s'attacher à poursuivre deux objectifs : prévenir les risques d'infraction, d'une part ; donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infraction qui n'ont pas pu être évités, d'autre part. Ces programmes ne sauraient donc se limiter à prévoir des mesures destinées à informer les mandataires sociaux, les dirigeants, les cadres, les autres salariés et les agents de l'entreprise ou de l'organisme en cause de la teneur des règles, à les sensibiliser à la nécessité de les respecter et à les former aux moyens d'y parvenir. La création et l'entretien d'une culture de respect des règles constitue une composante fondamentale des programmes de conformité, sur laquelle la pratique décisionnelle de l'Autorité a insisté de manière constante et apporté de nombreux éclairages. Cet élément n'en doit pas moins être complété par un ensemble de mesures concrètes et effectives établissant que l'entreprise ou l'organisme s'investit de façon réelle et déterminée, à tous les niveaux hiérarchiques, pour développer et entretenir une culture de conformité aux règles de concurrence, pour détecter les cas de non-conformité, par exemple au moyen d'audits juridiques, et pour y apporter les réponses qu'ils appellent. À défaut, les incitations internes à respecter l'obligation d'agir conformément à la loi demeureraient faibles et le programme de conformité ne pourrait qu'être jugé inefficace, voire artificiel. C'est donc sur la combinaison de deux composantes préventive et curative que repose la valeur ajoutée des programmes de conformité.

12. Les raisons qui justifient la mise en place de programmes de conformité, en matière de concurrence, vont par conséquent bien au-delà du seul espoir d'obtenir

une réduction de la sanction pécuniaire pouvant être imposée lorsqu'une entente ou un abus de position dominante a été commis, que l'Autorité en a eu connaissance et qu'elle s'oriente vers un constat d'infraction à l'issue de son instruction du dossier. Une telle réduction est effectivement envisageable sous certaines conditions et dans certaines limites (voir la section IV ci-dessous), mais l'entreprise ou l'organisme qui concevrait son programme de conformité dans ce seul but se priverait lui-même du bénéfice des principaux avantages d'un tel programme : l'incitation à adopter une stratégie et un comportement efficaces sur le marché, lui permettant de s'affirmer grâce à des mérites supérieurs à ceux de ses concurrents, d'une part, et la possibilité de diminuer son exposition au risque de commettre une infraction aux règles de concurrence, d'autre part.

13. L'Autorité estime qu'il est du devoir des acteurs économiques eux-mêmes, et du reste dans leur intérêt, de prendre toutes les mesures possibles pour conduire leur activité en conformité avec les règles de concurrence et pour prévenir de possibles manquements à ces règles. Elle considère que la mise en place d'un programme de conformité efficace peut jouer un rôle clef en ce sens, tout en donnant des garanties accrues de responsabilité et de sécurité aux actionnaires et au grand public, en particulier lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est coté(e) en bourse ou contrôlé(e) par l'État. Enfin, elle est convaincue que les avantages des programmes de conformité l'emportent clairement sur leurs coûts s'ils sont bien conçus, raison pour laquelle elle décrit, dans la section III ci-dessous, les différents axes autour desquels il lui paraît nécessaire de structurer ces programmes pour qu'ils puissent être efficaces.

14. L'Autorité, qui attache beaucoup d'importance à la dimension pédagogique et préventive de sa mission de régulation concurrentielle, invite donc les acteurs économiques disposant d'ores et déjà d'un programme de conformité à s'assurer qu'il inclut un ensemble de mesures concernant les règles de concurrence. Elle encourage ceux qui n'en disposeraient pas encore à s'en doter, en soulignant que la conformité aux règles de concurrence n'est qu'un aspect important parmi d'autres de la problématique globale de la conformité, qui peut mériter un traitement intégré.

15. Une telle démarche pourra les aider à réduire le risque de s'engager dans des comportements prohibés par les règles de concurrence. Ceux-ci incluent, pour mémoire, les ententes horizontales secrètes, dites également « cartels », par lesquelles les concurrents fixent les prix en commun, limitent la production ou se répartissent les clients ou encore les marchés. Ils comprennent également d'autres formes d'entente ou de coordination entre concurrents, comme les échanges d'informations confidentielles et stratégiques, ou entre opérateurs intervenant à différents niveaux de la chaîne de valeur, comme la fixation des prix de revente des distributeurs par les fabricants. Ils incluent enfin les pratiques par lesquelles une entreprise en position dominante chercherait à en abuser, par exemple en évinçant ses compétiteurs du marché ou en abusant de la position de faiblesse de ses partenaires commerciaux.

### III. Les conditions d'efficacité des programmes de conformité aux règles de concurrence

16. La mise en place de mesures d'information, de sensibilisation et de formation aux règles de concurrence peut aider à réduire le risque que l'entreprise ou l'organisme commette une infraction du fait d'une connaissance, d'une compréhension ou d'une valorisation insuffisante de ces règles par ses dirigeants, ses cadres, ses autres salariés ou ses agents. La combinaison de ces mesures avec des mécanismes de surveillance, de contrôle et de sanction peut rendre cette prévention plus efficace, mais aussi permettre de révéler l'existence d'infractions. Cependant, l'ensemble de ces initiatives ne peut vraisemblablement pas empêcher complètement que soient commises des infractions.

17. Dans ce contexte, le fait qu'une entreprise ou un organisme découvre de lui-même qu'il a commis une infraction, grâce à son programme de conformité, constitue un premier indicateur *ex post* de l'efficacité de ce programme. Cet indicateur est néanmoins insuffisant, puisque la découverte d'une infraction n'est utile que pour autant que des mesures satisfaisantes sont prises pour y mettre fin et pour en tirer les conséquences. Les suites que l'entreprise ou l'organisme concerné réserve à cette découverte constituent donc un second indicateur *ex post*, plus déterminant, de l'efficacité de ce programme.

18. C'est la raison pour laquelle l'Autorité considère que, au-delà des mesures prises pour informer, pour sensibiliser et pour former les dirigeants, les cadres et les autres salariés ou agents de l'entreprise ou de l'organisme aux règles de concurrence, les programmes de conformité à ces règles doivent inclure un ensemble d'autres éléments structurants.

19. La façon dont ces différents éléments sont déclinés, la forme précise qu'ils revêtent et leur calendrier de mise en place peuvent varier d'un programme de conformité à l'autre. Il n'existe en effet pas de programme de conformité type, de tels programmes gagnant au contraire à être conçus en fonction d'une analyse concrète des risques propres à l'entreprise ou à l'organisme qui les met en place et de ses caractéristiques individuelles, notamment :

- de la taille plus ou moins importante de l'intéressé ;
- de la nature de ses activités et des secteurs ou marchés sur lesquels il opère ;
- de son organisation, de son mode de gouvernance et de sa culture.

20. En particulier, l'Autorité estime que le fait qu'une entreprise est une petite ou moyenne entreprise (PME) peut justifier que les différents éléments constitutifs de son programme de conformité soient substantiellement adaptés.

21. Néanmoins, la réunion de ces différents éléments est dans tous les cas nécessaire, du point de vue de l'Autorité, pour qu'un programme de conformité puisse être jugé efficace *ex ante*, c'est-à-dire au moment de sa mise en place et sous réserve de sa mise en œuvre effective.

22. Ces éléments, qui devront être réunis dans une documentation actualisée et facilement accessible à tous, sous format papier ou numérique, sont les suivants :

**1) l'existence d'une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux :**

a) soulignant que le respect des règles interdisant les cartels, les autres ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante ou de dépendance économique est non seulement une obligation légale, mais aussi un élément central de la responsabilité économique de l'entreprise ou de l'organisme compte tenu des conséquences négatives que ces infractions peuvent avoir pour l'économie et les consommateurs;

b) prenant l'engagement général et permanent de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme mis en place dans le but d'inciter l'ensemble des dirigeants, ainsi que les cadres et les autres salariés ou agents concernés, à se conformer à ces règles, de prévenir les infractions, de les détecter et d'y remédier aussi rapidement que possible compte tenu des risques juridiques, financiers, commerciaux et de réputation qu'elles sont de nature à entraîner;

**2) l'engagement de désigner une ou plusieurs personne(s) chargée(s),** au sein de l'entreprise ou de l'organisme, du programme de conformité; ces personnes devront :

a) être désignées par les organes de direction et disposer d'une autorité et d'une compétence incontestables au sein de l'entreprise ou de l'organisme;

b) se consacrer de façon effective à la mise en œuvre du programme de conformité;

c) avoir la capacité d'accéder directement aux organes de contrôle si une question liée à la politique ou au programme de conformité de l'entreprise ou de l'organisme le justifie (par exemple, en cas de découverte d'une infraction);

d) disposer des pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre effective du programme de conformité;

e) bénéficier à cette fin de moyens humains et financiers suffisants, en fonction de la taille de l'entreprise ou de l'organisme;

**3) l'engagement de mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation comportant, dans le respect du droit du travail :**

a) la conception et la diffusion régulière à l'ensemble des mandataires sociaux et des dirigeants de l'entreprise ou de l'organisme, ainsi qu'aux cadres et aux autres salariés ou agents concernés, de documents ou d'autres supports :

- leur expliquant le sens et la portée pratique des règles de concurrence;
- les sensibilisant à l'importance et à l'intérêt, pour l'entreprise ou l'organisme ainsi que pour chacun d'entre eux à titre personnel, de se conformer à ces règles dans le cadre de leur activité professionnelle;
- les informant des mécanismes internes leur permettant d'obtenir des conseils ou d'alerter sur l'existence d'infractions avérées ou possibles à ces règles;

b) des mesures de communication interne générale sur l'existence et la raison d'être du programme de conformité;

c) la réalisation régulière de formations obligatoires aux règles de concurrence et à leurs implications concrètes pour l'entreprise ou l'organisme, ciblées sur les

dirigeants, les cadres et les autres salariés ou agents présentant des profils de risque particuliers (par exemple, ceux responsables des prix ou des ventes, ou ceux participant aux travaux d'associations professionnelles), complétées en tant que de besoin par des formations ponctuelles en cas d'événement particulier (par exemple, en cas d'embauche de nouveaux salariés concernés par les règles de concurrence, ou de découverte d'une infraction);

d) l'envoi d'une information relative à l'existence et à la raison d'être du programme de conformité, à bref délai après son adoption, aux principaux partenaires commerciaux réguliers de l'entreprise ou de l'organisme (par exemple, ses fournisseurs ou ses distributeurs, en particulier lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises), ainsi qu'à l'ensemble de ses actionnaires, pourrait également être envisagé ;

**4) l'engagement de mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte comprenant, dans le respect du droit du travail :**

a) la mise en place de mesures visant à assurer et à évaluer le respect individuel de la politique de conformité de l'entreprise ou de l'organisme (de telles mesures pouvant, par exemple, prendre la forme de dispositions intégrées au règlement intérieur, de clauses insérées dans les contrats de travail, ou encore d'attestations individuelles régulières de conformité);

b) la mise en place d'un dispositif permettant à tout salarié ou agent de l'entreprise ou de l'organisme ne souhaitant pas que celle-ci ou celui-ci se mette en situation de violer les règles de concurrence :

- de demander un conseil, y compris de manière urgente, au(x) personne(s) chargée(s) du programme de conformité ou à leurs correspondants locaux sur la conduite à tenir à propos d'une question relative au respect des règles de concurrence;
- de les alerter de bonne foi<sup>5</sup>, si possible de façon confidentielle, et en étant assuré de bénéficier de mesures de protection contre toutes représailles, sur le fait qu'il a connaissance d'une infraction avérée ou possible aux règles de concurrence; pour autant qu'un tel dispositif d'alerte professionnelle implique un traitement automatisé de données à caractère personnel, il devra être mis en place dans les conditions prévues par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)<sup>6</sup>;

c) la réalisation d'évaluations régulières des différents aspects du programme de conformité, ainsi que d'audits juridiques et commerciaux (« *due diligence* »), notamment lors d'événements susceptibles de créer de nouveaux risques pour l'entreprise ou l'organisme en cause (par exemple, l'acquisition d'une nouvelle entreprise ou le développement d'un nouveau métier); ces évaluations et ces audits, qui

5. L'article 226-10 du Code pénal dispose que la dénonciation calomnieuse est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

6. Délibération n° 2005-305 de la CNIL du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (décision d'autorisation unique n° AU-004), modifiée par la délibération n° 2010-369 du 14 octobre 2010 modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

doivent être documentés, sont impératifs pour aider l'entreprise ou l'organisme à évaluer l'effectivité et l'efficacité de son programme de conformité, et à l'améliorer si besoin est; le fait de les confier à des tiers indépendants peut être nécessaire pour en garantir l'objectivité;

**5) l'engagement de mettre en place un dispositif effectif de suivi comprenant, dans le respect du droit du travail :**

- a) une procédure de traitement des demandes de conseil, d'examen des alertes et d'analyse des suites à donner;
- b) l'existence d'un ensemble de sanctions, en particulier disciplinaires, applicables en cas de violations de la politique de l'entreprise ou de l'organisme en matière de conformité aux règles de concurrence; la mise en œuvre de ces sanctions devra être effective et proportionnée à la situation individuelle et au comportement de l'intéressé.

## **IV. Les conséquences attachées aux programmes de conformité aux règles de concurrence**

23. L'existence d'un programme de conformité effectif et efficace est utile en ce qu'elle permet de prévenir la commission d'infractions, de détecter des infractions qui n'ont pas pu être empêchées et d'en gérer les conséquences au mieux des intérêts de l'entreprise ou de l'organisme en cause.

24. Cela étant, lorsqu'une infraction a effectivement été commise, l'Autorité considère qu'il n'est en aucun cas justifié de tenir compte de l'existence d'un programme de conformité en tant que telle dans le cadre de la détermination de la sanction pécuniaire de l'intéressé.

25. En particulier, il n'y a pas lieu de considérer que le fait d'avoir mis en place un programme de conformité constitue en tant que tel une circonstance atténuante. En effet, force est de constater que, lorsqu'une infraction a été commise en dépit de l'existence d'un programme de conformité, cet élément ne change rien à la réalité de l'infraction<sup>7</sup>. Il est, à ce titre, sans incidence sur sa gravité et sur l'importance du dommage qu'elle peut avoir causé à l'économie. Par ailleurs, s'il est vrai que l'existence d'un programme de conformité peut être de nature à différencier l'entreprise ou l'organisme concerné par rapport à d'autres participants à l'infraction qui n'en disposeraient pas, l'Autorité considère que cet élément ne mérite pas d'être pris en considération dans le cadre de l'individualisation de sa sanction, dès lors qu'il n'a pas empêché l'infraction d'advenir.

26. L'Autorité ne considérera pas non plus l'existence d'un programme de conformité comme une circonstance aggravante, même s'il s'avère que ce sont des mandataires sociaux ou des dirigeants qui ont participé à l'infraction en dépit de leur engagement de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme

<sup>7</sup> Cour de justice de l'Union européenne, 28 juin 2005, *Danske Rørindustri e.a./Commission européenne* (aff. jointes C-189/02 P e. a.), point 373.

de conformité mis en place par l'entreprise ou l'organisme en cause. En effet, elle estime que ce type de situation justifierait plutôt la mise en jeu de la responsabilité pénale des intéressés, si les conditions d'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce étaient réunies, sans préjudice de la possibilité d'imposer une sanction pécuniaire à l'entreprise ou à l'organisme en cause, en application de l'article L. 464-3 du même code, si le programme de conformité résulte d'engagements pris dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs prévue par le III de l'article L. 464-2 de ce code.

27. Dans l'hypothèse où une entreprise ou un organisme disposant d'un tel programme découvrirait grâce à celui-ci l'existence d'une entente horizontale secrète entre concurrents, l'Autorité estime qu'il est de sa responsabilité, non seulement de mettre fin à sa participation à cette infraction, mais aussi de présenter aussi rapidement que possible, après s'être entouré(e) au besoin de tous conseils internes ou externes à cet égard, une demande de clémence au titre du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Eu égard au caractère secret et à l'extrême gravité de ces pratiques, considérées comme « *injustifiables* » par l'OCDE<sup>8</sup>, une telle démarche est en effet la plus cohérente avec son engagement éthique en faveur de la conformité. Elle est en outre de nature à lui permettre de se voir accorder une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaire, dans les conditions prévues par le Code de commerce et selon les modalités décrites par le communiqué de procédure de l'Autorité à ce sujet<sup>9</sup>. À défaut de présenter une telle demande, l'intéressé peut renoncer à contester les griefs au titre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lorsque de tels griefs lui ont été notifiés. L'exonération totale ou partielle de sanction qui peut être accordée en vertu de ces procédures, si les conditions et les modalités permettant d'en bénéficier sont réunies, est exclusive de toute autre réduction de sanction liée à l'existence de son programme de conformité.

28. Dans l'hypothèse où une entreprise qui s'est dotée d'un programme de conformité répondant aux bonnes pratiques décrites dans le présent document-cadre découvrirait d'elle-même, avant toute ouverture d'une enquête ou d'une procédure par une autorité de concurrence, l'existence d'une infraction non éligible à la procédure de clémence<sup>10</sup>, l'Autorité estime qu'il est de la responsabilité de l'intéressée d'y mettre fin en remédiant sans délai à ce comportement (par exemple en modifiant une stratégie commerciale ou des clauses contractuelles de nature à constituer un abus de position dominante ou une entente verticale). Si l'Autorité est conduite à examiner la légalité des pratiques en cause au regard des règles de concurrence et que l'entreprise est en mesure de lui démontrer, au moyen d'éléments de preuve objectifs et vérifiables, qu'elle a effectivement mis fin à l'infraction et remédié à son comportement de sa propre initiative, avant toute ouverture d'une enquête ou d'une procédure par une autorité de concurrence, elle pourra bénéficier à ce titre d'une circonstance atténuante dans le cadre de la détermination de sa sanction.

8. Recommandation n° C (98) 35/Final du Conseil de l'OCDE du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, accessible sur le site Internet de l'OCDE.

9. Voir la note 2 ci-dessus.

10. Voir la note 2 ci-dessus.

29. Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne disposant pas d'un programme de conformité se voit notifier des griefs, il peut renoncer à les contester dans les conditions prévues par le Code de commerce et selon les modalités décrites par le communiqué de procédure de l'Autorité à ce sujet<sup>11</sup>. Il peut en outre s'engager à modifier son comportement pour l'avenir, notamment en mettant en place un programme de conformité<sup>12</sup>. Lorsqu'il le fait et que le rapporteur général estime pertinent de proposer à l'Autorité de tenir compte de cette renonciation, d'une part, et de cet engagement, d'autre part, l'Autorité considérera que l'engagement est substantiel, crédible et vérifiable s'il répond aux bonnes pratiques décrites par le présent document-cadre, et notamment à celles figurant au point 22 ci-dessus, sous réserve de l'examen individualisé auquel elle doit procéder dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci.

30. Lorsque l'organisme ou l'entreprise disposait déjà, avant la notification des griefs, d'un programme de conformité ne répondant pas aux bonnes pratiques en question, qu'il propose de s'engager à l'améliorer dans la mesure nécessaire pour y répondre et que le rapporteur général estime pertinent de proposer à l'Autorité d'en tenir compte, dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, cette dernière considérera cet engagement comme substantiel, crédible et vérifiable, sous la même réserve.

31. Si elle accepte une proposition d'engagement prévoyant la mise en place d'un programme de conformité répondant aux bonnes pratiques décrites dans le présent document-cadre ou l'amélioration d'un programme préexistant dans la mesure nécessaire à cet effet, l'Autorité accordera, à ce titre, une réduction de sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 % à l'entreprise ou à l'organisme concerné. À celle-ci pourront s'ajouter les autres réductions de sanction envisageables dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, dans la limite totale de 25 % indiquée par le communiqué de procédure de l'Autorité à ce sujet.

32. Lorsqu'elle a accepté un engagement de mise en place d'un programme de conformité et l'a rendu obligatoire, l'Autorité sera ultérieurement conduite à en vérifier la mise en œuvre effective. À sa demande, l'entreprise ou l'organisme concerné doit donc se tenir prêt à mettre à sa disposition un rapport complet et précis lui permettant de s'assurer du respect de cet engagement, ainsi qu'à répondre à toute demande ou question à cet égard.

11. Voir la note 3 ci-dessus.

12. L'Autorité ne dispose d'aucune base légale lui permettant de rendre obligatoire un engagement de mise en place d'un tel programme, postérieurement à la notification des griefs, en dehors de la procédure de non-contestation des griefs.

# Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs

La procédure de non-contestation des griefs est une possibilité donnée aux entreprises et aux organismes mis en cause dans une affaire d'entente ou d'abus de position dominante de renoncer à contester les griefs notifiés par l'Autorité de la concurrence, et éventuellement de prendre des engagements pour l'avenir. Elle contribue, dans l'esprit d'une transaction, à rendre le traitement des affaires de pratiques anticoncurrentielles qui s'y prêtent plus rapide et plus prévisible.

Les acteurs économiques ont toute liberté de s'orienter ou non vers cette procédure, mais ils doivent, s'ils le font, en respecter les différentes conditions. Si l'Autorité, qui dispose elle aussi d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de cette procédure, estime qu'il est opportun d'y recourir dans un cas donné, elle s'engage à leur accorder en contrepartie une réduction de la sanction encourue. Celle-ci pourra aller de 10 à 25 %, selon les modalités décrites par le présent communiqué de procédure.

## I. Le cadre juridique

1. Le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce dispose :

*« Lorsque un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »*

2. Cette disposition est complétée par l'article R. 464-4 du même code, qui prévoit :

*« Lorsque le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence de faire application des dispositions du III de l'article L. 464-2, les parties et le commissaire du Gouvernement en sont informés par l'envoi d'une lettre du rapporteur général trois semaines au moins avant le jour de la séance. »*

3. Elle a été introduite par l'article 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), afin de permettre au Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), de tenir compte, dans les cas qui s'y prêtent, du fait qu'une entreprise ou un organisme renonce volontairement à contester les griefs qui lui ont été notifiés et s'engage par ailleurs à modifier son comportement pour l'avenir, en lui accordant une réduction de sanction pécuniaire. Elle a été ultérieurement modifiée par l'article 2

de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, qui a rendu la présentation d'engagements facultative et non plus obligatoire. Depuis lors, l'Autorité a la possibilité de tenir compte, soit de la seule renonciation à contester les griefs, soit d'une renonciation à contester les griefs couplée avec des engagements.

## II. Les objectifs et l'intérêt de la non-contestation des griefs

4. La procédure de non-contestation des griefs prévue par le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce est un instrument permettant aux organismes et aux entreprises mis en cause dans une affaire de pratique anticoncurrentielle telle qu'une entente ou un abus de position dominante d'apporter volontairement leur concours au traitement de cette dernière par l'Autorité. Ce concours prend la forme d'une renonciation à contester les griefs, en contrepartie de laquelle l'Autorité peut accorder une réduction pécuniaire à l'organisme ou à l'entreprise concerné(e). Une telle renonciation peut être conjuguée avec des engagements par lesquels l'intéressé offre de modifier son comportement pour l'avenir, engagements au regard desquels l'Autorité peut accorder une réduction supplémentaire de sanction pécuniaire. La contribution de l'organisme ou de l'entreprise en cause au traitement de l'affaire doit dans tous les cas être véritable, en ce sens que l'intéressé doit renoncer sans réserves à contester l'analyse factuelle et juridique effectuée par l'Autorité et, lorsqu'il souscrit des engagements, en assurer la mise en œuvre effective, que ces engagements tendent à développer en son sein une culture de concurrence ou à assurer le fonctionnement concurrentiel des secteurs ou marchés en cause.

5. La mise en œuvre de cette procédure peut contribuer à l'efficacité de la régulation concurrentielle et apparaître, dans cette mesure, opportune du point de vue de l'Autorité. La renonciation à contester les griefs notifiés par les services d'instruction peut en effet permettre de simplifier et d'accélérer la procédure d'instruction et la séance prévues par les articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce, ainsi que la prise de décision subséquente par le collègue. L'acceptation d'engagements peut pour sa part contribuer au maintien ou à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel de l'économie et au développement des incitations à agir en conformité avec les règles de concurrence.

6. La contribution attendue de la part des organismes et des entreprises qui renoncent à contester les griefs et s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir n'est pas de la même nature que celle des organismes ou entreprises qui coopèrent plus en amont, dans le cadre de la procédure de clémence prévue par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce<sup>1</sup>, à la détection et à la qualification des ententes secrètes entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une

1. Les modalités pratiques de cette procédure sont décrites dans le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production. Le fait qu'un organisme ou une entreprise vienne révéler l'existence d'une telle pratique à l'Autorité, et lui permette d'en établir la réalité ainsi que d'en identifier les auteurs, présente un intérêt supérieur au fait de renoncer, en aval, à contester des griefs notifiés par l'Autorité. Il implique en outre, de la part du demandeur de clémence, une contribution au traitement de l'affaire plus importante que celle de l'entreprise ou de l'organisme qui renonce à contester les griefs. Ces raisons conduisent l'Autorité à considérer que, dans les affaires dans lesquelles les deux procédures sont envisageables, il convient d'inciter les entreprises à s'orienter en premier lieu vers la clémence. La réduction de sanction pécuniaire pouvant leur être accordée au titre de la non-contestation des griefs sera, de ce fait, nécessairement inférieure à l'exonération totale ou partielle attachée à la clémence, afin de ne pas porter atteinte à l'attractivité de cette dernière. Cela est néanmoins sans préjudice de la possibilité d'accorder à une seule et même entreprise, à l'initiative du rapporteur général, une réduction de sanction au titre tant du III que du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, lorsque l'Autorité estime que les gains procéduraux attendus d'un tel cumul sont suffisants. Tel est en particulier le cas lorsque le champ des griefs notifiés à l'organisme ou à l'entreprise en cause diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente telle que décrite par l'intéressé dans sa demande de clémence, au vu de l'ensemble des informations et des éléments de preuve dont il disposait ou pouvait disposer.

7. D'un point de vue procédural, l'organisme ou l'entreprise qui souhaite s'orienter vers la non-contestation des griefs bénéficie à cet effet d'un cadre garantissant l'entier respect de ses droits. Conformément aux articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce, le contradictoire est assuré tout au long de la procédure d'instruction et lors de la séance du collège prévue par l'article L. 463-7 du même code. L'accès au dossier est également assuré selon les modalités prévues par ces dispositions. Enfin, l'impartialité de l'Autorité est garantie par la séparation des activités d'enquête et d'instruction conduites sous l'autorité du rapporteur général, d'une part, et la prise de décision par le collège, d'autre part, au même titre que lorsque l'Autorité impose une sanction pécuniaire à un organisme ou à une entreprise n'ayant pas renoncé à contester les griefs notifiés.

8. Cette séparation des fonctions d'instruction et de décision entraîne nécessairement une part d'incertitude, dans la mesure où la détermination de la sanction pécuniaire relève de la substance même de la délibération du collège. Le présent communiqué de procédure vise notamment à accroître la prévisibilité à cet égard.

9. Il explique l'approche suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle met en œuvre la procédure de non-contestation des griefs. Il synthétise également les lignes directrices de sa pratique décisionnelle relative à cette procédure, 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. Il en précise par ailleurs les modalités sur plusieurs points, notamment pour tenir compte de la modification législative évoquée au point 3 ci-dessus.

10. Il revêt pour l'Autorité le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative<sup>2</sup>. En conséquence, il l'engage et lui est 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.

11. Les sections qui suivent précisent le domaine et le contenu de la procédure de non-contestation des griefs (III), son déroulement (IV), la prise de décision par l'Autorité (V) et le suivi de sa mise en œuvre (VI).

### III. Le domaine et le contenu de la procédure

#### *A. Le champ d'application de la procédure*

12. La procédure de non-contestation des griefs peut être mise en œuvre dans le cadre de toute affaire traitée par l'Autorité au titre des dispositions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, dès lors que celle-ci ouvre la procédure d'instruction contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce en notifiant des griefs à un(e) ou plusieurs entreprise(s) ou organisme(s). Il peut donc y être recouru dans toute affaire relative à une infraction aux règles de concurrence prévues 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 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»), que la pratique en cause soit une entente horizontale ou verticale ou bien un comportement unilatéral.

13. L'Autorité s'engage à faire état, à l'occasion de la notification des griefs, de la faculté de renoncer à contester les griefs offerte aux destinataires de cette notification par le III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

#### *B. La condition nécessaire à la mise en œuvre de la procédure : la renonciation à contester les griefs*

14. Lorsqu'un organisme ou une entreprise choisit de solliciter le bénéfice de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, il doit renoncer à contester les griefs qui lui ont été notifiés.

15. Cette renonciation, qui est retranscrite dans le procès-verbal décrit au point 36 ci-dessous, doit prendre la forme d'une déclaration par laquelle l'organisme ou l'entreprise en cause indique, dans des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donnent les services d'instruction au regard des dispositions pertinentes du Code de commerce et du TFUE, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques en cause doit porter à la fois sur les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et leurs effets anticoncurrentiels, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur les modalités de participation de l'intéressé aux pratiques.

2. Conseil d'État, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*.

16. La renonciation à contester les griefs implique nécessairement que l'organisme ou l'entreprise en cause ne conteste pas la validité de la notification des griefs, eu égard notamment aux règles relatives à la compétence de l'Autorité et à la procédure menant à cette notification. Si l'intéressé, qui a de lui-même fait le choix de renoncer à contester les griefs, présente ultérieurement des arguments tendant directement ou indirectement à les contester en tout ou en partie, ou fait état d'autres arguments aboutissant à en remettre en cause la validité en tout ou en partie, le collège de l'Autorité considèrera que l'intéressé n'a plus droit aux contreparties qu'il pouvait attendre de l'application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, telles qu'elles avaient été envisagées dans le procès-verbal signé avec le rapporteur général selon les modalités décrites au point 36 ci-dessous.

17. L'organisme ou l'entreprise qui renonce à contester les griefs conserve néanmoins toute liberté de présenter des observations sur les éléments susceptibles d'être pris en considération par le collège pour déterminer son éventuelle sanction pécuniaire en application des dispositions du I et du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, en réponse à la communication qui lui est adressée par les services d'instruction à ce sujet<sup>3</sup>. Ces observations, qui doivent être présentées sous l'intitulé « Observations relatives à la détermination des sanctions pécuniaires », peuvent porter sur l'appréciation des éléments suivants<sup>4</sup>, à l'exclusion de tous autres : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise en cause ou du groupe auquel l'entreprise appartient (et notamment sa capacité contributive), ainsi que l'existence d'une réitération.

### ***C. L'aspect facultatif de la procédure : la prise d'engagements comportementaux ou structurels***

18. L'organisme ou l'entreprise qui renonce à contester les griefs peut en parallèle proposer de s'engager à modifier son comportement pour l'avenir. Cette prise d'engagements dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs est conçue comme un moyen de contribuer à développer une culture de concurrence ou à assurer le fonctionnement concurrentiel de l'économie, et non, comme c'est le cas de la procédure d'engagement prévue par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, de mettre fin à l'affaire avant tout constat d'infraction et toute sanction pécuniaire<sup>5</sup>.

19. Les engagements proposés peuvent être de nature comportementale ou structurelle. Les engagements comportementaux, qui ne peuvent en aucun cas

3. Voir le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

4. Arrêts de la Cour de cassation du 28 novembre 2006, *OGF* (p. 4), et de la cour d'appel de Paris du 21 septembre 2004, *Dexxon Data Media*.

5. Les modalités pratiques de cette procédure sont décrites dans le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

se borner à des engagements de ne pas ou de ne plus violer les règles de concurrence, peuvent viser différents objectifs.

20. Certains peuvent consister à modifier d'une manière déterminée le comportement de l'organisme ou de l'entreprise en cause, afin de garantir ou d'améliorer le fonctionnement concurrentiel du ou des secteur(s) ou marché(s) en cause. L'appréciation portée au cas par cas sur le caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces engagements dépendra en particulier de la nature des pratiques en cause, du contexte économique dans lequel elles interviennent, de l'aptitude des engagements à contribuer au fonctionnement concurrentiel du ou des secteur(s) ou marché(s) en cause, ainsi que des mécanismes prévus pour en assurer la mise en œuvre et le suivi. Dans certains cas d'abus de position dominante ou de restrictions verticales, l'Autorité a considéré, par exemple, que des engagements portant sur la modification de clauses contractuelles, de conditions générales de vente ou de grilles tarifaires pouvaient être considérés comme substantiels, crédibles et vérifiables. Dans certains cas d'accords entre concurrents, des engagements tendant à sécuriser, sur des points précis, le fonctionnement d'associations professionnelles ou à entourer de garanties adéquates certains contacts nécessaires entre opérateurs ont également été considérés comme substantiels, crédibles et vérifiables.

21. D'autres engagements comportementaux peuvent tendre à assurer de façon plus générale la conformité du comportement de l'intéressé aux règles de concurrence, notamment par le biais de la mise en place ou de l'amélioration d'un programme de conformité. L'approche de l'Autorité vis-à-vis des programmes de conformité aux règles de concurrence est présentée dans un document-cadre spécifique<sup>6</sup>.

22. La prise en considération de ces engagements peut conduire l'Autorité à accorder à l'intéressé une réduction de sanction pécuniaire venant s'ajouter à celle accordée en considération de la non-contestation des griefs proprement dite. Les modalités de détermination de ces différentes réductions sont décrites aux points 34 et 35 ci-dessous.

## IV. Le déroulement de la procédure devant les services d'instruction

### *A. La demande de mise en œuvre de la procédure*

23. C'est à l'organisme ou à l'entreprise destinataire d'une notification des griefs, et à lui seul, qu'il appartient de déterminer s'il souhaite ou non renoncer à contester les griefs et proposer en outre des engagements de modification de son comportement pour l'avenir. C'est donc à lui qu'il revient de solliciter, auprès du rapporteur général, la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, sans avoir à expliquer les raisons de cette démarche. Des contacts exploratoires peuvent avoir lieu à cette fin, y compris avant l'envoi de la notification des griefs.

<sup>6</sup>. Voir le document-cadre de l'Autorité de la concurrence du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, accessible sur le site Internet de l'Autorité.

24. L'organisme ou l'entreprise qui souhaite s'orienter vers la procédure de non-contestation des griefs doit en faire la demande au rapporteur général le plus tôt possible dans le délai de deux mois qui lui est imparti par l'article L. 463-2 du Code de commerce pour présenter des observations à compter de la réception de la notification des griefs, tel que prorogé s'il y a lieu par le rapporteur général en application du même article.

25. S'il souhaite proposer en outre des engagements tendant à modifier son comportement pour l'avenir, sa demande doit en faire état. Elle doit alors être accompagnée des éléments nécessaires pour permettre au rapporteur général de se déterminer en connaissance de cause sur le caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces propositions d'engagements.

### ***B. L'opportunité du recours à la procédure***

26. Le rapporteur général n'est pas tenu de donner une suite favorable à une demande de mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Le texte de cette disposition lui reconnaît en effet un pouvoir d'appréciation lui permettant de déterminer tant si cette demande porte sur une affaire dans laquelle la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs lui paraît opportune que si la demande elle-même lui paraît pertinente. L'existence de discussions préparatoires à cet égard ne préjuge donc en rien de la suite de la procédure ni, à plus forte raison, de la décision prise par le collègue au terme de celle-ci.

27. Le pouvoir d'appréciation dont dispose le rapporteur général s'exerce au cas par cas, en fonction des éléments propres à chaque affaire et, dans le cadre de celle-ci, à chaque demande individuelle de mise en œuvre de la procédure. Ces éléments tiennent en particulier aux griefs notifiés, au contenu et au contexte de la demande de non-contestation des griefs, ainsi qu'aux avantages que les services d'instruction peuvent espérer d'une mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs au cas d'espèce, en termes notamment d'accélération et de simplification du traitement du dossier.

28. Le nombre de parties mises en cause est également un élément qui peut être pris en considération, même s'il n'est pas exigé que l'ensemble des organismes ou des entreprises mis en cause demande à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, c'est dans l'hypothèse où chacune des parties mises en cause renonce à contester les griefs que les avantages que les services d'instruction peuvent espérer d'une mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs au cas d'espèce, en termes notamment d'accélération et de simplification du traitement du dossier, sont les plus importants.

29. Le rapporteur général dispose également d'un même pouvoir d'appréciation pour proposer ou non à l'Autorité de rendre obligatoires les engagements soumis par un organisme ou une entreprise ayant demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. Ce pouvoir d'appréciation s'exerce notamment au regard du caractère pertinent des engagements proposés.

## C. L'engagement de la procédure

### a. Les discussions préparatoires

30. Lorsque le rapporteur général estime qu'une affaire se prête à la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs et qu'il reçoit des demandes en ce sens de la part d'un ou plusieurs organismes ou entreprises mis en cause, il peut nouer des discussions avec chacun des intéressés. Il reste libre d'y mettre fin à tout moment.

31. Il appartient dans ce cadre au rapporteur général de s'assurer que la renonciation à contester les griefs répond aux exigences décrites aux points 15 et 16 ci-dessus. Si ce n'est pas le cas, il peut inviter l'organisme ou l'entreprise en cause à s'y conformer. À défaut, il peut renoncer à proposer à l'Autorité de tenir compte de la non-contestation des griefs. Dans le cas où l'organisme ou l'entreprise en cause a en outre proposé des engagements tendant à modifier son comportement pour l'avenir, et où le rapporteur général estime qu'il est pertinent de proposer à l'Autorité d'en tenir compte, il lui incombe de s'assurer du caractère substantiel, crédible et vérifiable de ces engagements. S'ils ne répondent pas à ces conditions, le rapporteur général peut inviter l'intéressé à les modifier dans la mesure nécessaire à cet effet et, à défaut, ne pas proposer à l'Autorité d'en tenir compte, tout en proposant néanmoins à celle-ci de tenir compte de la renonciation à contester les griefs proprement dite selon les modalités décrites au point 34 ci-dessous.

32. De son côté, l'organisme ou l'entreprise en cause peut, à tout moment jusqu'à la signature du procès-verbal mentionné au point 36 ci-dessous avec le rapporteur général, renoncer à poursuivre la procédure.

33. Dans le cas où la procédure n'est pas poursuivie à l'égard d'une ou plusieurs parties ayant demandé qu'elle soit mise en œuvre, pour l'une des raisons évoquées aux deux points précédents, les documents et les pièces échangés entre le rapporteur général et les intéressés dans la perspective d'une mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce ne peuvent être versés par les services d'instruction au dossier soumis au collège.

### b. La signature du procès-verbal

34. S'il estime que les discussions décrites à la section précédente ont permis de déboucher sur des résultats satisfaisants, le rapporteur général indique à l'organisme ou à l'entreprise en cause qu'il proposera à l'Autorité de tenir compte de sa renonciation à contester les griefs, en lui accordant une réduction de 10 %, correspondant aux gains procéduraux attachés à l'allègement de la charge de travail de l'Autorité et à l'accélération du traitement de l'affaire, par rapport à la sanction pécuniaire qu'elle lui aurait infligée en l'absence de cette renonciation, sous réserve du point 10 ci-dessus.

35. Il lui indique également s'il proposera de tenir compte en outre d'engagements de modification de son comportement pour l'avenir. Dans l'affirmative, il l'informe de la réduction supplémentaire qu'il proposera à cet égard. Cette

réduction supplémentaire sera comprise entre 5 % et 15 %, sous réserve du point 10 ci-dessus. La valorisation des engagements sera fonction en particulier des critères suivants :

- la nature des pratiques en cause (accords entre concurrents, restrictions verticales, abus de position dominante, etc.) ;
- la nature du ou des engagement(s) qu'il sera proposé au collège d'accepter et de rendre obligatoire(s), ainsi que, le cas échéant, leur complémentarité ;
- l'objectif poursuivi par les engagements, leur aptitude à assurer le fonctionnement concurrentiel du ou des secteur(s) ou marché(s) en cause et la possibilité d'en vérifier la mise en œuvre.

36. L'accord entre l'organisme ou l'entreprise en cause, d'une part, et le rapporteur général, d'autre part, est consigné dans un procès-verbal. Ce procès-verbal contient la déclaration de non-contestation des griefs évoquée aux points 15 et 16 ci-dessus. Le cas échéant, il contient également le texte du dernier état des engagements proposés par l'intéressé. Il indique enfin la ou les proposition(s) de réduction de sanction pécuniaire que le rapporteur général présentera au collège. Il est signé par le rapporteur général et par l'intéressé.

37. Le rapporteur général peut informer les autres parties mises en cause de la signature du procès-verbal, lorsqu'elles n'ont pas présenté de demande de mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, afin de leur permettre de déterminer si elles souhaitent le faire, dans le délai indiqué au point 24 ci-dessus.

38. Trois semaines au moins avant la séance, le rapporteur général informe l'ensemble des parties et le commissaire du Gouvernement qu'il va proposer à l'Autorité de faire application de cette disposition, conformément à l'article R. 464-4 du Code de commerce.

## V. La prise de décision par le collège

### *A. L'aboutissement de la procédure*

39. Le collège, auquel il revient de s'assurer de la régularité de la procédure préalable à la prise de sa décision, peut être conduit, à la demande d'une entreprise ou d'un organisme, à vérifier que le rapporteur général n'a pas commis, dans son appréciation de l'opportunité de recourir ou non à la procédure de non-contestation des griefs en ce qui le concerne, et le cas échéant de tenir compte de propositions d'engagements, d'erreur manifeste rejallissant sur le montant de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée. S'il estime qu'une demande de mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 a été rejetée ou n'a pas abouti pour des motifs manifestement erronés, le collège peut, soit renvoyer l'affaire à l'instruction en ce qu'elle concerne l'organisme ou l'entreprise en cause, afin que sa demande puisse être réexaminée par les services d'instruction, soit se prononcer lui-même sur les suites qu'il entend y donner.

## ***B. Le constat d'infraction***

40. Le fait qu'un organisme ou une entreprise n'ait pas contesté les griefs qui lui ont été notifiés et n'ait ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, suffit en lui-même pour permettre à l'Autorité de fonder un constat d'infraction à son égard<sup>7</sup>. C'est la raison pour laquelle il est impératif que la déclaration par laquelle l'intéressé renonce à contester les griefs réponde à l'ensemble des exigences décrites aux points 15 et 16 ci-dessus.

41. L'Autorité vérifie le respect effectif de ces exigences avant de statuer. Le non-respect de l'une d'entre elles justifie en lui-même le retour à la procédure de droit commun prévue par les articles L. 463-1 et suivants du Code de commerce.

42. Lorsqu'elle estime que des circonstances particulières le justifient, l'Autorité peut néanmoins être conduite à ne pas retenir tout ou partie d'un ou plusieurs griefs, nonobstant le fait qu'il(s) n'a ou n'ont pas été contesté(s).

43. Dès lors que d'autres parties mises en cause contestent les griefs qui leur ont été notifiés, l'Autorité demeure en revanche tenue de démontrer leur participation aux pratiques anticoncurrentielles en cause<sup>8</sup>.

## ***C. La détermination de la sanction pécuniaire et l'acceptation des engagements***

44. Pour chaque organisme ou entreprise bénéficiant de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité détermine la sanction pécuniaire selon les modalités pratiques décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires<sup>9</sup>, sous réserve des points qui suivent.

45. Aux termes du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le montant maximum de la sanction pécuniaire est réduit de moitié, en cas de mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs, par rapport au montant maximum normalement applicable. Il résulte de cette disposition, lue en combinaison avec le I du même article, que la sanction pécuniaire ne peut excéder 1,5 million d'euros dans le cas où le bénéficiaire de la procédure est un organisme, et 5 % 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 dans le cas où il s'agit d'une entreprise.

46. Néanmoins, lorsque l'Autorité se prononce à l'issue de la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 du Code de commerce, le montant de la sanction ne peut dépasser 750 000 euros.

47. Après avoir déterminé la sanction pécuniaire applicable à l'organisme ou à l'entreprise en cause selon les modalités rappelées au point 44 ci-dessus, l'Autorité

7. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, *Société Adecco France* (p. 10), confirmé sur pourvoi par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, *Société Manpower France* (p. 6).

8. Mêmes arrêts.

9. Voir note 3 ci-dessus.

vérifie que son montant n'excède pas le montant maximum applicable. Si elle excède ce dernier, elle est ramenée à ce chiffre.

48. L'Autorité adapte ensuite le montant de la sanction pécuniaire en fonction de la réduction accordée au titre de la non-contestation des griefs. Bien que l'organisme ou l'entreprise en cause ne puisse ignorer que le collègue n'est pas lié par la proposition de réduction émise par le rapporteur général à cet égard<sup>10</sup>, le collègue s'engage à renvoyer l'affaire à l'instruction, en ce qui concerne l'intéressé, s'il envisage de s'écarter de cette proposition dans un sens qui lui serait défavorable.

49. Lorsque le rapporteur général lui a également proposé de tenir compte d'engagements souscrits par l'intéressé, le collègue vérifie que ces engagements sont substantiels, crédibles et vérifiables. Si le collègue, qui n'est pas non plus lié par la proposition de réduction émise par le rapporteur général à cet égard<sup>11</sup>, envisage de s'en écarter dans un sens qui serait défavorable à l'intéressé, il s'engage à renvoyer l'affaire à l'instruction, en ce qui le concerne. Toutefois, dans l'hypothèse où le collègue estime en séance que les engagements proposés ne sont pas suffisamment substantiels, crédibles et vérifiables pour justifier de donner suite à la proposition de réduction faite par le rapporteur général et où l'organisme ou l'entreprise en cause s'engage à les améliorer dans la mesure nécessaire à cet effet, le collègue peut rendre obligatoires les engagements ainsi améliorés et accorder la réduction de sanction pécuniaire proposée par le rapporteur général plutôt que de renvoyer l'affaire à l'instruction.

## VI. Le suivi de la mise en œuvre de la décision

50. L'article R. 464-28 du Code de commerce dispose notamment :

*« L'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions [...] »*

51. Par ailleurs, l'article L. 464-3 du même code prévoit :

*« Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 461-1 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. »*

52. Conformément à l'article R. 464-9 de ce code, l'Autorité peut se saisir d'office du non-respect de telles mesures ou en être saisie par toute personne citée à l'article L. 462-4 dudit code.

53. Pour assurer l'effet utile des décisions par lesquelles elle rend obligatoires des engagements, notamment en vertu du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité s'assurera que ces engagements sont effectivement mis en œuvre par l'organisme ou l'entreprise qui les a souscrits.

54. À cette fin, l'Autorité pourra notamment demander à l'intéressé de lui communiquer des rapports réguliers à ce sujet, ainsi que tout autre document ou information lui permettant d'apprécier la bonne exécution du ou des engagements en cause.

<sup>10</sup>. Arrêts de la Cour de cassation du 22 novembre 2005, *Dexxon Data Media*, et du 28 novembre 2006, *Texas Instrument*.

<sup>11</sup>. Mêmes arrêts.

# Organisation





# Organisation

Composition du Collège _____	367
Sections _____	368
Rapporteurs généraux de l’Autorité de la concurrence _____	369
Commissaires du Gouvernement auprès de l’Autorité de la concurrence (au 31/12/2011) _____	370
Organigramme _____	371



# 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 (professeure de sciences économiques Université Paris I)	Nommée le 27 février 2009
Élisabeth Flüry-Hérard	Vice-présidente (ancienne membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel)	Nommée le 27 février 2009
Patrick Spilliaert	Vice-président (conseiller référendaire à la Cour des comptes)	Nommé le 27 février 2009
<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	Professeure 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, Élisabeth Flüry-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Emmanuel Combe, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Laurence Idot, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres.

### Section I B

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot, Élisabeth Flüry-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq, Reine-Claude Mader-Saussaye, Denis Payre, Pierrette Pinot, membres.

### Section II

Françoise Aubert, vice-présidente, Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Reine-Claude Mader-Saussaye, membres.

### Section III

Anne Perrot, vice-présidente, Yves Brissy, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Denis Payre, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres.

### Section IV

Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, Emmanuel Combe, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Pierrette Pinot, membres.

### Section V

Patrick Spilliaert, vice-président, Emmanuel Combe, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Thierry Tuot, membres.

## Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence

Virginie Beaumeunier, rapporteure générale (arrêté du 3 mars 2009).

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, rapporteure générale adjointe (décision de la rapporteure générale en date du 10 janvier 2011).

## Commissaires du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence

A été nommée le 3 juin 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Nathalie Homobono, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

Ont été nommés le 17 mars 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Pierre Chambru, sous-directeur à la DGCCRF – sous-direction 6 – Services et réseaux;

André Marie, chef du bureau 3B à la DGCCRF – Politique de la concurrence.

Ont été nommés le 29 avril 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Jean-Louis Gérard, sous-directeur à la DGCCRF – sous-direction 4 – Produits alimentaires et marchés agricoles et alimentaires;

Axel Thonier, sous-directeur à la DGCCRF – sous-direction 5 – Industrie, santé et logement.

A été nommée le 29 septembre 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Cécile Pendaries, sous-directrice à la DGCCRF – sous-direction 3 – Affaires juridiques, politiques de la concurrence et de la consommation.

A été nommé le 11 janvier 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

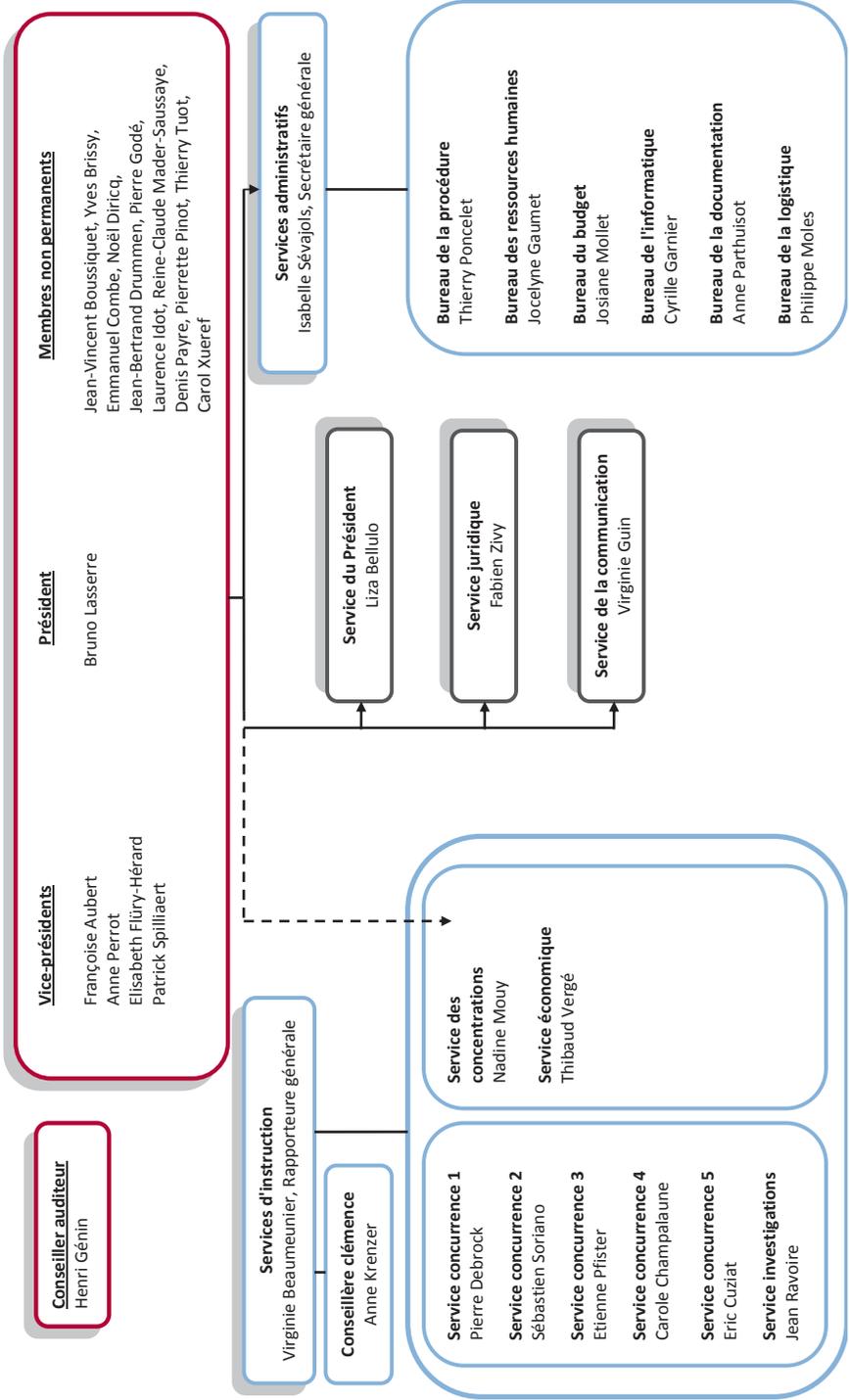
Stanislas Martin, chef du service de la protection des consommateurs et de la régulation des marchés à la DGCCRF.

A été nommé le 24 mars 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Joël Tozzi, chef du bureau 4C à la DGCCRF – Marchés des produits d'origine végétale et des boissons.

# Organigramme

Organisation de l'Autorité de la concurrence



# Index





# Index

Index par secteur d'activité (codes NAF) _____	377
Index par entreprise ou organisme _____	379



# Index par secteur d'activité (codes NAF)

## 01-Agriculture, chasse, services annexes

Culture de céréales; cultures industrielles  
11-A-11

Culture de légumes  
11-A-04

Culture fruitière  
11-A-04

Élevage de bovins  
11-A-11

Élevage de porcins  
11-A-11

Élevage de volailles  
11-A-11;11-A-12

Élevage d'ovins, caprins et équidés  
11-A-03

Viticulture  
11-A-14

Maraichage  
11-A-04

## 15-Industries alimentaires

Vinification  
11-A-14

## 24-Industrie chimique

Fabrication de savons, détergents et produits d'entretien  
11-D-17

## 36-Fabrication de meubles ; industries diverses

Fabrication de jeux et jouets  
11-D-19

## 40-Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution et commerce d'électricité  
11-D-09; 11-A-06

Production d'électricité  
11-D-09; 11-A-06

Production et distribution de chaleur  
11-A-21

Transport d'électricité  
11-D-09

## 41-Captage, traitement et distribution d'eau

11-A-18

## 45-Construction

11-A-18

Construction de bâtiments divers  
11-D-02

Construction de lignes électriques et de télécommunication  
11-D-13

Construction d'ouvrages d'art  
11-D-02

Peinture  
11-D-07

## 51-Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Commerce de gros de boissons  
11-A-14

Commerce de gros de fruits et légumes  
11-D-03

Commerce de gros de jouets  
11-D-19

Commerce de gros de poissons, crustacés et mollusques  
11-D-03

## **52-Commerce de détail et réparation d'articles domestiques**

Commerce de détail divers en magasin spécialisé  
11-D-19

Hypermarchés  
11-D-04; 11-D-17; 11-D-20

Supérettes  
11-D-04; 11-D-20

Supermarchés  
11-D-04; 11-D-17; 11-D-20

## **60-Transports terrestres**

11-A-01; 11-A-18

Transports ferroviaires  
11-A-15; 11-A-16

## **63-Services auxiliaires des transports**

Manutention portuaire  
11-D-01

Gestion d'infrastructures de transports terrestres  
11-D-15

## **64-Postes et télécommunications**

Autres activités de courrier  
11-MC-01

Postes nationales  
11-MC-01

Télécommunications (hors transmissions audiovisuelles)  
11-D-05; 11-A-05; 11-A-07; 11-A-08; 11-A-10; 11-A-19; 11-A-20

## **65-Intermédiation financière**

Banques  
11-D-11

Banques mutualistes  
11-D-11

Caisses d'épargne  
11-D-11

## **74-Services fournis principalement aux entreprises**

Enquêtes et sécurité  
11-D-16

Services annexes à la production  
11-D-08

## **85-Santé et action sociale**

Activités hospitalières  
11-D-18

Pratique médicale  
11-D-18

## **90-Assainissement, voirie et gestion des déchets**

11-A-18

Collecte et traitement des eaux usées  
11-A-17

Enlèvement et traitement des ordures ménagères  
11-A-17

## **92-Activités récréatives, culturelles et sportives**

Distribution de bouquets de programme de radio et de télévision  
11-D-12

Distribution de films cinématographiques  
11-A-13

Edition de chaînes thématiques  
11-D-12

Jeux de hasard et d'argent  
11-A-02

## **93-Services personnels**

Pompes funèbres  
11-D-06; 11-D-10; 11-D-14

# Index par entreprise ou organisme

## A

Accentiv'Kadéos  
11-D-08

Agence nationale des fréquences (ANFR)  
11-A-20

Allez et Cie  
11-D-13

Angel Larren  
11-D-13

Autorité de la concurrence  
11-D-01; 11-D-02; 11-A-02

Autorité de régulation des activités  
ferroviaires (ARAF)  
11-A-16

Autorité de régulation des  
communications électroniques  
et des postes (ARCEP)  
11-A-05; 11-A-07; 11-A-08; 11-A-19

Aygobère  
11-D-13

## C

Canal-Elec  
11-D-13

Carrefour SA  
11-D-04; 11-D-20

Cazenave  
11-D-02

Cegelec Holding  
11-D-13

Cegelec SAS  
11-D-13

Cegelec Sud-Ouest  
11-D-13

Ceras  
11-D-13

Chanzy & Pradoux  
11-D-02

Charpentier PM  
11-D-02

Chavinier  
11-D-13

Chevalier  
11-D-02

Chevalier Nord  
11-D-02

Citel  
11-D-13

Coefficient  
11-D-02

Colgate Palmolive Company  
11-D-02

Colgate Palmolive Company  
11-D-17

Colgate Palmolive Services SA  
11-D-17

Commune du Nord  
11-D-16

Confédération des professionnels  
du funéraire et de la marbrerie  
11-D-06

Conseil des radiologues  
11-D-18

Conseil du commerce de France (CdCF)  
11-D-11

Conseil général du Nord  
11-D-16

Conseil interprofessionnel des vins  
de la Région de Bergerac (CIVRB)  
11-A-14

Creno  
11-D-03

## D

Dagand  
11-D-02

Darlavoix  
11-D-13

Degaine  
11-D-02

## E

EDF  
11-D-09

Electricité Industrielle J.P. Fauché  
11-D-13

Elit  
11-D-13

Emtel  
11-D-05

Engelvin Travaux Publics Réseaux  
(ETPR)  
11-D-13

Entreprises générales de France – BTP  
(EGF-BTP)  
11-A-18

Entreprise Régionale Canalisations  
Travaux Publics (ERCTP)  
11-D-13

Etablissements Marti  
11-D-13

ETDE  
11-D-13

European Gaming and Betting  
Association (EGBA)  
11-A-02

## F

Faber SA  
11-D-02

Fédération des entreprises du commerce  
et de la distribution (FCD)  
11-D-11

Forclum Quercy-Rouergue-Gévaudan  
(QRG)  
11-D-13

Forclum SAS  
11-D-13

France Télécom  
11-D-05

## G

GAR Rénovation Vieux Edifices  
11-D-02

Gouvernement  
11-A-21

Grivetto SAS  
11-D-07

Groupe Canal Plus  
11-D-12

Groupe La Poste  
11-MC-01

Groupement de coopération sanitaire  
IRM Bassin d'Arcachon (GCS IRMBA)  
11-D-18

Groupement des cartes bancaires (CB)  
11-D-11

Groupement des praticiens en imagerie  
médicale du Bassin d'Arcachon  
(GPIMBA)  
11-D-18

Groupement National des PME  
du déchet et de l'environnement  
11-A-17

GTS  
11-D-16

## H

Henkel AG & Co KGaA  
11-D-17

Henkel France SA  
11-D-17

## I

Ineo Réseaux Sud-Ouest  
11-D-13

Ineo SA  
11-D-13

## J

Jaumaux-Mazurier  
11-D-14

## K

Kiala SA  
11-MC-01  
Kiala France  
11-MC-01  
Kontiki SAS  
11-D-19

## L

Lanfry  
11-D-02  
Larren Réseaux SLR  
11-D-13  
Lefèvre  
11-D-02  
Lever Fabergé France  
11-D-17  
L'Entreprise Electrique  
11-D-13

## M

Mainguy  
11-D-13  
Marcadet Distribution 75  
11-D-04; 11-D-20  
Marcadet Exploitation 75  
11-D-04; 11-D-20  
Mauritius Télécom  
11-D-05  
Met Expansion  
11-D-13  
Mini  
11-D-13

Ministère de l'économie, de l'industrie  
et de l'emploi  
11-D-07; 11-D-19; 11-D-02; 11-D-07;  
11-D-13; 11-D-12; 11-MC-01;  
11-A-10; 11-A-15; 11-A-01; 11-A-03;  
11-A-04; 11-A-11; 11-A-12; 11-A-14;  
11-A-20; 11-A-06

Ministre de la culture  
et de la communication  
11-A-13

Mondial Relay  
11-MC-01

Mulero  
11-D-13

## N

Nouvelle Bodin  
11-D-02

## O

OGF  
11-D-10; 11-D-14  
Orange Madagascar  
11-D-05  
Outremer Télécom  
11-D-05

## P

Park and Fly  
11-D-15  
Pateu et Robert  
11-D-02  
Pavy  
11-D-02  
Payeux Invest  
11-D-02  
Philippe Lassarat SA  
11-D-07  
Pomona  
11-D-03  
Pompes funèbres intercommunales  
11-D-06  
Pradeau et Morin  
11-D-02

Prezioso-Technilor SAS  
11-D-07  
Procter & Gamble France SAS  
11-D-17  
Procter & Gamble Holding France SAS  
11-D-17  
Pyramide  
11-D-02

## Q

Quélin  
11-D-02

## R

Raynal  
11-D-13  
RTE  
11-D-09

## S

Sade  
11-D-13  
SDEL Massif central  
11-D-13  
SEDECA  
11-D-16  
Sega  
11-D-13  
Seychelles Cable System (SCS)  
11-D-05  
SGM Manutention  
11-D-01  
SNCF  
11-A-15 ; 11-A-16  
Société d'acconage et de manutention  
de la Réunion (SAMR)  
11-D-01  
Société de manutention et de  
consignation maritime (Somacom)  
11-D-01  
Société Languedocienne d'Aménagements  
11-D-13  
Société Réunionnaise du Radiotéléphone  
(SRR)  
11-D-05

Sogarel  
11-D-15  
Sorespi Bretagne SAS  
11-D-07  
Spie SA  
11-D-13  
Spie Sud-Ouest  
11-D-13  
STETC  
11-D-13  
STOI-Internet  
11-D-05  
Syndicat des entreprises de manutention  
portuaire de la Réunion (SEMPR)  
11-D-01  
Syndicat national des producteurs  
indépendants d'électricité thermique  
(SNPIET)  
11-D-09

## T

Tehr Monuments historiques  
11-D-02  
Telkom Kenya  
11-D-05  
The Procter & Gamble Company  
11-D-17  
Titres Cadeaux  
11-D-08  
Topaze  
11-D-17

## U

Unilever France  
11-D-17  
Unilever France Holdings  
11-D-17

## V

Ville de Marseille  
11-D-10  
Vinci Energies Sud-Ouest  
11-D-13

# Recours devant la cour d'appel de Paris





# Recours devant la cour d'appel de Paris

## Décisions 2010 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour au 18 avril 2012)

Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
10-D-04 du 26 janvier 2010	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération Arrêt du 28 octobre 2010 Confirmation
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 Arrêt du 20 janvier 2011* Réformation partielle
10-D-14 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* Confirmation
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 Arrêt du 27 janvier 2011 Confirmation
10-D-24 du 28 juillet 2010	relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse nationale des allocations familiales Arrêt du 27 janvier 2011 Confirmation
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 Arrêt du 23 février 2012* Réformation
10-D-32 du 16 novembre 2010	relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante Arrêt du 8 décembre 2011 Désistement
10-D-39 du 22 décembre 2010	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale Arrêt du 29 mars 2012 Réformation partielle

\* Pourvois pendants devant la Cour de cassation.

## Décisions 2011 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour au 18 avril 2012)

Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
11-D-02 du 26 janvier 2011	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques Affaire pendante
11-D-13 du 5 octobre 2011	relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes Affaire pendante
11-D-17 du 8 décembre 2011	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives Affaire pendante
11-D-18 du 15 décembre 2011	relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au Centre hospitalier d'Arcachon Affaire pendante
11-D-19 du 15 décembre 2011	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie Affaire pendante
11-D-20 du 16 décembre 2011	relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire Affaire pendante

# Liste des décisions et avis





# Liste des décisions et avis 2011

## Décisions

Décision 11-D-01 du 18 janvier 2011 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention portuaire à La Réunion

Décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques

Décision 11-D-03 du 15 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais

Décision 11-D-04 du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire

Décision 11-D-05 du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques dans la zone Réunion-Mayotte

Décision 11-D-06 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Tours et dans son agglomération

Décision 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques

Décision 11-D-08 du 27 avril 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv'Kadéos

Décision 11-D-09 du 8 juin 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité

Décision 11-D-10 du 6 juillet 2011 relative au respect, par la ville de Marseille, des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 08-D-34 du 22 décembre 2008

Décision 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires

Décision 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus

Décision 11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes

Décision 11-D-14 du 20 octobre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Manche

Décision 11-D-15 du 16 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société SOGAREL dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille

Décision 11-D-16 du 25 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléassistance aux personnes âgées

Décision 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives

Décision 11-D-18 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM situés au Centre hospitalier d'Arcachon

Décision 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie

Décision 11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire

## Avis

Avis 11-A-01 du 14 janvier 2011 relatif à un projet de décret introduisant notamment un contrôle technique obligatoire pour les cyclomoteurs et modifiant la partie réglementaire du Code de la route

Avis 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

Avis 11-A-03 du 15 février 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin

Avis 11-A-04 du 25 février 2011 relatif à un projet de décret précisant le contenu des accords de modération des marges de distribution prévus par l'article L. 611-4-1 du Code rural et de la pêche dans le secteur des fruits et légumes

Avis 11-A-05 du 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit

Avis 11-A-06 du 15 mars 2011 relatif à un projet de décret fixant les modalités d'accès à l'électricité nucléaire historique

Avis 11-A-07 du 27 mai 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur un projet d'analyse des marchés de la téléphonie fixe

Avis 11-A-08 du 10 juin 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur les marchés de gros des prestations de segments interurbains interterritoriaux relatifs aux collectivités territoriales de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy

Avis 11-A-09 du 24 juin 2011 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence

Avis 11-A-10 du 29 juin 2011 portant sur la mise en place d'un tarif social permettant l'accès des personnes aux revenus modestes aux services Internet haut débit

Avis 11-A-11 du 12 juillet 2011 relatif aux modalités de négociation des contrats dans les filières de l'élevage dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles

Avis 11-A-12 du 27 juillet 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur de la dinde

Avis 11-A-13 du 13 septembre 2011 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de médiateur du cinéma

Avis 11-A-14 du 26 septembre 2011 relatif à un accord interprofessionnel du secteur viticole (vins de la région de Bergerac)

Avis 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

Avis 11-A-16 du 29 septembre 2011 relatif au projet de séparation des comptes de l'activité gares de voyageurs au sein de la SNCF

Avis 11-A-17 du 28 octobre 2011 relatif aux secteurs du traitement des déchets et de l'assainissement de l'eau

Avis 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL)

Avis 11-A-19 du 9 décembre 2011 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 mobile de Free Mobile, LycaMobile et Oméa Télécom

Avis 11-A-20 du 15 décembre 2011 relatif aux modalités de communication des données relatives aux sites radioélectriques des opérateurs mobiles

Avis 11-A-21 du 16 décembre 2011 concernant un projet de décret relatif aux conditions et à la procédure de classement d'un réseau de distribution d'énergie thermique

## Mesures conservatoires

Décision 11-MC-01 du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison de colis