

Autorité
de la concurrence



Rapport annuel 2013

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Ingalill d'Armaillé, Antoine Babinet, Virginie Beaumeunier, Charles Bertin, Séverine Bertrand, Noémie Beugelmans-Lagane, Guillaume Binoche, François-Xavier Boudy, Éric Briançon, Julie Delloye, Sophie-Anne Descoubès, David Dubois, Marianne Faessel-Kahn, Romain Galante, Henri Génin, Virginie Guin, Maxime Hauviller, Nicolas Joncheray, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Frédérique Leyme, Louis-Gabriel Masson, Sébastien Mitrailles, Nadine Mouy, Alain Mouzon, Guillaume Perret, Étienne Pfister, Gwenaëlle Poilon, Thierry Poncelet, Jean Ravoire, Cyril Rollet, Isabelle Sévajols, Alexandra Vaillant, Anne-Laure Vendrolini, Ellen Verdure, David Viros.

Par délibération en date du 2 avril 2014, l'Autorité de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article L. 461-5 du Code de commerce, aux termes duquel l'Autorité de la concurrence établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au Gouvernement et au Parlement et qui comporte en annexe, aux termes de l'article R. 462-4, les décisions prévues à l'article L. 464-8 du même code.

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2014

ISBN : 978-2-11-009758-3



Photo Hamblin/REA

Éditorial

L'année écoulée atteste du rôle proactif que l'Autorité de la concurrence entend jouer dans le maintien ou la restauration d'un jeu concurrentiel ouvert et équitable. À mesure que se profile le début d'un cycle de sortie de crise en France et dans le reste de l'Europe, il incombe au régulateur de la concurrence de contribuer, dans le cadre de son office, à libérer les gisements de croissance et à accompagner les réformes structurelles destinées à asseoir, de manière pérenne, la compétitivité de notre pays. De concert avec cette impulsion donnée à la levée des barrières ou distorsions réglementaires dont l'établissement ne semble pas répondre, de manière proportionnée, à l'objectif d'intérêt général affiché, l'Autorité a poursuivi son action ferme et constante de sauvegarde de l'ordre public économique. Cette fermeté, essentielle à la dissuasion de comportements préjudiciables à l'intérêt collectif, n'exclut pas le recours à des procédures négociées lorsque les conditions sont réunies pour une solution pragmatique visant le rétablissement prompt et efficace de la concurrence.

Le renouvellement du collège, cinq années après l'installation de l'Autorité

Il y a cinq ans, l'Autorité succédait au Conseil de la concurrence, marquant l'aboutissement d'une montée en puissance de la régulation indépendante de la concurrence en France. Les traits caractéristiques de l'Autorité – un « guichet unique » regroupant l'ensemble des pouvoirs d'enquête et de sanction des pratiques anti-concurrentielles, de contrôle des opérations de concentration et de suivi de l'exécution des décisions – lui ont permis de prendre l'initiative, en alimentant elle-même son portefeuille de cas, en assurant un contrôle robuste du respect des injonctions prononcées et des engagements acceptés ou encore en lançant à intervalles réguliers des enquêtes sectorielles dont les conclusions viennent également enrichir l'expertise d'ensemble de l'institution.

Si l'Autorité a tenu ses promesses, le premier collège dont le mandat s'est achevé en début d'année 2014 peut être crédité, ainsi que l'ensemble des services de l'Autorité, de ce succès. Le collège renouvelé peut donc s'inscrire en toute confiance dans les pas de son prédécesseur, enrichi en outre de profils nouveaux et intéressants

et d'une composition qui fait honneur à la parité, puisque 11 membres sur 17 sont des femmes.

Des avancées importantes pour un droit effectif à réparation

Que ce soit à Bruxelles ou à Paris, les initiatives législatives se sont multipliées pour traduire dans les actes l'ambition, maintes fois affichée, d'offrir aux victimes de pratiques anticoncurrentielles un cadre propice à la réparation effective des dommages qu'elles subissent.

La loi relative à la consommation du 17 mars 2014 a introduit pour la première fois en France une action de groupe qui couvre notamment les infractions au droit de la concurrence, suivant en cela les recommandations formulées dès 2006 par l'Autorité.

Le mécanisme retenu est équilibré et contient un ensemble de garde-fous qui, tout en prévenant les actions abusives et la judiciarisation de la vie économique, devrait permettre, en agrégeant des prétentions diverses, de lever l'obstacle que constituent, pour les « petits » préjudices, des frais importants liés à un contentieux complexe. À cet égard, l'action de groupe aura pour effet de rapprocher les consommateurs de la régulation concurrentielle, en rendant ses bénéfices à la fois plus tangibles et plus concrets. En outre, l'application d'un principe de « *follow on* », en vertu duquel l'action est formée sur la base d'un constat préalable d'infraction établi par l'autorité de concurrence, est favorable à l'ensemble des parties prenantes, consommateurs, entreprises et juges.

Le projet de directive européenne – dont l'adoption définitive sur la base du compromis politique obtenu en mars dernier n'est à présent qu'une question de mois – prolonge et amplifie les effets positifs attendus de l'introduction de l'action de groupe en France. En effet, l'application d'une règle commune, équilibrée et ordonnée à travers l'Europe semble nécessaire à la fois pour éviter la concentration du contentieux *antitrust* dans des places juridiques particulièrement accommodantes, pour acclimater le procès civil aux complexités du droit de la concurrence et pour articuler de façon efficace actions privée et publique. Sur ce dernier point, il convient de noter le juste équilibre auquel la directive aboutit à travers des mesures favorables au plaignant – telles que l'établissement d'une présomption irréfragable de faute attaché à une décision définitive d'une autorité de concurrence ou l'ajustement des règles de prescription – et des mesures protectrices de l'efficacité des outils d'investigation d'une autorité de concurrence, en particulier s'agissant de son programme de clémence.

Une action en faveur du rétablissement de la concurrence tirant pleinement parti de la variété des outils procéduraux

L'Autorité demeure l'autorité nationale la plus active au sein du réseau européen de concurrence par le nombre d'affaires ouvertes (228 entre le 1^{er} mai 2004 et le 4 juin 2014) ainsi que par le nombre de projets de décision transmis à la

Commission européenne (99 sur la même période) sur le fondement des articles 101 et/ou 102 du traité européen.

L'activité en 2013 confirme l'approche pragmatique de l'Autorité, qui consiste à avoir recours, de manière équilibrée, aux décisions d'engagements lorsqu'elles représentent l'outil le plus efficace pour rétablir rapidement les conditions d'une concurrence par les mérites, sans hésiter cependant à manier l'outil de la sanction, qui remplit un objectif de dissuasion nécessaire à l'endroit des acteurs qui verraient dans la violation des règles de concurrence une stratégie gagnante.

Ainsi, l'Autorité a rendu 10 décisions de sanction pour un total de plus de 160 millions d'euros, les entreprises mises en cause ayant renoncé à contester les griefs dans la moitié des affaires de pratiques anticoncurrentielles. L'Autorité a également accepté de clore trois affaires par des engagements.

Elle a adopté en particulier deux décisions d'engagements, concernant respectivement Visa et Mastercard, qui marquent l'aboutissement de l'examen systématique des commissions interbancaires entamé il y a quatre ans. Cet effort sans précédent a conduit à une baisse significative du niveau des commissions applicables aux chèques, aux cartes de paiement et à l'ensemble des autres moyens de paiement scripturaux, réinjectant par là-même des liquidités importantes dans l'« économie réelle ». En outre, ces initiatives ont été conduites en cohérence avec le consensus existant à l'échelle européenne, comme en atteste le fait que les niveaux de commissions sur lesquels se sont engagées les banques et les systèmes de paiement sont en phase avec les options retenues par la Commission européenne dans son projet de règlement relatif aux commissions multilatérales d'interchange, actuellement débattu dans le cadre de la procédure législative ordinaire.

L'Autorité a sanctionné des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans des secteurs variés, au détriment, selon les cas, des entreprises utilisatrices de l'intrant cartellisé, des consommateurs des services en cause ou encore des comptes publics, affectant ainsi l'ensemble des contribuables.

Les entreprises, y compris de nombreuses PME, ont ainsi souffert d'une entente, sanctionnée à hauteur de 79 millions d'euros, entre les quatre principaux distributeurs de commodités chimiques qui se sont répartis leurs clients et ont coordonné leurs prix. La décision de l'Autorité dans cette affaire apporte par ailleurs des précisions intéressantes sur la procédure de clémence, d'une part quant au cumul possible avec la procédure de non-contestation des griefs, et d'autre part quant au champ *ratione personae* du bénéfice de la clémence – en l'espèce au regard de la situation de l'ancienne société mère du demandeur de clémence.

L'Autorité est également intervenue pour mettre fin à la confusion qu'entretenait EDF entre son activité réglementée de fourniture d'électricité et l'image de service public qui lui était attachée, d'une part, et les prestations qu'il rendait par ailleurs sur le marché libre des services photovoltaïques aux particuliers, d'autre part. Plus largement, EDF faisait bénéficier sa filiale opérant sur le marché libre d'avantages non reproductibles par ses concurrents et qui sont l'héritage de son monopole historique. La décision adoptée par l'Autorité n'est que la dernière

expression d'une mise en garde récurrente et constante sur les risques concurrentiels associés à la diversification d'opérateurs historiques qui continuent à bénéficier par ailleurs des avantages d'un monopole, actuel ou ancien. La décision d'engagements de février 2014 relative à l'activité de paris hippiques en ligne du PMU procède du même souci d'assurer un jeu concurrentiel équitable entre opérateurs historiques et nouveaux entrants : en l'espèce, l'avantage non reproductible dont bénéficiait le PMU tenait aux masses d'enjeux générées sur l'activité en monopole de pari hippique en « dur », qu'il mutualisait avec les masses d'enjeux en ligne, accroissant considérablement de ce fait l'attractivité de son offre en ligne. La dissociation des masses que le PMU s'est engagé à mettre en place devrait remédier au risque d'éviction identifié par l'Autorité.

Le secteur de la distribution des médicaments a continué à susciter une riche activité, sur le terrain contentieux mais également sous forme de recommandations (cf. *infra*). L'Autorité a condamné à deux reprises en 2013 la mise en œuvre de stratégies de dénigrement du générique d'un médicament princeps menées aux deux étapes clés de la substitution générique que sont la prescription (par le médecin) et la délivrance (par le pharmacien).

Un contrôle des concentrations efficace dans un cadre précisé et enrichi

La révision des lignes directrices sur le contrôle des concentrations a abouti en juillet 2013, après une large consultation publique qui a permis d'affiner et de compléter le cadre proposé sur certains points. Des garanties incitatives ont ainsi été introduites au stade de la pré-notification, l'Autorité s'engageant à faire un retour rapide aux parties notifiantes sur le nom du rapporteur et l'état de la complétude du dossier. L'Autorité a également rappelé son cadre conceptuel de référence, qui est celui du monopoleur hypothétique, les nouveaux renvois dans les lignes directrices aux tests quantitatifs alternatifs (GUPPI, UPP, etc.) ne devant pas être interprétés comme un changement de paradigme au niveau de l'analyse au fond.

Ces nouvelles lignes directrices obéissent au triple objectif que l'Autorité s'était assignée en entamant le processus de révision : concilier le temps économique et l'analyse poussée des dossiers ; consolider les acquis de l'analyse concurrentielle ; anticiper, sécuriser et homogénéiser la conception et le suivi des engagements pris par les entreprises à l'occasion d'une opération de fusion ou de rachat.

L'année écoulée est particulièrement illustrative de l'approche à la fois ferme et ouverte de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations. Sur le terrain de la fermeté, elle a sanctionné à deux reprises des entreprises pour avoir enfreint leur obligation de notification avant la réalisation de l'opération. Sur le terrain de l'ouverture, l'Autorité a montré, dans le cadre de l'examen du rachat de Monoprix par le groupe Casino, qu'elle était disposée à discuter et le cas échéant à tenir compte des résultats de l'application de tests mesurant la proximité concurrentielle entre les parties à une opération de concentration.

L'enquête sectorielle : un instrument à la recherche de gisements de croissance

L'Autorité a continué à faire fruit des nouveaux moyens qui lui ont été octroyés par la loi de modernisation de l'économie en vue de conduire, de sa propre initiative, le diagnostic d'un secteur concerné, identifier les blocages qui freinent son expansion et émettre des recommandations à même de contribuer à la levée de ces freins, à l'attention des entreprises ou des pouvoirs publics. Les deux enquêtes sectorielles closes en fin d'année dernière et en début d'année 2014 ont été par ailleurs l'occasion de poursuivre l'effort de transparence qui avait été initié avec l'avis sur la réparation automobile, par l'organisation d'une consultation publique la plus large possible et la mise à disposition d'un document de consultation qui informe les parties prenantes sur les premières évaluations réalisées par l'Autorité.

Les récents avis sur la distribution des médicaments et le transport par autocars sur longue distance reflètent l'approche générale de l'Autorité en présence de barrières réglementaires disproportionnées. Dans un premier temps, l'Autorité s'emploie à démontrer les bénéfices attendus d'une levée des barrières sur les prix, l'étendue et la diversité de l'offre, l'innovation et la qualité, la croissance et l'emploi. Dans un second temps, l'Autorité propose une « feuille de route » qui couvre l'ensemble des paramètres pertinents pour assurer l'ouverture effective à la concurrence tout en intégrant certaines limites qui ressortissent d'autres objectifs légitimes de politique publique. C'est pourquoi l'Autorité, dans le cadre de son avis sur la distribution des médicaments, propose de limiter l'ouverture de la vente de médicaments au détail aux spécialités non soumises à prescription obligatoire, en présence d'un diplômé en pharmacie et dans le cadre d'un espace dédié. Il en est de même s'agissant de sa proposition d'ouvrir le transport par autocars sur longue distance, au-delà des hypothèses de cabotage international : l'Autorité tient compte ici des externalités susceptibles de peser sur les services conventionnés régionaux et infrarégionaux et intègre cette dimension dans ses recommandations, en préconisant la mise en œuvre d'un test d'atteinte à l'équilibre économique, refondu et objectif, pour les liaisons inférieures à 200 kilomètres.

* * *

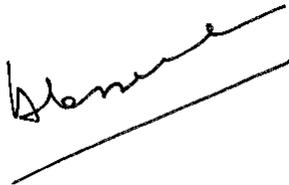
Tout au long de l'année 2013, la régulation concurrentielle s'est montrée à la hauteur des nombreux défis auxquels elle est en permanence confrontée.

À mesure que l'économie et les acteurs qui la composent s'internationalisent, un enjeu de plus en plus prégnant pour l'Autorité tient à sa capacité à intervenir sur des comportements qui dépassent, par leurs effets et leur échelle de mise en œuvre, le seul territoire national. La question se pose avec une particulière acuité s'agissant des « géants de l'internet », dont la prééminence acquise sur leurs marchés respectifs implique en retour une responsabilité particulière de ne pas entraver une véritable concurrence par les mérites. L'Autorité a démontré par le passé que l'internationalisation des comportements ne fait pas obstacle à l'intervention du régulateur national, par exemple sur le marché de l'interconnexion sur internet

ou sur celui de la publicité en ligne. Elle veillera à maintenir cette vigilance, en œuvrant en parallèle à une concertation accrue avec les autorités compétentes et concernées afin de garantir une régulation effective et une analyse cohérente à l'échelle européenne et internationale.

Une des réponses au changement d'échelle des comportements des acteurs économiques passe par une mise en réseau des autorités de concurrence, afin de faciliter les échanges et la coopération tout en assurant une allocation optimale des affaires susceptibles d'intéresser plusieurs autorités de concurrence. C'est le pari fait en Europe avec la constitution en 2004 d'un Réseau européen de concurrence (REC) rassemblant l'ensemble des autorités compétentes des États membres ainsi que la Commission européenne. Dix ans plus tard, le REC a tenu ses promesses en favorisant une application à la fois efficace et cohérente du droit européen de la concurrence. Plus largement, le REC s'est révélé une instance particulièrement utile de discussion et de définition d'orientations communes sur un ensemble de sujets structurants, de la préservation de l'efficacité des programmes de clémence à l'identification d'un socle minimum d'outils procéduraux nécessaires à la détection et à la répression des pratiques anticoncurrentielles.

Si les réussites du REC sont incontestables, il convient à présent de réfléchir à une convergence procédurale accrue, garante de l'efficacité d'ensemble du réseau, et pour laquelle il faudra vraisemblablement en passer par une révision du règlement 1/2003. En outre, si l'approfondissement du REC est souhaitable, son élargissement à d'autres matières l'est également : l'Autorité entend ainsi peser pour que le contrôle des concentrations, parent pauvre de la coopération en Europe, fasse l'objet d'une véritable convergence procédurale et matérielle, à l'image de celle qui existe en matière de pratiques anticoncurrentielles. L'Autorité a remis un rapport en ce sens au ministre de l'Économie, publié le 14 mars dernier, qui contient un certain nombre de recommandations qui pourraient être à l'agenda de la prochaine législature européenne.



Bruno Lasserre

Sommaire général

Rapport d'activité _____	5
Étude thématique _____	53
Pratique de l'Autorité de la concurrence _____	103
Suivi de l'exécution des décisions _____	219
Jurisprudence des juridictions de contrôle _____	235
Rapport annuel du conseiller auditeur _____	279
Textes _____	291
Organisation _____	487
Index _____	499
Recours devant la cour d'appel de Paris _____	513
Liste des décisions et avis 2013 _____	517

Rapport d'activité



Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle	9
Modifications législatives ou réglementaires	9
La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation	9
Les lignes directrices concentrations révisées	12
Activité en 2013	14
L'origine de l'activité	14
Les saisines externes	14
Les demandes d'avis	15
Les autosaisines	16
Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne	16
Les enquêtes	17
Les enquêtes et rapports transmis par la DGCCRF (ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et décret n° 2009-311 du 20 mars 2009)	17
Les enquêtes initiées par le rapporteur général	19
Les enquêtes avec demande d'autorisation judiciaire (article L. 450-4 du Code de commerce)	20
Le contentieux des opérations de visite et saisie (OVS)	20
Les décisions et avis	22
Les secteurs économiques concernés	22
Les décisions contentieuses	24
Les décisions en matière de contrôle des concentrations	27
Les avis	28
Stock	29
L'activité contentieuse et consultative	29
Les opérations de concentration	31

Bilan des recours contre les décisions de l’Autorité	31
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles	31
Contrôle des concentrations	32
Organisation et fonctionnement	33
Évolution de l’organisation	33
Effectifs	34
Budget	34
Recouvrement des sanctions	34
L’Autorité française de la concurrence dans les réseaux européen et international de la concurrence	35
Le Réseau européen de concurrence	35
Activité générale	35
Activité relative à l’instruction des cas	44
Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne	46
Activité liée à l’assistance au sein du Réseau européen de la concurrence	49
La coopération internationale	51
Coopération bilatérale	51
Coopération multilatérale	51

Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle

Modifications législatives ou réglementaires

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

L'Autorité a très tôt montré son intérêt et son soutien pour des mécanismes visant à renforcer les actions en réparation et à aider les victimes de pratiques anticoncurrentielles à engager la responsabilité de leurs auteurs. Ce fut le cas d'abord lorsqu'il s'est agi de discuter de l'introduction d'une « action de groupe » à la française, dès 2006¹. Ce fut le cas ensuite dans le dialogue engagé avec la Commission européenne sur les modalités d'une réparation effective des victimes de pratiques anticoncurrentielles, en particulier *via* l'instauration de mécanismes de recours collectifs², ce long processus de consultation culminant le 11 juin 2013 avec l'adoption d'un paquet relatif au « *private enforcement* »³.

Aujourd'hui, les consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles tendent à rencontrer des obstacles importants à la réparation effective de leur dommage, ces obstacles allant de la complexité du contentieux en matière de concurrence à la difficulté d'obtenir les pièces nécessaires à la démonstration de la faute et, surtout, du préjudice. En outre, les coûts afférents à l'introduction d'une action en réparation dépassent souvent de loin les préjudices subis individuellement par

1. Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

2. Voir la réponse de l'Autorité de la concurrence à la consultation publique de la Commission européenne relative à une approche européenne cohérente en matière d'actions collectives : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/autorite_de_la_concurrence_fr.pdf

3. Le paquet adopté par la Commission européenne consiste en : (i) une proposition de directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions au droit de la concurrence ; (ii) une communication sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions aux articles 101 et/ou 102 ainsi qu'un document de travail de la Commission, reprenant l'essentiel du document d'orientation soumis à consultation publique en 2011 ; (iii) deux textes « horizontaux » relatifs aux actions collectives, sous la forme d'une communication « vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs » et d'une recommandation relative à « des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cassation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union ».

les consommateurs, ces derniers étant dès lors dissuadés d'engager la responsabilité des auteurs des pratiques. Pour des raisons d'équité, il est donc essentiel que les consommateurs puissent regrouper leurs demandes afin d'obtenir réparation des dommages qu'ils ont subis et leur permettre ainsi de devenir enfin des acteurs à part entière de la régulation concurrentielle.

Pour lever ces obstacles et remédier aux limites de l'action en représentation conjointe créée par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation prévoit, dans ses deux premiers articles, la mise en place d'une action de groupe qui reprend, pour ce qui concerne le droit de la concurrence, l'essentiel des recommandations formulées dans l'avis de 2006, à savoir une procédure prenant appui sur les décisions de l'Autorité de la concurrence combinée à un système d'*opt-in* qui permet de trouver un équilibre entre prévention des actions abusives et accès à la justice.

Les principales caractéristiques de l'action de groupe pour la réparation de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles sont les suivantes.

L'action est introduite exclusivement par une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée devant les tribunaux de grande instance. Dans un même jugement, le juge ainsi saisi contrôle et se prononce sur les éléments suivants : la recevabilité de la demande, notamment la qualité à agir de l'association à l'initiative de l'action, la responsabilité du professionnel et le périmètre du groupe des consommateurs concernés ainsi que les critères de rattachement au groupe. Il se prononce également sur les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories du groupe défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices. Dans ce cadre, le juge peut ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel.

Les mesures de publicité sont ordonnées par le juge et mises à la charge du professionnel. Elles doivent être adaptées pour informer l'ensemble des consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe défini par le juge. Si les mesures de publicité ne peuvent en principe être mises en œuvre qu'une fois le jugement sur la responsabilité rendu définitif, la loi prévoit néanmoins une dérogation spécifique à l'action de groupe en matière concurrentielle, aux termes de laquelle le juge peut ordonner l'exécution provisoire des mesures de publicité indépendamment de l'épuisement ou non des voies de recours.

Une fois le jugement intervenu, les consommateurs disposent d'un délai, fixé par le jugement et qui ne peut excéder six mois à compter de l'exécution des mesures de publicité, pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Le jugement fixe également le délai dans lequel doit intervenir la réparation, soit directement entre le professionnel et la victime, soit par l'intermédiaire de l'association requérante ou de la personne que cette dernière charge de l'assister dans la liquidation des préjudices.

Les contestations afférentes à l'indemnisation par le professionnel sont portées devant le juge ayant rendu le jugement sur la responsabilité, qui statue par un seul et même jugement sur l'ensemble des demandes.

L'article 1^{er} de la loi prévoit en outre plusieurs mécanismes susceptibles d'accélérer l'indemnisation des victimes.

En premier lieu, une procédure dite « simplifiée » autorise le juge à condamner le professionnel à indemniser directement et individuellement les consommateurs lésés, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe, lorsque l'identité et le nombre de ces consommateurs sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée. Cette procédure peut notamment trouver à s'appliquer dans l'hypothèse où les pratiques anticoncurrentielles affectent un champ déterminé de consommateurs ayant souscrit un abonnement auprès de l'auteur des pratiques. Le consommateur demeure libre de ne pas accepter l'indemnisation que lui propose le professionnel.

En second lieu, un mécanisme de médiation est prévu entre l'association requérante, agissant au nom du groupe, et le professionnel concerné. Si un accord est trouvé et homologué par le juge, les consommateurs, avertis par des mesures de publicité adaptées, peuvent adhérer à l'accord selon les modalités et les délais prévus par l'accord. La médiation peut être conduite sans attendre que la décision de l'autorité de concurrence revête un caractère définitif et établisse de manière irréfragable la faute du professionnel (voir *infra*).

Un des principaux apports de la loi consiste dans l'effet probatoire conféré aux décisions définitives des autorités de concurrence ou juridictions compétentes, nationales ou européennes : en effet, lorsque celles-ci constatent un manquement aux dispositions du titre II du livre IV du Code de commerce ou aux dispositions des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ces manquements sont également réputés établis de manière irréfragable pour les besoins de l'action de groupe. Il s'agit d'un allègement de la charge de la preuve significatif pour les consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles, en phase avec les solutions retenues dans la majorité des États membres qui prévoient déjà un statut particulier pour ces décisions.

L'autre mesure visant à acclimater les spécificités des contentieux en matière de concurrence au procès civil est relative aux délais de prescription : d'une part, l'association requérante dispose d'un délai de cinq ans, à compter de la date à laquelle la décision de l'autorité de concurrence n'est plus susceptible de recours, pour engager une action de groupe ; d'autre part, la prescription de l'action civile est interrompue lorsque l'autorité de concurrence ouvre une procédure relative aux mêmes faits, cette interruption produisant ses effets jusqu'à l'intervention d'une décision définitive de cette autorité de concurrence.

Enfin, les avancées de la loi relative à la consommation portent également sur les pouvoirs dont disposent les agents des services d'instruction de l'Autorité. Son article 108 autorise les agents des services d'instruction de l'Autorité à avoir

recours à leurs pouvoirs d'enquête simple, tels que définis sous l'article L. 450-3 du Code de commerce, dans le cadre de l'instruction d'une procédure d'avis. Le même article de la loi introduit également la possibilité, pour les agents des services d'instruction, de recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.

Les lignes directrices concentrations révisées

L'Autorité de la concurrence a publié le 10 juillet 2013 ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, faisant suite à une consultation publique qui s'est tenue du 22 février au 22 avril 2013 et dont les réponses ont contribué à enrichir le texte et à en préciser certains points.

La révision des lignes directrices adoptées en décembre 2009 a permis de prendre en compte l'expérience acquise depuis près de quatre ans d'exercice du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence.

Le nouveau texte s'est nourri de l'abondante pratique décisionnelle de l'Autorité, des échanges avec les entreprises et leurs conseils à l'occasion de l'examen de leur dossier de notification, et de la jurisprudence du Conseil d'État depuis 2009. La participation active de l'Autorité au sein du Réseau européen de la concurrence a également permis d'enrichir son expérience en la confrontant à celle de la Commission européenne et des autres autorités nationales de concurrence.

Les quatre premières années de contrôle des opérations de concentration ont tout d'abord démontré les bénéfices d'une procédure souple et, lorsque les circonstances le requièrent, rapide. L'Autorité met ainsi notamment l'accent dans ses nouvelles lignes directrices sur l'importance de la phase informelle de « pré-notification » qui permet aux entreprises et à l'Autorité de discuter, en amont, d'éventuels problèmes liés au caractère contrôlable de l'opération ou aux spécificités des entreprises ou des marchés concernés, voire d'anticiper d'éventuels problèmes de concurrence. L'Autorité s'engage de son côté dans le cadre de la « pré-notification » à faire un retour sous cinq jours ouvrés à compter du premier contact effectué par l'entreprise sur le nom du rapporteur et l'état de la complétude du dossier. L'Autorité publie en outre les conditions d'éligibilité à une procédure d'examen simplifiée qui, depuis janvier 2011, permet aux entreprises dont l'opération n'est pas susceptible de poser des problèmes de concurrence de bénéficier d'une décision simplifiée dans un délai de quinze jours ouvrés.

L'Autorité a par ailleurs répondu à une demande de clarification exprimée lors de la consultation publique en ce qui concerne le cadre conceptuel de l'analyse des marchés pertinents et le rôle de cette analyse. L'Autorité rappelle ainsi que le test du monopoleur hypothétique demeure le cadre conceptuel de référence de l'analyse des marchés pertinents, y compris lorsque l'analyse repose sur des indices qualitatifs en l'absence des données quantitatives nécessaires pour la réalisation d'un test SSNIP (Small but significant and non-transitory increase in price). L'Autorité a également renforcé les développements consacrés aux outils économiques, en particulier les tests quantitatifs alternatifs du type GUPPI (Gross Upward Pricing

Pressure) ou UPP (Upward Pricing Pressure), qu'elle prend en compte lorsque les données et la méthodologie employées sont fiables et vérifiables (voir les décisions Castel/Patriarche et Casino/Monoprix).

S'agissant des marchés locaux de la distribution, les lignes directrices révisées reflètent la sophistication accrue de la délimitation géographique des marchés, en détaillant les différentes méthodes susceptibles d'être utilisées, notamment la méthode dite de «l'empreinte réelle» ou encore la méthode consistant à calculer les parts de marché du point de vue de chacun des clients, réels ou hypothétiques, présents dans la zone de chalandise considérée.

S'appuyant sur son expérience récente, l'Autorité souligne également dans ses lignes directrices les spécificités de l'analyse des marchés agricoles dans le cadre de rapprochements entre coopératives (voir les décisions Champagne Céréales/Nouricia et Elle & Vire/Agrial), de même que les spécificités de l'analyse dans le cadre de marchés d'appels d'offres (voir les décisions Veolia Transdev et GDF Suez/Ne Varietur).

S'agissant des engagements et des injonctions, l'Autorité a précisé et donné des illustrations de sa pratique, marquée par une préférence pour des remèdes structurels, y compris sous forme de cessions de participations minoritaires, lorsque les caractéristiques de l'opération de concentration le permettent. Toutefois, la complexité de certaines opérations, en particulier lorsqu'elles consistent en l'acquisition de fournisseurs ou de distributeurs (intégration verticale), ou en cas d'opération conglomérale, a conduit l'Autorité à accepter de manière pragmatique des remèdes de type comportemental dont elle fournit plusieurs exemples. Le respect des engagements pris par les entreprises est au cœur du système de contrôle des concentrations : l'Autorité rappelle ainsi que tout engagement pris doit être respecté, sauf réexamen motivé par un changement des conditions de marché, et qu'elle n'hésite pas à sanctionner tout manquement, comme elle l'a fait à deux reprises depuis 2009.

Enfin, s'inspirant des modèles existant au niveau de la Commission européenne et d'autres autorités de concurrence, l'Autorité propose deux modèles-types, pour la cession d'actifs et le contrat de mandat, à destination des parties concernées lorsqu'elles envisagent de prendre des remèdes structurels, et qui pourront être adaptés, au cas par cas. Le modèle-type d'engagement de cession liste les références juridiques requises et les définitions des termes de l'engagement et contient une préformulation de la procédure de cession ainsi que les garanties minimales que l'Autorité juge nécessaires au maintien de la viabilité des actifs cédés. Le rôle du mandataire, qui est chargé du suivi des engagements ou de la procédure de cession, a par ailleurs été précisé : son statut, les conditions de son indépendance vis-à-vis des entreprises et, plus généralement, de son agrément par l'Autorité, ainsi que ses missions sont détaillés dans un contrat-type. Avec ces modèles, l'Autorité souhaite faciliter, sécuriser et homogénéiser la pratique des entreprises à l'occasion de la phase cruciale que constituent les engagements. L'expérience acquise montre en effet qu'il est nécessaire d'anticiper, très tôt dans la procédure, d'éventuelles cessions d'actifs lorsqu'une opération de concentration, notamment en cas d'acquisition d'un concurrent ou de fusion entre concurrents, pose des problèmes de concurrence.

Activité en 2013

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

L'origine de l'activité

L'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 2013, le nombre de saisines externes est inférieur au niveau constaté les années précédentes. Les plaintes déposées par les entreprises, qui constituent depuis la réforme de 2009 l'essentiel des saisines externes, restent orientées à la baisse.

Tableau 1 : Origine des saisines au fond

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Entreprises	23	29	32	36	39	32	25	20	18
Organisations professionnelles	6	0	2	1	2	7	1	0	2
Associations de consommateurs	1	0	3	0	0	0	1	0	0
Ministre chargé de l'Économie	15	17	13	6	4	2	0	0	0
Collectivités territoriales	1	3	1	0	0	1	0	2	0
Autres	1	2	3	1	1	0	2	4	0
Respect d'injonction	0	0	2	1	1	4	1	1	0
Total	47	51	56	45	47	46	30	27	20

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

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
14	15	13	21	15	16	7	8	1

Les demandes d'avis

Les demandes d'avis de l'Autorité se maintiennent à un niveau élevé en 2013. L'expertise de l'Autorité a été sollicitée à 42 reprises, soit un niveau supérieur d'une unité par rapport à 2012, année pour laquelle le niveau était déjà particulièrement élevé.

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

- 7 en provenance des régulateurs sectoriels : Commission de régulation de l'énergie (Cre), Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep), Autorité de régulation des activités ferroviaires (Araf) ; ce nombre est en augmentation pour 2013, illustrant la coopération intense entre l'Autorité et les autorités sectorielles ;
- 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 ;
- 7 sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité peut être consultée sur toute question de concurrence par le Gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs, les chambres de commerce, d'agriculture et de métiers ;
- 7 sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée sur les projets de texte 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 ;
- 7 sur la base de l'article L. 464-2, IV du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité peut adopter un avis de clémence dans lequel elle précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération totale ou partielle d'une sanction pécuniaire ;
- 7 sur le fondement de l'article L. 632-4 du Code rural et de la pêche maritime (accords interprofessionnels) ;
- 1 sur le fondement de l'article 121-III de la loi du 22 mars 2012 (prorogation des accords dérogatoires aux délais de paiement) ;
- 1 sur le fondement de l'article L. 461-5 du Code de commerce, qui prévoit que les commissions parlementaires peuvent consulter l'Autorité de la concurrence sur toute question entrant dans le champ de leurs compétences (saisine de l'Assemblée nationale sur la privatisation des autoroutes) ;
- 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 rapporteur général ;
- 1 sur le fondement de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce, qui prévoit que l'Autorité peut être consultée, dans des hypothèses de concentration importante de l'offre, par la commission d'aménagement commercial des départements et de certaines collectivités d'outre-mer sur des projets d'exploitation commerciale.

Tableau 3 : Évolution des demandes d'avis par catégorie

Nature des demandes d'avis	2008	2009	2010	2011	2012	2013
sur des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 410-2; L. 462-2)	8	39	3	7	8	8
sur des questions générales de concurrence (L. 462-1)	13	13	15	12	11	7
sur saisine de commissions parlementaires (L. 461-5)	–	1	1	1	–	1
sur saisine de la Commission d'aménagement commercial de Saint-Barthélemy (L. 752-6-1)	–	–	–	–	–	1
sur saisine de régulateurs sectoriels	2	5	4	5	4	7
sur saisine de juridictions (L. 462-3)	–	–	–	2	1	2
demandes de clémence (L. 464-2, IV)	18	5	7	4	5	7
saisines diverses (article L. 632-4 Code rural, loi du 22 mars 2012, L. 461-4)	4	2	2	7	14	9
Total	45	65	32	38	43	42

Les autosaisines

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

En matière consultative, l'Autorité de la concurrence a ouvert deux enquêtes sectorielles. L'une, sur la distribution des médicaments, a donné lieu à l'avis 13-A-24 du 19 décembre 2013 par lequel l'Autorité appelle de ses vœux une animation de la concurrence sur l'ensemble de la chaîne de distribution et soutient notamment une ouverture limitée, encadrée et accompagnée de la distribution au détail des médicaments sans prescription médicale obligatoire. La seconde est relative au transport interrégional par autocar. L'avis 14-A-05 de l'Autorité a été rendu le 27 février 2014 et émet un certain nombre de recommandations pour favoriser le développement du transport longue distance par autocar, qui constitue une offre complémentaire au transport ferroviaire.

Tableau 4 : Ventilation des autosaisines

	2009	2010	2011	2012	2013
Autosaisines en matière contentieuse	8	13	12	5	3
Autosaisines en matière consultative	2	3	2	0	2

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

Tableau 5 : Notifications reçues entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2013

Notifications reçues en 2013 ayant abouti à une décision en 2013*	182
Notifications retirées au 31 décembre 2013	11
Notifications en cours d'examen au 31 décembre 2013**	21
Total	214

* Dont deux renvois de la Commission européenne.

** Opérations de phase I.

L'Autorité de la concurrence a reçu, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2013, 214 notifications d'opérations de concentration. En comparaison, l'Autorité avait reçu 193 notifications entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2012. Le nombre de notifications reçues est donc en hausse par rapport à l'année précédente.

Ces notifications incluent en 2013 trois opérations renvoyées par la Commission européenne devant l'Autorité de la concurrence en application de l'article 4(4) du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations (dont deux opérations ont déjà fait l'objet d'une décision). Il s'agit de :

- la prise de contrôle exclusif de la société Transdev Group (ex-Veolia Transdev) par la Caisse des dépôts et consignations. Cette opération a été notifiée à l'Autorité le 23 août 2013 ;
- la création d'une entreprise commune par la société Glon Sanders Holding et le groupe Euralis. Cette opération a été notifiée à l'Autorité le 21 juin 2013 ;
- la prise de contrôle exclusif par Point P de cinq points de vente détenus par Wolseley France bois et matériaux. Cette opération a été notifiée à l'Autorité le 15 novembre 2013.

Les enquêtes

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

Les projets d'enquête

Si, en application du cadre juridique issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, le rapporteur général peut désormais lancer de sa propre initiative toute enquête qui lui semblerait utile, les dispositions du Code de commerce (article L. 450-5) prévoient également que le ministre de l'Économie doit présenter au rapporteur général les enquêtes qu'il envisage de mener sur des faits relevant des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut alors, 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 trente-cinq jours, la DGCCRF peut procéder elle-même aux investigations (article D. 450-3, I du Code de commerce).

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

Le tableau ci-après reprend les suites qui ont été données par la rapporteure générale aux projets d'enquête que lui a adressés la DGCCRF au cours de l'année 2013 et des cinq années précédentes.

Tableau 6 : Projets d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2013)

Année	Total affaires transmises	Affaires non retenues par l'Autorité	Affaires retenues par l'Autorité	Affaires à l'étude
2009	81	48	30 soit 38 % des dossiers analysés	3
2010	77	49	23 soit 32 % des dossiers analysés	5
2011	87	60	24 soit 29 % des dossiers analysés	3
2012	87	61	23 soit 27 % des projets étudiés	3
2013	72	55	17 soit 24 % des projets étudiés	0

On constate au fil des années une 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 relevées (et notamment s'agissant de pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres), leur effet *a priori* limité sur le marché permettant un traitement par voie d'injonction et/ou de transaction directement par les services du ministre, ou la nécessité d'un enrichissement impliquant des investigations nombreuses en divers points du territoire que seul le maillage territorial des services du ministère de l'Économie permet de réaliser.

Les rapports d'enquête

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

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

Dans l'hypothèse où le rapporteur général ne proposerait pas au collège de se saisir d'office des résultats d'une enquête, le ministre conserve la possibilité de saisir lui-même le collège de faits qu'il estime contraires aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Cette faculté n'a pas été mise en œuvre en 2013.

Le tableau ci-après reprend les suites données aux rapports transmis par le ministre à l'Autorité au cours de l'année 2013 et des cinq années précédentes.

Tableau 7 : Suites données aux résultats d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2013)

Année	Total affaires transmises	Affaires concluant à l'absence de pratiques	Affaires non retenues par l'Autorité	Affaires à l'étude	Affaires ayant fait l'objet d'une saisine d'office ou autre suite
2009	45	20	16	3	5 + 1 autosaisine sur le même secteur soit 27% des dossiers analysés
2010	43	25	12	2	4 soit 25% des dossiers analysés
2011	40	26	9	1	4 soit 31% des dossiers analysés + 1 concernant un rapport reçu en 2010
2012	34	23	10	0	1 soit 9% des dossiers analysés + 1 concernant un rapport reçu en 2011
2013	73	46	20	4	3 soit 13% des dossiers analysés

Le nombre de rapports transmis par les services de la DGCCRF a presque doublé, le nombre d'affaires retenues par l'Autorité restant néanmoins modéré en raison du caractère local des pratiques constatées. Les rapports d'enquête pour lesquels les services du ministre estiment que des pratiques anticoncurrentielles pourraient être qualifiées continuent de représenter environ un tiers des dossiers.

Les enquêtes initiées par le rapporteur général

Comme il a été rappelé plus haut, le cadre juridique issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 autorise désormais le rapporteur général à lancer de sa propre initiative toute enquête qui lui semblerait utile, sans que le collège prenne de décision d'autosaisine contentieuse.

Cette possibilité a conduit au lancement d'un certain nombre d'enquêtes venant s'ajouter aux projets de la DGCCRF retenus par l'Autorité pour investigations. À ce titre, si 2 enquêtes ont été ouvertes en 2009, 8 enquêtes ont été ouvertes depuis en moyenne par an (2010 : 7; 2011 : 9; 2012 : 9; 2013 : 8) soit entre 25 et 30% du nombre d'enquêtes ouvertes dans l'année par les services d'instruction de l'Autorité (i.e. constituées des projets d'enquête transmis par la DGCCRF et retenus par le rapporteur général ainsi que des enquêtes ouvertes à l'initiative du rapporteur général).

Cette capacité d'initiative permet notamment à l'Autorité d'investiguer des secteurs considérés comme prioritaires ou de donner suite à des enquêtes sectorielles.

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

Au cours de l'année 2013, 8 affaires ont nécessité le recours à ce dispositif (2009 : 6 ; 2010 : 5 ; 2011 : 3 ; 2012 : 1), ce qui atteste une utilisation à la fois ciblée des dispositions de l'article L. 450-4, et modérée eu égard au nombre de dossiers constituant le portefeuille de l'Autorité, tout en traduisant l'engagement très clair de l'Autorité dans la détection et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. 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, l'article 20 du règlement prévoit au paragraphe 7 que « *si en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif* ». Dans les cas où l'Autorité prête assistance à la Commission européenne dans la réalisation d'une inspection, les rapporteurs de l'Autorité sont en mesure de déclencher à tout moment de l'inspection une procédure nationale au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce pour répondre à une opposition de l'entreprise.

En 2013, l'assistance de l'Autorité a ainsi été requise à 3 reprises dans le cadre d'inspections menées par la Commission (2009 : 3 ; 2010 : 4 ; 2011 : 6 ; 2012 : 3).

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 du juge de l'autorisation. Les ordonnances du premier président de cour d'appel ou de son délégué peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

En 2013, les décisions rendues par la Cour de cassation (chambre criminelle), s'agissant de l'appel contre les ordonnances d'autorisation de visite et saisie délivrées par le juge des libertés et de la détention, ont pour l'essentiel concerné le reproche fait au juge des libertés et de la détention d'adopter les motifs de l'administration requérante sans procéder à un examen concret et effectif des éléments de la requête. Ces moyens ont systématiquement été rejetés par la Haute Cour pour laquelle, conformément à sa jurisprudence désormais bien établie sur ce point, les motifs et le dispositif d'une ordonnance sur requête sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée (Cass. crim., 27 novembre 2013 n° 12-85829; 13 mars 2013 n° 12-81162; 27 février 2013 n° 11-88471 et n° 11-82446).

Concernant les recours sur le déroulement des opérations, on retiendra plus particulièrement les précisions apportées par la Haute Cour à propos de la saisie de pièces susceptibles de relever du secret professionnel (article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971).

Par plusieurs arrêts (Cass. crim., 24 avril 2013 n° 12-80336; 24 avril 2013 n° 12-80346; 24 avril 2013 n° 12-80331; n° 12-80335; n° 12-80-332; 27 novembre 2013 n° 12-85830) la Cour de cassation a précisé, s'agissant de la saisie de correspondances entre un avocat et son client pouvant se trouver dans des fichiers appréhendés par les enquêteurs, que le premier président de la cour d'appel ne pouvait se limiter à constater l'accord de l'administration pour restituer les pièces protégées irrégulièrement saisies mais qu'il lui appartient de rechercher si ces pièces relevaient bien de la correspondance avocat-client et des droits de la défense pour le cas échéant prononcer la nullité de leur saisie. La violation du secret professionnel intervient dès que le document est saisi (24 avril 2013 n° 12-80331), étant précisé que cette nullité n'affecte que ces seules pièces et non l'ensemble des saisies informatiques.

Une jurisprudence constante établit en effet que la présence, dans la saisie informatique, de documents couverts par le secret professionnel n'invalide pas la totalité des saisies informatiques ou l'ensemble des opérations (Cass. com., 18 janvier 2011, n° 10-11777; Cass. crim., 11 janvier 2012, n° 10-87087) ainsi que l'a d'ailleurs à nouveau réaffirmé la Cour après les arrêts précités du 24 avril 2013 : *« Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que ces fichiers informatiques étaient susceptibles de contenir des éléments intéressant l'enquête, et dès lors que la présence, parmi eux, de pièces insaisissables ne saurait avoir pour effet d'invalider la saisie de tous les autres documents, le juge a justifié sa décision sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées; »* (Cass. crim., 27 novembre 2013, n° 12-85830).

Par ailleurs, après 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 (Cass. crim., 11 janvier 2012, n^{os} 10-88197, 10-88193, 10-88194; voir dans le même sens Cass. crim., 16 juin 2011, 11-80345) – voir Rapport annuel 2012 de l'Autorité – on notera que l'expert désigné s'est vu refuser sa réinscription sur la liste des experts par l'assemblée générale de la cour d'appel de Paris (décision du 6 novembre 2012) au motif qu'une « *maladresse* » commise dans son rapport n'était pas « *compatible avec la rigueur dont un expert judiciaire doit faire preuve dans toutes les opérations relevant de l'accomplissement de sa mission, notamment lors de la retranscription dans ses divers écrits, et qu'elle affectait ainsi directement et profondément sa crédibilité et sa compétence, traduisant ainsi son inaptitude à remplir la mission dont il était investi* »; décision confirmée par la Cour de cassation (Cass. civ. 2, 11 juillet 2013, n^o 13-60084).

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 2013, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative (hors contrôle des concentrations).

Poursuivant l'orientation signalée en 2012, l'Autorité a en 2013 fortement investi le secteur de la santé (9 décisions et avis). L'Autorité a ainsi adopté ses premières décisions sanctionnant deux laboratoires pharmaceutiques pour avoir mis en place des pratiques freinant l'arrivée sur le marché de médicaments génériques. L'Autorité a sanctionné Sanofi-Aventis à hauteur de 40,6 millions d'euros pour avoir mis en place une stratégie de dénigrement à l'encontre des génériques de Plavix® (**13-D-11**). Par ailleurs, elle a prononcé une sanction de 15,3 millions d'euros à l'encontre de Schering-Plough pour avoir entravé l'entrée sur le marché du générique de son médicament princeps Subutex® (**13-D-21**). Enfin, l'Autorité a publié les conclusions de son enquête sectorielle dans le secteur de la distribution des médicaments (**13-A-24**).

Le secteur des transports (7 décisions et avis) a également fait l'objet de nombreuses investigations. L'Autorité a ainsi obtenu des engagements de quatre compagnies maritimes assurant le fret entre l'Europe et les Antilles, lesquels permettront de ranimer la concurrence et de favoriser la baisse des prix des produits consommés par les Antillais (**13-D-15**). Elle s'est également prononcée sur le projet de loi de réforme ferroviaire et a émis plusieurs recommandations afin de mieux concilier la logique d'intégration industrielle, qui sous-tend la création du groupe public ferroviaire, avec le nécessaire respect de l'équité concurrentielle (**13-A-14**). Elle a, par ailleurs, rendu un avis défavorable sur le projet de décret relatif aux voitures de tourisme avec chauffeur (VTC), considérant que le texte introduirait des distorsions de concurrence injustifiées (**13-A-23**).

En 2014, l'Autorité de la concurrence a poursuivi son examen du secteur des transports en rendant, entre autres, un avis le 27 février 2014 sur le transport inter-régional par autocar (**14-A-05**), dans lequel elle préconise l'ouverture plus large

de ce marché et recommande notamment que soit mis en place un cadre réglementaire plus clair et plus simple afin de faire bénéficier les consommateurs de ce mode de transport pratique et économique.

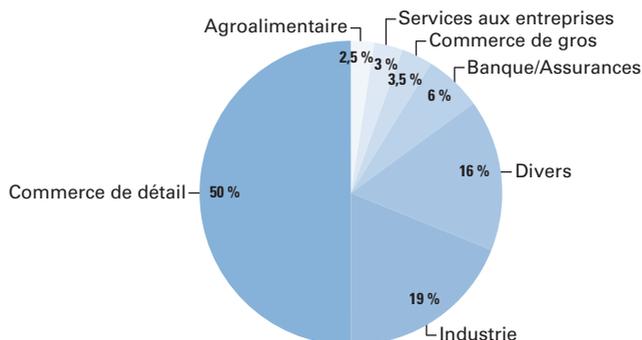
L'Autorité est demeurée active dans le secteur des télécoms en prononçant notamment un avis très attendu sur la mutualisation des investissements entre opérateurs mobiles et les contrats d'itinérance mobile (13-A-08). Par cet avis, l'Autorité se montre favorable à la mutualisation des investissements pour favoriser le déploiement des technologies de nouvelle génération et donne aux opérateurs un cadre leur permettant de sécuriser leurs projets au regard des règles de concurrence.

Tableau 8 : Ventilation des décisions et avis par secteur économique (hors contrôle des concentrations)

Secteur économique	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
Santé	9	13-D-01 Défaut de notification de l'opération de concentration Réunica/Arpège
		13-D-05 Réseaux de professionnels de santé agréés (optique-lunetterie)
		13-D-11 Médicaments génériques (Plavix®)
		13-D-13 Accès aux scanners et aux IRM implantés dans le bassin stéphanois
		13-D-14 Vétérinaires d'Alsace
		13-D-21 Médicaments génériques (Subutex®)
		13-A-11 Généralisation de l'assurance complémentaire santé
		13-A-12 Vente en ligne de médicaments
		13-A-24 Enquête sectorielle médicaments
		Transports
13-D-15 Fret maritime Europe-Antilles		
13-D-16 Transdev/Keolis		
13-A-03 Délais de paiement dans le secteur des véhicules de loisir		
13-A-14 Réforme ferroviaire		
13-A-18 Séparation comptable Intercités SNCF		
13-A-23 Taxis		
Télécoms	7	13-D-07 E-Kanopi
		13-A-02 MVNO
		13-A-08 Mutualisation et itinérance mobile
		13-A-10 Marchés de gros de transport de données
		13-A-15 Marchés de gros des terminaisons d'appel vocal fixe
		13-A-16 Marchés de gros des terminaisons d'appel vocal mobile
		13-A-17 Marchés de gros des terminaisons d'appel SMS
Distribution	7	13-D-12 Commodités chimiques
		13-D-19 Bricolage
		13-D-20 Agrandissement d'un magasin à Saint-Barthélemy
		13-A-01 Délais de paiement dans le secteur du commerce des articles de sport
		13-A-04 Délais de paiement dans le secteur de l'horlogerie, la bijouterie, la joaillerie et l'orfèvrerie (HBJO)
		13-A-05 Délais de paiement dans le secteur des agroéquipements
Énergie	7	13-A-06 Délais de paiement dans la filière du cuir
		13-D-04 Électricité photovoltaïque (Sun'R)
		13-D-08 Secteur de l'appareillage électrique résidentiel
		13-D-20 Électricité photovoltaïque (Solaire Direct)
		13-A-09 Tarifs réglementés du gaz
		13-A-13 Tarifs sociaux de l'énergie
		13-A-21 Distribution de carburants dans les DOM
13-A-25 Marché de l'effacement de consommation d'électricité		
Agroalimentaire	3	13-D-03 Secteur de l'abattage et de la commercialisation du porc charcutier
		13-D-22 Secteur du vin
		13-A-22 Contractualisation lait
Banques	2	13-D-17 Cartes MasterCard
		13-D-18 Cartes Visa
Médias	2	13-D-10 Distribution de la presse
		13-A-19 Droits du football L2

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 2013 (en pourcentage)



50% des décisions rendues concernent le commerce de détail, 19% l'industrie, 6% la banque et l'assurance, 2,5% l'agroalimentaire, 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 100 décisions) concerne le commerce de détail à dominante alimentaire et de la distribution automobile.

Les décisions contentieuses

La nature des décisions contentieuses

Tableau 10 : Décisions contentieuses

Décisions	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Affaires instruites*	50	34	40	39	23	29	23
Mesures conservatoires	6	1	2	1	1	0	0
Désistement/classement	26	25	21	34	16	24	9
Total 1	82	60	63	74	40	53	32
Sursis à statuer	2	1	4	1	2	0	0
Total 2	84	61	67	75	42	53	32

* Affaires instruites = 10 décisions de sanctions + 3 décisions de non-lieu + 5 irrecevabilités/rejets + 3 décisions d'engagements + 2 rejets de mesures conservatoires et poursuite de l'instruction au fond.

En 2013, l'Autorité a rendu 23 décisions au fond soit le même nombre qu'en 2011 et en légère diminution par rapport à 2012.

Les sanctions

Les décisions de sanctions pécuniaires en 2013

Tableau 11 : Sanctions pécuniaires prononcées

Numéro décision	Date décision	Libellé	Sanctions en €
13-D-01	31 janvier 2013	Protection sociale complémentaire	400 000 €
13-D-03	13 février 2013	Porc breton	4 576 506 €
13-D-06	28 février 2013	Experts-comptables	1 247 220 €
13-D-09	17 avril 2013	Miradors de Perpignan	965 000 €
13-D-11	14 mai 2013	Médicaments génériques (Plavix®)	40 600 000 €
13-D-12	28 mai 2013	Commodités chimiques	79 095 903 €
13-D-14	11 juin 2013	Vétérinaires de Strasbourg	31 000 €
13-D-20	17 décembre 2013	Électricité photovoltaïque	13 543 000 €
13-D-21	18 décembre 2013	Médicaments génériques (Subutex®)	16 099 000 €
13-D-22	20 décembre 2013	Vins	4 000 000 €
Total			160 557 629 €

L'Autorité de la concurrence a prononcé 10 décisions de sanctions en 2013 pour un montant total de 160,5 millions d'euros. La décision sanctionnant un cartel dans le secteur de la distribution des produits chimiques, qui fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, représente la moitié des sanctions prononcées. Le niveau des sanctions dans cette affaire s'explique à la fois par le niveau des ventes en relation avec l'infraction et la durée des pratiques. Les sanctions dans le secteur du médicament représentent également des montants significatifs.

L'évolution des sanctions sur longue période

Tableau 12 : Évolution des sanctions pécuniaires depuis 2007

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	24	16	15	12	8	13	10
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	82	65	49	50	39	57	33
Montant des sanctions (en M€)	220,4	630,3	205,5	439,5	419,8	540,1	159,3
Nombre d'organisations professionnelles ou organismes sanctionnés	12	17	9	2	1	9	7
Montant des sanctions (en M€)	0,6	1	1,1	3	0,06	0,4	1,2
Montant total des sanctions (en M€)	221	631,3¹	206,6	442,5²	419,8³	540,5⁴	160,5⁵

1. Dont 575,4 millions d'euros infligés dans le cadre de la décision 08-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques (décision réformée par la cour d'appel de Paris).

2. Dont 384,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 10-D-28 relative aux commissions interbancaires sur les chèques (décision réformée par la cour d'appel de Paris; un pourvoi est pendante devant la Cour de cassation).

3. Dont 367,9 millions d'euros dans le cadre de la décision 11-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives (décision confirmée par la cour d'appel de Paris).

4. Dont 242,4 millions d'euros dans le cadre de la décision 12-D-09 relative à des pratiques dans le secteur de la farine en sachet vendue dans la grande distribution (cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris).

5. Dont 79 millions d'euros dans le cadre de la décision 13-D-12 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques (cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris).

Les pratiques sanctionnées en 2013

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par l'Autorité en 2013, en fonction d'une typologie classique : abus de position dominante, ententes, non-respect d'injonctions ou d'engagements et défaut de notification d'une opération de concentration.

Tableau 13 : Nature des pratiques sanctionnées

Abus de position dominante	3
Ententes	4
Décision mixte (entente + abus de position dominante)	1
Défaut de notification d'une opération de concentration	2
Total décisions de sanctions	10

En 2013, ce sont presque autant d'abus de position dominante que d'ententes qui ont été sanctionnés. Particulièrement vigilante à l'application des règles en matière de concentrations, l'Autorité a également prononcé deux sanctions pour défaut de notification de deux opérations de concentration Réunica/Arpège dans le secteur de la protection sociale complémentaire (13-D-01) et Castel/Patriarche dans le secteur du vin (13-D-22).

La non-contestation des griefs

Le regain d'intérêt pour la procédure de non-contestation des griefs constaté en 2012 se confirme en 2013. Cette procédure permet d'alléger le traitement du dossier pour l'Autorité et d'obtenir une réduction de sanction pour la partie concernée, en contrepartie de gains procéduraux et, le cas échéant, des engagements pris pour prévenir une réitération éventuelle des pratiques. L'Autorité de la concurrence a ainsi rendu quatre décisions dans le cadre de cette procédure (porc breton, télétransmission de données fiscales et comptables, commodités chimiques, Subutex®), soit 50% des décisions de sanction pour pratiques anticoncurrentielles.

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

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Non-contestation des griefs	4	2	1	6	6	6	2	3	4	4

La clémence

L'année 2013 marque un regain des demandes de clémence. Sept demandes ont été faites auprès de l'Autorité, soit plus du double de 2012.

Tableau 15 : Évolution du nombre de demandes de clémence

	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	2008*	2009*	2010*	2011*	2012*	2013*	Total
Demandes de clémence	1	2	5	6	8	1	18	5	7	4	3	7	67

* Sans compter les demandes de clémence sommaires faites dans le cadre du Réseau européen, soit 4 pour 2007, 8 pour 2008, 5 pour 2009, 9 pour 2010, 5 pour 2011, 4 pour 2012 et 9 pour 2013.

L'Autorité a prononcé, en 2013, une décision sanctionnant un cartel dans le secteur de la distribution de produits chimiques. Solvadis a été la première entreprise à solliciter le bénéfice de la procédure de clémence et a bénéficié, à ce titre, d'une exonération totale de sanction (13-D-12). Deux autres entreprises, Brenntag et Univar, ayant pris part au cartel et ayant déposé une demande de clémence postérieurement à Solvadis, ont bénéficié d'une immunité partielle de sanction. Cette décision fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

Les engagements

En 2013, l'Autorité a lancé à trois reprises des tests de marché dans le cadre de procédures d'engagements (fret maritime Europe-Antilles, cartes MasterCard/Visa, paris hippiques en ligne). L'utilisation de cette procédure négociée est en ligne avec les années précédentes.

Tableau 16 : Évolution du nombre de procédures d'engagements

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Engagements*	6	6	8	7	3	6	5	5	3

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

Deux procédures ont abouti en 2013. La première concerne le fret maritime Europe-Antilles. Les engagements obtenus par l'Autorité auprès de quatre compagnies maritimes permettront ainsi de ranimer la concurrence dans le transport par mer de marchandises entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises, en facilitant une réallocation des capacités de transport en fonction des marchés obtenus par les compagnies et en favorisant *in fine* la baisse des prix des produits consommés aux Antilles (décision 13-D-15).

La seconde concerne le secteur bancaire. L'Autorité a obtenu de Mastercard et Visa une baisse significative de leurs principales commissions interbancaires (décisions 13-D-17 et 13-D-18), dans la lignée des engagements obtenus en 2011 auprès du GIE Carte bancaire. Avec ces décisions, l'Autorité de la concurrence achève le travail de grande ampleur qu'elle a mené depuis trois ans sur l'ensemble des moyens de paiement (décision chèques 10-D-28; décision GIE CB 11-D-11 et décision relative aux autres moyens de paiement scripturaux 12-D-17).

Les décisions en matière de contrôle des concentrations

Tableau 17 : Décisions rendues en 2013

Autorisations	194
Autorisations sous réserve de mise en œuvre d'engagements	7 ¹
Autorisations sous réserve du respect d'injonctions	0
Décisions d'inapplicabilité du contrôle	0
Total	201

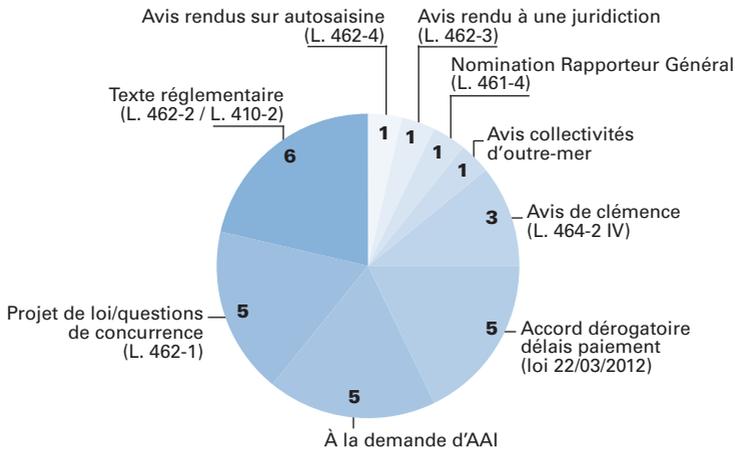
1. 5 décisions en phase 1 et 2 décisions en phase 2.

L'Autorité a rendu, en 2013, 201 décisions relatives à des opérations de concentration. Parmi les décisions d'autorisation, sept autorisations ont été données sous réserve de la mise en œuvre des engagements proposés par les parties :

- la décision **13-DCC-46** relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Rossel des sociétés du pôle « Champagne-Ardenne-Picardie » du groupe Hersant Média
- la décision **13-DCC-57** relative à la prise de contrôle exclusif par la société Franprix Leader Price Holding (groupe Casino) de la société NFL Distribution SAS
- la décision **13-DCC-90** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon
- la décision **13-DCC-96** relative à la prise de contrôle exclusif par Chausson Matériaux de 88 fonds de commerce détenus par Wolsey France
- la décision **13-DCC-101** relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux
- la décision **13-DCC-137** relative à la prise de contrôle exclusif de la société Transdev Group (ex-Veolia Transdev) par la Caisse des dépôts et consignations
- la décision **13-DCC-144** relative à la prise de contrôle exclusif par la société Franprix Leader Price Holding (groupe Casino) des sociétés Ardis, Badis, Nidis, Saudis, Eldis, Puidis, Pedis, Cydis, Breadis, Clemendis et Carbudis

Les avis

Comme en 2012, l'Autorité a rendu, en 2013, 28 avis qui se répartissent de la manière suivante :



L'Autorité a rendu des avis très commentés et importants pour l'économie de plusieurs secteurs.

Ainsi, dans le secteur des télécoms, elle a rendu, à la demande du Gouvernement, un avis-cadre concernant la mutualisation et l'itinérance dans les réseaux mobiles. Dans son avis **13-A-08**, elle a précisé les conditions de mutualisation entre réseaux mobiles et appelé à l'extinction progressive et encadrée de l'itinérance nationale dont bénéficie Free mobile.

Dans le secteur des transports, l'Autorité s'est prononcée, à la demande du Gouvernement, sur le projet de loi de réforme ferroviaire et a émis plusieurs recommandations afin de mieux concilier la logique d'intégration industrielle, qui sous-tend la création du groupe public ferroviaire, avec le nécessaire respect de l'équité concurrentielle (**13-A-14**).

Dans le secteur de l'énergie, l'Autorité de la concurrence a rendu plusieurs avis portant notamment sur les tarifs réglementés et les tarifs sociaux. Dans son avis **13-A-09**, l'Autorité a souligné que le maintien des tarifs réglementés du gaz a une influence défavorable sur le fonctionnement de la concurrence sans pour autant contribuer positivement à la compétitivité des entreprises françaises ni au pouvoir d'achat des ménages. Elle a préconisé leur suppression, par étapes, de manière à permettre le développement d'offres plus compétitives, au bénéfice des consommateurs.

Dans son avis **13-A-13**, l'Autorité s'est dite favorable au projet de décret qui permet à l'ensemble des fournisseurs d'électricité d'être en mesure de proposer à leurs clients les tarifs sociaux de l'électricité et a recommandé au Gouvernement la mise en place d'une campagne d'information visant à expliquer les bénéfices de cette réforme aux consommateurs en situation de précarité énergétique.

Dans le secteur de l'assurance, l'Autorité de la concurrence s'est aussi exprimée sur la généralisation de l'assurance complémentaire santé et a recommandé que chaque entreprise garde toute liberté dans le choix de son organisme d'assurance complémentaire santé (**13-A-11**).

Enfin, elle a publié les conclusions de son enquête sectorielle portant sur la distribution du médicament. Après avoir interrogé les acteurs du secteur et avoir analysé en profondeur son fonctionnement, l'Autorité a appelé de ses vœux une animation de la concurrence sur l'ensemble de la chaîne de distribution et soutenu notamment une ouverture limitée, encadrée et accompagnée de la distribution au détail des médicaments non remboursables (**13-A-24**).

Stock

L'activité contentieuse et consultative

État du stock (hors concentrations) au 31 décembre 2013

Le stock de dossiers a poursuivi la tendance à la baisse amorcée depuis le début des années 2000. Le nombre de dossiers en stock était de 139 à la fin 2013, atteignant un niveau historiquement bas.

Tableau 18 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2012	2013		Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2013
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	118	23	36	105
Mesures conservatoires	5	1	4	2
Respect d'injonction	1	0	0	1
Avis	25	44	38	31
Total	149	68	78	139

Évolution du stock sur longue période

Cette évolution positive est due à une diminution du nombre de saisines et à une relative stabilité du nombre de clôtures de dossiers (identique à 2011).

Tableau 19 : Évolution du stock sur plusieurs années

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Stock au 1^{er} janvier	404	417	381	335	296	254	198	180	155	176	169	153	164	149
Affaires nouvelles	144	127	108	97	100	105	103	92	117	137	110	89	78	68
Affaires terminées	131	163	154	136	142	161	121	117	96	145	126	78	93	78
Variation du stock	+ 13	- 36	- 46	- 39	- 42	- 56	- 18	- 25	+ 21	- 8	- 16	+ 11	- 15	- 10
Stock au 31 décembre	417	381	335	296	254	198	180	155	176	169	153	164	149	139

Indicateur d'évolution du stock

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

Il s'agit d'un indicateur « prospectif » et non d'un indicateur concernant la durée de traitement des affaires réellement constatée. 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.

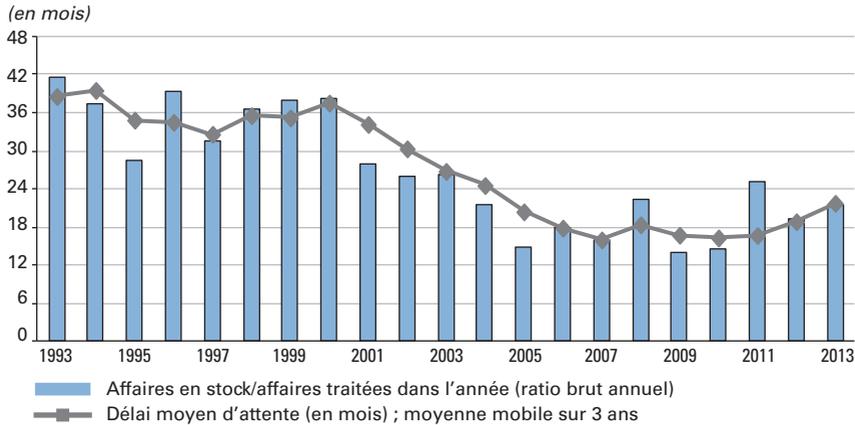
Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente prévisionnel, on peut lisser les écarts annuels par un calcul de type « moyenne mobile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

Pour 2013, ce délai est de 21,8 mois. En légère augmentation par rapport à 2012 (18,9 mois), le délai de traitement des dossiers est contenu depuis 2009. L'augmentation de ce délai est notamment liée à l'enrichissement du contradictoire pour les décisions de sanctions consécutivement à la mise en œuvre du communiqué de procédure sur les sanctions. Il est dû également au développement important des enquêtes à l'initiative des services d'instruction, qui ne débouchent pas nécessairement sur l'ouverture d'une procédure mais qui sont

consubstantielles à l'approche proactive de l'Autorité en matière d'alimentation de son portefeuille de cas.

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 2013, 35 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 devant la cour d'appel de Paris

En 2013, 10 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 23 décisions rendues, ce qui représente un taux de recours de 43%. Ce taux progresse de 9 points par rapport à 2012.

Tableau 21 : Taux de recours

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre total de décisions (D + MC)	75	43	56	35	42	40	21	29	23
Nombre de recours	28	15	25	12	12	8	6	10	10
Taux de recours (en %)	37	35	45	34	29	20	28	34	43

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions de 2013 ne sont pas 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 20 mai 2014)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre de recours introduits	28	15	25	12	12	8	6	10	10
Nombre de décisions confirmées :	22	12	18	11	11	5	6	6	
– arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements	16	9	16	7	9	5	5	5	
– réformation partielle/confirmation au fond	6 ¹	3 ²	2 ³	4 ⁴	2 ⁵		1 ⁶	1 ⁷	
Total recours examinés	28	15	25	12	12	8	6	7	
Affaires pendantes	0	0	0	0	0	0	0	3	
% décisions confirmées/total recours examinés*	78	80	72	91	91	62	100	85	NS

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

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

3. Décisions 07-D-15 et 07-D-50.

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

5. Décisions 09-D-19 et 09-D-36.

6. Décision 11-D-02.

7. Décision 12-D-23.

* 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 2011 et 2012.

En ce qui concerne l'année 2013, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2013 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.

À ce titre, en 2013, deux décisions ont fait l'objet de recours devant le Conseil d'État :

- la décision 13-DCC-12 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nobladis et Sodirev par le groupe Cornac et l'Association des Centres distributeurs E. Leclerc
- la décision 13-DCC-101 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériels de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux

Par 3 décisions rendues le 9 avril 2014, le Conseil d'État a rejeté les requêtes formées contre les décisions 13-DCC-12 et 12-DCC-125.

Le recours formé contre la décision 13-DCC-101 est pendant devant le Conseil d'État.

Les arrêts déjà rendus sont commentés dans la cinquième partie « Jurisprudence des juridictions de contrôle ».

Par ailleurs, un recours a été formé contre la décision 13-D-22 sanctionnant un défaut de notification de concentration (Castel/Patriarche).

Organisation et fonctionnement

Évolution de l'organisation

De nombreux changements sont intervenus en 2013.

Le collège

Claire Favre, magistrate, présidente de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation jusqu'en 2012, a été nommée, par décret du Président de la République du 12 mars 2013, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence en remplacement de Françoise Aubert.

Jean-Philippe Cotis, économiste, conseiller maître à la Cour des comptes, a été nommé par décret du Président de la République du 12 mars 2013 membre du collège de l'Autorité de la concurrence en remplacement d'Emmanuel Combe, lui-même nommé vice-président de l'Autorité en novembre 2012.

Les services d'instruction

Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, a été reconduite dans ses fonctions par arrêté du ministre de l'économie et des finances du 4 mars 2013.

Par décision de la rapporteure générale du 6 mars 2013, ont également été renouvelés dans leurs fonctions de rapporteurs généraux adjoints : Nadine Mouy et Éric Cuziat.

Umberto Berkani a été nommé rapporteur général adjoint par décision de la rapporteure générale du 5 novembre 2012. Il dirige le service concurrence 1 en remplacement de Pierre Debrock.

Juliette Théry-Schultz a été nommée rapporteure générale adjointe par décision de la rapporteure générale du 18 juillet 2013. Elle dirige le service concurrence 4 en remplacement de Carole Champalaune.

Joël Tozzi a été nommé rapporteur général adjoint par décision de la rapporteure générale du 8 octobre 2013. Il dirige le service concurrence 3 en remplacement d'Étienne Pfister, devenu chef économiste de l'Autorité de la concurrence. Étienne Pfister a été nommé chef économiste en remplacement de Thibaud Vergé par décision de la rapporteure générale du 1^{er} mai 2013.

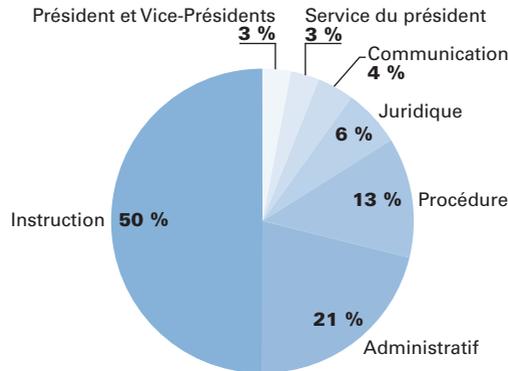
Les services administratifs

Claudine Céglański a été nommée chef de bureau des ressources humaines en remplacement de Jocelyne Gaumet le 1^{er} décembre 2013.

Effectifs

Le tableau et le graphique ci-après présentent la répartition des effectifs au 31 décembre 2013.

Service	Nombre	%
Direction	5	3%
Service du président	5	3%
Communication	7	4%
Juridique	12	6%
Instruction	93	50%
dont :		
– rapporteurs	61	33%
– service des investigations	9	5%
– service des concentrations	15	8%
– service économique	8	4%
Procédure	25	13%
Administratif	39	21%
Conseiller auditeur	1	
Total	187	100%



Les effectifs au 31 décembre 2013 sont de 187. Ces effectifs correspondent à une consommation moyenne de 181 ETPT. Il y a un agent de moins qu'au 31 décembre 2012 et la répartition des effectifs dans les services est stable.

Budget

En 2013, le budget de l'Autorité (LFI) s'est élevé à 20,6 millions d'euros dont 15,9 millions pour les dépenses de personnel et 4,7 millions pour les dépenses de fonctionnement. Le plafond d'emplois était de 186 ETPT.

Recouvrement des sanctions

Le recouvrement des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence ou la cour d'appel de Paris, dans le cadre de son pouvoir d'annulation et de

réformation des décisions de l'Autorité, est du 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 Châtelleraut. Un arrêté du 13 décembre 2006, applicable à compter du 1^{er} janvier 2007, assigne au contrôleur budgétaire et comptable ministériel (CBCM) placé auprès du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie les ordres de recettes émis par les ordonnateurs principaux de ce ministère. Il en résulte que, depuis le 1^{er} janvier 2007, les ordres de recettes émis par le Conseil de la concurrence et, depuis le 2 mars 2009, par l'Autorité de la concurrence, en vue de recouvrer les sanctions, sont assignés au contrôleur budgétaire et comptable ministériel (CBCM) placé auprès du ministre de l'Économie. Le CBCM 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 2013, les taux respectifs de recouvrement des sanctions prononcées sur la période 2010 et 2013 sont de 100 %, 99,01 %, 44,07 % et 98,5 %.

Le faible taux de recouvrement des sanctions pour 2012 résulte de délais de paiement accordés de manière exceptionnelle par le comptable jusqu'à l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans les dossiers d'entente dans le secteur des farines alimentaires et dans celui des endives.

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

Le Réseau européen de concurrence

Activité générale

En 2013, l'Autorité de la concurrence a continué d'œuvrer activement à la définition de la politique européenne de la concurrence.

Ce chapitre présente une vue d'ensemble de la coopération au sein du Réseau européen de la concurrence (ci-après « REC »), qui réunit la Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence (ci-après « ANC ») des 28 États membres (27 jusqu'au 1^{er} juillet 2013 et 28 depuis l'adhésion de la Croatie), dont l'Autorité, qui y prend une part très active.

La première partie de ce chapitre expose les objectifs fixés par la Commission européenne et les ANC au sein du REC pour renforcer le développement et l'application générale des instruments de la politique de la concurrence (lutte contre les ententes et les abus de position dominante, contrôle des concentrations, suivis sectoriels). La seconde partie de ce chapitre détaille la coordination des membres du REC en matière d'instruction des cas. La troisième partie traite de la manière dont la Commission européenne a concrètement appliqué les instruments de la politique de la concurrence dans certains secteurs prioritaires, après avoir consulté les ANC. Enfin, ce chapitre se clôt par une présentation de l'assistance que se prêtent les autorités membres du REC dans la conduite de leurs enquêtes respectives.

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

En 2013, les représentants de la Commission européenne et des ANC se sont rencontrés à vingt-trois reprises dans le cadre du REC : la fréquence et le nombre important de participants à ces réunions témoignent de l'activité soutenue des autorités de concurrence en matière de coopération en Europe. En 2013, le pilotage des travaux a mis plus particulièrement l'accent sur la cohérence des travaux en matière de droit des concentrations, de politique de sanction, de services de paiement et d'agriculture.

Le pilotage du REC

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

La réunion des directeurs généraux

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

En 2013, les directeurs généraux se sont réunis à deux reprises à Bruxelles les 25 juin et 26 et 27 novembre.

À l'occasion de la réunion de juin, les directeurs généraux ont en premier lieu échangé sur le projet de directive de la Commission sur les actions en réparation. Les directeurs généraux ont ainsi pu présenter leurs points de vue sur le projet et l'ensemble des participants a décidé qu'il convenait de mettre en place des échanges suivis sur ce sujet, en organisant notamment des réunions exceptionnelles de la formation plénière du REC sur ce projet.

Les directeurs généraux ont également évoqué le document de consultation de la DG Concurrence, qui esquisse des pistes de réforme du règlement n° 139/2004, en particulier en matière de contrôle des prises de participations minoritaires non contrôlantes et de révision des mécanismes de renvoi, à l'initiative tant des parties que des autorités de concurrence.

Par ailleurs, la réunion a été l'occasion d'identifier les domaines propices à une coopération et à une convergence accrues entre membres du REC : les directeurs généraux ont identifié plusieurs sujets prioritaires, parmi lesquels le contrôle des concentrations, les interventions dans certains secteurs économiques préidentifiés ou la structuration institutionnelle des autorités de concurrence. Les directeurs généraux ont en outre adopté trois séries de recommandations préparées par le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales portant, respectivement, sur l'opportunité des poursuites, les pouvoirs d'enquête et les mesures conservatoires. Ces trois documents proposent des recommandations précises sur chacun de ces sujets et visent à permettre une plus grande convergence procédurale entre les différentes autorités membres du REC. Les recommandations sur les mesures conservatoires établissent en particulier un socle de principes communs, notamment sur le standard applicable ou la proportionnalité des mesures adoptées, qui vise à garantir l'effectivité d'un outil procédural encore sous-utilisé à ce jour au sein du REC⁴.

Enfin, les directeurs généraux ont échangé sur les réformes en cours notamment en Allemagne sur la méthode de détermination des sanctions et en Espagne avec le regroupement, au sein d'une même autorité, des missions de régulation concurrentielle et de certaines compétences sectorielles.

Lors de la réunion de novembre, les directeurs généraux ont en premier lieu adopté trois nouvelles recommandations préparées par le groupe sur la coopération et les garanties procédurales portant respectivement sur les procédures d'engagements, le pouvoir d'imposer des remèdes structurels et les saisies informatiques. Les directeurs généraux ont exprimé leur souhait que ces trois recommandations ainsi que les recommandations précédemment adoptées soient publiées. Elles ont ainsi fait l'objet d'une publication sur le site Internet du REC en décembre 2013.

Par ailleurs, les directeurs généraux ont identifié les secteurs d'activité susceptibles de faire l'objet d'une plus grande coopération entre autorités et ont exprimé leur volonté que le REC approfondisse notamment ses efforts de convergence en matière de droit des concentrations, dans le cadre du groupe de travail dédié à cette question.

Enfin, trois tables rondes ont été organisées portant sur la question de l'indépendance des autorités de concurrence, la convergence des pouvoirs des autorités et les programmes de clémence. Au vu des discussions qui sont intervenues lors de ces tables rondes, les directeurs généraux ont en particulier relevé la nécessité de poursuivre et d'approfondir les travaux déjà commencés au sein du groupe sur la coopération et les garanties procédurales et du groupe de travail sur les sanctions, qui s'est réuni pour la première fois en septembre 2012 et dont l'Autorité de la concurrence assure la coprésidence.

4. http://ec.europa.eu/competition/ecr/recommendation_interim_measures_09122013_en.pdf

Les réunions plénières du REC

La réunion plénière contribue au pilotage du REC en préparant les travaux des réunions des directeurs généraux et en débattant des orientations générales de politique de concurrence. Les représentants des ANC et de la Commission européenne font également un état des lieux des travaux engagés dans chaque groupe et sous-groupe de travail.

En 2013, deux réunions plénières se sont tenues à Bruxelles, les 6 juin et 15 novembre.

Les groupes d'experts « horizontaux »

Les groupes d'experts « horizontaux » réunissent des représentants de chaque ANC et de la Commission européenne dans le but de favoriser une meilleure cohérence dans leur pratique décisionnelle ou, lorsque les circonstances l'exigent, de préparer la révision de règlements d'exemption de la Commission européenne. Ces groupes de travail concernent la coopération et les garanties procédurales, la lutte contre les cartels, le contrôle des concentrations, les restrictions verticales ainsi que la détermination des sanctions.

Le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales

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

En 2013, le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales s'est réuni à trois reprises, les 12 mars (à Madrid), 28 mai et 19 septembre (Lisbonne).

Le groupe de travail a été particulièrement actif en 2013 et a élaboré plusieurs documents définissant des principes communs aux autorités membres du REC qui ont par la suite été présentés pour adoption lors de la réunion des directeurs généraux.

Ces six documents portaient sur les pouvoirs d'enquête, l'opportunité des poursuites, les mesures conservatoires, les procédures d'engagements, les remèdes structurels et les saisies informatiques. Chacun de ces documents, préparé par l'ensemble des autorités de concurrence, met en avant des recommandations afin de renforcer la convergence entre les pratiques et les procédures des États membres et de promouvoir un certain nombre de bonnes pratiques. L'ensemble des recommandations proposées par le groupe de travail et adoptées par les directeurs généraux a fait l'objet cette année d'une publication sur le site de la Commission européenne⁵ afin de renforcer la transparence de l'action du REC et de promouvoir les nouveaux outils pédagogiques mis en place par ce dernier.

5. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>

Les réunions du groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales sont enfin l'occasion pour les ANC de présenter certains cas nationaux ou évolutions institutionnelles importantes, comme ce fut le cas en 2013 s'agissant de la Croatie et de la République slovaque.

Le groupe de travail sur la lutte contre les cartels

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

En 2013, le groupe de travail s'est réuni à deux reprises, les 24 mai et 6 octobre (Rome).

Il a, en premier lieu, approfondi la réflexion engagée depuis 2010 sur la cohérence des programmes de clémence nationaux et leur convergence sur la base du programme-modèle de clémence du REC adopté en 2006 et révisé en 2012, en discutant en particulier de la question du champ matériel et personnel des programmes de clémence.

Par ailleurs, le groupe de travail sur les cartels a permis à plusieurs ANC de présenter les modifications apportées à leurs programmes de clémence. Ainsi, l'autorité de concurrence maltaise, qui était la dernière autorité membre du REC à ne pas avoir encore adopté de programme de clémence, a pu présenter le nouveau document-cadre qu'elle a mis en place et qui prévoit les modalités de mise en œuvre de son programme de clémence, inspiré du programme-modèle de clémence du REC. L'autorité de concurrence portugaise a pour sa part présenté les modifications apportées en 2013 à son programme de clémence qui avait été adopté en 2006. Cette révision vise à intégrer un certain nombre d'éléments du programme-modèle de clémence du REC jusqu'alors non pris en compte.

Enfin, les deux réunions du groupe de travail sur les cartels ont été un lieu d'échange entre les ANC sur leurs méthodes d'enquête et de détection des cartels.

Le groupe de travail sur les concentrations

Le groupe de travail sur les concentrations poursuit un double objectif. D'une part, il permet l'échange et la diffusion de bonnes pratiques en matière de définition des marchés (en particulier de dimension nationale ou infranationale), d'analyse concurrentielle (effets unilatéraux, effets verticaux, effets conglomerés) et de détermination des remèdes appropriés au regard des principes d'efficacité et de proportionnalité. Ces bonnes pratiques peuvent également porter sur les procédures engagées à l'occasion des renvois prévus par le règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations et, plus généralement, sur les échanges d'information entre autorités de concurrence à l'occasion de leur examen d'une opération de concentration.

D'autre part, il stimule et favorise au cas par cas la coopération entre ANC compétentes pour examiner une même concentration, ou entre une ou plusieurs ANC

et la Commission européenne en cas de mise en œuvre des mécanismes de renvoi prévus par le règlement (CE) n° 139/2004.

En 2013, le groupe de travail s'est réuni à trois reprises, les 15 mars, 14 juin et 13 septembre (Varsovie).

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

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

D'autre part, les autorités de concurrence ont échangé sur le projet de révision du règlement n° 139/2004 et ont discuté en particulier des différentes options d'évolution envisagées par la DG Concurrence dans son document de travail du 20 juin 2013. Elles ont ainsi pu partager leurs points de vue à la fois sur la question du contrôle des prises de participations minoritaires non contrôlantes et sur la révision du système de renvoi ascendant, en particulier lorsque celui-ci est à l'initiative des ANC.

Le groupe de travail sur les sanctions

Le groupe de travail sur les sanctions, coprésidé par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence, s'est réuni pour la première fois en septembre 2012 et s'est réuni de nouveau à deux reprises en 2013, les 15 avril (Paris) et 5 novembre.

Ce groupe a pour mandat d'analyser les différentes pratiques des autorités de concurrence membres du REC en matière de détermination des sanctions administratives et le cas échéant de proposer des pistes afin de renforcer la convergence entre les pratiques au sein du réseau. Il se situe dans le prolongement des travaux menés dans le cadre de l'ECA (*European Competition Authorities*) en 2006 visant à établir des principes directeurs en matière de sanctions. Le Conseil de la concurrence français avait été à l'époque corédacteur, avec l'autorité de concurrence italienne, de ces principes. Plus largement, la constitution de ce groupe de travail répond à la reconnaissance, par la Cour de justice, du rôle joué par des politiques de sanction cohérentes et dissuasives dans la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE : plus qu'un objectif politique, il s'agit à présent d'une exigence légale, dérivée du Traité, et concourant à l'effectivité des règles de concurrence⁶.

Lors des deux réunions du groupe ont donc été discutées les pratiques des autorités membres du REC en matière de calcul des sanctions. Dans ce cadre, le groupe de travail a identifié plusieurs sujets susceptibles de faire l'objet d'un échange

6. Voir l'arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 11 juin 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst contre X BV*, C-429/07.

approfondi, parmi lesquels la prise en compte de la valeur des ventes ou l'examen des demandes de réduction au titre des capacités contributives. Le groupe continuera ses travaux en 2014.

Le groupe de travail sur les restrictions verticales

Le groupe de travail sur les restrictions verticales s'est réuni à deux reprises en 2013, le 11 avril (Londres) et le 24 septembre.

Lors de ces deux réunions, les autorités de concurrence ont concentré leurs échanges sur le thème des restrictions verticales dans le secteur de la vente en ligne. Les discussions qui sont intervenues visaient à définir une approche commune vis-à-vis des notions clés figurant dans les lignes directrices et le règlement d'exemption en matière de restrictions verticales, dans un contexte où un nombre croissant de membres du REC sont saisis de questions nouvelles en lien avec la vente sur Internet.

Ces questions portent notamment sur l'application des clauses de la nation la plus favorisée dans le secteur du commerce électronique ou sur l'identification, plus largement, des restrictions caractérisées dans le domaine de la vente en ligne.

Les groupes d'experts « sectoriels »

Agroalimentaire

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

Le secteur alimentaire a été l'une des priorités des ANC en Europe au cours de ces dernières années et celles-ci ont intensifié leurs actions depuis l'éclatement de la crise des prix des denrées alimentaires en 2007 et dans un contexte de baisse spectaculaire des revenus des agriculteurs.

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

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

En 2013, le sous-groupe s'est réuni à deux reprises, les 10 juillet et 4 décembre, en particulier dans le contexte de la révision du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM unique »), qui a mobilisé les ANC et la Commission européenne au sein du REC.

Le groupe de travail a en effet suivi le processus de révision qui est arrivé à son terme avec l'adoption d'une version révisée du règlement « OCM unique » le 17 décembre 2013. Ce suivi a été réalisé dans la logique de la résolution qui avait été adoptée par les directeurs généraux du REC le 21 décembre 2012, qui rappelait notamment que les instruments dont disposent les autorités de concurrence en Europe, ainsi que leur utilisation, peuvent tenir compte des spécificités de ce secteur et soulignait l'importance du travail de pédagogie et d'explication que mènent les autorités de concurrence vis-à-vis des acteurs du marché. La version révisée du règlement « OCM unique » suit à cet égard les propositions faites par les ANC et la Commission et répond aux préoccupations qu'elles avaient émises. C'est le cas en particulier de la suppression du critère relatif à l'absence de position dominante pour la constitution d'organisations de producteurs, que l'Autorité de la concurrence a toujours défendue.

Par ailleurs, le groupe de travail a pu échanger sur plusieurs projets menés par la Commission européenne concernant le secteur agroalimentaire et notamment l'étude sur le choix et l'innovation dans le secteur alimentaire lancée en décembre 2012 qui vise à rassembler des données afin d'évaluer si les consommateurs ont été dans ce secteur victimes d'une détérioration du choix et si l'innovation a diminué. Des discussions ont de plus eu lieu sur le Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises qui a été publié le 31 janvier 2013 et qui a fait l'objet d'une consultation publique jusqu'en avril 2013.

Énergie

Le sous-groupe de travail « énergie » a pour objectif d'échanger sur l'application des règles de concurrence et de régulation dans les secteurs de l'électricité, du gaz, et de la distribution de carburant, en vue le cas échéant de diffuser des bonnes pratiques et de dégager des enseignements communs. Il s'est réuni le 9 décembre 2013. À cette occasion, les membres du REC ont échangé sur plusieurs cas ouverts par la Commission européenne, sur les actions en cours des ANC dans les secteurs du gaz et de l'électricité et en particulier sur la question de la délimitation des marchés pertinents dans ces secteurs.

Produits pharmaceutiques et santé

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

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

Le sous-groupe de travail s'est réuni le 12 novembre 2013 afin de partager les expériences récentes des ANC et de la Commission européenne (affaires contentieuses,

avis, études sectorielles) et débattre des développements en cours ou futurs susceptibles de guider leur action dans ces secteurs. Cette réunion a été notamment l'occasion pour l'Autorité de présenter son enquête sectorielle dans le secteur de la distribution pharmaceutique ainsi que la décision intervenue le 14 mai 2013 relative aux pratiques d'abus de position dominante du laboratoire Sanofi à l'encontre des génériques de son médicament princeps Plavix®.

Services financiers

La création d'un espace unifié des paiements ne passe pas seulement par l'harmonisation des règles applicables, mais également par l'analyse des pratiques constatées dans le secteur des moyens de paiement, et l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, à moins que celles-ci ne soient considérées comme susceptibles d'être exemptées au regard de l'article 101, paragraphe 3 TFUE.

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

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

En 2013, le sous-groupe consacré aux services de paiement s'est réuni à deux reprises, les 4 juin et 6 septembre.

Lors de ces réunions, les membres du sous-groupe ont en premier lieu discuté des projets réglementaires de la Commission en matière de systèmes de paiement. Ils ont ainsi échangé sur le paquet législatif adopté le 24 juillet 2013, qui inclut une révision de la directive sur les services de paiement et un règlement spécifique sur les CMI, qui constitue une réponse à la consultation lancée par le Livre vert de la Commission publié en 2012 : *Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par Internet et par téléphone mobile* et à laquelle l'Autorité de la concurrence avait contribué⁷. La proposition de règlement sur les CMI fixe des plafonds de CMI appliqués aux opérations de paiement liées aux cartes de débit ou de crédit des consommateurs qui sont en ligne avec les plafonds fixés par la Commission européenne dans sa pratique décisionnelle (voir notamment les décisions d'engagements VISA MIF de 2010 et 2014), soit respectivement 0,3 % et 0,2 %. Cette proposition traite également des restrictions contractuelles mises en place dans les systèmes de paiement qui entretiennent l'opacité tarifaire et imposent au commerçant l'acceptation de cartes de paiement plus coûteuses, à l'instar de la *Honour All Cards Rule*.

7. https://circabc.europa.eu/sd/a/ca7c9e6f-f35b-4335-9cdb-157d9f92da83/publ_auth-fr_autorite-concurrence_fr.pdf

Enfin, les deux réunions du sous-groupe ont été l'occasion de discuter des cas en cours, qu'il s'agisse des moyens de paiement, de l'information financière ou de l'activité de crédit.

Télécommunications

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

En 2013, le sous-groupe s'est réuni à une reprise, le 14 juin.

La Commission européenne et les ANC ont notamment échangé leurs analyses sur le sujet des accords de partage de réseaux entre opérateurs et en particulier les partages d'investissement dans les réseaux très haut débit, les partages d'infrastructures passives de téléphonie mobile, d'infrastructures actives dans les zones rurales, de fréquences ou encore les accords d'itinérance.

Dans le contexte de ces discussions, l'Autorité a présenté son avis 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles. L'Autorité a ainsi eu l'occasion de réitérer sa position consistant à considérer que l'objectif de concurrence par les infrastructures ne doit pas être contourné par le maintien, sur une trop longue durée, d'accords d'itinérance d'envergure nationale.

Activité relative à l'instruction des cas

Activité liée aux cas instruits par l'Autorité

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

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

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

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

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

L'Autorité a diffusé 8 fiches 11 § 3 sur le Réseau en 2013, ce qui est en ligne avec les années précédentes si l'on fait abstraction de l'année 2010, qui a été exceptionnelle.

Parmi les vingt-huit États membres de l'Union européenne, la France reste ainsi, en 2013, le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches 11 § 3 sur le Réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 28 février 2014, la France a notifié 227 cas au Réseau. Elle est suivie par le Bundeskartellamt allemand (174), la CNC espagnole (118), l'AGCM italienne (114) et le GVH hongrois (98).

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

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

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

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

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

L'article 11 § 4, du règlement n° 1/2003 dispose que, « *au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de*

concurrence des États membres informent la Commission. [...] Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres».

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

En 2013, l'Autorité de la concurrence a mis 7 «fiches 11 § 4» sur le Réseau (contre 11 en 2012). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence est la plus active en la matière : entre le 1^{er} mai 2004 et le 28 février 2014, l'Autorité de la concurrence a diffusé 98 fiches sur le Réseau, suivie par le Bundeskartellamt (95) et l'AGCM italienne (87).

Dans le cadre de son rôle de pilote au sein du REC, la Commission veille à l'application cohérente du droit de l'Union par les autorités nationales de concurrence. Comme en 2012, l'année 2013 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 «*closed case*». Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du Réseau de l'issue de leurs procédures. L'Autorité de la concurrence a opté pour une information systématique des membres du Réseau à ce stade. Elle a communiqué 18 cas de ce type en 2013 (contre 14 en 2012).

Le dessaisissement (article 11 § 6)

Le règlement n° 1/2003 laisse la possibilité à la Commission de «*reprandre 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 pas été mis en œuvre au cours de l'année 2013.

Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne

Les auditions (article 27)

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

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

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

L'Autorité de la concurrence prend une part active au comité consultatif de la Commission européenne. Institué par l'article 14 du règlement n° 1/2003, le comité consultatif réunit régulièrement les services de la Commission et les représentants des autorités nationales de concurrence, afin de permettre à ces derniers de donner leur avis sur les projets de décision relatifs à des ententes ou à des 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 texte (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 2013 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. À cet égard, la Commission européenne a mis en œuvre pour la première fois en 2013 des procédures hybrides dans lesquelles une décision de transaction est adoptée à l'égard d'une partie des entreprises en cause cependant que l'instruction continue à l'égard de celles qui n'ont pas transigé.

12 affaires ont donné lieu à des comités consultatifs en 2013, parmi lesquelles 4 ont donné lieu à des procédures d'engagements et 3 ont été conclues dans le cadre d'une procédure de transaction.

En ce qui concerne les comités consultatifs portant sur des projets de texte, un comité s'est tenu sur un projet de révision de la communication *de minimis* (accords d'importance qui ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 101§1 TFUE) de la Commission européenne, qui a par ailleurs fait l'objet d'une consultation publique⁸. L'objectif de la Commission européenne est d'actualiser le texte de la communication à la lumière de l'arrêt *Expedia* de la Cour de justice⁹ selon lequel il y a lieu « *de considérer qu'un accord susceptible d'affecter*

8. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/index_en.html

9. Arrêt de la Cour du 13 décembre 2012, *Expedia*, C-226/11

le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitué, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence». Un objectif secondaire consiste, pour la Commission, à éviter d'être contrainte à une actualisation au fil de l'eau des «restrictions caractérisées» excluant le bénéfice du «safe harbor» instauré par la communication en fonction de l'évolution des règlements d'exemption par catégorie : elle opère ainsi un renvoi général vers le contenu des règlements d'exemption actuels ou à venir. Enfin, la communication explicite sa portée à l'égard des ANC, en faisant fruit, à nouveau, des enseignements de l'arrêt *Expedia*¹⁰ : si les ANC et les juridictions des États membres peuvent prendre en considération les seuils exprimés en parts de marché établis dans la présente communication afin de déterminer le caractère sensible d'une restriction de concurrence, elles ne sont pour autant ni obligées de s'y tenir, ni *a fortiori* obligées de motiver leur choix de s'en écarter.

Le comité consultatif en matière de concentrations

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

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

L'année 2012 a été marquée par la tenue de six comités consultatifs. Ces opérations ont donné lieu à deux décisions d'autorisation simple à l'issue d'une enquête de marché approfondie, en application de l'exception de la division défailante¹¹, à deux décisions d'autorisation sous conditions¹² et à deux décisions d'interdiction¹³.

La Commission européenne est également tenue de convoquer un comité consultatif, conformément à l'article 23 du règlement n° 139/2004, avant de publier un projet de dispositions d'application ainsi qu'avant d'adopter ces dispositions.

10. Voir *Expedia*, paragraphe 31.

11. Décision n° COMP/M.6360 – NYNAS/SHELL; décision n° COMP/M.6796 – Aegean/Olympic II.

12. Décision n° COMP/M.6576 – MUNKSJÖ/AHLSTROM; décision n° COMP/M.6690 – SYNIVERSE/MACH.

13. Décision n° COMP/M.6570 – UPS/TNT EXPRESS; décision n° COMP/M.6663 – RYANAIR/AER LINGUS III.

Deux comités consultatifs ont ainsi été réunis en 2013 dans le cadre de l'adoption, par la Commission européenne, d'un train de mesures de simplification visant à élargir le périmètre des opérations susceptibles de faire l'objet d'une notification et d'une décision simplifiées. La réforme vise également à alléger et à mettre à jour les informations demandées dans les formulaires de notification (Form CO et Short Form) et de demande de renvoi (Form RS). L'évolution principale tient au relèvement des seuils au-delà desquels il est considéré que les marchés sont susceptibles d'être affectés et l'opération de concentration ne peut donc faire l'objet d'une notification simplifiée : de 15 % pour les fusions horizontales et 25 % pour les fusions verticales actuellement, les seuils passeront à 20 et 30 % respectivement. La Commission européenne crée en outre une nouvelle catégorie d'application de la procédure simplifiée, en présence d'une faible addition de parts de marché et nonobstant le dépassement du seuil de 20 % pour les chevauchements d'activités (anciennement 15 %), sous réserve que la part de marché cumulée n'excède pas 50 %. Ces révisions ont été introduites par le règlement d'exécution n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 et sont entrées en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2014.

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

La coopération avec les autres autorités de concurrence au sein du REC en matière d'enquêtes et d'échanges d'informations est gérée par les services d'instruction. L'année 2013 a été marquée par une coopération active en la matière.

Les enquêtes (article 22)

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

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

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

Les mesures d'assistance peuvent aller d'un simple envoi de demande de renseignements à des parties ayant leur siège social dans un autre État membre que celui auquel appartient l'autorité demanderesse, à des visites et saisies. Lorsque le droit national de l'autorité enquêtrice le permet, les agents de l'autorité demanderesse peuvent assister l'autorité enquêtrice. En France, les articles L. 450-1, L. 450-3,

L. 450-4 et le second paragraphe de l'article R. 450-1 du Code de commerce organisent les modalités de cette assistance.

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

En 2013, l'Autorité de la concurrence a reçu sept demandes de mise en œuvre de l'article 22 du règlement n° 1/2003, ce qui constitue un record depuis l'entrée en vigueur du règlement en 2004. Celles-ci portaient soit sur des demandes de renseignements à adresser à des entreprises installées sur le territoire français soit sur des auditions de responsables d'entreprises résidant en France.

L'Autorité n'a pas, quant à elle, eu recours à cet outil d'enquête en 2013.

Les articles 20 et 22, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 concernent les mesures d'enquête demandées par la Commission européenne. Dans le cadre de l'article 22, paragraphe 2, l'autorité européenne peut demander à une autorité nationale membre du Réseau de procéder à des investigations (soumises au droit national) pour le compte de la Commission européenne. Au titre de l'article 20, la Commission européenne procédera elle-même à l'inspection (selon les règles énoncées dans le règlement n° 1/2003), mais pourra être aidée par des agents de l'autorité nationale compétente.

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

Les échanges d'informations (article 12)

Le fonctionnement du Réseau et la décentralisation effective exigeaient que soit mis en place un véritable système d'échanges et d'utilisation de pièces et documents entre membres du Réseau.

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

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

En 2013, l'essentiel des demandes d'échanges d'informations à l'intention de l'Autorité ont eu lieu dans le cadre de transmissions nécessaires pour la mise en œuvre de l'article 22 du règlement n° 1/2003.

L'Autorité, pour sa part, a formulé quatre demandes d'informations à l'intention des autorités allemande, britannique et italienne dans le courant de l'année 2013.

Enfin, l'année 2013 a également été marquée par une coopération régulière et suivie entre les services d'instruction de l'Autorité et ceux des autorités belge et néerlandaise sur le fondement de l'article 12, paragraphe 1.

La coopération internationale

L'Autorité a poursuivi, au cours de l'année 2013, son engagement dans la communauté internationale de la concurrence, tant en matière multilatérale que sur le plan bilatéral.

Coopération bilatérale

L'Autorité répond positivement, par son action de coopération bilatérale, aux demandes formulées par ses partenaires, notamment les plus « jeunes » agences qui entendent renforcer leurs capacités, faire évoluer leur structure institutionnelle, se doter de règles internes et de lignes directrices, ou établir des priorités d'action.

Pour satisfaire ces sollicitations au plus près des besoins et des ressources de ses partenaires, l'Autorité accueille des visites d'études et va à la rencontre de ses homologues. Cette relation de coopération peut en outre se voir pérenniser par l'établissement d'un accord.

En 2013, l'Autorité a poursuivi sa coopération avec les autorités des États du Maghreb. Dans le prolongement du jumelage conduit avec l'Algérie de février 2011 à décembre 2012, comme chef de file d'un consortium associant également les autorités de concurrence allemande et italienne, l'Autorité a établi avec le Conseil de la concurrence algérien, installé en janvier 2013, une relation bilatérale dans le cadre de laquelle une rencontre s'est déroulée à Alger en 2013. Elle a abouti, début 2014, à la signature d'un accord-cadre de coopération et d'appui institutionnel. L'Autorité entretient par ailleurs une relation de travail étroite avec son homologue du Maroc, ainsi qu'avec le Conseil de la concurrence de Tunisie.

Au cours de l'année 2013, l'Autorité a encore mené des actions de formation ou accueilli, pour un partage d'expériences, des représentants des autorités de concurrence d'Arabie saoudite, du Brésil, du Canada, de Colombie, de république populaire de Chine, d'Équateur, du Japon et d'Inde.

Coopération multilatérale

La présence de l'Autorité sur la scène internationale est particulièrement affirmée, au premier chef au sein du réseau international de la concurrence, l'ICN

(*International Competition Network*), qui rassemble désormais quelque 130 régulateurs concurrentiels du monde entier. L'Autorité en assume à la fois la vice-présidence du comité de pilotage (*Steering Group*) – avec la mission spécifique d'assurer la participation effective de l'ensemble des membres, dans leur diversité, aux activités de l'ICN –, la coprésidence du groupe de travail sur la pédagogie de la concurrence (*advocacy*) et le rôle de liaison avec les acteurs non gouvernementaux qui, désignés par les agences, contribuent aux travaux de l'ICN.

En qualité de vice-présidente du groupe de travail *advocacy*, l'Autorité a activement contribué au deuxième atelier de ce groupe qui s'est tenu à Rome les 12 et 13 décembre 2013, rassemblant 120 personnes issues de plus de 50 pays. Le président de l'Autorité, Bruno Lasserre, a prononcé aux côtés de Mario Monti, sénateur et ancien Premier ministre de la République italienne, par ailleurs ancien commissaire européen à la concurrence, le discours inaugural de cet atelier, dont les débats se sont articulés autour de la thématique de l'*advocacy* comme facteur de réforme.

À ce même titre, l'Autorité codirige avec l'autorité de concurrence mexicaine un projet tendant à l'élaboration de recommandations (*Recommended practices*) en matière d'évaluation de l'impact concurrentiel des textes normatifs et des politiques publiques – ce qui constitue le tout premier document de cette sorte élaboré à l'ICN dans le champ de l'*advocacy*. Ce projet, qui est discuté au sein du groupe de travail par l'ensemble des agences et acteurs non gouvernementaux intéressés, a fait l'objet d'une sous-session lors de la conférence annuelle de l'ICN qui s'est tenue à Varsovie en avril 2013, ainsi qu'au cours de l'atelier organisé en décembre 2013 à Rome.

L'Autorité œuvre par ailleurs, en tant que vice-présidente du comité de pilotage de l'ICN, à une meilleure inclusion des « jeunes » autorités de concurrence, et notamment de celles des pays francophones du continent africain. Elle a joué un rôle déterminant en vue de garantir, pour la première fois, le bilinguisme anglais-français de la conférence annuelle de l'ICN en 2014, accueillie à Marrakech par le Conseil de la concurrence du Maroc.

L'Autorité a par ailleurs poursuivi sur un mode particulièrement actif sa participation aux travaux du Comité concurrence et du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE, en soumettant des contributions écrites aux tables rondes qui se sont tenues sur le thème des services de transport locaux et régionaux, sur les restrictions verticales en matière de vente en ligne, sur le secteur de la télévision et de la radiodiffusion (février 2013), sur le transport ferroviaire (juin 2013), le secteur agroalimentaire, ou encore la gestion des déchets (octobre 2013), ou en intervenant par une présentation orale en séance (le rôle de la qualité dans l'analyse concurrentielle, juin 2013).

L'Autorité a enfin été un contributeur actif à la réunion annuelle du Groupe international d'experts de la concurrence de la Cnuced (juillet 2013), au cours de laquelle il lui est revenu de prononcer une allocution d'ouverture sur le thème de la relation entre concurrence et croissance, et de présider l'exercice d'examen par les pairs du système de concurrence du Pakistan.

Étude thématique



Étude thématique : Les marchés locaux

Introduction	57
La délimitation des marchés locaux	59
La délimitation des marchés locaux sur la base des coûts de transport	59
Principe et outils	60
Exemples de marchés locaux définis suivant la logique du coût de transport	62
Les autres critères de délimitation de marchés locaux	67
Des critères réglementaires	67
Spécificités locales de l'offre et/ou de la demande	68
Des marchés locaux pour accéder à une clientèle locale	68
Les marchés fonctionnant par appels d'offres	69
Des marchés locaux au marché national	72
Une analyse des marchés locaux identifiés du point de vue des clients n'est pas toujours nécessaire	72
L'analyse du marché national peut être complémentaire de celle des marchés locaux	74
L'influence de la vente sur Internet sur la délimitation des marchés locaux	76
La dimension locale des marchés dans l'analyse concurrentielle	77
L'appréciation du pouvoir de marché sur les marchés locaux	78
La mesure des parts de marché dans les marchés locaux	78
Les filtres quantitatifs utilisés pour identifier les marchés locaux sur lesquels les opérateurs sont susceptibles de détenir du pouvoir de marché	80
Les barrières à l'entrée ou à l'augmentation de la production	81

Le rôle de la dimension locale des marchés dans la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ou dans les effets anticoncurrentiels des opérations de concentration _____	83
La proximité géographique entre opérateurs présents sur les marchés locaux peut faciliter la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles _	83
Les ententes nationales mises en œuvre sur des marchés locaux _____	84
Le rôle de la dimension locale des marchés dans les pratiques ou les risques d'éviction analysés par l'Autorité de la concurrence _____	87
Préserver et restaurer le jeu concurrentiel sur les marchés locaux _____	89
Le rôle de la dimension locale des marchés dans l'applicabilité du droit de l'Union et la sanction des pratiques anticoncurrentielles _____	89
Restaurer et préserver la concurrence sur les marchés locaux par des engagements _____	93
Des outils réglementaires pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés locaux _____	96
Conclusion _____	101

Les marchés locaux

Introduction

Le marché pertinent est le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts. La délimitation des marchés pertinents permet ainsi d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises afin d'apprécier le pouvoir de marché de ces dernières. Elle présente donc un enjeu particulièrement important lors de l'examen d'opérations de concentration, d'abus de position dominante ou de certaines ententes verticales dont les effets dépendent du pouvoir de marché des entreprises adoptant ces comportements. Par ailleurs, si elle est de fait moins étudiée lorsque la pratique concernée peut faire l'objet d'une qualification de par son objet, comme en matière d'entente horizontale ou pour certaines restrictions verticales comme l'imposition de prix de revente ou l'interdiction de ventes passives, la délimitation du marché pertinent peut être utile pour apprécier le dommage causé par ces pratiques.

La délimitation du marché pertinent s'effectue en deux étapes : dans un premier temps, l'Autorité identifie les biens et services substituables ; dans un second temps, elle définit la zone géographique à l'intérieur de laquelle peut s'observer cette substituabilité entre produits. À cet égard, l'Autorité rappelle, dans son dernier rapport annuel, que, « *lors de la définition du marché géographique, l'Autorité délimite la zone sur laquelle le marché de produits est opérant, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question. Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de marché pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services. En d'autres termes, le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre et la demande de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* » (p. 152).

Dans ce cadre, un marché local désigne alors un marché dans lequel la substituableté entre produits ne s'observe qu'à l'intérieur d'une zone géographique restreinte, d'une étendue à tout le moins inférieure à celle du territoire national. Sur de tels marchés, des produits ou des services, même parfaitement identiques, ne sont concurrents l'un de l'autre que s'ils sont vendus aux clients à l'intérieur de cette zone.

Ainsi que le rappelle régulièrement l'Autorité de la concurrence, le marché pertinent géographique comprend donc le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes, et exclut les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable, comme le définit la Commission européenne¹. En principe, la délimitation des marchés s'effectue à partir du test du monopoleur hypothétique². Dans le cas d'une délimitation géographique, ce test consiste à évaluer si une hausse durable de 5 à 10 % du prix des produits substituables vendus sur une zone géographique donnée est profitable ou non pour un monopoleur hypothétique, compte tenu des taux de report de la demande vers les produits vendus dans une autre zone géographique. Si cette hausse ne s'avère pas profitable, notamment du fait d'un report important de la demande vers les produits vendus à l'extérieur du territoire étudié, celui-ci ne constitue pas un marché géographique pertinent et le même test est effectué en considérant un territoire élargi. Le marché géographique pertinent est identifié lorsqu'une hausse durable de 5 à 10 % du prix des produits considérés comme substituables devient profitable, les consommateurs n'étant plus suffisamment en mesure de se reporter vers les produits vendus à l'extérieur du territoire étudié.

Les enjeux associés à l'identification de marchés locaux lors de l'examen d'une opération de concentration ou d'une affaire contentieuse sont de deux types.

Premièrement, d'un point de vue technique, la délimitation des marchés locaux n'est pas sans difficulté. D'une part, l'étendue du territoire local doit pouvoir être définie avec suffisamment de précision pour procéder à l'évaluation du pouvoir de marché des opérateurs présents. Or, faute de données disponibles, le test quantitatif du monopoleur hypothétique ne peut que rarement être mis en œuvre et l'Autorité de la concurrence doit donc fréquemment s'appuyer sur une variété de critères qualitatifs et/ou quantitatifs. D'autre part, les offreurs sont fréquemment actifs simultanément sur plusieurs marchés locaux et les effets de leurs comportements doivent être appréciés sur chacun d'entre eux. Il en va notamment ainsi dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, l'Autorité de la concurrence pouvant être amenée à étudier les effets de l'opération sur plusieurs dizaines de marchés, et ce dans des délais contraints.

Deuxièmement, la concurrence peut parfois être moins intense sur des marchés locaux que sur des marchés géographiques plus étendus. La proximité géographique

1. Voir par exemple le Rapport annuel pour 2011, ainsi que la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C372 du 9 décembre 1997.

2. Voir la Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, précitée. Voir également les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 339 et s.

entre opérateurs peut ainsi faciliter la prise de contacts et la transparence des marchés, facteurs eux-mêmes propices à la mise en œuvre de comportements anti-concurrentiels. Surtout, la demande existant sur des marchés locaux est naturellement moins importante que sur des marchés nationaux ou supranationaux. En présence de coûts fixes d'installation ou d'activité élevés, cette moindre demande a pour conséquence de diminuer le nombre de concurrents sur le territoire et, potentiellement, la concurrence qu'ils se livrent entre eux. Dans certains cas, la présence d'une entreprise dominante ou en monopole peut être constatée sur un marché local, notamment lorsque son activité consiste en l'exploitation d'une infrastructure dont les coûts fixes d'installation ont pour conséquence d'en diminuer le nombre sur le territoire.

Cette étude présentera comment l'Autorité de la concurrence prend en compte la dimension locale des marchés, tant lors du contrôle des concentrations que lors de procédures contentieuses ou consultatives. La première partie détaille les différents facteurs permettant d'identifier des marchés locaux et d'en apprécier l'étendue géographique. La seconde partie appréhende comment la dimension locale des marchés affecte l'analyse concurrentielle, qu'il s'agisse de l'évaluation du pouvoir de marché, du type de comportement mis en œuvre sur ces marchés ou des sanctions et des remèdes apportés lorsque ces comportements ont – ou sont susceptibles d'avoir – des effets anticoncurrentiels.

La délimitation des marchés locaux

Plusieurs facteurs peuvent limiter dans l'espace la faculté des consommateurs d'arbitrer entre différents produits substituables. Le plus fréquemment rencontré est le coût de transport associé à l'acquisition de produits ou de services dont le vendeur est géographiquement éloigné de l'acheteur. D'autres critères, indépendants des coûts de transport subis par les offreurs ou les clients, peuvent également conduire l'Autorité de la concurrence à délimiter des marchés pertinents locaux. Enfin, dans certains cas, les consommateurs ou les entreprises ne sont pas prêts à parcourir des distances importantes pour acquérir/fournir un produit ou un service, mais l'analyse concurrentielle s'effectue néanmoins au niveau du marché national, soit parce qu'une analyse des marchés locaux n'est pas nécessaire, soit parce que la concurrence présente une double dimension, à la fois locale et nationale.

La délimitation des marchés locaux sur la base des coûts de transport

La définition de marchés locaux a fréquemment pour origine l'impossibilité pour le consommateur de se procurer des produits ou des services auprès de fournisseurs géographiquement éloignés du fait des coûts de transport ainsi engendrés. Ce critère de segmentation, qui intègre une grande variété de coûts de transport selon

le type de produit et selon qu'ils sont subis par le client ou par le fournisseur, est à l'origine d'une délimitation de marchés locaux dans plusieurs secteurs différents.

Principe et outils

Ainsi que le rappelle le Rapport annuel 2007 de l'Autorité de la concurrence, « *la distance que sont prêts à parcourir les clients est un élément central dans la détermination des zones de chalandise* » (p. 185). En effet, du fait des différents coûts de transport qui lui sont associés, la distance que doit parcourir un client pour se rendre à un point de vente limite sa capacité à mettre en concurrence des magasins relativement éloignés de son domicile : l'économie réalisée en se rendant dans un point de vente dont les prix sont inférieurs sera intégralement absorbée par les coûts de transport supérieurs engagés pour s'y rendre ou pour être livré par lui. Les coûts de transport associés au parcours d'une distance peuvent être de nature très diverse : il peut en effet s'agir du coût de transport proprement dit (carburant, utilisation de matériels et de personnels, etc.), parfois répercuté par un fournisseur à ses clients, mais aussi d'un coût d'opportunité ou d'une désutilité, dans le cas de produits achetés par les consommateurs notamment, ou enfin du coût associé à la déperdition éventuelle des produits pendant leur transport. Naturellement, du point de vue du client, plus le coût de transport par unité de distance est élevé, relativement à la valeur des achats, moins sera-t-il disposé à s'approvisionner auprès de fournisseurs éloignés pour profiter de prix inférieurs.

L'étendue des marchés locaux varie selon les secteurs, et, notamment, selon le niveau des coûts de transport et la valeur moyenne des achats effectués lors d'un déplacement. De telles informations n'étant pas toujours disponibles ou exploitables, la délimitation des marchés locaux s'appuie notamment sur les informations fournies lors des tests de marché effectués au cours de l'examen d'opérations de concentration. Les décisions contentieuses peuvent elles-mêmes s'appuyer sur les décisions de concentration ou sur des questionnaires spécifiques appréciant la distance que les consommateurs sont prêts à parcourir pour acquérir leurs produits.

Dans la plupart des cas, le test de marché aide donc à établir la distance que les clients sont prêts à parcourir pour acquérir leurs produits ou la zone de livraison des offreurs. Plus spécifiquement, le test de marché peut aller jusqu'à montrer l'absence complète de substituabilité géographique, par exemple entre différents terminaux de chargement et déchargement d'unités de transport intermodales du fait de l'importance des coûts de transport³.

De plus en plus fréquemment, l'Autorité de la concurrence fonde également sa délimitation des zones de chalandise sur l'étude de la provenance réelle des clients d'un opérateur (également appelée son « empreinte réelle »), information collectée notamment grâce aux registres de clients des centres de production ou des cartes de fidélité des magasins. La pratique décisionnelle de l'Autorité retient généralement que la zone de chalandise d'un magasin peut être limitée à celle où résident

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

80 % de ses clients⁴, le pourcentage de consommateurs non retenus étant assimilé à une clientèle ponctuelle et non significative, parfois très éloignée du point de vente – il peut notamment s’agir de clients « de passage » et non réguliers. Comme l’Autorité le relève dans sa décision 11-DCC-87⁵, « *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 complètement différentes* ». Ainsi, dans les décisions 11-DCC-78⁶ et 11-DCC-157⁷, la délimitation des marchés géographiques a permis de montrer l’absence de chevauchement des zones de chalandise des parties notifiantes, alors que celles-ci se recoupaient selon le seul critère de distance issu du test de marché. Enfin, il peut être relevé que cette méthode de l’« empreinte réelle » a également été utilisée dans un cadre contentieux, comme le montrent plusieurs décisions de l’Autorité de la concurrence dans les secteurs de l’imagerie médicale ou des pompes funèbres. Dans ces décisions, les marchés géographiques retenus ont été délimités grâce à des données sur le lieu de provenance des utilisateurs des scanners ou des chambres funéraires⁸.

Enfin, d’autres données quantitatives peuvent être employées pour déterminer l’étendue géographique de marchés locaux. Dans sa décision COMP/M.6663, Ryan Air/Aer Lingus III⁹ du 27 février 2013, la Commission européenne a ainsi utilisé des statistiques de corrélation des prix des billets d’avion au départ et à l’arrivée de différents aéroports relativement proches pour déterminer si ces derniers étaient substituables ou non du point de vue des consommateurs.

En tout état de cause, comme l’a fréquemment souligné l’Autorité de la concurrence, la délimitation des zones de chalandise peut s’adapter aux spécificités géographiques et économiques des territoires qu’elle est amenée à examiner. En particulier, les temps de déplacement que sont prêts à supporter les consommateurs dépendent notamment de la densité de l’offre proposée sur la zone. Plus celle-ci est élevée, moins les marchés géographiques sont étendus : d’une part, les clients ne sont pas disposés à parcourir une distance importante pour acquérir leurs produits ; d’autre part, la densité du maillage territorial témoigne d’une forte préférence des clients pour la proximité. Le rôle de la densité de l’offre a ainsi été mis en avant dans certaines décisions concernant la distribution alimentaire de

4. Voir notamment les décisions 12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P, 12-DCC-46 du 3 avril 2012 relative à la prise de contrôle des fonds de commerce de la société SCT Touthelectric par le groupe Rexel, 12-DCC-107 du 13 août 2012 relative à l’acquisition de la société Savoie Métal Toiture SAS par la société Decaber SA.

5. 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.

6. Décision 11-DCC-78 du 18 mai 2011 relative à l’acquisition du groupe Titouan par le groupe Conforama.

7. Décision 11-DCC-157 du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Guillemet par la société Chausson Matériaux SA.

8. Décision 04-D-70 du 16 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye, décision 05-D-39 du 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres, décision 06-D-36 du 6 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet.

9. Décision de la Commission du 27 février 2013, COMP/M.6663, Ryanair/Aer Lingus III. Voir aussi les décisions COMP/M.4439, Ryanair/Aer Lingus du 27 juin 2007 et COMP/M.5434, Ryanair/Aer Lingus II du 21 janvier 2009.

détail¹⁰, le négoce de matériaux de construction¹¹ et de matériels électriques¹² ou encore l'abattage de volailles¹³.

Exemples de marchés locaux définis suivant la logique du coût de transport

Des coûts de transport significatifs conditionnent l'approvisionnement des clients dans une grande variété de marchés, que le déplacement soit effectué par des consommateurs ou des petits professionnels pour se rendre dans un point de vente particulier ou qu'il soit effectué par des entreprises qui doivent livrer des matériaux de construction ou collecter des céréales ou des animaux d'élevage.

La distribution de gros et de détail

La distribution à dominante alimentaire

Dans ce secteur, la jurisprudence mais aussi les données issues des tests de marché et l'étude des zones d'empreinte réelle des magasins ont conduit à délimiter plusieurs marchés géographiques selon la taille des magasins étudiés.

S'agissant des hypermarchés et des supermarchés, l'Autorité de la concurrence apprécie les conditions de la concurrence sur deux zones différentes¹⁴ : i) une première zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès à moins de 30 min en voiture, ii) une seconde zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et des autres formes de commerce équivalents, situés à moins de 15 min en voiture, ces dernières formes de commerce pouvant comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés et les magasins discompteurs¹⁵. En effet, les dépenses des consommateurs en hypermarché sont généralement d'un montant supérieur à celles effectuées en supermarché, justifiant que la zone d'attraction des hypermarchés auprès des consommateurs souhaitant effectuer leurs achats auprès d'eux soit plus étendue¹⁶.

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

11. Dans la décision de la Commission du 22 février 2008, COMP/M.4963, Sonepar/Rexel Germany, des zones de chalandise larges de 80 km avaient été retenues. Les zones de chalandise délimitées en France pour le secteur du négoce de matériel électrique, dans la décision 10-DCC-65 du 29 juin 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société C3F par la société Sonepar France, sont plus étroites que celles identifiées en Allemagne, les clients français disposant d'un réseau très dense d'agences permettant aux professionnels de disposer localement de stocks de produits et de l'expertise/conseil nécessaire, et les plates-formes logistiques étant plus petites.

12. Voir décision 10-DCC-65 précitée.

13. Décision 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles.

14. Voir les décisions de la Commission européenne du 25 janvier 2000, COMP/M.1684, Carrefour/Promodès; du 3 juillet 2008, COMP/M.5112, Rewe Plus/Discount; du 3 février 1999, COMP/M. 1221, Rewe/Meinl; du 28 septembre 2000, COMP/M. 2115 Carrefour/GB; et du 4 mai 2006, COMP/M.4096, Carrefour/Hyparlo.

15. Voir le point 364 des lignes directrices révisées du 10 juillet 2013 relatives au contrôle des concentrations. Voir également, à titre d'illustrations, les décisions 12-DCC-48 du 6 avril 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sofides par la société ITM Entreprises, 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon.

16. Selon la pratique décisionnelle en dehors de Paris. À Paris, la pression concurrentielle des hypermarchés a été mesurée au travers de données de sondages et de données sur les achats réels de plusieurs enseignes (voir la décision 13-DCC-90 précitée).

S'agissant des commerces d'alimentation générale de proximité, les surfaces concernées, de taille inférieure, correspondent à des montants d'achats plus faibles et les consommateurs peuvent, notamment en centre-ville, souhaiter s'y rendre à pied. L'Autorité de la concurrence a donc défini des zones de chalandise d'étendue plus restreinte. Dans sa décision 12-DCC-112¹⁷, elle a ainsi délimité des zones de chalandise de 10 min à pied (ou 4 min en voiture) autour des magasins d'une surface inférieure à 400 m² (soit un rayon de 650 m au maximum), le mode de déplacement à pied ayant été jugé plus pertinent que le mode de déplacement en voiture pour calculer la zone de chalandise des magasins concernés situés en centre-ville¹⁸.

Les autres secteurs de la distribution de détail

Le rôle de la distance et des coûts de transport dans la segmentation des marchés géographiques se retrouve dans de nombreux autres secteurs de la distribution de détail. Peuvent notamment être cités la distribution d'automobiles¹⁹, de carburants²⁰, de produits électrodomestiques²¹, de jeux et de matériels vidéo²², d'articles de bricolage²³, de monographies touristiques²⁴, d'automobiles²⁵, mais aussi de services, comme les services bancaires²⁶, les services de parking à proximité des aéroports²⁷, l'hôtellerie²⁸, la diffusion de films en salles de cinéma²⁹ ou les services funéraires³⁰.

17. Décision 12-DCC-112 du 3 août 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société SNC Schlecker par la société Système U Centrale Régionale Sud.

18. Décision 13-DCC-144 du 28 novembre 2013 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Franprix Leader Price Holding (groupe Casino) des sociétés Ardis, Badis, Nidis, Saudis, Eldis, Puidis, Pedis, Cydis, Breadis, Clemendis et Carbudis. Voir également la décision 13-DCC-90 précitée.

19. Dans le secteur de la distribution automobile, la pratique décisionnelle délimite le marché géographique au niveau départemental mais, selon la configuration géographique et routière des départements étudiés, la possibilité de définir des zones de chalandise indépendamment de cette délimitation géographique a parfois été examinée. Voir la décision 09-DCC-01 du 8 avril 2009 relative à la prise de contrôle de la société Pellier Metz SAS par le groupe Bailly SAS. Voir aussi la décision 10-DCC-23 du 1^{er} mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Évry Corbeil Automobiles et Vétille Automobiles par la société Priod Holding (groupe Priod).

20. Décisions 09-DCC-57 du 15 octobre 2009 relative à l'acquisition par la société Picoty Réseau SAS d'actifs de la société des Pétroles Shell, 09-DCC-59 du 26 octobre 2009 relative à l'acquisition de 37 stations-service du réseau Shell par la société Total Raffinage Marketing SA, 09-DCC-60 du 28 octobre 2009 relative à l'acquisition par la société Thevenin & Ducrot distribution d'actifs de la société des Pétroles Shell, 11-DCC-102 du 30 juin 2011 relative à l'acquisition de la Société antillaise des Pétroles Chevron par le groupe Rubis.

21. Voir la décision 11-DCC-87 précitée.

22. Voir la décision 13-DCC-49 du 22 avril 2013 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Game France par la société Micromania Group SAS.

23. Voir décision 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle.

24. Décision 08-D-08 du 29 avril 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques.

25. Voir la décision 13-DCC-41 du 28 mars 2013 relative à l'acquisition par la société GN Automobiles Brest d'un fonds de commerce de distribution automobile.

26. Décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'épargne et Banque populaire.

27. 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.

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

29. Voir les décisions 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films, et 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

30. Voir par exemple les décisions 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 et 04-D-70 précitée.

Le commerce de gros et de négoce

La proximité et les coûts de transport sont également un important facteur de choix de magasin pour les clients des entreprises de commerce de gros ou de négoce. De façon générale, les marchés géographiques délimités pour ces secteurs sont cependant d'étendue plus importante que pour le marché de détail, les montants des achats effectués étant fréquemment supérieurs à ceux réalisés dans le commerce de détail. Ainsi, pour les activités de négoce généraliste, la zone de chalandise est délimitée par un rayon de 50 km autour du point de vente considéré, tandis que, pour les activités de négoce spécialisé, le rayon est de 50 à 75 km autour du point de vente³¹, les clients étant disposés à parcourir une distance plus importante pour acquérir les produits spécifiques dont ils ont besoin. Toutefois ces zones peuvent parfois être moins larges, par exemple lorsque la densité des points de vente est élevée ou lorsque les acheteurs indiquent dans les réponses au test de marché qu'ils considèrent la proximité vis-à-vis de leur grossiste comme un élément de choix important³².

Le secteur du transport

De nombreuses décisions ayant trait au secteur du transport de personnes rappellent également le caractère local de ces marchés. En effet, si l'origine et la destination des passagers ne sont substituables à aucune autre en termes de transport, ce qui conduit les autorités de concurrence à considérer toute combinaison de deux villes comme un marché pertinent en soi³³, les passagers souhaitant effectuer ce trajet peuvent l'accomplir à partir de points de départs/d'arrivée (aéroports, gares, ports) plus ou moins proches les uns des autres. Une fois déterminé le degré de substituabilité entre différents modes de transport, l'inclusion ou non, dans un même marché géographique, de différents points de départ et d'arrivée (aéroports/gares/ports) connectés à un lieu de départ et d'arrivée (ville, région, etc.), dépend des coûts/bénéfices associés à chaque point de départ/d'arrivée alternatif. Dans la mesure du possible, les coûts de transport pris en compte incorporent alors la distance à parcourir pour se rendre au point de départ, la durée des trajets depuis celui-ci ou/et la distance à parcourir d'un point d'arrivée jusqu'à la ville de destination et la durée des trajets vers ce point d'arrivée.

Ainsi, dans sa décision COMP/M.6663 Ryan Air/Aer Lingus III, la Commission européenne a défini des marchés du transport depuis certains aéroports du

31. Voir, par exemple, la décision 09-DCC-11 du 2 juin 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société FDE par le groupe SAMSE, et la décision 11-DCC-157 précitée.

32. Dans la décision 10-DCC-65 précitée, une zone de chalandise de 30 km a été retenue sur le marché aval de la distribution aux professionnels de matériel électrique (l'Île-de-France et la région lyonnaise étant traitées à part).

33. Cette approche est par exemple celle du Conseil de la concurrence dans sa décision 07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres. Jurisprudence européenne : décision de la Commission européenne du 11 février 2004, COMP/M.3280, Air France/KLM, confirmée par l'arrêt du TPICE du 4 juillet 2006, affaire T-177/04, Rec. p. II-1931 ; décision de la Commission européenne du 7 avril 2004, COMP/38.284/D2, Air France/Alitalia ; décision de la Commission européenne du 4 juillet 2005, affaire COMP/M.3770, Lufthansa/Swiss.

Royaume-Uni et d'Irlande à destination de l'Europe continentale³⁴ en considérant, sur la base des réponses au test de marché, des zones de chalandise autour de chaque aéroport de une heure de trajet en voiture ou de 100 km³⁵. De même, s'agissant ainsi du transport de passagers entre le Royaume-Uni et l'Europe continentale, la Commission européenne³⁶ et l'Autorité de la concurrence³⁷ ont considéré que les lignes de la Manche ouest et de la mer du Nord n'exerçaient pas de pression concurrentielle sur les lignes du pas de Calais, au regard de leur temps de trajet plus long et de leurs fréquences plus faibles qui rallongent ainsi les temps de parcours.

S'agissant du transport de marchandises, « *la délimitation géographique des marchés est liée aux "hinterlands" des ports, qui peuvent être définis comme les zones d'influence économique, structurées et innervées par des axes de desserte terrestre des ports*³⁸ ». En principe, deux ports dont les « hinterlands » pour un produit débarqué à leurs quais ne se recoupent pas ou ne se recoupent que marginalement ne font pas partie du même marché géographique³⁹. Ces « hinterlands » peuvent alors être plus ou moins étendus selon le type de marchandises considéré : colis (conteneurisés ou non), vrac liquide, vrac sec (grand vrac comme le charbon, vrac agricole, etc.). À chaque type de marchandise transportée peuvent en effet correspondre différents niveaux de surcoûts engendrés par le choix d'un port plus éloigné du point de destination. Dans certains cas, les sociétés clientes peuvent estimer que les coûts de transport supplémentaires induits par le choix d'un terminal de livraison des marchandises plus distant sont trop élevés pour que ce site soit inclus dans le même marché géographique qu'un autre terminal de livraison : chaque terminal peut alors être considéré comme étant son propre marché pertinent⁴⁰ des services complémentaires qui y seraient proposés.

34. Voir la décision de la Commission européenne du 27 février 2013, COMP/M. 6663, Ryanair/Aer Lingus III, note 32 page 21.

35. Décision de la Commission européenne, COMP/M.6663 précitée. Voir aussi la décision du 11 octobre 2007, COMP/M.4439, Ryanair/Aer Lingus et COMP/M.5434 Ryanair/Aer Lingus II retirée le 23 janvier 2009.

36. Décision de la Commission européenne du 7 août 2002, COMP/M.2838, P&O/Stena Line.

37. Décisions 11-DCC-189 du 9 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance et de la société LD Lines par la société DFDS et 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

38. Voir décision 05-D-28 du 15 juin 2005 relative à des pratiques d'entreprises fournissant aux professionnels de la filière bois et pâtes de bois des services de manutention et de stockage sur le port de commerce de La Rochelle, § 23. Voir également les décisions 07-D-28 du 13 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention, 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, 13-DCC-64 du 5 juin 2013 relative à la création d'une entreprise commune par les groupes Arterris et Axérial et à l'acquisition par le groupe Arterris du contrôle conjoint de la société Sud Manutention Transit portuaire.

39. Décisions 05-D-28 du 15 juin 2005 relative à des pratiques d'entreprises fournissant aux professionnels de la filière bois et pâtes de bois des services de manutention et de stockage sur le port de commerce de La Rochelle, 07-D-28 du 13 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention, 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, 13-DCC-64 du 5 juin 2013 relative à la création d'une entreprise commune par les groupes Arterris et Axérial et à l'acquisition par le groupe Arterris du contrôle conjoint de la société Sud Manutention Transit portuaire.

40. Voir la décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA pour ce qui concerne la délimitation géographique des marchés de services de terminaux de transport combiné.

Autres secteurs : matériaux de construction, collecte de produits d'élevage ou agricoles, etc.

La délimitation de marchés locaux est également particulièrement pertinente pour les secteurs de la vente de matériaux destinés à la construction, en raison, notamment, des coûts de transport, particulièrement élevés dans ces secteurs par rapport à la valeur des produits. Dans la décision 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia, des marchés locaux pertinents de 40 km autour des carrières de la cible, Tarmac, pour le marché des granulats, ont ainsi été délimités.

Utilisée pour la définition de marchés aval mettant en relation l'offre de fournisseurs avec la demande d'entreprises clientes ou de consommateurs, une délimitation de marchés locaux sur la base des coûts de transport est également effectuée pour délimiter des zones de chalandise sur des marchés amont. Tel est ainsi le cas pour les marchés de la collecte de produits agricoles par des coopératives ou d'animaux pour leur abattage. Ainsi, alors que les marchés de la commercialisation des céréales sont de dimension nationale ou internationale, les marchés amont de la collecte de céréales sont « *le plus souvent* » locaux, du fait des coûts de transport élevés de ces céréales par rapport à leur prix⁴¹. Comme pour les marchés de la vente de gros ou de détail, la délimitation de marché retenue peut notamment dépendre de la densité en élevage ou en exploitations agricoles des territoires étudiés. Ainsi, l'Autorité de la concurrence a considéré, dans sa décision 09-DCC-67⁴², que les distances délimitant le marché de la collecte de volailles en vue de l'abattage sont de manière générale de 1 h 30 de trajet en camion, mais elle a retenu, dans les zones moins denses en élevages comme l'Auvergne ou la Bourgogne, des zones de chalandise d'un rayon supérieur, correspondant à un temps de trajet de 3 à 4 heures.

Le coût de transport subi par les clients/fournisseurs n'est pas exclusivement monétaire et/ou d'opportunité. Dans certains secteurs, la qualité des produits achetés/livrés dépend directement des temps de livraison. Il en va par exemple ainsi du béton prêt à l'emploi, produit non stockable qui ne peut être transporté très loin du site le produisant sans faire appel à des bétonnières portées pour empêcher qu'il ne se dégrade au cours du temps et pour lequel des zones d'un rayon d'une trentaine de kilomètres sont généralement définies⁴³. Le caractère d'urgence associé à la demande de certaines prestations, et, à l'inverse, le coût disproportionné associé à des prestations dont le fournisseur est trop éloigné, peuvent également justifier que soient délimités des marchés locaux. C'est le cas, par exemple, des services de prestation funéraire, où les organisateurs des obsèques font généralement appel à des entreprises locales ayant leur bureau à proximité du dernier

41. Décision 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales. Voir également la décision 09-DCC-67 précitée.

42. Décision 09-DCC-67 précitée.

43. Décisions 93-D-54 du 30 novembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi, et 06-D-17 du 22 juin 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport du béton prêt à l'emploi dans l'Oise.

domicile du défunt, de la mairie de déclaration du décès ou encore de la chambre funéraire ou du cimetière⁴⁴.

Enfin, dans certains cas, la nature périssable du produit et les particularités géographiques d'un territoire se combinent pour justifier des délimitations étroites des marchés géographiques. Ainsi, dans sa décision 07-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, les caractéristiques géographiques du territoire corse (relief escarpé, réseau routier sinueux) et du produit (caractère pondéreux et semi-périssable du ciment) ont conduit le Conseil de la concurrence à définir des marchés locaux de l'approvisionnement en ciment, les négociants ne pouvant, en l'absence de cimenterie locale, s'approvisionner en ciment importé du continent sur un port situé à plus de 50 à 100 km de leurs installations.

Les autres critères de délimitation de marchés locaux

Des marchés locaux peuvent être délimités sur la base d'autres paramètres que le coût de transport. Dans certains secteurs, différentes réglementations empêchent ou limitent l'arbitrage des consommateurs entre des offreurs situés dans différentes zones géographiques à l'intérieur du territoire national. Des marchés locaux peuvent également être identifiés en raison de conditions de concurrence spécifiques à certaines zones géographiques. Dans certains cas, l'identification d'un marché local se fonde sur la nécessité, pour une entreprise, d'accéder à une clientèle géographiquement circonscrite à un territoire donné. Enfin, la dimension locale des marchés fonctionnant par appel d'offres nécessite une discussion spécifique.

Des critères réglementaires

Des réglementations nationales sont fréquemment à l'origine de délimitations des marchés nationaux. Dans certains cas, cependant, des réglementations de portée infranationale, voire, dans certains cas, nationale, peuvent également limiter la concurrence que des opérateurs géographiquement distants, mais situés à l'intérieur du territoire national, peuvent se livrer entre eux. Ainsi, pour opérer sur certains marchés, les offreurs doivent être enregistrés auprès d'une autorité administrative locale ou respecter les normes édictées par celle-ci et ne peuvent être concurrencés par des opérateurs qui, implantés dans un autre territoire local, ne sont pas inscrits auprès de cette autorité administrative locale ou ne respectent pas les normes qu'elle a définies. Ainsi, pour le secteur des services de taxi, le marché géographique est limité à la ville (et ses environs) pour laquelle l'autorisation de

⁴⁴. Décisions 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, et 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.

stationnement est délivrée⁴⁵. De façon similaire, les certificats de sécurité attribués aux entreprises ferroviaires proposant leurs prestations à des opérateurs de transport combiné sont limités aux lignes empruntées : une analyse point d'origine/point d'arrivée peut donc être nécessaire⁴⁶, qui peut dans certains cas délimiter des marchés qui s'avèrent de dimension infranationale.

En dernier lieu, le respect de certaines normes ou de certains cahiers des charges, comme celui concernant la production de volailles sous label, peut imposer une durée et une distance maximales de transport, conduisant ainsi à limiter l'étendue des marchés géographiques de commercialisation ou de collecte de ces produits⁴⁷.

Spécificités locales de l'offre et/ou de la demande

Fréquemment identifiées dans le cas des marchés ultramarins, des spécificités locales quant à la structure de la demande ou de l'offre peuvent également justifier la délimitation de marchés géographiques locaux.

Ainsi, des préférences subjectives fortes pour certains produits peuvent exister dans certaines régions ou certains départements, préférences qui n'apparaissent pas dans d'autres zones géographiques. Le Conseil de la concurrence a ainsi retenu l'existence d'un marché géographique local des briques de mur en Alsace⁴⁸, délimitation étayée par les différentiels de prix et de taux de pénétration des produits, ainsi que par l'existence de préférences subjectives locales en Alsace, où le critère de choix de la brique le plus souvent invoqué par les consommateurs est « *la tradition* »⁴⁹. Une analyse de nature similaire a permis d'identifier un marché spécifique de la brique de mur en Aquitaine, où celle-ci n'est pas substituable à d'autres matériaux de construction, contrairement à ce qui est constaté dans les autres régions du grand ouest de la France⁵⁰.

Des marchés locaux pour accéder à une clientèle locale

Sur certains marchés, l'accès à une clientèle locale, qu'il s'agisse de lui distribuer des produits ou de lui faire de la publicité pour certains services, peut conduire à définir des marchés locaux de prestations d'accès. La délimitation géographique du marché constitué des services d'accès proposés par ces opérateurs correspond alors au territoire d'habitation de cette clientèle.

45. CA Paris, 5 mai 1998, répondant au recours formé par le Syndicat professionnel des taxis du Var et le GIE Taxi-radio toulonnais (TRT). Voir également les décisions 06-D-30 du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille et 10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « Groupement des taxis amiénois et de la métropole ».

46. Décision 09-DCC-54 précitée. De telles dispositions n'existent pas en Allemagne et le TPICE, dans l'arrêt *Deutsche Bahn c/ Commission* (aff. T-229/94, Rec. CJCE, II, 1689), a retenu, pour ce secteur, un marché national.

47. Décision 09-DCC-67 précitée. Voir également, sur un autre secteur, la décision 13-DCC-47 du 17 avril 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société coopérative agricole les Fromageries de Blâmont par la société coopérative Sodiaal Union.

48. Avis 99-A-09 du 1^{er} juin 1999 relatif à l'acquisition par les sociétés Koramic et Wienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC à la société Keramic Holding AG Laufen.

49. Avis 99-A-09, page 9, 4^e considérant.

50. Voir la décision 13-DCC-101 (précitée).

Ainsi été défini, dans la décision 04-D-56, un marché des petites annonces dans la presse quotidienne limité à la région toulousaine et mettant en contact les entreprises locales de cette région et la presse quotidienne régionale. En effet, la clientèle de ces entreprises locales réside également dans la région de Toulouse, si bien que, pour faire la publicité dans la presse de leurs produits ou services, ces entreprises de la région de Toulouse ne pouvaient recourir qu'aux quotidiens de cette région, lus par leur clientèle potentielle et dont les tarifs sont proportionnels à cette diffusion régionale⁵¹.

De façon similaire, le marché de l'acquisition des droits de diffusion des films en salle de cinéma est de dimension locale⁵². En effet, le marché de l'exploitation des salles de cinéma est lui-même délimité localement en raison des coûts de transport subis par les consommateurs pour se rendre dans une salle de cinéma. Or, du point de vue du distributeur d'un film, les différentes zones de chalandise de diffusion des films ne sont pas substituables les unes aux autres : un distributeur qui ne pourrait pas placer une copie de son film dans une zone de chalandise, s'il peut placer cette copie dans une autre zone de chalandise, en retirera des bénéfices bien inférieurs à ceux qu'il aurait pu obtenir s'il avait pu placer ses copies dans deux villes distinctes. Dès lors, la nécessité, pour le distributeur de films, d'accéder aux consommateurs de chaque zone de chalandise a conduit à délimiter un marché amont de l'acquisition des droits de représentation des films d'étendue locale, correspondant à chaque zone de chalandise, faisant se rencontrer l'offre des exploitants de salle et la demande des distributeurs de films.

Les marchés fonctionnant par appels d'offres

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est généralement considérée comme un marché pertinent, la demande du donneur d'ordres étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges et rencontrant les propositions des candidats qui soumissionnent à l'appel d'offres. De ce fait, un appel d'offres organisé par une collectivité locale constituera un marché pertinent en tant que tel, tant en termes de produits que du point de vue de sa délimitation géographique.

Pour autant, l'Autorité peut appréhender globalement les pratiques visant ces différents marchés quand elles relèvent d'une stratégie globale. En effet, si plusieurs appels d'offres constituent des marchés pertinents différents, une entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés peut être sanctionnée si elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les

51. Voir également l'avis 07-A-09 du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroché par la société L'Est républicain et la Banque fédérative.

52. Décision 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

parts⁵³. Des ententes peuvent donc être appréciées au niveau d'un marché global composé de plusieurs appels d'offres, lots ou sous-marchés.

Par ailleurs, s'agissant de l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise, que ce soit pour apprécier l'existence d'un abus de position dominante ou en matière de contrôle des concentrations, l'analyse du marché pertinent n'est pas limitée à ces marchés instantanés que constituent les appels d'offres. En effet, pour déterminer si une entreprise, active dans un secteur fonctionnant par appel d'offres, détient du pouvoir de marché, il peut être pertinent de retenir non pas le marché résultant de la confrontation d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché global où interagit l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné.

À plusieurs reprises, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont cependant été amenés à retenir que la concurrence, susceptible de s'exercer sur ces marchés fonctionnant par appels d'offres, comprenait une composante géographique locale qui ne pouvait être négligée. Le fractionnement des appels d'offres, par collectivité, voire, dans le cas des transports, ligne par ligne, l'implantation hétérogène des entreprises sur le territoire national, la tendance des groupements à être composés principalement d'entreprises dont les centres de services sont proches géographiquement, la nécessité de disposer d'actifs de production à proximité du lieu de passation du contrat (comme des lieux de dépôt dans le secteur des transports), les avantages que peuvent détenir les entreprises ayant remporté des appels d'offres à proximité, sont autant de paramètres qui peuvent conduire à considérer que l'intensité de la concurrence exercée par un opérateur dépend de sa localisation géographique⁵⁴. À l'inverse, l'obligation, en cas de changement de prestataire, de reprendre les agents de l'entreprise sortante, le développement de contrats multisites et de groupements d'achats, la détention des moyens de production du service faisant l'objet de l'appel d'offres par le délégant, peuvent contribuer à élargir le périmètre du marché géographique correspondant⁵⁵.

Les marchés ultramarins

Les territoires ultramarins constituent fréquemment des marchés géographiques locaux, autonomes par rapport à la métropole. Plusieurs facteurs conduisent en effet l'Autorité de la concurrence à considérer ces marchés indépendamment du marché métropolitain. Ainsi, pour les produits agroalimentaires, les barrières douanières, les coûts de transport, les préférences de leurs habitants pour les produits locaux limitent la pression concurrentielle que peuvent exercer les importations de la métropole vers ces territoires⁵⁶. De même, une partie importante de

53. Voir CA Paris, 14 janvier 2003, relatif au recours formé par la SA Bouygues, la SA Vinci Construction, anciennement dénommée Campenon Bernard, la société SA Sogea Construction, la SNC DTP Terrassement, la SA Chagnaud, la SA Société Bec Frères, la SNC Entreprise Deschiron, la SA Quille, la SA Fougerolle, la SA Demathieu et Bard, la SA Entreprise Jean Spada, la société Muller Travaux publics SA et la société Eiffage TP contre la décision 95-D-76 du Conseil de la concurrence.

54. Voir décision 10-DCC-76 et 10-DCC-198.

55. Voir décision 10-DCC-76.

56. Voir décision 10-DCC-51 et 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.

l'approvisionnement des grandes surfaces alimentaires dans les DOM provenant de producteurs et de grossistes locaux afin de satisfaire les préférences locales et de limiter les coûts liés à l'importation de produits de métropole, les marchés pertinents géographiques en matière d'approvisionnement et de commerce de gros sont fréquemment limités à chaque DOM⁵⁷.

Cependant, cette délimitation géographique vaut également pour plusieurs marchés de services. En effet, du fait des spécificités de ces marchés, les conditions de concurrence qui peuvent y prévaloir sont parfois radicalement différentes de celles existant en métropole. Ainsi, dans le secteur des télécommunications⁵⁸, les caractéristiques météorologiques et environnementales particulières (risques climatiques, séismes, paysages accidentés), les caractéristiques socio-économiques des populations aux préférences différentes, des taux de pénétration des téléphones mobiles spécifiques, un démarrage de cette activité plus tardif qu'en métropole et des structures de marché et un positionnement des opérateurs eux aussi spécifiques par rapport à la métropole ont amené l'Autorité à considérer ces marchés séparément de ceux de la métropole.

De même, s'agissant des marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques destinées à la télévision payante et du marché aval de la diffusion de chaînes payantes auprès des consommateurs, l'Autorité de la concurrence a pu relever que, à la Réunion et à Mayotte, il n'existe ni câble, ni ADSL, ni TNT, l'amortissement de tels investissements en infrastructures sur des marchés aussi étroits étant impossible. Le seul concurrent de CanalSatellite est ainsi Parabole Réunion, lequel distribue essentiellement les chaînes de l'ex-TPS. Aux Antilles, Groupe Canal Plus est également le seul opérateur satellite, avec 80% du marché, en concurrence avec deux câblo-opérateurs. Le Conseil de la concurrence en avait conclu que ces marchés devaient être considérés comme distincts de ceux de la métropole « *dans la mesure où cette situation modifie l'analyse concurrentielle applicable en métropole, en particulier du point de vue de la concurrence susceptible d'émerger à terme de la part des opérateurs ADSL et TNT*⁵⁹ ».

Enfin, la séparation des marchés ultramarins du reste du marché national découle également de critères réglementaires. Ainsi, les fréquences GSM octroyées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) exclusivement pour la zone Antilles-Caraïbes délimitent le marché géographique des services de téléphonie fixe et mobile à ces territoires⁶⁰. Dans le secteur des carburants, l'obligation, dans les territoires ultramarins, d'utiliser des carburants

57. Voir avis 09-A-45 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer et décision 11-DCC-134 précités.

58. Voir avis 04-A-17 et décisions 09-D-36 et 11-D-05.

59. Avis 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, § 153.

60. Décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane.

respectant les normes environnementales européennes sépare également ces territoires des marchés géographiques plus proches⁶¹.

Des marchés locaux au marché national

Si la délimitation d'un marché local rend *a priori* nécessaire une évaluation du pouvoir de marché des entreprises à cette échelle, dans certains cas, cette analyse n'est pas nécessaire, par exemple si les points de vente locaux n'ont aucun pouvoir de décision sur les paramètres pertinents pour le jeu concurrentiel. Dans d'autres situations, les autorités de concurrence doivent combiner une analyse des marchés locaux avec une analyse du marché national, notamment lorsque c'est à cette échelle que se déterminent la compétitivité des opérateurs ou les principaux paramètres de la concurrence à laquelle ils se livreront sur les marchés locaux. Enfin, le développement des ventes sur Internet pourrait également conduire à mener l'analyse concurrentielle à une échelle nationale, mais à ce jour, la substituabilité entre Internet et les magasins physiques demeure le plus souvent trop faible pour que la dimension locale de la concurrence sur les marchés de gros ou de détail soit ignorée.

Une analyse des marchés locaux identifiés du point de vue des clients n'est pas toujours nécessaire

Dans certains cas, les autorités de concurrence peuvent, tout en reconnaissant la dimension locale du jeu concurrentiel et des marchés pertinents, n'opérer leur examen qu'au niveau national ou, du moins, agréger différentes zones de chalandise locales.

Lorsque la couverture géographique du territoire par les opérateurs est suffisamment homogène

Lorsque la couverture géographique des principaux opérateurs sur le territoire national est suffisamment homogène pour que leurs positions nationales respectives reflètent également leurs positions sur les marchés locaux, l'analyse du pouvoir de marché peut ne s'effectuer qu'au niveau national. Ainsi, dans le secteur bancaire, la décision de la Commission européenne Fortis/ABN Amro (M. 4844) souligne le rôle de la proximité géographique sur le marché de la banque de détail (§ 85) et sur le marché de la banque commerciale pour les clients réalisant un chiffre d'affaires inférieur à 250 millions d'euros (§ 77-79). Pour autant, elle indique également que, compte tenu de l'homogénéité de la couverture géographique des quatre principaux opérateurs bancaires aux Pays-Bas, une étude approfondie de la dimension locale n'est pas nécessaire.

Pour ce qui concerne la France, une même logique a été appliquée au secteur du commerce de gros de fruits et légumes et produits de la mer frais dans la décision

⁶¹. Avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer.

11-D-03⁶². L'Autorité de la concurrence observe que les opérateurs du marché sont relativement partagés quant à la dimension nationale ou infranationale du marché. Cependant, elle relève également que les pratiques mises en œuvre ne présentent aucune spécificité ou différenciation régionale et qu'aucun élément présent au dossier ne laisse supposer que les conditions de concurrence pourraient différer selon les régions, par exemple du fait de la concentration des parts de marché des opérateurs qui y sont présents, justifiant que les pratiques en cause puissent entraîner des effets distincts selon les régions dans lesquelles elles sont mises en œuvre. Dès lors, il n'a pas été procédé à une analyse des effets des pratiques sur les différentes zones de chalandise susceptibles d'être identifiées.

Lorsque les différents paramètres de l'offre sont décidés au niveau national plutôt que local

Une analyse détaillée des différents marchés locaux n'est pas non plus nécessaire lorsqu'il est clairement démontré que les points de vente locaux n'ont aucune influence sur les paramètres de l'offre (prix, assortiment, qualité de service ou image de marque) qui sont au contraire décidés uniformément au niveau national. Dans ce cas, la préférence des consommateurs pour la proximité géographique n'affecte pas le bilan concurrentiel. C'est alors uniquement la structure du marché au niveau national qui détermine la politique de prix, laquelle s'impose ensuite aux différents points de vente locaux. Un tel raisonnement a notamment été suivi par la Commission européenne dans sa décision Statoil/SDS [M. 3375], où elle a accepté l'analyse des parties selon laquelle les marchés de la vente au détail d'essence étaient d'envergure nationale, les prix et la qualité des produits étant décidés au niveau national⁶³.

Lorsque la densité des réseaux de vente concurrents sur le territoire est particulièrement forte

Enfin, dans certains secteurs, la densité des réseaux de vente concurrents est telle que même des opérateurs distants les uns des autres se retrouvent en concurrence. En effet, la diminution des prix par un opérateur A contraint son concurrent géographiquement proche B à diminuer également ses prix. Or, compte tenu de la densité du maillage des réseaux de vente, cette diminution des prix par B contraint un troisième opérateur C, géographiquement distant de A mais relativement proche de B, à diminuer également ses prix. En définitive, par l'intermédiaire de l'entreprise B, les opérateurs A et C, bien que géographiquement éloignés l'un de l'autre, sont donc en concurrence l'un avec l'autre. On parle alors d'une « chaîne de substitution » pour décrire le marché constitué de l'agglomération des zones de chalandise de A, B et C, sur lequel des opérateurs relativement distants les uns des autres parviennent à se contraindre mutuellement.

62. 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.

63. Un raisonnement similaire a été suivi par cette dernière dans les décisions Statoil/Conocophillips [M.4919], WalMart/ASDA [M.1612], KingFischer/ASDA [M. 1541], REWE/MEINL, Déc. Comm., 3 févr. 1999.

Il est cependant relativement rare que la densité des réseaux de vente soit si élevée qu'une chaîne de substitution se forme sur l'ensemble du territoire national et, le plus souvent, elle ne concerne donc qu'une portion de celui-ci. Ainsi, dans le secteur de la distribution de carburants au détail⁶⁴, l'Autorité a retenu une délimitation des marchés au niveau des agglomérations, compte tenu de l'interpénétration forte des zones de déplacement en milieu urbain. Le raisonnement tenu dans 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 procède elle aussi de la logique de l'interpénétration des zones de chalandise. L'Autorité de la concurrence distingue en effet la plaine foyalaise du reste de l'île de la Martinique dans la mesure où cette conurbation (regroupant Fort-de-France, Schoelcher et Le Lamentin) est structurée autour d'un réseau de transport très dense et où les zones de chalandise des magasins à dominante alimentaire le composant s'interpénètrent très fortement. Elle s'abstrait alors, pour l'analyse des effets de l'opération sur cette plaine foyalaise, d'une analyse des zones de chalandise définies traditionnellement sur le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. Au contraire, dans la décision Casino/Monoprix 13-DCC-90 précitée, l'opération aboutissait à la création de monopoles et de duopoles sur certaines zones, nécessitant alors un examen au cas par cas des différents marchés locaux.

L'analyse du marché national peut être complémentaire de celle des marchés locaux

Dans certains cas, l'analyse concurrentielle doit s'effectuer à la fois au niveau local et au niveau national. En effet, des entreprises opérant sur des marchés locaux et en concurrence avec les opérateurs géographiquement proches peuvent également être en concurrence sur des marchés plus étendus, d'échelle nationale ou internationale. Dans de telles configurations, l'intensité de la concurrence résulte de la configuration de marché prévalant au niveau local mais aussi au niveau national. L'analyse concurrentielle doit par conséquent appréhender le pouvoir de marché éventuel des entreprises à ces deux niveaux.

Lorsque la position d'un opérateur sur le marché national influence son pouvoir de marché sur les marchés locaux

Cette analyse duale du pouvoir de marché est notamment nécessaire lorsque le pouvoir de marché d'une entreprise donnée peut résulter non seulement de la faiblesse des concurrents sur certains marchés locaux, mais également de son positionnement sur le marché national, lui permettant, par exemple, de bénéficier d'un pouvoir de négociation ou d'économies d'échelle, de gamme ou d'expérience largement supérieures à celles dont peuvent bénéficier ses concurrents. La constitution des offres proposées sur les marchés locaux s'effectue alors, au moins pour partie, à l'échelon national, et les conditions de concurrence sur le marché

⁶⁴. Décisions 09-DCC-57, 09-DCC-59, 09-DCC-60 précitées.

national doivent donc être examinées en parallèle de celles existant sur les différents marchés locaux où l'entreprise est active.

De telles analyses duales des marchés pertinents, à l'échelon national d'une part, local d'autre part, ont notamment été conduites dans certains secteurs de la distribution et dans celui des services bancaires. Ainsi, dans sa décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'épargne et Banque populaire, l'Autorité de la concurrence a considéré que la fourniture de nombreux services bancaires était caractérisée par des économies d'échelle et de gamme favorisant les banques disposant d'une large base de clientèle. Cependant, l'efficacité des banques dépend aussi de la qualité de leur relation avec le client, qui leur permet d'obtenir une meilleure information sur ces derniers et diminue les coûts de déplacement des particuliers. L'analyse concurrentielle de cette opération a donc été effectuée à la fois au niveau national et au niveau local.

Une logique similaire est à l'œuvre sur les marchés de la distribution de détail de produits de grande consommation. Comme l'a relevé la Commission européenne, *« les parts de marché détenues par les sociétés de distribution sur le marché de la vente déterminent le volume de leurs achats, qui sera d'autant plus grand que la part détenue par le détaillant sur le marché de la vente est élevée. Or, plus le volume des achats est important, plus les conditions d'achat accordées à la société de distribution par ses fournisseurs sont, en règle générale, favorables. Cette société peut ensuite utiliser ces conditions d'achat favorables de différentes manières afin d'améliorer sa position sur le marché de la distribution. [...] [Cette] spirale [...] entraîne une concentration de plus en plus forte tant sur le marché de la distribution que sur le marché de l'approvisionnement⁶⁵ »*. Ainsi, analysant l'opération de concentration entre les chaînes de distribution alimentaire Rewe et Meinel⁶⁶, qui aurait permis à Rewe d'*« accroître encore considérablement sa part de marché, creusant ainsi l'écart avec ses concurrents »* (§ 28), la Commission européenne a précisé que *« la position dominante que la concentration crée sur le marché de l'approvisionnement confèrera à Rewe/Billa/Meinl un avantage concurrentiel considérable sur le marché de la distribution. [...] Plus le volume des achats d'une entreprise du commerce de détail de l'alimentation est élevé, plus les conditions qu'elle obtient sont, généralement, favorables, de même que ses possibilités de conquérir de nouvelles parts du marché de la distribution. Cela, à son tour, se traduit par un renforcement de sa puissance d'achat »* (§ 54-55).

Lorsque la concurrence s'exerce à l'échelle locale ou nationale selon le type de clients considéré

Une analyse des positions des opérateurs effectuée à la fois au niveau national et au niveau local peut également être nécessaire lorsque, selon le type de clientèle auquel ils s'adressent, la concurrence s'exercera plutôt à l'échelle du territoire national ou plutôt à celle de la zone de chalandise locale. Ainsi, dans le secteur de la distribution de produits électriques aux professionnels, la demande peut, selon

65. Décision M. 1221 – Rewe Meinl.

66. Décision M. 1221 – Rewe Meinl.

les cas, nécessiter une réponse nationale ou locale de la part des distributeurs⁶⁷. En premier lieu, une faible proportion des commandes est effectivement réalisée en agence (moins d'un tiers), tandis qu'une grande majorité des marchandises est livrée aux clients franco de port sur site, à la suite d'une commande par téléphone. L'analyse a donc requis d'intégrer la dimension nationale du marché de la distribution de produits électriques aux professionnels. En second lieu, néanmoins, l'importance du critère de proximité qui subsiste, notamment pour les petits et moyens installateurs électriques et artisans, associé au caractère déterminant des délais de livraison, a conduit l'Autorité de la concurrence à analyser également des zones de chalandise locales autour des agences, plus ou moins étendues en fonction de la topographie et de la densité du réseau routier⁶⁸.

L'influence de la vente sur Internet sur la délimitation des marchés locaux

Dans son avis 12-A-20 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, l'Autorité de la concurrence a pris acte du développement du commerce sur Internet et de la pression concurrentielle que ce dernier était susceptible d'exercer sur le commerce en magasin, s'agissant tant du niveau des prix pratiqués que de la gamme de produits et de services proposés. Or, les ventes par correspondance et sur Internet en particulier s'effectuent généralement sans distinction géographique du lieu d'envoi des achats, à tout le moins en France métropolitaine. Évidemment, si les consommateurs sont en mesure d'arbitrer entre les magasins et les sites Internet pour acheter leurs produits, la pertinence d'une délimitation locale des marchés s'en trouve fortement atténuée puisqu'une hausse des prix par un magasin physique incitera les consommateurs à s'approvisionner sur Internet si d'autres magasins physiques plus ou moins proches géographiquement ne sont pas à même de répondre à leur demande.

Cependant, ledit avis faisait également observer que la part des ventes en ligne dans le chiffre d'affaires des secteurs est très variable, allant en 2011 d'un peu plus de 10% pour le secteur des produits électrodomestiques à 2% pour les secteurs de la cosmétique, de la parapharmacie et de la parfumerie. De plus, bien que la part des consommateurs achetant en ligne plutôt qu'en magasin et de ceux utilisant de façon complémentaire les deux canaux de vente soit en croissance, les attentes des consommateurs continuent de différer sur ces deux canaux. Ainsi, la disponibilité du produit et la possibilité de le tester et d'être conseillé sont généralement associées à la vente en magasin alors qu'une meilleure compétitivité-prix et la possibilité d'acheter les produits à toute heure et n'importe quel jour de la semaine sont retirées de l'acte d'achat sur Internet. Comme le relève la Commission européenne,

67. Décision 10-DCC-65 précitée.

68. Voir également la décision 10-DCC-158 du 22 novembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de neuf sociétés du groupe Van de Woestyne par le groupe Les Maîtres laitiers du Cotentin dans le commerce de gros de produits frais, où l'Autorité a constaté que les clients grands comptes procédaient à des appels d'offres nationaux tandis que la demande provenant des cafés, hôtels, et restaurants indépendants, ainsi que des commerces de proximité, était plus attentive à la proximité des différents offreurs.

chaque canal de distribution présente donc divers avantages et inconvénients et répond à des besoins différents des consommateurs, rendant fréquemment les deux canaux de vente plus complémentaires que substituables⁶⁹.

Ces différents paramètres, importance de la part des achats effectués en ligne et similarité des produits et services offerts, doivent être examinés au cas par cas pour déterminer si, selon le secteur d'activité étudié, achats en ligne et achats en magasin sont substituables ou non et si, par conséquent, le marché géographique conserve une dimension locale ou non. À cet égard peut ainsi être relevé le cas des services d'agences de voyages, pour lesquels la Commission européenne⁷⁰ comme l'Autorité de la concurrence ont fréquemment considéré qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre les ventes faites en agence et celles faites en ligne. Une part importante et croissante de consommateurs recourt à Internet pour acheter en ligne, les niveaux de prix sont similaires sur les deux canaux de distribution et il est difficile pour les agences de voyages de pratiquer des prix supérieurs spécifiquement à destination des consommateurs encore réticents à utiliser Internet.

À l'inverse, dans plusieurs autres secteurs comme la banque de détail⁷¹, la distribution de produits alimentaires⁷² ou électrodomestiques⁷³ ou le commerce de jeux vidéo⁷⁴, la part limitée des ventes en ligne, la différenciation existant entre les services proposés en ligne et en magasin telle que reflétée dans les réponses aux tests de marché, la poursuite du rythme d'ouverture de magasins physiques, et/ou les coûts de livraison élevés par rapport à la valeur des produits montrent que la distribution par Internet et celle en magasin physique demeurent encore imparfaitement substituables du point de vue du consommateur, bien que la situation soit évolutive de ce point de vue.

La dimension locale des marchés dans l'analyse concurrentielle

L'analyse concurrentielle des marchés locaux débute par l'appréciation du pouvoir de marché des entreprises qui y opèrent. La dimension locale des marchés peut ensuite s'avérer propice, ou au contraire défavorable, à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ou encore à l'existence d'effets anticoncurrentiels postérieurement à une opération de concentration. Enfin, différents outils peuvent

69. Décision COMP/M.5721, Otto/Primondo Assets du 16 février 2010.

70. Décision 2000/276/CE du 22 septembre 1999 (affaire IV/M.1524 – Airtours/First Choice), points 29-32; décision du 27 avril 2000 (affaire COMP/M.1812 – Telefonica/Terra/Amadeus), point 12; décision du 19 décembre 2001 (affaire COMP/M.2627 – Otto Versand/Sabre/Travelocity JV), point 12; décision du 21 mai 2002 (affaire COMP/M.2794 – Amadeus/GGL/JV), point 10; décision du 4 juin 2007 (affaire COMP/M.4600 – TUI/First Choice), point 44; décision du 4 mai 2007 (affaire COMP/M.4601 – KarstadtQuelle/MyTravel), point 34.

71. Décision 09-DCC-16 précitée.

72. Décision 13-DCC-90 précitée.

73. Décision 11-DCC-87 précitée.

74. Décision 13-DCC-49 du 22 avril 2013 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Game France par la société Micromania Group SAS.

être mobilisés pour préserver et, lorsque cela est nécessaire, renforcer la concurrence sur les marchés locaux.

L'appréciation du pouvoir de marché sur les marchés locaux

Le pouvoir de marché d'une entreprise est sa capacité à s'abstraire du jeu concurrentiel pour maximiser son profit, par exemple en pratiquant des prix supérieurs aux prix concurrentiels, sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés. Pour analyser le pouvoir de marché des opérateurs, un critère fréquemment étudié par l'Autorité de la concurrence est la part de marché des opérateurs, dont le calcul peut, dans le cas des marchés locaux, s'effectuer de différentes manières. Cependant, cette part de marché ne constitue qu'un premier indicateur du pouvoir de marché d'un opérateur. Or, le défi posé par l'analyse des marchés locaux est d'obliger l'Autorité de la concurrence à appréhender les autres paramètres caractérisant le degré de concurrence existant sur un marché – capacités de production des concurrents, degré de substituabilité des produits, etc. – sur un grand nombre de marchés locaux, notamment dans le cadre de l'examen d'opérations de concentration. Pour répondre à cette contrainte, l'Autorité de la concurrence a fréquemment employé des « filtres » quantitatifs afin d'identifier, dans des délais fréquemment contraints et de manière conservatrice, les marchés locaux sur lesquels une opération de concentration était susceptible de porter atteinte à la concurrence. Elle vérifie ensuite la robustesse de cette conclusion en intégrant à l'analyse des zones ainsi identifiées des paramètres qualitatifs, susceptibles de relativiser ou de confirmer le risque concurrentiel posé par une opération de concentration. Enfin, de par leur nature même, les marchés locaux présentent fréquemment des barrières à l'entrée élevées, la demande existant sur de tels marchés n'étant pas toujours suffisamment forte pour rentabiliser l'installation d'un opérateur supplémentaire.

La mesure des parts de marché dans les marchés locaux

Dans les affaires contentieuses et les dossiers de concentration traités par l'Autorité, les parts de marché des opérateurs sont quasi systématiquement calculées pour obtenir un premier indicateur de leur pouvoir de marché. Lorsque l'activité des entreprises s'apprécie à l'échelle locale, leurs ventes – ou d'autres indicateurs disponibles de l'attractivité des offreurs⁷⁵ – sont donc agrégées et les parts de marché de chacune d'entre elles déterminées sur cette zone de chalandise.

Le plus souvent, la zone de chalandise sur laquelle sont ainsi calculées les parts de marché est définie comme un cercle centré sur l'opérateur (usine, magasin, etc.) dont le pouvoir de marché est étudié (« l'opérateur étudié »), d'un rayon d'autant

⁷⁵. Selon les secteurs et la disponibilité des données, les indicateurs étudiés peuvent également être constitués des capacités de production ou de stockage, des surfaces de vente, des volumes des ventes ou encore du nombre d'agences.

plus étendu que les clients sont disposés à parcourir une distance importante pour s'approvisionner auprès de l'opérateur étudié ou à être livrés par celui-ci. Cette approche est par exemple celle employée dans la plupart des décisions de concentration relatives au secteur de la distribution de détail. Elle a également été utilisée pour l'appréciation des parts de marché dans d'autres secteurs, par exemple dans le secteur de la production de granulats pour la construction de routes⁷⁶, les zones de chalandise étant alors centrées sur les sites de production objets de l'acquisition notifiée.

Une telle approche permet alors d'obtenir une première estimation des parts de marché des opérateurs. Cependant, selon les cas, ces estimations peuvent être complétées par des méthodes alternatives d'estimation des parts de marché ou par une analyse détaillée des zones de chalandise⁷⁷. Il convient ainsi de relever que les ventes réalisées par les entreprises implantées dans la zone de chalandise délimitée par l'Autorité de la concurrence sont rarement connues. Les parts de marché des entreprises ne sont donc pas calculées spécifiquement sur la zone de chalandise de l'opérateur étudié mais incorporent fréquemment des ventes réalisées auprès de clients situés en dehors de celle-ci. Par exemple, deux sites de vente A et B appartenant chacun à la zone de chalandise de l'autre, peuvent réaliser malgré tout plus de la moitié de leurs ventes dans des zones géographiques distinctes; l'intensité de la pression concurrentielle en est donc atténuée.

En outre, des entreprises peuvent être en concurrence pour attirer une même clientèle tout en étant significativement éloignées l'une de l'autre. Dans ce cas, la zone de chalandise définie autour de l'opérateur étudié peut ne pas comprendre des concurrents que les consommateurs sont pourtant à même de substituer à l'opérateur étudié. C'est par exemple le cas si deux entreprises étudiées sont situées de part et d'autre d'une zone (par exemple une ville) où est concentrée la clientèle. Cette clientèle, en particulier celle située à équidistance des deux points de vente, peut donc arbitrer entre deux offreurs pourtant significativement éloignés l'un de l'autre.

Enfin, dans d'autres cas, la zone d'implantation des clients peut être très étendue et plusieurs opérateurs peuvent donc y exercer leur activité. Tel est par exemple le cas de la grande distribution à dominante alimentaire à Paris, où sont implantés plus de 650 magasins⁷⁸. Dans ce cas, comme le suggérait la partie notifiante, l'impact de l'opération peut être apprécié sur un marché géographique regroupant toutes les zones se chevauchant. Une méthode alternative de calcul des parts de marché, proposée par la partie notifiante et fondée sur des consommateurs hypothétiques

76. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

77. Voir la décision de contrôle des concentrations 10-DCC-198 dans laquelle l'Autorité de la concurrence, plutôt que de procéder à des estimations alternatives des parts de marché, a procédé à une analyse détaillée des zones de chalandise susceptibles d'être affectées par l'opération et des effets que l'opération de concentration notifiée pourrait y entraîner.

78. Voir la décision 13-DCC-90 précitée.

plutôt que sur les magasins eux-mêmes, a également été employée pour apprécier le fonctionnement de la concurrence sur le marché parisien⁷⁹.

Sur ce même marché parisien, au cours de l'examen de la prise de contrôle exclusif de Monoprix par Casino⁸⁰, le calcul des parts de marché a par ailleurs été affiné pour tenir compte de la pression concurrentielle des hypermarchés de proche banlieue. Bien qu'ils se situent en dehors de la zone de chalandise des supermarchés de Paris *intra-muros*, définie comme un cercle d'un rayon de 300 à 500 m selon la taille du magasin étudié, les données fournies montraient qu'ils étaient cependant susceptibles d'attirer une partie de leur clientèle, et ce dans un rayon de 2 km autour de leur emplacement. Pour ne pas surestimer le poids de ces hypermarchés sur le marché parisien, leur surface de vente a été pondérée en fonction du chiffre d'affaires effectivement réalisé par ces hypermarchés auprès des consommateurs parisiens.

Les filtres quantitatifs utilisés pour identifier les marchés locaux sur lesquels les opérateurs sont susceptibles de détenir du pouvoir de marché

Les parts de marché des opérateurs, le cas échéant calculées selon des méthodes spécifiques au cas étudié, ne constituent qu'un premier indicateur quantitatif du pouvoir de marché. Il doit être complété par une analyse plus fine des sources de pouvoir de marché et des marchés locaux dans lesquels ce pouvoir de marché est susceptible de s'exercer. Cependant, dans certains cas portés à l'attention de l'Autorité de la concurrence, notamment dans le cadre du contrôle des opérations de concentration, l'analyse concurrentielle implique d'examiner plusieurs dizaines de zones de chalandise, et ce dans des délais contraints. L'Autorité de la concurrence est alors amenée à définir des « filtres quantitatifs » lui servant à identifier les zones de chalandise dans lesquelles une opération de concentration ou, plus rarement, une pratique susceptible d'être qualifiée d'anticoncurrentielle soulèvent des préoccupations de concurrence. Ce filtre quantitatif est ensuite complété par une analyse qualitative des conditions concrètes de concurrence sur les zones identifiées, afin d'appréhender concrètement le risque que l'opération notifiée ou une pratique détectée portent atteinte à la concurrence sur la zone.

En soi, comme indiqué *supra*, le niveau des parts de marché constitue lui-même un filtre quantitatif permettant d'identifier les marchés locaux où des effets anticoncurrentiels sont susceptibles d'être engendrés par l'opération notifiée ou la pratique étudiée. Ainsi, dans la décision 10-DCC-98 précitée, l'Autorité de la concurrence a identifié différents marchés locaux où la nouvelle entité détiendrait une part de marché élevée, supérieure à [40-50]%. Pour chacune de ces zones, elle a ensuite étudié le nombre de concurrents, l'existence de capacités de production excédentaires, l'étendue de la substituabilité entre les produits de la nouvelle entité et ceux

79. Voir l'avis 12-A-01 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

80. Décision 13-DCC-90 précitée.

de ses concurrents, l'existence ou non de concurrents suffisamment substituables dans la proche périphérie de la zone étudiée, les liens capitalistiques (participations minoritaires) existant entre la nouvelle entité et certains de ses concurrents, l'intégration verticale des concurrents, etc.

Dans d'autres cas, le filtre quantitatif utilisé nécessite d'être plus étoffé, notamment lorsque le nombre de marchés locaux à étudier est plus important. Ainsi, dans sa décision 09-DCC-16 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'épargne et Banque populaire, pour la banque de détail, quatre paramètres quantitatifs ont d'abord été retenus pour identifier les zones où la concurrence était susceptible d'être affectée par l'opération : la part de marché de la nouvelle entité, l'indice de concentration de la zone, l'écart de part de marché avec le concurrent le plus proche et le nombre de groupes d'envergure nationale également présents sur la zone.

De la même façon, compte tenu du nombre important de marchés locaux devant être étudiés, un filtre quantitatif a été appliqué pour appréhender les zones de chalandise dans lesquelles la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon était susceptible d'engendrer des effets anti-concurrentiels, notamment à Paris *intra-muros*. Un premier filtre est fondé sur les parts de marché de la nouvelle entité. Les zones dans lesquelles l'opération a été examinée de manière approfondie sont celles où l'opération conférerait à la partie notifiante plus de 50% de la surface de vente alimentaire, ou bien celles dans lesquelles cette part de marché était située entre 45% et 50%, et l'accroissement de part de marché supérieur à 10 points de pourcentage. À l'issue de ce premier filtre, les 73 zones ainsi identifiées ont fait l'objet d'un second filtre quantitatif, fondé sur le nombre d'enseignes concurrentes dans la zone, le nombre de magasins qui y sont exploités, et, dans le cas où la nouvelle entité détiendrait grâce à l'opération au moins deux supermarchés de plus de 600 m² sur la zone, sur l'existence ou non d'un supermarché concurrent de taille comparable⁸¹. À l'issue de ce second filtre quantitatif, 47 zones de chalandise ont fait l'objet d'une analyse concurrentielle approfondie, portant notamment sur la pression concurrentielle exercée par les hypermarchés de proche banlieue, sur le niveau des barrières à l'entrée, sur la différenciation existant entre les enseignes des groupes Casino et Monoprix et sur une analyse quantitative du risque d'augmentation des prix.

Les barrières à l'entrée ou à l'augmentation de la production

Une fois les marchés locaux « problématiques » identifiés à l'aide du critère de parts de marché ou d'un filtre quantitatif enrichi, l'évaluation du pouvoir de marché ne présente ensuite que peu de spécificités par rapport à celle effectuée dans le cas de marchés nationaux ou internationaux. Cependant, les marchés locaux peuvent avoir

81. « Les risques d'atteinte à la concurrence ne seront écartés que dans les zones de chalandise parisiennes dans lesquelles la nouvelle entité disposera de moins de 60% des surfaces de vente et fera face à 3 groupes concurrents au moins (seuls les concurrents exploitant des magasins de plus de 120 m² étant retenus à ce titre), à condition que ces derniers détiennent au moins la moitié des magasins des zones concernées, toutes surfaces confondues. En outre, les risques d'atteinte à la concurrence ne pourront pas être écartés dans les zones où l'opération conduira Casino, qui y détenait déjà un supermarché, à acquérir un magasin à l'enseigne Monoprix, alors qu'aucun supermarché concurrent n'y est présent » (§ 274).

la particularité de présenter des barrières à l'entrée plus élevées que les marchés nationaux ou supranationaux.

En effet, dans certains cas, les marchés locaux n'offrent qu'un potentiel de demande trop limité pour rentabiliser à court terme l'implantation d'une nouvelle unité de production ou de revente. La combinaison de l'étroitesse de la demande et de coûts fixes élevés constitue alors, en tant que telle, une barrière à l'entrée économique, susceptible de faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché par les opérateurs en place. Il peut ainsi être remarqué que de nombreux secteurs, comme celui de la distribution alimentaire de détail⁸², présentent au niveau national un nombre d'opérateurs plus élevé que ceux présents sur les marchés locaux.

L'existence de telles barrières à l'entrée a fréquemment été soulignée dans le cas des marchés ultramarins, en particulier dans les secteurs de la distribution alimentaire de détail⁸³, du fait notamment des coûts logistiques et fonciers, ou de la banque de détail⁸⁴. Elle caractérise également certains marchés qui, bien que de dimension locale, nécessitent la présence d'infrastructures pour fonctionner. Or, du fait des coûts fixes importants qui caractérisent leur développement, celles-ci sont fréquemment peu nombreuses sur la zone considérée. Il en va ainsi notamment dans le secteur du transport de passagers ou de marchandises, pour lequel les gares, les ports ou les aéroports ne sont qu'en nombre limité sur un marché local donné⁸⁵. L'exploitant de ces infrastructures dispose alors d'un important pouvoir de marché vis-à-vis de ses clients sur le marché aval, lesquels peuvent aussi être concurrents de l'une ou l'autre de ses filiales.

Les barrières à l'entrée constatées sur certains marchés locaux peuvent prendre d'autres formes. Ainsi, toujours dans le secteur du transport, l'Autorité de la concurrence a pu constater l'existence, sur les marchés du transport urbain et interurbain de voyageurs, de barrières à l'entrée liées à des effets d'expérience et de réputation⁸⁶. Les opérateurs sortants ou ceux exploitant des réseaux urbains ou interurbains proches sont alors avantagés par rapport à d'éventuels nouveaux entrants qui, du fait de la petite taille des marchés ouverts à la concurrence, ne peuvent bénéficier des mêmes économies d'échelle et d'expérience.

Enfin, certains marchés locaux, de par leur géographie, peuvent pâtir d'une rareté de ressources naturelles qui restreint les possibilités d'entrée, en limitant le nombre d'espaces disponibles d'une part, en rendant ces espaces plus coûteux d'autre part. La rareté du foncier a ainsi fréquemment été soulignée pour ce qui concerne le secteur de la distribution de détail, notamment dans les territoires ultramarins et à Paris *intra-muros*, où la destination des locaux commerciaux ne peut généralement pas être modifiée du fait des réglementations de l'urbanisme commercial.

82. Voir avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

83. Voir avis 09-A-45 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

84. Voir la décision 09-DCC-16 précitée.

85. Voir par exemple la décision 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

86. Voir décision 10-DCC-198.

Dans le secteur de la production de granulats, des barrières à l'entrée importantes ont également été constatées, liées aux autorisations administratives et aux contraintes environnementales qui limitent l'ouverture de nouvelles carrières ou l'augmentation de la production⁸⁷.

Le rôle de la dimension locale des marchés dans la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles ou dans les effets anticoncurrentiels des opérations de concentration

Les pratiques ou les risques concurrentiels identifiés sur des marchés locaux présentent fréquemment certaines caractéristiques propres. Ainsi, la proximité géographique entre les opérateurs ainsi que vis-à-vis de certaines institutions de régulation, fréquente lorsque l'activité est exercée sur des marchés locaux, peut faciliter la mise en place de pratiques anticoncurrentielles. À l'inverse, le fait, pour les membres d'une entente, d'être présents sur plusieurs marchés géographiques locaux, présentant chacun leurs spécificités en termes d'offre et de demande, nécessite des efforts supplémentaires de coordination et de surveillance, spécifiques à chaque marché, qui peuvent rendre une entente complexe à organiser. Enfin, les stratégies et les risques d'éviction susceptibles d'être constatés sur des marchés locaux peuvent également présenter certaines particularités, du fait, notamment, du pouvoir de marché détenu par certains opérateurs sur ces zones. Le risque de pratiques anticoncurrentielles est particulièrement élevé lorsque certains opérateurs maîtrisent l'accès à une infrastructure qui, du fait du caractère local des marchés concernés et des coûts fixes associés à la mise en place de cette infrastructure, n'a pas d'équivalent sur le marché local concerné.

La proximité géographique entre opérateurs présents sur les marchés locaux peut faciliter la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles

L'une des particularités des marchés locaux est de favoriser les prises de contact et la connaissance mutuelle des opérateurs grâce à leur proximité géographique. La circulation d'informations étant accrue, les pratiques de concertation et d'entente peuvent alors en être facilitées. Dans une certaine mesure, les marchés locaux peuvent être comparés à de petites économies, au sujet desquelles l'OCDE a souligné : « *In a small economy, everybody knows each other [...] it is obviously easy to maintain cartels and other collusive arrangements because when "everybody knows everybody else" there is no need for detailed and difficult-to-manage (vulnerable) contractual*

87. Voir par exemple les décisions 10-DCC-98 précitée et 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux. Voir aussi la décision 07-D-14 du 2 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, concessionnaire des remontées mécaniques sur la station de ski de Pra-Loup, ainsi que la décision 10-D-06 du 26 février 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des Téléphériques de la Grande Motte (STGM).

arrangements»⁸⁸. De fait, de nombreuses décisions sanctionnent des concertations ou des ententes entre des petites ou moyennes entreprises uniquement présentes sur leur marché local, en France métropolitaine ou dans les DOM.

Par ailleurs, l'OCDE a également pu relever que : « *it can be typical of a small economy that, at the early stages of development, politicians easily believe in market failure explanations and maintain regulatory systems that unnecessarily distort competition* » (p. 8). Ainsi, l'entente sur les barèmes de manutention entre les manutentionnaires de la Réunion sanctionnée par la décision 11-D-01 a débuté au moment de l'arrêt de la fixation des prix de la manutention par arrêté préfectoral du fait de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et faisait l'objet d'une validation par la direction départementale de l'équipement (DDE) locale. De façon analogue, la décision 09-D-03 du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales relevait que, à l'occasion du premier appel d'offres organisé, les entreprises locales qui assuraient jusqu'alors lesdits services ont fait part à l'autorité organisatrice de leur crainte de perdre leur activité, le donneur d'ordres les assurant alors « *que personne ne [serait] lésé quant à l'issue de l'appel d'offres* »⁸⁹. De fait, le Conseil de la concurrence a précisé que, « *afin de surmonter les réticences devant le premier appel d'offres lancé pour les services de transport scolaire, [l'autorité organisatrice] a probablement conçu les lots de telle façon que chaque entreprise de transport puisse conserver les services dont elle était précédemment attributaire en adhérant à un groupement candidat au lot approprié et qu'elle l'a fait savoir* » (§ 67), et que le comportement du donneur d'ordres semblait effectivement avoir facilité les pratiques de concertation des entreprises (§ 110).

Les ententes nationales mises en œuvre sur des marchés locaux

Si certaines affaires portées à l'attention de l'Autorité de la concurrence n'ont concerné qu'un marché local isolé, notamment dans le cadre d'un appel d'offres⁹⁰,

⁸⁸. OECD Global Forum on Competition, *Small Economies and Competition Policy: A Background Paper*, 2003.

⁸⁹. Décision 09-D-03 précitée, § 9.

⁹⁰. Par exemple, décisions 05-D-17 du 27 avril 2005 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte-d'Or, 05-D-26 du 9 juin 2005 relative aux marchés de travaux publics réalisés dans le département de la Meuse, 05-D-45 du 22 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre lors de la passation d'un marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy-les-Moulineaux, 05-D-51 du 21 septembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg (lot plâtrerie, isolation, cloisons), 05-D-61 du 9 novembre 2005 relative à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de construction de l'autoroute A 51 dans le département de l'Isère, 05-D-67 du 6 décembre 2005 relative aux pratiques mises en œuvre sur le marché de la signalisation routière horizontale dans les régions de Picardie et du Nord-Pas-de-Calais. Décision 13-D-09 du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan. Arrêts de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2003, SAS Signaux Laporte e. a., BOCCRF n° 2004-02 et du 18 décembre 2001, SA Bajus Transports e. a., BOCCRF n° 2002-03; Décisions du Conseil de la concurrence 06-D-08 du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault, 08-D-33, et 09-D-03 du 21 janvier 2009 précitée, confirmées par les arrêts de la cour d'appel de Paris du 23 octobre 2007, SNC Eiffage Construction Languedoc, 2006/07494, du 3 novembre 2009, Compagnie française de transport interurbain, 2009/01024 et du 5 janvier 2010, Ponsarty SARL e. a., 2009/02679.

d'autres en revanche ont couvert plusieurs marchés locaux distincts, soit à l'échelle d'une région, soit à l'échelle nationale, par exemple au travers d'une succession d'appels d'offres.

Du point de vue de l'analyse juridique, l'un des enjeux de ces dossiers est alors d'appréhender si les ententes nouées à l'occasion de ces différents appels d'offres constituent une pratique mise en œuvre à une échelle plus étendue. Comme le rappelle en effet l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 janvier 2003, « [...] 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; 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 [...] ».

À titre illustratif, dans sa décision 05-D-38⁹¹, le Conseil de la concurrence a ainsi sanctionné trois entreprises de transport de dimension nationale (Connex, Keolis, et Transdev) pour s'être concertées en vue de se répartir le marché national du transport public urbain de voyageurs, lequel marché national fonctionne au travers des différents appels d'offres périodiquement organisés par les collectivités locales. Le Conseil de la concurrence a appuyé sa démonstration de l'entente au niveau national sur les différents indices montrant la coordination au niveau national des pratiques des entreprises, et notamment l'implication des entreprises mères, dont les dirigeants se rencontraient régulièrement pour échanger des informations sur leurs projets de réponse aux différents appels d'offres et qui surveillaient étroitement l'activité de leurs filiales locales. La qualification d'entente nationale a également été fondée sur la conception de plans de compensation entre entreprises relativement aux différents marchés (par exemple, des échanges de marché entre entreprises) ou de plans de repréaillies, une déviation par rapport à la ligne commune pouvant être sanctionnée par une plus grande agressivité des concurrents dans les autres appels d'offres ouverts.

À l'inverse, dans la décision 11-D-02⁹², l'Autorité de la concurrence n'a pas conclu à un accord de répartition des parts de marché au niveau national dans le secteur des monuments historiques. Elle a constaté la mise en œuvre de pratiques d'entente lors de la passation de plusieurs marchés publics de restauration des monuments historiques, et notamment lors de la passation de la quasi-totalité de ces marchés en Haute et Basse-Normandie et en Picardie. De plus, ces pratiques s'appuyaient notamment sur une répartition des marchés selon le lieu d'implantation et l'historique de l'entreprise (chaque entreprise se voyant allouer les marchés

91. Décision 05-D-38 du 5 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs.

92. Décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

géographiquement proches et/ou ceux dont elle était habituellement attributaire) et la soumission d'offres de couverture par des entreprises extérieures à la région, entreprises à leur tour « couvertes » dans leur région d'intervention. Cependant, la plupart des entreprises mises en cause n'étaient actives que sur une partie du territoire national, voire seulement sur une partie du territoire visé. En outre, elles se rencontraient dans le cadre des structures locales de leurs instances représentatives. Enfin, les appels d'offres, dans lesquels certains concurrents soumettaient des offres de couverture, étaient lancés par les directions régionales des affaires culturelles plutôt qu'au niveau national. En définitive, l'Autorité a conclu que l'existence d'une entente nationale de répartition des marchés n'était pas démontrée.

Du point de vue de l'analyse économique, la réalisation d'ententes décidées à un niveau national puis découpées localement présente une double dimension. En premier lieu, la multiplicité de marchés locaux ou d'appels d'offres peut favoriser la constitution et la stabilité des ententes. En effet, si la soumission des offres avait lieu une seule fois, chaque entreprise serait individuellement incitée à « tricher » et à ne pas respecter l'entente, empêchant ainsi sa mise en place. La succession d'appels d'offres incite au contraire les concurrents à mettre en place et à respecter une entente, pourvu que les perspectives de pertes futures en cas de non-respect de cette entente excèdent les gains associés à la tricherie lors de la réponse à l'appel d'offres courant.

Cependant, à cette dimension incitative s'oppose une contrainte extrêmement concrète : la présence de multiples marchés locaux accroît les coûts d'organisation de l'entente. En effet, l'entente nécessite d'être de plus en plus sophistiquée au fur et à mesure que le nombre de marchés locaux (ou d'appels d'offres) sur lesquels elle porte s'accroît. Ces différents marchés locaux peuvent différer de par les chiffres d'affaires et les profits qui leur sont associés, rendant plus difficile un éventuel partage des marchés. De plus, les conditions de demande et d'offre peuvent être distinctes sur chacun des marchés locaux envisagés, si bien que les tarifs fixés peuvent devoir être adaptés à ces conditions locales. Enfin, la multiplicité des marchés locaux nécessite, de la part des membres de l'entente, des efforts de surveillance adaptés afin de vérifier que les comportements des entreprises respectent les modalités de l'entente fixées pour chaque marché local et qu'une éventuelle modification des conditions locales de concurrence ne soit pas considérée à tort comme une déviation de l'entente.

La nécessaire sophistication du partage des marchés à l'occasion d'ententes décidées à un échelon national ou régional puis mises en œuvre à un échelon local transparait par exemple au travers de l'organisation de l'entente dite des « lycées d'Île-de-France »⁹³ où toute une série de réunions ont été nécessaires pour organiser le partage des 88 marchés d'appels d'offres passés, en sept « vagues » distinctes, entre 1989 et 1997. De même, le cartel institué par onze entreprises du négoce de produits sidérurgiques et le principal syndicat de la profession a

93. Décision 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France.

nécessité l'organisation de réunions à différents niveaux géographiques, le territoire national étant découpé en onze régions avec chacune à leur tête un « président », et ce bien que le marché pertinent retenu dans cette décision ait été de dimension nationale⁹⁴.

Le rôle de la dimension locale des marchés dans les pratiques ou les risques d'éviction analysés par l'Autorité de la concurrence

Comme précisé précédemment sur certains marchés locaux, la combinaison de coûts fixes relativement élevés par rapport à la demande locale a pour effet d'empêcher toute entrée et de conférer aux opérateurs déjà installés du pouvoir de marché, voire une position dominante, qu'ils peuvent ensuite utiliser pour évincer ou gêner leurs concurrents, soit sur le marché même où ils détiennent leur position dominante, soit sur un marché connexe. Les pratiques d'éviction mises en œuvre en ces occasions peuvent alors revêtir différentes formes.

Ainsi, dans sa décision 07-D-44⁹⁵, le Conseil a sanctionné le GIE Ciné Alpes pour s'être appuyé sur la position dominante dont il disposait pour la diffusion de films dans certaines zones géographiques (notamment dans les stations de ski des Alpes du Nord et dans certaines villes de taille moyenne) afin d'obtenir de la part des distributeurs une exclusivité ou une priorité de diffusion de leurs films dans les zones de chalandise où il était en concurrence avec d'autres exploitants de salles, comme les villes de Clermont-Ferrand ou Dijon où il se retrouvait donc avantagé par rapport à ses concurrents locaux⁹⁶. Dans certains cas, un opérateur dominant au niveau national a mis en place des stratégies anticoncurrentielles sur un ou plusieurs marchés locaux dans le but de restreindre la concurrence sur lesdits marchés mais aussi, par un effet de réputation, sur le marché national. Ce faisant, l'opérateur dominant peut s'assurer, à peu de frais, du maintien de sa position dominante. Ainsi, dans la décision 04-D-32, le groupe Decaux a mis en œuvre un certain nombre de pratiques dilatoires dont l'objet était, d'une part, de retarder le changement effectif de prestataire sur la ville de Rennes et, d'autre part et à plus long terme, de décourager les collectivités locales d'envisager l'attribution du marché à un autre prestataire que lui lors du renouvellement des contrats d'exploitation de mobiliers urbains arrivant à échéance⁹⁷.

De fait, les risques d'éviction le plus fréquemment rencontrés en présence de marchés locaux concernent les situations dans lesquelles un ou plusieurs opérateurs disposent, du fait de la dimension locale des marchés et des barrières à l'entrée qui en résultent, d'un accès privilégié à une infrastructure, et utilisent cet accès pour fausser la concurrence sur un marché dit « aval », soit pour leur propre

94. Décision 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

95. Décision 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

96. Voir, sur le même secteur, la décision 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films.

97. Décision 04-D-32 du 8 juillet 2004 relative à la saisine de la société More Group France contre les pratiques du groupe Decaux.

bénéfice, soit au profit d'opérateurs qu'ils ont délibérément choisi de favoriser. Une telle logique peut notamment être à l'œuvre sur certains marchés de transport de fret ou de passagers où des économies d'échelle limitent le nombre d'opérateurs d'infrastructures (ports, aéroports, gares) proposant des services de transport ou des services annexes (hôtellerie, manutention, dépannage, etc.). Les gestionnaires de ces infrastructures peuvent alors être tentés de limiter l'accès de celles-ci aux opérateurs tiers, afin d'être mieux positionnés sur les marchés aval ou d'y favoriser certaines entreprises⁹⁸. Ce risque d'effet vertical a également été fréquemment pris en compte lors de l'analyse des opérations de concentration dans les secteurs du transport de passagers ou de marchandises⁹⁹.

De tels risques concurrentiels ont pu être identifiés, et le cas échéant, sanctionnés, dans de nombreux autres secteurs, dès lors que, du fait de la combinaison entre la dimension locale des marchés et des coûts fixes d'installation ou, plus simplement, de la rareté de certaines ressources ou certains emplacements sur ces marchés, certains opérateurs se trouvent être en position dominante ou détenir un avantage concurrentiel sur leurs rivaux grâce à l'exploitation d'une infrastructure sur ces marchés locaux. Peuvent ainsi être mentionnés des secteurs aussi différents que ceux :

- de l'imagerie médicale¹⁰⁰, où certains radiologues détenaient un accès privilégié aux matériels d'imagerie médicale installés sur leur zone d'exercice,
- des pompes funèbres¹⁰¹, où certains opérateurs disposant d'un accès privilégié à une chambre funéraire, généralement en nombre limité sur une zone de chalandise donnée, s'en sont servis pour être avantagés sur le marché des prestations funéraires, notamment par l'intermédiaire d'une confusion organisée entre les services de la chambre funéraire et leurs propres services commerciaux,
- de la production de matériaux issus de carrières¹⁰², la maîtrise de l'exploitation d'une carrière permettant à son détenteur d'influencer les conditions de concurrence sur les marchés en aval,
- ou encore du tourisme de montagne, les exploitants des remontées mécaniques étant susceptibles d'influer, par l'intermédiaire de la vente de tickets, sur la concurrence entre les différents prestataires d'hébergement en stations qui proposent ensuite ces tickets à leurs clients¹⁰³.

98. Décisions 98-D-77 du 15 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par les Aéroports de Paris (ADP) dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles-de-Gaulle, 07-D-28 précitée, et 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.

99. Décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route, par la SNCF, opérateur de transport ferroviaire. Décision 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations, et 12-DCC-154 précitée.

100. Décisions 06-D-36 et 10-D-25 et 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.

101. Décisions 03-D-15 du 17 mars 2003 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitry et des communes limitrophes, 04-D-70 et 11-D-06 précitées (dans cette dernière décision un non-lieu a été prononcé).

102. Voir la décision 10-DCC-98 précitée.

103. Décision d'engagements 10-D-06 du 26 février 2010 visant les pratiques tarifaires du concessionnaire exclusif du service des remontées mécaniques de Tignes, susceptibles d'être qualifiées de discriminatoires entre les différentes catégories de professionnels du tourisme (hébergeurs locaux, tours-opérateurs).

Préserver et restaurer le jeu concurrentiel sur les marchés locaux

Comme décrit précédemment, les marchés locaux peuvent présenter une structure peu propice à l'intensité concurrentielle : la conjonction d'une demande limitée et de coûts fixes d'installation importants peut notamment conduire à une concentration de l'offre de certains produits ou services propre à conférer du pouvoir de marché à certains opérateurs. Les outils utilisés pour préserver ou restaurer le jeu concurrentiel, qu'il s'agisse des sanctions infligées aux entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ou des engagements pris dans le cadre de l'examen d'une opération de concentration ou d'une procédure d'engagements méritent donc une attention particulière. Par ailleurs, adéquatement définis, des outils réglementaires peuvent aider au fonctionnement de la concurrence sur les marchés locaux.

Le rôle de la dimension locale des marchés dans l'applicabilité du droit de l'Union et la sanction des pratiques anticoncurrentielles

La dimension locale des marchés est susceptible d'influencer l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union européenne et d'affecter le niveau des sanctions infligées.

Délimitation d'un marché local et affectation des échanges entre États membres

Les règles de concurrence de l'Union européenne sont applicables aux pratiques anticoncurrentielles constatées par les autorités nationales de concurrence (ANC) ou par les juges nationaux si le commerce entre États membres est susceptible d'être sensiblement affecté par les pratiques en cause¹⁰⁴. Si l'application parallèle des deux droits, national et de l'Union, prévue par l'article 3 du règlement 1/2003, ne conduit pas à un cumul de sanctions (ce qui serait en tout état de cause contraire au principe *non bis in idem*), il n'est cependant pas sans conséquence sur l'application des règles d'imputabilité ou de celles relatives à la notion d'« entreprise », sur l'utilisation d'informations d'autres ANC comme preuves dans les procédures nationales, ou sur certaines règles de preuve en matière de pratiques d'ententes.

Aux termes des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (devenus 101 et 102 TFUE), l'applicabilité du droit de l'Union suppose l'examen de trois notions distinctes : la notion de « commerce entre États membres », la notion de « susceptible d'affecter » et la notion de « caractère sensible » (§ 18). À cet égard, la notion de « commerce entre États membres » n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers, mais suppose simplement qu'il doive y avoir une influence sur les activités économiques transfrontalières impliquant

¹⁰⁴. 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).

au moins deux États membres (§ 19 à 21). La notion de « susceptible d'affecter » a quant à elle pour rôle de définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre États membres. Elle suppose que l'accord en cause doive, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres (§ 23). L'appréciation de l'affectation du commerce entre États membres résulte de la nature de la pratique, de celle des produits concernés et de la position et de l'importance des entreprises en cause (§ 28 à 32).

La notion de « caractère sensible », enfin, intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit de l'Union aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir une certaine ampleur (§ 44). Le seuil d'affectation sensible du commerce entre États membres est fixé à un niveau relativement bas par la jurisprudence de l'Union. En effet, les accords et pratiques anticoncurrentiels échappent à l'interdiction énoncée à l'article 101 TFUE « lorsqu'il [s] n'affecte [nt] le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause¹⁰⁵ ». Aux termes des lignes directrices précitées, une absence d'affectation sensible du commerce entre États membres peut être présumée, pour ce qui concerne les pratiques qui relèvent de l'article 101, lorsque le chiffre d'affaires annuel moyen des produits concernés réalisé dans l'Union par les entreprises en cause est inférieur à 40 millions d'euros et lorsque la part de marché totale des parties sur le marché en cause affecté est inférieure à 5 % (§ 52). Lorsque les pratiques visées affectent, de par leur nature même, le commerce entre États membres (par exemple parce qu'elles concernent des importations ou des exportations ou affectent plusieurs États membres), il existe une présomption positive réfutable d'affectation sensible du commerce entre États membres lorsque le chiffre d'affaires des parties en cause avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'euros ou lorsque la part de marché cumulée des parties est supérieure à 5 % (§ 53).

Concernant toutefois le seuil de 5 % de la part de marché des parties, il y a lieu de relever qu'une telle présomption n'existe pas lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un État membre. Ainsi, dans le cas de pratiques mises en œuvre sur des marchés locaux, le caractère sensible de l'affectation du commerce intracommunautaire nécessite une analyse multicritère prenant notamment en compte la puissance économique des entreprises auteurs des pratiques, le fait que celles-ci ont eu pour conséquence d'empêcher les concurrents d'autres États membres d'avoir accès à une partie du marché d'un État membre constituant une partie substantielle du marché commun, et l'importance des ventes concernées par l'accord par rapport aux ventes nationales¹⁰⁶.

105. CJCE, 9 juillet 1969, Völk (5/69, Rec. 1969, p. 295), § 7.

106. Décision 07-D-49 du 19 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier; CA Paris, 28 mars 2013, société Allez et Cie e. a. n° 2011/20125 (affaire dite « des carburateurs » rappelant les principes de l'analyse multicritère).

Plusieurs décisions sanctionnant des pratiques mises en œuvre sur des marchés infranationaux ont fait application du droit de l'Union. Ainsi, tout en définissant le marché pertinent géographique comme étant celui limité à la zone Antilles-Caraïbes, l'Autorité de la concurrence¹⁰⁷ et la cour d'appel de Paris¹⁰⁸ ont considéré, au terme d'une analyse multicritère, qu'en raison, en particulier, de la nature transfrontalière des échanges permis par les services de téléphonie mobile le commerce intracommunautaire était potentiellement affecté par les pratiques, le caractère sensible de cette affectation reposant quant à lui sur la dimension européenne du groupe ayant commis les pratiques, sur l'importance, en superficie et en population, des territoires concernés comparée à celle de nombreux pays de l'Union et, enfin, sur les obstacles à l'entrée d'autres opérateurs européens sur ce marché du fait des pratiques.

Dans sa décision 08-D-30 du 4 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre à la Réunion par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre-Mer et Total Réunion, le Conseil de la concurrence puis la cour d'appel de Paris, dans un arrêt récent, ont considéré que le commerce intracommunautaire était affecté notamment par la nature du produit concerné, le carburant pour avions. En effet, l'offre de carburéacteurs émane de compagnies internationales opérant depuis l'Europe, tout comme les services de transport aérien vers et depuis la Réunion utilisant ce produit. Le caractère sensible de cette affectation découle de la taille des entreprises impliquées et de la dimension du marché affecté, l'aéroport de la Réunion étant de taille jugée suffisamment importante.

De même dans la décision 07-D-49 du 19 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Biotronik, Ela Medical, Guidant, Medtronic et Saint Jude Medical à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, le Conseil de la concurrence a retenu l'affectation des échanges communautaires, car l'appel d'offres, lancé suivant la procédure de l'appel d'offres européen, porte sur près de 46 % des ventes de défibrillateurs implantables en 2001 auprès de la moitié des CHU français, et représente une partie substantielle du marché commun au sens de la jurisprudence communautaire. En outre, les cinq fournisseurs de défibrillateurs en cause sont des groupes d'envergure internationale qui opèrent sur l'ensemble du marché commun.

Enfin, dans la décision 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, l'affectation des échanges intracommunautaires résulte du fait que les pratiques ont toutes eu pour objet et effet de limiter les importations en Corse provenant d'autres États membres de l'Union, au profit des deux cimentiers français Lafarge et Vicat. Le caractère sensible a été établi sur la base des chiffres d'affaires des cimentiers impliqués, excédant largement les seuils définis par la Commission dans ses lignes directrices.

107. Décision 09-D-36 précitée.

108. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 2013, page 9 et 10 pour l'ensemble des considérants.

L'influence de la dimension locale des marchés sur le montant des sanctions

Bien que la dimension locale d'un marché ne soit pas de nature à remettre en cause la gravité d'une pratique anticoncurrentielle¹⁰⁹, elle peut néanmoins influencer le montant des sanctions au travers des ventes affectées d'une part, de l'importance du dommage causé à l'économie d'autre part.

En premier lieu, les ventes affectées par des pratiques mises en œuvre sur un ou plusieurs marchés locaux sont généralement plus faibles que si celles-ci avaient porté sur un marché national¹¹⁰, réduisant ainsi l'assiette de la sanction. En revanche, des pratiques mises en œuvre sur des marchés locaux dont la juxtaposition conduit à ce que l'ensemble du marché national soit affecté seront sanctionnées à l'aune des ventes réalisées sur l'ensemble du territoire national : en effet, c'est l'étendue géographique des pratiques mises en œuvre qui va déterminer l'ampleur des ventes affectées. Enfin, il convient de relever qu'en cas d'ententes sur des appels d'offres l'importance du dommage à l'économie peut dépasser le seul marché pertinent directement visé par les pratiques, notamment lorsque celles-ci sont mises en œuvre par une entreprise opérant sur de multiples marchés. En effet, en pareil cas, ces pratiques peuvent causer un dommage d'une importance particulière pour le fonctionnement de la concurrence, du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs¹¹¹.

En second lieu, des paramètres qualitatifs propres à certains marchés locaux peuvent également influencer, à la hausse ou à la baisse, le dommage causé à l'économie et, partant, le montant des sanctions infligées. Ainsi, le fait que des pratiques se soient restreintes à un marché local peut tempérer l'importance du dommage causé. S'agissant des pratiques d'entente sur le marché des agrégats à Saint-Pierre-et-Miquelon¹¹², l'Autorité a ainsi considéré que le dommage causé à l'économie est resté « *limité par rapport à l'économie générale française dans son ensemble* » (§ 253), un raisonnement également suivi pour la sanction de l'entente sur l'approvisionnement d'Air France en kérosène à la Réunion¹¹³.

Pour autant, s'agissant de cette dernière décision, le Conseil de la concurrence a estimé que le dommage causé était important sur le marché directement affecté mais aussi sur le marché du transport aérien local – le prix du kérosène représentant

109. CA Paris, 28 mars 2013, société Allez et Cie e. a. n° 2011/20125.

110. Voir, parmi de nombreuses décisions de sanction, les décisions 08-D-12, 08-D-20, 10-D-04 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération et 10-D-39 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière. Voir également le communiqué du 16 mai 2001 de l'Autorité de la concurrence sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, qui précise : « *Pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité tient notamment compte [...] en fonction de leur pertinence et dans la mesure où elle en dispose [de] l'ampleur de l'infraction ou des infractions (couverture géographique, nombre, importance et parts de marché cumulées des entreprises en cause, etc.)* » (§ 32, soulignement ajouté).

111. Voir par exemple la décision 07-D-15 précitée, qui relève en son point 482 que : « *Les entreprises du BTP parmi les plus importantes du secteur ont pris part à cette répartition générale de marchés, donnant à croire, compte tenu de leur envergure nationale, voire internationale, [...], que les pratiques étaient d'un usage courant dans le secteur et, par un effet de banalisation, entraînant dans leur sillage des sociétés de taille plus modeste.* »

112. Voir décision 12-D-06.

113. Voir décision 08-D-30.

une part importante du prix du billet – et potentiellement sur les autres marchés locaux, compte tenu de l'importance du transport aérien pour l'activité de l'île de la Réunion. Le dommage causé par cette pratique est également amplifié par la faible sensibilité de la demande de la clientèle au prix du kérosène du fait de son caractère captif, la société Air France et les autres compagnies aériennes ne pouvant s'approvisionner ailleurs que sur l'escale de la Réunion auprès des compagnies pétrolières incriminées. Ce raisonnement est d'ailleurs fréquemment énoncé lorsque les pratiques sont mises en œuvre sur des marchés locaux insulaires¹¹⁴.

Enfin, sur certains marchés locaux, et notamment sur les marchés insulaires, les consommateurs disposent, en moyenne, de revenus inférieurs à ceux de la population française dans son ensemble tandis que les biens et services visés par les pratiques, comme les services de télécommunications¹¹⁵, peuvent revêtir pour eux une importance particulière du fait de leur enclavement. Ces deux facteurs peuvent alors être de nature à aggraver le dommage causé par des pratiques anticoncurrentielles.

Restaurer et préserver la concurrence sur les marchés locaux par des engagements

Les entreprises et organismes dont le comportement a été porté à l'attention de l'Autorité de la concurrence soit au travers d'une saisine contentieuse, soit au travers d'une enquête *ex officio*, peuvent, lorsque ce comportement soulève des préoccupations de concurrence, choisir d'y remédier en soumettant à l'Autorité des propositions d'engagements que celle-ci peut, après les avoir fait modifier lorsque cela est nécessaire, rendre obligatoires. À cet égard, le faible montant des ventes affectées par des pratiques d'entente verticale ou d'abus de position dominante mises en œuvre sur un marché local de petite taille peut justifier, au moins du point de vue de l'Autorité, qu'une procédure d'engagements, plutôt que contentieuse, soit privilégiée¹¹⁶.

Des engagements, parfois qualifiés de « remèdes », peuvent également être pris par des entreprises qui notifient à l'Autorité de la concurrence une opération de concentration susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels. Lorsque les marchés concernés présentent une dimension locale, de tels engagements peuvent s'avérer particulièrement appropriés si l'opération ne présente des risques anticoncurrentiels que sur certains marchés locaux. Des engagements ciblés sur ces zones peuvent alors être demandés. Pour autant, particulièrement dans les cas où l'opération notifiée risque d'engendrer des effets anticoncurrentiels verticaux, les engagements pris par les parties peuvent également avoir une portée générale,

114. Voir décision 12-D-06.

115. Voir décision 09-D-24.

116. Voir les décisions d'engagements prises dans les secteurs des pompes funèbres et de l'imagerie médicale, où seuls des marchés locaux isolés et de petite taille étaient affectés par les pratiques susceptibles d'être qualifiées d'anticoncurrentielles. En revanche, ainsi que le souligne le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important sont, en principe, peu susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'engagements (§ 11).

même lorsque les marchés susceptibles d'être affectés sont de dimension locale plutôt que nationale ou supranationale.

Deux types d'engagements peuvent être distingués selon la nature du risque concurrentiel qu'ils visent à pallier : les engagements pris en réponse à des risques de hausses des prix – ou « effets horizontaux » – et ceux pris pour pallier des risques d'éviction d'opérateurs concurrents.

Les engagements pris en réponse à des risques d'effets horizontaux identifiés sur des marchés locaux

Une première catégorie d'engagements remédie au risque d'augmentation des prix. Comme les pratiques d'entente horizontale susceptibles de causer de telles hausses ne font qu'exceptionnellement l'objet de procédures d'engagements, ces remèdes sont surtout étudiés lors de la notification d'opérations de concentration, en réponse au risque que la fusion entre deux concurrents ne les incite à accroître leurs prix de vente. À cet égard, lorsque l'activité des parties à la concentration se déploie sur des marchés, des engagements consistant en la cession de points de vente ou de production sur les zones de chalandise où, du fait notamment d'une trop grande présence de la nouvelle entité, l'opération pose des risques de hausse de prix (ou de dégradation de la qualité des produits ou des services rendus) sont particulièrement adaptés. En effet, lorsque les marchés sont locaux, les entreprises choisissent fréquemment de mailler le territoire de différents points de vente ou de production. Une cession de certains d'entre eux peut alors être envisagée sans porter atteinte à l'équilibre économique de la nouvelle entité. De tels engagements constituent alors une solution proportionnée et efficace au risque horizontal identifié. Ils ont fréquemment été utilisés dans le secteur de la distribution, de gros comme de détail, mais aussi dans d'autres secteurs comme celui de l'extraction de granulats ou dans celui du transport public urbain et interurbain de voyageurs.

Les engagements structurels consistant en la cession de points de vente ou de production sont le plus souvent préférés à des engagements comportementaux, nécessairement limités dans le temps et dont le suivi peut être rendu difficile par d'importantes asymétries d'informations entre les autorités de concurrence et les entreprises les souscrivant. Cependant, des engagements structurels ne sont pas toujours envisageables, ni toujours efficaces ou proportionnés. S'agissant de marchés locaux, les engagements visant à remédier à des risques d'effets horizontaux peuvent être de nature comportementale dans trois cas de figure.

Premièrement, sur certains marchés locaux, les unités de production sont relativement peu nombreuses, du fait d'économies d'échelle ou pour des raisons exogènes liées par exemple à la rareté de certaines sources de matières premières. Lorsque ces unités de production peu nombreuses sont en outre difficilement fractionnables, la cession d'une unité de forte capacité peut s'avérer disproportionnée par rapport à l'atteinte à la concurrence identifiée. Des engagements comportementaux équivalents – dans la mesure du possible – à une cession d'actifs doivent

alors être trouvés, qui peuvent consister en la cession, à prix coûtant, de volumes de production à des concurrents de la nouvelle entité¹¹⁷.

Deuxièmement, dans certains cas, l'étroitesse de certains marchés locaux peut limiter leur attractivité pour d'éventuels candidats à la reprise des actifs des parties notifiantes à l'origine d'un pouvoir de marché excessif. À nouveau, des engagements comportementaux, visant par exemple à assurer une stricte indépendance des points de vente ou de production réunis par l'opération au sein d'une même entité économique, peuvent être préférés aux engagements comportementaux¹¹⁸.

Enfin, des engagements comportementaux peuvent venir en complément des engagements structurels. Dans le cas de marchés locaux, ces engagements comportementaux complémentaires peuvent par exemple viser à prévenir tout accroissement du pouvoir de marché futur. En effet, sur certains marchés locaux, les concurrents de la nouvelle entité peuvent être de très petite taille, de sorte que le rachat de certains d'entre eux par la nouvelle entité, bien qu'il puisse occasionner un accroissement de son pouvoir de marché, n'aurait pas à être notifié¹¹⁹.

Les engagements pris pour répondre à des risques d'effets d'éviction identifiés sur des marchés locaux

Comme discuté précédemment, sur les marchés locaux comme sur les marchés nationaux ou supranationaux, des concurrents ont fréquemment besoin, pour proposer leurs produits ou leurs services sur le marché, d'intrants spécifiques ou d'un accès à une infrastructure. Cependant, lorsque ces intrants ou l'accès à cette infrastructure sont proposés sur un marché local, les entreprises les fournissant sont susceptibles de détenir, sur ce marché local, un certain pouvoir de marché, ces opérateurs et ces infrastructures ne pouvant, du fait des coûts fixes élevés et d'une demande trop peu importante, être qu'en nombre limité sur le marché. Ces entreprises peuvent alors profiter de ce pouvoir de marché pour évincer certains des opérateurs utilisateurs de ces intrants ou de ces infrastructures, soit pour leur propre bénéfice, soit au profit d'entreprises tierces¹²⁰.

Dans certains cas, notamment en contrôle des concentrations, ces risques d'effets d'éviction peuvent être levés grâce à des remèdes structurels consistant en la cession d'actifs sur le marché des intrants, de façon à diminuer le pouvoir de marché à l'origine du risque d'éviction¹²¹.

Dans d'autres cas toutefois, notamment dans le cadre de procédures contentieuses, des remèdes comportementaux peuvent apparaître plus adaptés pour lever les risques d'effet d'éviction. Tel est par exemple le cas lorsque ces effets d'éviction

117. Décision 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux.

118. Décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'épargne et Banque populaire.

119. Voir décision 10-DCC-198.

120. Un raisonnement analogue peut être formulé lorsque des entreprises concurrentes doivent faire appel, pour vendre leurs produits, à des entreprises clientes, opérant sur un marché local et qui y disposent, notamment du fait de leur petit nombre, d'un pouvoir de marché.

121. Décision 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

résultent davantage de clauses contractuelles, par exemple des clauses d'exclusivité, passées entre une société disposant d'un pouvoir de marché et ses fournisseurs ou ses clients que du pouvoir de marché de la société elle-même¹²². Par ailleurs, comme dans le cas d'effets horizontaux, la rareté des actifs sur certains marchés locaux peut s'opposer à la mise en œuvre d'engagements structurels de cession. Il en va notamment ainsi dans les secteurs du transport où l'accès à des infrastructures (terminaux de transport combiné rail-route, infrastructures portuaires, gares, etc.) est nécessaire pour la fourniture de services de transport. Sur ces marchés, des engagements comportementaux consistant à garantir un accès transparent et non discriminatoire aux infrastructures de transport¹²³ sont fréquemment plus adaptés¹²⁴.

Des outils réglementaires pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés locaux

Comme discuté précédemment, le jeu de la concurrence sur certains marchés locaux peut être significativement atténué par rapport à celui observé sur des marchés d'étendue nationale ou supranationale. En particulier, la présence de coûts fixes élevés par rapport au niveau de la demande peut limiter l'entrée d'opérateurs extérieurs et le nombre d'offreurs en activité sur ce marché.

Dans certains cas, notamment lorsque les produits considérés sont de première nécessité, les craintes d'un niveau insuffisant de concurrence ont motivé l'instauration d'un encadrement des prix sur ces marchés alors qu'en réalité les nombreuses difficultés associées à un tel dispositif en limitent grandement l'efficacité. Pour ces raisons, l'Autorité a fréquemment recommandé que soient préférés des pouvoirs d'intervention de nature structurelle, permettant, notamment au travers d'une réduction des barrières à l'entrée ou d'une plus grande surveillance des comportements des opérateurs, de protéger ou d'intensifier le jeu concurrentiel.

Les difficultés associées à une régulation des prix

Bien que le droit des pratiques anticoncurrentielles assure une protection efficace des marchés locaux contre les abus de position dominante et les ententes auxquels pourraient se livrer des opérateurs actifs sur ces marchés, la tentation est parfois grande, pour le législateur, d'intervenir directement sur le niveau des prix,

122. Décision 11-DCC-134 précitée.

123. Décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA, décision 10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF Participations et Caisse de dépôt et placement du Québec, décision 12-DCC-152 du 23 octobre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel. Voir, également, l'avis 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

124. Voir, dans un autre secteur mais selon une logique similaire, les engagements pris par les radiologues membres des entités exploitant les infrastructures d'imagerie médicale (scanners et IRM) du centre hospitalier d'Arcachon visant à rendre transparentes et non discriminatoires les conditions d'accès à ces infrastructures, en monopole sur le marché local de l'accès aux infrastructures médicales sur le territoire d'Arcachon.

notamment de produits considérés comme essentiels, afin d'éviter qu'une concurrence perçue comme insuffisante n'obère le pouvoir d'achat des consommateurs.

Dans son avis relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer¹²⁵, l'Autorité a cependant pointé les différentes limites associées à la régulation des prix. En particulier, elle a ainsi souligné qu'une sous-évaluation des prix risque d'entraîner une diminution de l'offre de produits tandis qu'une surévaluation aurait pour conséquence d'inciter les opérateurs à s'aligner à la hausse sur les prix réglementés. Son analyse de l'effet de la régulation des prix des carburants en outre-mer confirme largement les risques associés aux prix réglementés : en effet, les prix « plafonds » utilisés pour la vente au détail se sont transformés en pratique en prix « planchers », les prix de détail tendant à s'aligner sur ces prix régulés¹²⁶.

Du point de vue de l'Autorité, la réglementation des prix doit donc demeurer une mesure exceptionnelle, décidée vis-à-vis de secteurs spécifiques et visant des problèmes de concurrence objectivement et précisément identifiés, par exemple lorsque certains secteurs présentent les caractéristiques d'un monopole naturel. Dans son avis relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer¹²⁷, l'Autorité a ainsi préconisé de réserver, après une période de transition, les mécanismes de réglementation des prix de détail par le préfet aux seules circonstances anormales de marché, dans lesquelles une dérive des prix et des marges de distribution seraient objectivement constatée¹²⁸. En revanche, elle a effectivement considéré que la réglementation des prix d'approvisionnement en carburant restait nécessaire en raison de monopoles de fait en matière d'importation et de stockage de carburant, recommandant cependant de mieux ajuster le niveau des prix réglementés en les fondant sur l'index public de la zone réelle d'achat de ces carburants (les index Platt's Rotterdam aux Antilles et Platt's Singapour à la Réunion). Cette recommandation de l'Autorité a notamment été reprise dans le récent décret de 2013¹²⁹, qui stipule que le prix maximal des importations doit être calculé « à partir des cotations de référence respectives sur les zones effectives d'approvisionnement franco à bord, et du cours moyen du dollar à l'exclusion de tout élément non coté » (chapitre 1^{er}, article 3, paragraphe II a i).

¹²⁵. Avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

¹²⁶. Avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer, et 13-A-21 du 27 novembre 2013 relatif aux projets de décret réglementant le prix des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'outre-mer.

¹²⁷. Avis 09-A-21 du 24 juin 2009 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer, et 13-A-21 du 27 novembre 2013 relatif aux projets de décret réglementant le prix des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'outre-mer.

¹²⁸. Voir avis 09-A-21 précité, point 209.

¹²⁹. Décret n° 2013-1314 du 27 décembre 2013 réglementant les prix des produits pétroliers ainsi que le fonctionnement des marchés de gros pour la distribution de ces produits dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Martinique.

Des interventions sur la structure des marchés

Du fait des difficultés de mise en œuvre et des risques d'effets négatifs de la régulation des prix, des interventions sur les structures de marché, de nature à préserver ou à renforcer l'intensité de la concurrence sur les marchés locaux, doivent donc être privilégiées. Ces interventions, qui peuvent revêtir différentes formes, ont été particulièrement soutenues dans le secteur du commerce de détail, dont les marchés présentent fréquemment une dimension locale du fait des coûts de transport limités que les consommateurs sont prêts à supporter.

Préserver la concurrence en abaissant les seuils de notification des opérations de concentration sur les marchés de détail

Comme décrit précédemment, la dimension locale des marchés peut être particulièrement prégnante dans le commerce de détail en raison des coûts de transport limités que le consommateur individuel est prêt à supporter pour acquérir les produits dont il a besoin. Sur de tels marchés, les chiffres d'affaires des points de vente peuvent être relativement limités par rapport aux seuils de notification usuels. Un opérateur pourrait alors racheter plusieurs magasins et acquérir du pouvoir de marché sur le marché local sans pour autant que ces opérations soient notifiées auprès de l'Autorité de la concurrence.

Dans ce contexte, l'abaissement des seuils de notification des opérations de concentration dans le commerce de détail, consécutivement à la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie¹³⁰, permet d'analyser un plus grand nombre d'opérations dans certaines zones de chalandise, opérations qui, malgré la taille limitée des magasins cibles, pourraient néanmoins affecter substantiellement la concurrence sur certains marchés locaux. Dans le commerce de détail, l'abaissement des seuils de notification en chiffre d'affaires de 150 à 75 millions d'euros et de 50 à 15 millions d'euros, respectivement pour l'ensemble des parties à l'opération et pour deux au moins de celles-ci, permet d'appréhender de façon suffisamment fine l'effet de rachats de magasins de type supermarché ou hypermarché. C'est également le cas des rachats de magasins dans les territoires ultramarins puisque, dans ce cas, le chiffre d'affaires de la cible entraînant notification de l'opération est abaissé à 5 millions d'euros, pour tenir compte de chiffres d'affaires de magasins encore inférieurs à ceux de la métropole et de la proportion plus élevée de magasins de petite taille dans ces territoires.

Intensifier la concurrence sur les marchés locaux en y abaissant les barrières à l'entrée et en procédant si nécessaire à des injonctions structurelles

Abaisser les barrières à l'entrée

L'Autorité de la concurrence a eu, à plusieurs reprises¹³¹, l'occasion de souligner les coûts économiques associés à la présence, sur le marché du commerce

130. Voir les lignes directrices précitées, partie III. B.

131. Voir notamment les avis 07-A-12, 10-A-26, 12-A-01.

de détail, de barrières réglementaires à l'entrée importantes, qui s'ajoutent aux barrières économiques résultant, dans certaines zones géographiques, de la rareté du foncier commercial d'une part, de la faiblesse de la demande comparée aux coûts fixes d'installation d'autre part, voire, dans certains cas, aux barrières stratégiques érigées par les opérateurs eux-mêmes.

Les barrières réglementaires résultent principalement du conditionnement de l'ouverture d'un magasin de détail excédant une certaine surface, aujourd'hui 1 000 m², à l'obtention d'une autorisation administrative d'installation, processus dont la longueur, particulièrement lors de recours éventuels, et les résultats incertains impactent significativement la rapidité d'installation et le coût afférent, notamment l'acquisition de terrains. Étant donné l'absence de justification des critères économiques pris en compte pour autoriser ou non ces installations, l'Autorité a donc recommandé d'abroger ce régime d'autorisation administrative sur la base de critères économiques. Les questions d'urbanisme, d'environnement et d'aménagement du territoire peuvent quant à elles être étudiées lors de l'octroi du permis de construire, tandis que la défense du petit commerce peut prendre la forme d'un soutien moins restrictif de concurrence, à travers, par exemple, des transferts incitatifs visant à encourager l'installation et le maintien de petits commerçants.

Par ailleurs, sur des marchés locaux, les barrières à l'entrée peuvent également être de nature économique, en particulier lorsque les coûts fixes associés à la gestion d'une infrastructure ne peuvent être engagés par de nouveaux concurrents du fait du caractère limité de la demande locale. Un moyen d'abaisser ces barrières à l'entrée réside alors dans la mutualisation des coûts fixes entre les opérateurs, ainsi que l'Autorité l'a souligné dans le cas des circuits d'approvisionnement et des infrastructures de stockage sur les marchés domiens¹³². Lorsque l'infrastructure nécessaire est déjà détenue et exploitée par une entreprise, ainsi que cela est fréquemment le cas pour les gares, ports et aéroports dans le secteur du transport¹³³, son accès doit être garanti à l'ensemble des concurrents dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Lorsque l'opérateur gérant l'infrastructure de transport est également actif sur le marché des prestations de transport, une séparation des activités de gestion de l'infrastructure et de prestation de transport, qui aille au-delà de la seule séparation comptable (séparation de propriété, juridique ou fonctionnelle), est un moyen de garantir cet accès¹³⁴. En dernier lieu, sur certains marchés, l'abaissement des coûts fixes d'entrée passe également par un allotissement adéquat des appels d'offres réalisés par les collectivités locales : un ajustement de la taille des lots aux coûts fixes devant être engagés pourra permettre la candidature d'opérateurs encore peu présents sur le marché local concerné, avec pour effet d'abaisser les coûts moyens de fourniture du service et donc les prix.

132. Voir les avis 09-A-21 et 09-A-45 précités.

133. Dans son avis 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, l'Autorité a ainsi rappelé l'importance des gares dans la concurrence sur les marchés locaux du transport d'une origine à une destination, préconisant une séparation nette entre l'activité de gestion des gares confiée à la SNCF et le reste des activités de transport de cette entreprise.

134. Avis 09-A-55.

En dernier lieu, les opérateurs présents sur des marchés locaux concentrés peuvent également ériger des barrières à l'entrée de nouveaux concurrents, stratégie d'autant plus efficace qu'elle se combine avec des facteurs économiques ou réglementaires objectifs rendant difficile l'installation de nouvelles entreprises. Sur le marché de la grande distribution à dominante alimentaire, l'Autorité avait ainsi pu constater l'existence, dans certains contrats de vente et d'achat des terrains par les grandes enseignes du secteur, de clauses de non-concurrence et de droits de priorité pouvant aller jusqu'à cinquante ans. De telles clauses peuvent avoir pour effet d'empêcher l'acquéreur ou le vendeur d'un terrain ou d'un local commercial d'exercer une activité alimentaire qui viendrait concurrencer le groupe de distribution déjà présent sur la zone¹³⁵. Plus généralement, elle avait également identifié, dans les relations entre les grands magasins indépendants et leurs enseignes d'affiliation, un cumul d'obstacles à la sortie de ces magasins de leur réseau d'origine alors même que cette mobilité peut être de nature à faciliter l'installation de nouveaux concurrents sur des zones de chalandise concentrées. Compte tenu des conditions strictes dans lesquelles de telles dispositions pouvaient être qualifiées d'anticoncurrentielles et du nombre élevé de marchés locaux concernés, l'Autorité avait par conséquent recommandé au législateur de limiter la durée de certaines de ces clauses et d'en supprimer d'autres, ce afin d'introduire plus de mobilité dans l'ensemble des réseaux de distribution et de dynamiser ainsi le jeu de la concurrence sur les marchés locaux de la distribution alimentaire de détail.

Procéder, lorsque nécessaire, à des injonctions structurelles sur les marchés de détail

Sur certains marchés de détail locaux, cependant, un abaissement des barrières réglementaires ou économiques à l'entrée ne suffit pas à intensifier la concurrence. Sur le marché parisien du commerce de détail à dominante alimentaire par exemple, l'Autorité a constaté, d'une part, la position prépondérante des magasins des groupes Casino et Monoprix, d'autre part, que le rythme élevé d'ouverture de petites surfaces de vente ne suffisait pas à dynamiser le jeu concurrentiel, et ce alors même que le potentiel de croissance du marché était incertain¹³⁶.

Sur de tels marchés locaux, l'Autorité a estimé qu'une intensification de la concurrence passait par une intervention volontariste sur la structure de marché, et plus particulièrement par des injonctions structurelles portant sur la vente de certains magasins aux concurrents de l'opérateur disposant d'un pouvoir de marché. De fait, au travers de la loi 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer, dite « loi Lurel », le Gouvernement a reconnu la spécificité de certains marchés locaux, en l'occurrence les marchés ultramarins, et y a doté l'Autorité de la concurrence de pouvoirs d'intervention spécifiques. Ladite loi prévoit notamment un pouvoir d'injonction structurelle en matière de grande distribution, indépendant de tout

135. Avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

136. Avis 12-A-01 précité.

constat d'infraction puisqu'il s'appuie sur le constat d'une position dominante se traduisant par des prix ou des marges excessifs. Les entreprises visées peuvent alors proposer des engagements pour remédier à ce constat. Si elle estime les engagements insuffisants, l'Autorité peut, « *par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises concernés et à l'issue d'une séance devant le collège, leur enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui limite le libre jeu de la concurrence. Elle peut, dans les mêmes conditions, leur enjoindre de procéder à la cession de surfaces, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective* » (article 5).

Cependant, cette disposition ne vaut que pour les départements, territoires et collectivités d'outre-mer. En métropole, en revanche, le pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité demeure extrêmement limité, car subordonné à la constatation d'un abus de position dominante ou de dépendance économique, persistant en dépit d'une décision de l'Autorité condamnant ce dernier. L'Autorité de la concurrence, dans son Rapport annuel 2010, a précisé : « *le standard prévu par la loi, qui réserve de telles injonctions aux cas – a priori extrêmement rares – où l'opérateur poursuit son abus après une première condamnation, rend cet outil quasiment inapplicable en pratique. Les conditions d'un recours plus effectif à cet outil seraient souhaitables, dans la mesure où la contrepartie aux pouvoirs de certains acteurs ne réside pas dans une "surréglementation" du secteur mais plutôt dans un contrôle structurel abouti* ». Pour intervenir efficacement sur certaines structures de marché local, l'Autorité de la concurrence devrait donc disposer, à l'instar d'autres pays européens comme le Royaume-Uni ou la Grèce, d'un pouvoir d'injonction structurelle renforcé par rapport à celui que lui a confié la loi de modernisation de l'économie.

Conclusion

La mise en œuvre du droit de la concurrence dans les marchés locaux présente donc un double défi pour une autorité de concurrence. D'une part, l'étroitesse de ces marchés peut limiter le nombre d'opérateurs présents, engendrer des barrières économiques à l'entrée de nouveaux opérateurs et conférer du pouvoir de marché à certains d'entre eux, notamment ceux exploitant des infrastructures indispensables à la fourniture de certains services. La concurrence susceptible de s'y exercer peut donc être sensiblement atténuée par rapport à celle constatée sur des marchés plus importants et une vigilance particulière est par conséquent nécessaire à leur égard. D'autre part, l'examen de ces marchés n'est pas sans difficulté. L'absence de frontière géographique clairement délimitée, le nombre important de marchés locaux sur lesquels peuvent simultanément opérer les entreprises et les limites des données statistiques disponibles à cette échelle sont autant de facteurs rendant l'analyse concurrentielle délicate.

Comme l'a montré cette synthèse, la pratique décisionnelle de l'Autorité s'appuie néanmoins sur de nombreux outils d'analyse et d'intervention appropriés pour

exercer une action concurrentielle efficace sur le fonctionnement des marchés locaux : tests de marché et zones d’empreinte réelle pour délimiter les marchés locaux, filtres quantitatifs pour identifier les zones de chalandise « à risque », engagements structurels et comportementaux pour apporter des réponses rapides et ciblées aux risques concurrentiels.

Des outils législatifs ont également été introduits afin de mieux tenir compte de la dimension locale des marchés et des problèmes de concurrence qu’elle soulève, tout particulièrement dans les territoires ultramarins ou concernant le commerce de détail. À cet égard, comme l’a fréquemment souligné l’Autorité, des dispositifs lui permettant d’intervenir sur la structure des marchés sont généralement plus efficaces et moins risqués que des interventions directes sur le niveau des prix, qui ne doivent être employées qu’en réponse à des problèmes de concurrence spécifiques comme des monopoles naturels.

Pratique de l'Autorité de la concurrence



Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés	109
La délimitation du marché pertinent dans le cadre de l'activité contentieuse de l'Autorité de la concurrence	109
Sur le marché des produits	109
Sur le marché de ville	110
Sur la dimension géographique du marché	110
La délimitation du marché pertinent en matière de contrôle des concentrations	111
Les marchés des matériaux de construction de murs porteurs et non porteurs : test du monopoleur hypothétique et préférences subjectives régionales	111
Les marchés de la distribution au détail de produits alimentaires à Paris	113
L'identification d'un marché de la salade en sachet	115
Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles	117
Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure	117
Le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence	117
L'applicabilité du droit de l'Union européenne	118
La prescription	120
Le déroulement de la procédure	121
Qualification des comportements	123
Les ententes	123
Les pratiques abusives	139
Imputabilité	153
Le droit applicable	153
L'imputabilité au sein d'un groupe de sociétés	154
Les organismes professionnels	158

Décisions	158
Les mesures conservatoires	158
Les décisions d'engagements	160
Les sanctions pécuniaires	165
Les injonctions de publication	175
Le contrôle des concentrations	175
Sanction des opérations réalisées sans notification	175
Réunica Arpège (13-D-01)	176
Castel (13-D-22)	177
Notion de concentration	178
Compétence territoriale	179
Opérations entre entreprises publiques	179
Contrôlabilité des opérations immobilières	181
Le caractère de plein exercice d'une entreprise commune	182
Analyse concurrentielle	183
Décision 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon	183
Décision 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux	185
Les mesures correctives	188
Les mesures structurelles	188
Les autres types de mesures structurelles	190
Activité consultative	193
Avis relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur les marchés de la téléphonie mobile en France (13-A-02 du 21 janvier 2013)	193
Avis relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles (13-A-08 du 11 mars 2013)	194
Sur les différentes modalités de partage de réseaux	194
Sur les accords de mutualisation entre réseaux mobiles	195
Sur les accords d'itinérance entre réseaux mobiles et le cas de Free Mobile	195

Avis concernant un projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel (13-A-09 du 25 mars 2013)	195
Sur la pertinence d'un maintien des TRV	196
Sur les audits annuels de la CRE et l'établissement de la formule tarifaire	197
Sur l'évolution automatique des TRV à rythme mensuel	198
Sur la clause de sauvegarde	198
Avis relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance (13-A-11 du 29 mars 2013)	199
Sur les préoccupations de concurrence	200
Sur les préconisations de l'Autorité	201
Avis relatif à un projet d'arrêté de la ministre des Affaires sociales et de la Santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique (13-A-12 du 10 avril 2013)	202
Sur les dispositions du projet d'arrêté ayant un impact sur l'exercice de la concurrence	203
Sur l'orientation générale du projet d'arrêté	204
Avis concernant un projet de décret relatif aux tarifs sociaux du gaz et de l'électricité (13-A-13 du 24 juillet 2013)	205
Sur les nouvelles dispositions du projet de décret	205
Sur la possibilité, pour l'ensemble des fournisseurs d'électricité, de proposer le tarif de première nécessité	206
Sur l'intérêt de mettre en œuvre une campagne d'information à destination des consommateurs vulnérables	206
Avis relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire (13-A-14 du 4 octobre 2013)	206
Sur la création d'un gestionnaire d'infrastructure unifié	207
Sur la régulation du secteur ferroviaire	209
Sur la clarification du rôle de l'EPIC de tête	210
Avis relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville (13-A-24 du 19 décembre 2013)	211
Les laboratoires pharmaceutiques	212
Les acheteurs et négociants en gros	214
Les pharmacies d'officine	216

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés

Tant en matière de contrôle des concentrations qu'à l'occasion de procédures contentieuses, plusieurs décisions ont donné lieu à des analyses approfondies en vue de parvenir à la définition de certains marchés. L'Autorité s'est ainsi prononcée sur la substituabilité d'un médicament et de ses génériques, de matériaux de construction et de produits alimentaires.

La délimitation du marché pertinent dans le cadre de l'activité contentieuse de l'Autorité de la concurrence

Dans sa décision **13-D-11**¹, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société Sanofi-Aventis à hauteur de 40,6 millions d'euros pour avoir mis en place auprès des professionnels de la santé (médecins et pharmaciens d'officine) une stratégie de dénigrement à l'encontre des génériques du médicament Plavix®, ayant pour principe actif le clopidogrel, usuellement prescrit pour la prévention des événements athérombotiques, afin de limiter leur entrée sur le marché et de favoriser ses propres produits, le princeps Plavix® ainsi que son autogénérique Clopidogrel Winthrop®.

Pour déterminer si une telle pratique relève de l'abus de position dominante, l'Autorité a procédé à la définition préalable du marché en cause, afin de déterminer la position de la société Sanofi-Aventis sur ce marché.

Sur le marché des produits

Si un marché de produits se définit 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

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

autres biens et services offerts, le secteur des médicaments présente à cet égard une particularité. En effet, la décision d'achat n'est pas prise par l'utilisateur final mais par le médecin prescripteur. La substituabilité d'un médicament à un autre ne dépend donc pas de son identité physique ou chimique mais de ses propriétés équivalentes qui conduisent les praticiens à les dispenser ou à les prescrire indifféremment, comme l'a estimé la Cour de cassation dans son arrêt du 15 juin 1999, Lilly France (pourvoi n° 97-15.185).

Le principe actif du médicament princeps Plavix® est le clopidogrel, qui, pour les médecins, semble constituer une molécule incontournable. L'Autorité a donc pu relever qu'aucune molécule ne semble pouvoir exercer une pression concurrentielle sur le clopidogrel, dont le prix est d'ailleurs élevé.

Cependant, les génériques du clopidogrel, composés du même principe actif, présentant un rapport efficacité/sécurité équivalent et pouvant traiter les mêmes pathologies concurrencent directement le Plavix®. Aussi, la réglementation française et européenne prévoit explicitement qu'ils sont substituables au princeps.

Ainsi, l'Autorité a pu estimer que le marché pertinent concernait celui du clopidogrel, distinct de celui des autres molécules et sur lequel concourent le Plavix® et ses génériques.

Sur le marché de ville

L'Autorité distingue habituellement le marché de ville du marché hospitalier, deux marchés présentant de fortes distinctions, comme le précise la décision **10-D-02** du 14 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire.

Le clopidogrel est un médicament prescrit à titre préventif et est donc essentiellement délivré en ville. Aussi, les pratiques relevées visaient à inciter les médecins à prescrire du Plavix® en excluant les génériques, ou encore à faire en sorte que les pharmaciens choisissent comme générique Clopidogrel Winthrop®, fabriqué par Sanofi-Aventis. Les prescriptions des médecins et les ventes en pharmacie étant exclues par nature du marché hospitalier, le marché pertinent est celui de la ville.

Sur la dimension géographique du marché

Il ressort de la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence en matière de marchés pharmaceutiques que les marchés de médicaments sont généralement de dimension nationale, étant donné les fortes disparités existant entre les systèmes de sécurité sociale des États membres de l'Union européenne. Le Plavix® et ses génériques étant remboursés par la Sécurité sociale, la pertinence de cette approche a été confirmée dans l'affaire du Plavix®.

En conséquence, le marché pertinent retenu, dans la décision **13-D-11**², est celui du clopidogrel qui entre dans la composition du Plavix® et de ses génériques com-

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

mercialisés en ville. L'Autorité a pu ensuite relever que la société Sanofi-Aventis était en position dominante sur ce marché.

Le cadre d'analyse ayant conduit à la définition du marché pertinent dans la décision **13-D-11**³ a été repris à l'identique dans la décision **13-D-21**⁴ relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville. Ces deux décisions portaient en effet sur le marché français d'un médicament commercialisé en ville.

La délimitation du marché pertinent en matière de contrôle des concentrations

Les marchés des matériaux de construction de murs porteurs et non porteurs : test du monopoleur hypothétique et préférences subjectives régionales

En matière de contrôle des concentrations, dans sa décision **13-DCC-101**, l'Autorité a examiné la substituabilité de plusieurs types de matériaux de construction afin d'analyser les effets d'une concentration entre deux fabricants de briques de terre cuite.

Premièrement, elle s'est interrogée sur la substituabilité entre les briques plâtrières et les plaques de plâtre pour la construction des murs de cloison (ou murs non porteurs). Deuxièmement, elle a regardé si les blocs de béton (ou agglos) exerçaient une pression concurrentielle suffisante sur les briques de terre cuite pour la construction de murs porteurs.

S'agissant des murs porteurs, elle a d'abord relevé que, du point de vue de l'offre, les producteurs étaient spécialisés soit dans la terre cuite, soit dans le plâtre. Elle a ensuite analysé les caractéristiques techniques des produits concernés. Elle a ainsi relevé que la brique plâtrière et la plaque de plâtre ont des fonctionnalités différentes et présentent des qualités différentes en termes d'esthétique, de performances techniques, d'encombrement et de technique de pose. Cependant, la plaque de plâtre a bénéficié d'évolutions technologiques au cours des vingt dernières années qui conduisent à réduire les différences avec la brique de cloison, en termes de performances acoustiques, mécaniques et thermiques.

L'Autorité a également regardé le niveau des prix des produits mais n'a pas pu en tirer de conclusions dans la mesure où, du point de vue des demandeurs, la substituabilité des produits dépend non seulement du prix d'achat des différents matériaux, mais aussi du coût de la pose et des produits annexes. Or, les estimations obtenues au cours de l'instruction en ce qui concerne le coût de la pose variaient sensiblement, notamment en fonction des régions.

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

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

Par ailleurs, la décision écarte une étude fournie par les parties et mettant en œuvre un test du monopoleur hypothétique. D'une part, les taux de report utilisés étaient calculés sur la base d'un trop faible nombre de réponses recueillies auprès de clients et, d'autre part, les taux de marge utilisés n'étaient pas représentatifs, car seul le taux de marge sur taux variable des parties avait été utilisé et non celui de l'ensemble du marché candidat, comprenant les concurrents et non seulement les parties. De plus, pour calculer les taux de marge, un taux uniforme de coûts de transport avait été retenu alors que le dossier montrait que les coûts de transport varient très significativement selon les régions, et même à l'intérieur de chaque département.

L'Autorité a enfin vérifié si une spécificité de la demande pour les briques de cloison dans certaines régions de l'ouest de la France ne justifiait pas une analyse différente pour ces régions, l'utilisation de briques plâtrières répondant à une demande pour une méthode traditionnelle particulièrement affirmée en Bretagne et dans les Pays de la Loire. L'examen du taux d'utilisation de la brique plâtrière à l'échelon national et dans les quatre principales régions où se chevauchaient les activités des parties (Bretagne, Pays de la Loire, Poitou-Charentes et Aquitaine) montrait d'ailleurs que l'utilisation des briques plâtrières en Bretagne et Pays de la Loire demeure supérieure à celle constatée sur l'ensemble du territoire et dans les autres régions. Néanmoins, contrairement à ce que le Conseil de la concurrence avait noté dans un avis 99-A-09 à propos de l'Alsace, ces taux d'utilisation montraient aussi que la brique plâtrière n'est pas le matériau le plus utilisé en Bretagne et dans les Pays de la Loire et que, même dans ces deux régions, l'utilisation de la brique plâtrière a fortement reculé.

Au total, l'Autorité a considéré que le fort déclin des briques plâtrières, dû à la disparition des plâtriers et à la diminution des différences techniques avec les plaques de plâtre, conduisait à conclure à l'existence d'un marché des matériaux de construction de murs non porteurs, tous matériaux confondus.

En ce qui concerne les murs porteurs, l'Autorité a relevé la non-substituabilité de l'offre, les fabricants étant spécialisés par type de matériaux. La brique de terre cuite se distingue cependant par des qualités de résistance thermique supérieures à celles du bloc béton. Néanmoins, des comparaisons de prix incluant l'ensemble des matériaux annexes permettant d'offrir des performances thermiques comparables montraient des niveaux de prix peu différents pour les deux types de matériaux.

En revanche, plusieurs indicateurs suggéraient une nette préférence régionale pour la brique de terre cuite en Aquitaine, de nature à réduire sensiblement la pression concurrentielle exercée par les autres types de matériaux de construction de murs porteurs dans cette région. Le test de marché suggérait ainsi une nette préférence pour la brique dans la région Aquitaine, les répondants déclarant un taux de report de leur demande vers le bloc béton en cas de hausse des prix de la brique nettement plus faible dans cette région. De plus, l'observation du taux d'utilisation de la brique en Aquitaine de 2003 à 2011 confirmait que la brique était restée le matériau le plus utilisé. Enfin, le calcul de coefficients de corrélation linéaire sur les volumes de blocs béton et de briques vendus sur cette période

confirmait la substituabilité des deux types de matériaux, les volumes vendus de l'un augmentant lorsque les volumes de l'autre diminuent.

L'analyse des effets de l'opération a en conséquence été menée sur un marché limité aux seules briques de terre cuite en Aquitaine.

Les marchés de la distribution au détail de produits alimentaires à Paris

Dans la décision **13-DCC-90** du 11 juillet 2013, l'analyse approfondie menée par l'Autorité lui a permis de préciser la pratique décisionnelle en matière de distribution à dominante alimentaire à Paris *intra-muros*, compte tenu des spécificités de ce territoire et des comportements d'achat des consommateurs parisiens. Il s'agissait d'identifier, parmi les marchés concernés par les dépenses alimentaires des Parisiens, quel était celui concerné par les effets de l'acquisition par le groupe Casino d'un contrôle exclusif sur Monoprix. Dans une ville comme Paris, les habitants effectuent en effet leurs achats de produits alimentaires pour leur consommation à domicile auprès d'un ensemble très divers de points de vente, sans pour autant qu'il puisse être considéré que tous ces formats exercent sur les magasins Monoprix une pression concurrentielle suffisante pour appartenir à un même marché pertinent.

Des marchés comprenant tous les formats (supérettes, maxidiscompteurs, supermarchés, hypermarchés)

L'analyse a d'abord permis de confirmer qu'une partie substantielle de la clientèle des commerces parisiens est constituée par des personnes se rendant à pied dans le lieu de vente, faisant des achats courants et de faible montant, qu'ainsi ces commerces répondent à un besoin de proximité. Les supermarchés ou hypermarchés parisiens sont par ailleurs de surface plus réduite qu'en province. Par ailleurs, les supérettes proposent une offre à même de concurrencer les supermarchés en termes de services proposés (horaires d'ouverture, livraison), de rayons et de structure de vente par rayon (assortiment incluant aussi bien des premiers prix et marques de distributeurs que des marques nationales et des produits à forte valeur ajoutée). De plus, à Paris, une même enseigne peut être apposée à la fois sur des supérettes et sur des supermarchés. Le seuil de 400 m² utilisé tant par l'INSEE que par l'IFLS pour distinguer les supérettes des supermarchés correspond approximativement à la surface moyenne des enseignes de proximité les plus présentes à Paris, comme Franprix (384 m²), Carrefour City (430 m²), G20 (398 m²) ou encore Dia et Ed (318 m²). Les magasins de ces enseignes proposent donc des formats similaires, alors même que leur surface de vente se situe en dessous ou au-dessus de ce seuil. De ce fait, il existe à Paris une substituabilité plus grande qu'en province entre les supérettes (définies comme les commerces dont la surface totale est inférieure à 400 m²) et les supermarchés et hypermarchés.

La décision confirme aussi la concurrence exercée par les maxidiscompteurs (notamment Dia, Lidl et Leader Price) présents à Paris. Ceux-ci incluent en effet dans

leur assortiment des marques nationales, tout comme les supérettes et supermarchés proposent réciproquement un large assortiment de produits de marques de distributeur («MDD»). Ainsi, l'analyse a donc été menée sur un marché pertinent incluant tous les formats de commerces généralistes, à savoir les supérettes, supermarchés, magasins populaires, magasins de *hard discount* et hypermarchés. Néanmoins, en ce qui concerne les magasins populaires Monoprix, seules les surfaces consacrées à des produits alimentaires ont été prises en compte, plus de la moitié de la surface de ces magasins étant consacrée aux ventes de produits non alimentaires (cosmétiques, prêt-à-porter).

... qui excluent les petits commerces de bouche, les magasins spécialisés, les marchés de plein air et le commerce en ligne

L'Autorité a en revanche exclu du marché pertinent les petits commerces de bouche (par exemple les boucheries, boulangeries, charcuteries, traiteurs, magasins de primeurs, etc.), les commerces spécialisés (surgelés, vins, asiatiques, bio) et les marchés alimentaires de plein air. À cet égard, elle a relevé que, si les petits commerces de bouche et les autres commerces spécialisés exercent une certaine forme de pression concurrentielle sur le commerce de détail à dominante alimentaire, cette pression est, du fait de la spécialisation de l'offre proposée, limitée aux rayons concernés. Les commerces spécialisés ne constituent donc pas une réelle alternative vers laquelle se reporterait la demande en cas de hausse des prix dans les magasins de grande distribution, mais plutôt une source supplémentaire d'approvisionnement pour des produits spécifiques. L'Autorité a également exclu de ce marché les épiceries fines (Bon Marché, Monoprix Gourmet) dans la mesure où leur positionnement en termes de gammes de produits et de prix diffère significativement des points de vente alimentaires traditionnels.

L'Autorité s'est également penchée sur la pression concurrentielle exercée par le commerce alimentaire en ligne. À cet égard, elle a relevé que le modèle du «*drive*», c'est-à-dire le service permettant au consommateur de se rendre en magasin pour prendre livraison d'une commande passée en ligne, est avant tout un service complémentaire à la distribution traditionnelle en magasin. Ce service est en outre difficilement transposable à Paris compte tenu du faible taux de motorisation des consommateurs. Par ailleurs, l'Autorité a relevé que l'offre alimentaire en ligne *via* la livraison à domicile, propose une largeur et une profondeur de gamme comparables à celles des supermarchés. Le développement de la vente alimentaire en ligne à Paris est toutefois limité par certaines caractéristiques propres aux ménages parisiens comme la faible taille des ménages et le manque de place de stockage. La question de l'inclusion du commerce alimentaire en ligne au sein du marché de la distribution alimentaire a été laissée ouverte par l'Autorité.

Sur des zones restreintes

En ce qui concerne le marché géographique, l'Autorité a rappelé que les zones de chalandise sont délimitées de façon restreinte autour des points de vente, car les consommateurs s'y rendent généralement à pied, compte tenu notamment du faible

taux d'équipement automobile dans la capitale par rapport au reste du territoire national. Enfin, du fait de la densité urbaine, les zones de chalandise délimitées correspondent à des cercles de 300 à 500 m de rayon, et non aux zones réellement accessibles en marchant 300 ou 500 m suivant le tracé des rues. L'Autorité a ainsi retenu des zones de chalandise comprenant un rayon de 300 m autour des points de vente inférieurs à 400 m² et de 500 m pour ceux d'une surface supérieure à 400 m².

Excluant les hypermarchés de proche banlieue

La délimitation des marchés pertinents de la distribution de détail à dominante alimentaire à Paris *intra-muros* concernés par le rapprochement des magasins Monoprix, d'une part, Franprix, Casino et Leader Price, d'autre part, n'a ainsi pas conduit l'Autorité à inclure les hypermarchés situés en proche banlieue dans ces marchés pertinents. En effet, bien que les Parisiens consacrent une partie de leurs dépenses alimentaires à des hypermarchés éloignés de la périphérie, ceux-ci n'ont pas été pris en compte, compte tenu du caractère très ponctuel de ces achats et de la proportion extrêmement minoritaire de la clientèle parisienne concernée. L'Autorité a considéré qu'ils ne constituent ni une alternative de proximité compte tenu de leur éloignement, ni une alternative réelle pour une partie significative des achats de produits alimentaires des consommateurs situés à Paris, compte tenu du montant très faible des dépenses qu'ils recouvrent.

Ce n'est que dans le cadre de l'analyse concurrentielle que l'Autorité a considéré que, sur les zones de chalandise les plus proches du périphérique, les achats des Parisiens dans les hypermarchés situés en proche banlieue pouvaient exercer une certaine pression concurrentielle sur les supermarchés et supérettes situés dans ces zones de chalandise. Onze hypermarchés situés à moins de 2 km de ces zones de chalandise ont ainsi été pris en compte sans pour autant inclure la totalité des surfaces concernées dans les calculs de parts de marché.

En effet, la mesure de la pression concurrentielle effectivement exercée par les hypermarchés de proche banlieue sur les points de vente parisiens a montré que celle-ci était limitée. En particulier, il a été constaté que l'ouverture d'hypermarchés en proche banlieue n'avait eu qu'un faible impact sur les chiffres d'affaires des autres formats de magasins situés à proximité dans Paris.

L'identification d'un marché de la salade en sachet

Dans la décision **13-DCC-23**, l'Autorité a recherché si les salades préparées vendues en sachet par le groupe Agrial (Florette) et la société Bakhavor étaient soumises à la pression concurrentielle des salades non préparées, voire d'autres légumes.

Elle a rappelé qu'en matière de produits alimentaires la pratique décisionnelle considère que les produits ne sont pas en concurrence entre eux s'ils sont destinés à des canaux de distribution différents, à savoir l'industrie agroalimentaire, les grandes et moyennes surfaces et la restauration hors foyer. Une telle segmentation est justifiée par l'existence de besoins différents selon le type d'acheteurs.

L'Autorité a également par le passé considéré qu'il était pertinent de segmenter les marchés selon la technologie utilisée (ou gamme de produits) pour le traitement des fruits et légumes. Elle a ainsi identifié les cinq marchés suivants : les fruits et légumes frais (1^{re} gamme), les fruits et légumes appertisés (2^e gamme), les fruits et légumes surgelés (3^e gamme), les fruits et légumes frais, crus, lavés et épluchés (4^e gamme) ainsi que les fruits et légumes stérilisés et pasteurisés sous vide (5^e gamme). Une telle segmentation se fonde sur l'existence de différences de prix et de modes de conservation et d'utilisation entre ces différents types de produits. En l'espèce, la partie notificante soutenait que, s'agissant des salades, une telle distinction ne se justifiait pas.

Pendant, du côté de l'offre, on constate l'emploi d'un processus de fabrication spécifique, dont toutes les phases sont régies par des règles communes d'hygiène et de sécurité. Du côté de la demande, les grandes et moyennes surfaces (GMS) ont recours à des contrats différents pour leurs approvisionnements en produits de 1^{re} gamme et en produits de 4^e gamme. Surtout, le test de marché a confirmé que, pour la plupart des GMS, le service offert par les salades de 4^e gamme est un facteur plus important que le prix ou la qualité dans la décision d'achat du consommateur. De même, les acteurs de la restauration hors foyer (RHF) ont confirmé que les produits de 4^e gamme répondent à un besoin spécifique de praticité et d'harmonisation de la qualité. La différence de prix entre les gammes, les prix unitaires des produits 4^e gamme étant sensiblement plus élevés que ceux des salades de 1^{re} gamme, apparaît cependant comme une variable de choix plus importante en été, lorsque les salades de 1^{re} gamme sont de meilleure qualité et plus largement disponibles.

En revanche, l'Autorité a relevé que les ventes d'autres types de légumes de 4^e gamme, segment sur lequel les parties étaient également présentes, restaient pour le moment relativement marginales. Les acheteurs des GMS décrivent les légumes de 4^e gamme (hors salade) comme une offre de niche, qui peine à se développer, notamment parce que les consommateurs n'estiment pas le service rendu comme très différent par rapport à celui rendu par les légumes de 1^{re} gamme. Ce qui n'est pas le cas du circuit RHF où le service offert par les légumes de 4^e gamme est beaucoup plus valorisé.

Cette différence entre les salades et les autres légumes confirme par ailleurs la pertinence d'un marché limité à un type de légume, en l'espèce les salades, comme l'Autorité avait pu le constater par le passé s'agissant d'autres légumes aux usages très spécifiques, notamment les champignons et la pomme de terre.

L'Autorité a en revanche exclu l'hypothèse d'une segmentation en fonction de la variété de salades de 4^e gamme, en raison principalement de la capacité des producteurs à proposer une gamme complète de produits.

Enfin, l'Autorité s'est interrogée sur la pertinence d'une distinction des salades selon leur positionnement commercial. Elle a relevé que, du côté de l'offre, les fournisseurs de marques de fabricants et de marques de distributeurs sont généralement les mêmes. Du côté de la demande, elle a relevé que la différence de qualité

entre les deux positionnements n'est pas significative, que la différence tarifaire a tendance à s'estomper et enfin que le choix des consommateurs s'effectue avant tout en fonction de la fraîcheur du produit et non de la marque.

Au niveau géographique, l'Autorité a considéré, conformément à la pratique décisionnelle, que les marchés sont de dimension nationale en raison des goûts spécifiques, des préférences et habitudes alimentaires des consommateurs de chaque pays, des différences de prix entre les États membres et des différences dans la structure de l'offre selon les États membres.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Applicabilité du droit de la concurrence, prescription et procédure

Le champ de compétence de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité exerce, dans l'intérêt général, une mission répressive des pratiques anticoncurrentielles portant sur les activités économiques, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques. La compétence de l'Autorité est indépendante de la compétence reconnue, selon le cas, aux juridictions judiciaires de droit commun ou aux juridictions administratives, qui seules ont le pouvoir d'annuler le contrat ou l'acte constitutif d'une pratique anticoncurrentielle et d'allouer, le cas échéant, des dommages et intérêts en réparation de ces pratiques. Ce régime général de répartition de compétence coexiste, le cas échéant, avec des régimes spéciaux propres à certains secteurs économiques.

Dans la décision **13-D-10** devenue définitive, l'Autorité a fait application des règles de répartition de compétence dans un secteur économique – la distribution de la presse. Dans ce secteur la loi a édicté une régulation spécifique qui aménage en particulier des voies de recours contre les décisions des organismes régulateurs et des voies de règlement des différends entre les opérateurs économiques de ce secteur, en désignant les juridictions compétentes. En conséquence, l'Autorité a rejeté comme irrecevable, car ne relevant pas de sa compétence, la majeure partie des pratiques invoquées dans la saisine déposée par les Messageries lyonnaises de presse (MLP).

La décision de l'Autorité est intervenue dans le cadre posé par la loi du 20 juillet 2011 relative à la régulation du système de distribution de la presse. Cette loi, qui modifie la loi Bichet du 2 avril 1947, instaure une nouvelle régulation du secteur. Elle renforce les pouvoirs du Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP) en lui permettant notamment de prendre les mesures nécessaires à une distribution optimale de la presse et en lui confiant un rôle de conciliation dans le règlement des différends entre les messageries, les dépositaires (grossistes) et les diffuseurs (détaillants). Elle crée une Autorité de régulation de la presse (ARDP)

chargée de rendre exécutoires les décisions de portée générale du CSMP. Enfin, elle unifie les règles habituelles de compétence entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire et attribue à la cour d'appel de Paris la compétence pour connaître des décisions de portée générale du CSMP.

La saisine des MLP concernait des faits se rapportant à deux décisions du CSMP. La première décision, relative aux modalités d'encadrement des délais de transfert de titres entre messageries, allonge les délais de préavis qu'un éditeur doit respecter lorsqu'il retire la distribution d'un de ses titres à une messagerie. La seconde décision, relative à la mise en place d'un système de péréquation intercoopératives, vise à faire supporter aux éditeurs de la presse magazine certaines charges liées à la distribution des quotidiens et supportées par Presstalis, unique distributeur de la presse quotidienne nationale. Les MLP soutenaient que Presstalis avait usé de sa position dominante au sein des organes du CSMP afin que ce dernier prenne des décisions qui lui soient favorables. Presstalis aurait ainsi commis « un abus de majorité » à l'occasion des votes des membres de l'assemblée générale du CSMP.

La saisine des MLP, qui visait le processus décisionnel du CSMP, revenait à mettre en cause les décisions de cet organisme. Or, ces décisions, qui se rattachent à l'activité normative de régulation et d'organisation du secteur de la distribution de la presse, ne correspondent pas à l'exercice d'une activité économique. Par conséquent, l'Autorité a déclaré irrecevable la majeure partie de la saisine des MLP dès lors que les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et des articles 101 et 102 du TFUE ne s'appliquent qu'aux seuls acteurs économiques intervenant sur un marché. Elle a rappelé qu'en application des dispositions de la loi du 20 juillet 2011 seule la cour d'appel de Paris était compétente pour connaître des décisions du CSMP.

L'applicabilité du droit de l'Union européenne

Les règles de concurrence de l'Union européenne (articles 101 et 102 du TFUE) sont applicables, concurremment aux règles de droit interne, si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté d'une manière sensible par les pratiques en cause. Il convient de rappeler que la question de l'affectation du commerce entre États membres est une question distincte et préalable à celle de l'analyse de la restriction de concurrence. Elle est, en outre, indépendante de la définition du marché géographique en cause, car le commerce entre États membres peut être affecté même dans des cas où le marché est national ou régional.

Se fondant sur la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (UE), et à la lumière de la communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (devenus les articles 101 et 102 du TFUE)⁵, l'Autorité considère avec constance que trois éléments doivent être réunis pour que des pratiques soient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États

5. JOUE C 101 du 27 avril 2004, p. 81.

membres : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits ou les services en cause ; l'existence de pratiques *susceptibles d'affecter* ces échanges ; et le caractère *sensible* de cette possible affectation.

Ces deux derniers critères ont fait l'objet d'une interprétation prétorienne par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2012, France Télécom (arrêt n° 10-25.772, 10-25.775 et 10-25.882, p. 6), auxquels l'Autorité s'est systématiquement référée dans ses décisions rendues en 2013, qu'elles renvoient à des ententes (**13-D-03**⁶, **13-D-12**⁷) à des abus de position dominante (**13-D-04**, **13-D-06**⁸, **13-D-20**⁹) ou les deux à la fois (**13-D-21**). Elle n'a, par ailleurs, pas exclu l'applicabilité de cette condition dans des décisions concluant à un rejet ou un non-lieu (**13-D-05**, **13-D-08**¹⁰, **13-D-10**).

Plus particulièrement, dans la décision **13-D-03** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier¹¹, l'Autorité, à la suite d'une analyse grief par grief, a retenu l'application du droit de la concurrence de l'Union pour deux des quatre pratiques sanctionnées. L'Autorité a notamment considéré que, si les cinq abatteurs qui s'étaient concertés pour réduire de manière coordonnée leurs achats de porcs sur la zone Uniporc-Ouest ne représentaient que 33% des tueries sur la zone, cette concertation affectait l'ensemble du territoire national dans la mesure où 80% du cheptel français y est élevé, d'une part, et que la pratique avait pour objectif direct de faire baisser le prix payé aux éleveurs déterminé sur un marché au cadran dont le prix sert d'indicateur au niveau national et européen, et sur lequel ces mêmes abatteurs représentaient plus de 70% des achats, d'autre part.

L'Autorité a, en revanche, écarté l'application du droit de l'Union concernant une entente entre deux abatteurs à l'endroit de certains magasins d'une enseigne de la GMS portant sur un prix minimal d'une pièce de viande de porc fraîche. L'Autorité a, en effet, relevé que le caractère sensible de l'affectation était présumé non atteint en se référant explicitement aux deux seuils cumulatifs exposés par la Commission européenne au paragraphe 52 de ses lignes directrices précitées¹².

À l'inverse, dans la décision **13-D-04** relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque, l'Autorité a appliqué la présomption du caractère sensible de l'affectation, prévue au paragraphe 93 des lignes directrices précitées, lorsqu'est poursuivie une pratique alléguée d'entrave constitutive d'un abus de position dominante couvrant l'ensemble du territoire d'un État membre¹³.

6. Un recours a été formé contre cette décision.

7. Un recours a été formé contre cette décision.

8. Un recours a été formé contre cette décision.

9. Un recours a été formé contre cette décision.

10. Un recours a été formé contre cette décision.

11. Un recours a été formé contre cette décision.

12. Décision 13-D-03, points 199 et 213.

13. Décision 13-D-04, points 98 et suivants.

La prescription

Aux termes des dispositions de l'article L. 462-7 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004, « le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ».

L'article L. 462-7, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004, a porté à cinq ans ce délai de prescription, disposant que : « L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. »

L'alinéa 3 du même article dispose que, « toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anti-concurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci ».

Dans le cadre de la décision **13-D-21**¹⁴ relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, il a été soutenu que les faits étaient prescrits pour Reckitt Benckiser, au motif que la pratique d'entente avec Schering-Plough reprochée à Reckitt Benckiser était différente de l'abus de position dominante commis par Schering-Plough, à l'origine de la saisine de l'Autorité par Arrow, et ne se fondait pas sur les mêmes faits. Les mesures d'instruction intervenues dans le délai de prescription n'ayant porté que sur l'abus commis par Schering-Plough sur le marché de la buprénorphine haut dosage n'auraient pu interrompre la prescription à l'égard de Reckitt Benckiser en ce qui concerne le grief d'entente. Le premier acte d'instruction visant Reckitt Benckiser serait intervenu plus de cinq ans après la fin de l'entente alléguée.

L'Autorité a d'abord rappelé qu'en vertu de la jurisprudence, les faits ayant été à l'origine de la saisine ont été interruptifs de prescription à l'égard des parties avant que ne soient qualifiées les pratiques qu'ils révèlent (arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 avril 2006, société les Établissements horticoles Georges Truffaut e. a., n° 2005/14057, p. 7).

Le 3 novembre 2006, l'Autorité de la concurrence a été saisie par Arrow de faits présentés comme un abus de position dominante de Schering-Plough à son encontre sur le marché de la commercialisation en officine de Subutex®. Or, à la suite d'une longue procédure où les opérations de visite et saisie diligentées à l'égard de Schering-Plough ont été contestées par celle-ci, les services d'instruction ont découvert, à la lumière des documents saisis chez Schering-Plough et à la suite de la demande de renseignements adressée par la rapporteure à cette société le 23 septembre 2011 sur le contrat entre Reckitt Benckiser et Schering-Plough, l'existence d'un accord préalable entre elle-même et son fournisseur, Reckitt Benckiser, lequel, par nature secret, ne pouvait être connu de la saisissante ou du juge autorisant les opérations de visite et de saisie. En outre, l'abus de position dominante mis en œuvre de façon unilatérale par Schering-Plough sur

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

le marché de la buprénorphine haut dosage a été rendu possible par l'accord avec Reckitt Benckiser, qui relève donc des mêmes faits que cette première pratique. Saisie d'un ensemble de faits, l'Autorité a ainsi estimé qu'au stade de la qualification, certains ont révélé un abus de position dominante entre Schering-Plough et d'autres une entente entre Reckitt Benckiser et Schering-Plough.

Le déroulement de la procédure

Sur la précision des griefs

Dans la décision **13-D-20**¹⁵ du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, l'Autorité a écarté le moyen soulevé par EDF tiré d'une atteinte à l'exercice de ses droits de la défense pour imprécision des griefs.

EDF soutenait que ni la notification des griefs, ni le rapport, n'avaient défini avec suffisamment de précision le marché affecté par les pratiques.

À cet égard, l'Autorité a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle « *un grief [étant] un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise [...] il faut et il suffit que la formulation des griefs permette d'informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques qui leur sont reprochées* » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011, Société française de la radiotéléphonie e. a., n° 2010/08945, p. 8).

Par ailleurs, la décision se fonde également sur l'arrêt du 23 février 2010, Expedia Inc., dans lequel la cour d'appel de Paris a souligné 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* ».

Toujours selon la cour d'appel, 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).

L'Autorité a en outre précisé qu'il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs (décision de l'Autorité 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, point 354, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord).

Au cas présent, l'Autorité a relevé que si le libellé des griefs mentionne que les pratiques en cause ont été commises sur le « *marché des services aux particuliers*

15. Un recours a été formé contre cette décision.

d'électricité photovoltaïque», les motifs de la notification des griefs se réfèrent, quant à eux, au marché plus étroit des offres globales proposant cumulativement la fourniture et l'installation des équipements photovoltaïques, le suivi, la maintenance et l'exploitation des équipements, la prise en charge des démarches administratives et une solution de financement. Le corps de la notification des griefs (points 381 à 410) expose ainsi qu'au regard de l'analyse de l'offre et de la demande il est possible de retenir un tel marché (points 381 à 410), tout en indiquant que, « dans l'hypothèse où l'évolution des caractéristiques du marché rendrait caduque une telle segmentation et que devraient dès lors être retenus un continuum de prestations et un marché unique, l'analyse concurrentielle resterait inchangée » (point 402).

Au stade du rapport du 13 février 2013, les services d'instruction ont fait évoluer leur analyse et indiqué que le marché affecté est celui intégrant « l'ensemble des offres globales comprenant au moins les démarches administratives, la fourniture et l'installation des panneaux, à l'exclusion des offres isolées », en affirmant à nouveau qu'en tout état de cause la définition d'un marché plus large ne modifierait pas l'analyse concurrentielle des pratiques examinées. Sur ce point, l'Autorité a souligné que, comme le précise la jurisprudence, la position des services d'instruction énoncée dans le rapport n'a pas pu avoir pour effet de porter atteinte aux droits de la défense de la partie mise en cause.

Enfin, contrairement à ce que soutenait EDF, les notions d'offres « globales » et « isolées » ne souffraient d'aucune imprécision dans le rapport. En effet, il y est indiqué que les offres globales comprennent « au minimum les démarches administratives, de fourniture et d'installation des panneaux » (point 129), les démarches administratives étant la plupart du temps choisies par les clients, mais non obligatoires (points 104 à 108). Dès lors, il est clair que toute offre ne proposant pas de manière complète cet ensemble de prestations constitue une offre isolée.

Sur les précédentes fonctions du rapporteur

Dans la décision **13-D-11**¹⁶, l'Autorité a écarté l'argumentation de BMS et Sanofi-Aventis qui faisaient valoir que le rapporteur ayant conduit l'instruction et rédigé les griefs exerçait, préalablement à sa prise de fonction à l'Autorité, la profession d'avocat au sein d'un cabinet qui comptait la CNAMTS parmi ses clients, ce qui serait susceptible d'entacher son impartialité.

L'Autorité a estimé qu'un tel argument n'était pas, « de lui-même, de nature à démontrer que le rapporteur aurait manqué à son devoir d'impartialité ». En l'espèce, l'Autorité a relevé qu'il n'était pas soutenu que le rapporteur aurait, par le passé, personnellement représenté les intérêts de la CNAMTS, au demeurant non partie à la procédure. Par ailleurs, aucun grief précis et circonstancié n'était avancé pour étayer l'allégation selon laquelle le rapporteur aurait fait preuve de parti pris dans la manière dont il a mené l'instruction du dossier.

¹⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

Pour rappel, l'article 5 du règlement intérieur¹⁷ de l'Autorité prévoit que, « [1] *ors de leur entrée en fonctions, le rapporteur général, les agents des services d'instruction et le conseiller auditeur signent une déclaration sur l'honneur dans laquelle ils prennent l'engagement solennel d'exercer leurs fonctions en pleine indépendance, en toute impartialité et en conscience, ainsi que de respecter le secret professionnel, notamment pendant l'instruction* ».

Sur la notification de la notification des griefs et du rapport aux organes de la procédure collective

Dans la décision **13-D-09**, pour rejeter les critiques de la société Vilmor Construction qui soutenait que la procédure engagée à son encontre était irrégulière au regard des articles L. 463-1 et 2 et L. 622-23 du Code de commerce, l'Autorité a fait application de l'article L. 463-2, alinéa 1 du même code, selon lequel « *les entreprises destinataires des griefs signalent sans délai au rapporteur en charge du dossier, à tout moment de la procédure d'investigation, toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs peuvent leur être imputés* ».

Au cas d'espèce, l'entreprise reprochait à l'Autorité de ne pas avoir adressé à son administrateur judiciaire et à son mandataire judiciaire la notification de griefs et le rapport subséquent. Elle soulevait également l'irrégularité de la procédure du fait que le mandataire judiciaire n'était pas partie à la procédure, d'une part, et en raison du délai écoulé entre la date initiale de la séance et celle à laquelle les débats ont eu lieu insuffisant pour permettre à l'administrateur judiciaire de prendre connaissance du dossier, d'autre part.

L'Autorité a considéré que l'entreprise concernée était irrecevable à se prévaloir de telles irrégularités alors qu'elle n'avait, à aucun moment, informé les services d'instruction, conformément à l'article L. 463-2, alinéa 1, du Code de commerce, de sa mise en redressement judiciaire prononcée par le tribunal de commerce de Perpignan le 27 juin 2012, date qui était pourtant antérieure à celle à laquelle la rapporteure lui avait adressé son rapport.

Qualification des comportements

Les ententes

Les concours de volontés

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.

¹⁷. Décision du 30 mars 2009 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence, publié au JO du 4 avril 2009.

Bien qu'émanant en apparence d'une seule personne morale et revêtant un caractère d'unilatéralité, les pratiques mises en œuvre par des syndicats, des ordres professionnels ou associations sont considérées comme constituant en réalité des concours de volontés entre leurs membres, comme le rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens) : « *un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et [...] une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, entre ses membres* ».

Dès lors qu'ils sortent de leur rôle de défense des intérêts dont ils ont la charge et adoptent un comportement anticoncurrentiel, ces organismes accomplissent des actes d'entente.

Dans la décision **13-D-03**¹⁸, l'Autorité a sanctionné un syndicat professionnel des abatteurs de porcs pour avoir diffusé des consignes de prix à ses adhérents, *via* des communiqués et des circulaires, pendant plusieurs années et de façon répétée, dans le but de contrer les promotions sur la viande de porc fraîche à la découpe organisées par la grande distribution. Ces consignes de prix ont été diffusées pendant plusieurs périodes de promotion, et ce malgré un rappel à la loi effectué par les services du ministre chargé de l'Économie.

L'Autorité a en outre sanctionné sept abatteurs ainsi que deux organismes professionnels pour s'être concertés, sur deux jours, en déterminant, en l'absence de fonctionnement du marché au cadran servant de référence à la fixation du prix de la viande de porc, un prix unique pour leurs achats directs auprès des éleveurs. L'un des organismes professionnels avait diffusé, à cet égard, au travers d'un communiqué transmis à l'ensemble des abattoirs, le prix concerté à appliquer.

Dans la décision **13-D-14**, l'Autorité a sanctionné deux organismes professionnels de vétérinaires pour avoir mis en place une charte définissant les prix que tous les vétérinaires signataires devaient facturer à la Société protectrice des animaux (SPA) de Strasbourg et organisant un partage de leurs interventions auprès d'elle.

Cette charte visait à établir une tarification unique de certains actes et interventions vétérinaires réalisés sur les animaux recueillis par la SPA avant leur adoption et de certains soins réalisés par les vétérinaires adhérents à la charte postérieurement à leur adoption sur la base d'un bon remis par la SPA lors de l'adoption. La charte prévoyait également la remise d'un bon aux personnes sans ressources pour la stérilisation de leurs animaux ne provenant pas de la SPA auprès d'un vétérinaire partie à la charte.

L'Autorité a, à cette occasion, rappelé qu'une pratique anticoncurrentielle peut résulter de différents actes émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire. Un document, élaboré et diffusé à l'initiative d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle, destiné à l'ensemble des adhérents, peut constituer une

¹⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

entente, une action concertée ou une décision d'association d'entreprises contraires à l'article L. 420-1 du Code de commerce si celui-ci a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

L'Autorité a par ailleurs considéré que le fait que la charte ait été proposée initialement par la SPA était sans incidence, aucun élément du dossier ne permettant d'affirmer que la SPA souhaitait se voir appliquer des tarifs uniques. Cette proposition n'impliquait donc pas une obligation pour l'organisation professionnelle d'adopter un comportement anticoncurrentiel. L'Autorité a, dès lors, conclu que l'élaboration et la mise en œuvre de la grille tarifaire prévue par la charte organisant les relations entre les vétérinaires et la SPA de Strasbourg résultaient de comportements autonomes des organismes en cause.

La forme du concours de volontés

L'entente naît de la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché, peu important la forme d'expression de ces volontés.

L'objet du concours de volontés recouvre en réalité deux cas de figure qui peuvent largement se recouper avec les notions d'accord et de pratique concertée en droit européen.

En présence d'un accord, l'objet du concours de volontés consiste en un plan, une stratégie précise.

En présence d'une pratique concertée ou concertation ou entente tacite en droit interne, l'objet du concours de volontés peut se limiter à la mise en commun d'informations, sans aller jusqu'à l'adoption d'un plan.

Dans la décision **13-D-12**¹⁹, l'Autorité a sanctionné une entente complexe entre quatre distributeurs de produits chimiques, dits également commodités chimiques, ayant consisté à restreindre la concurrence en se répartissant les clients et en se coordonnant sur les prix.

L'Autorité a préalablement rappelé que la jurisprudence européenne admet que lorsque sont en cause des comportements pouvant être qualifiés, pour partie, d'accord et, pour partie, de pratique concertée, ceux-ci peuvent être considérés, dans certaines conditions, comme constituant l'expression d'une infraction unique et complexe²⁰. 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. La qualification d'infraction unique et complexe doit donc être comprise non comme exigeant simultanément et cumulativement la preuve que chacun de ces comportements répond aux caractéristiques d'une entente et d'une pratique concertée, mais bien comme désignant un tout réunissant des éléments dont certains peuvent être qualifiés d'entente et d'autres de pratique concertée²¹.

19. Un recours a été formé contre cette décision.

20. CJCE, 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125.

21. TPICE, 20 avril 1999, LVM/Commission, point 696.

Dans un deuxième temps, l'Autorité a rappelé que, selon une jurisprudence constante de l'Union, pour pouvoir considérer qu'un ensemble de comportements donnés constitue une infraction unique et complexe, il est nécessaire que ces différentes actions s'inscrivent dans un « *plan d'ensemble* », en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur. Si tel est le cas, l'autorité de concurrence est en droit de les considérer dans leur ensemble et d'en imputer la responsabilité aux entreprises qui y ont pris part²². Afin d'étayer l'existence de ce « *plan d'ensemble* », la jurisprudence s'appuie traditionnellement sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants pouvant porter notamment, en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce, sur la similarité et la complémentarité des comportements, des acteurs et de la chronologie des pratiques.

Dans un troisième temps, s'agissant de la preuve des pratiques prohibées par l'article 101 du TFUE, l'Autorité a rappelé que la Cour de justice considère que l'interdiction de participer à des pratiques concertées et à des ententes anticoncurrentielles ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir à ce titre étant notoires, il est usuel que les activités auxquelles ces pratiques concertées ou ententes donnent lieu se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement et que la documentation y afférente soit réduite au minimum²³.

En l'espèce, les pratiques en cause ont été appréhendées par l'Autorité dans leur globalité dans la mesure où elles relèvent d'une seule et même stratégie.

L'Autorité a considéré qu'il ressortait des pièces de la procédure que les représentants des entreprises en cause se réunissaient secrètement et de façon régulière dans des hôtels ou des restaurants ou échangeaient par téléphone, parfois sur des lignes dédiées afin d'éviter toute trace de ces communications, pour se répartir la clientèle et se coordonner sur les prix.

Les clients étaient distingués selon qu'ils mettaient ou non régulièrement en concurrence les distributeurs. Les premiers faisaient l'objet d'une répartition organisée sous forme de « *tours* » visant à allouer alternativement les clients entre les participants aux ententes. Ce système reposait sur des offres de couverture présentant comme mieux-disante la proposition d'un distributeur désigné par les membres de l'entente comme devant emporter le marché. La seconde catégorie de clientèle moins sensible aux prix et plus fidèle aux distributeurs faisait l'objet d'un pacte de non-agression selon lequel chaque distributeur s'abstenait de démarcher activement ces clients. Cela se traduisait par un gel des portefeuilles de clients de chacun. Les prix proposés aux clients des distributeurs étaient également arrêtés en commun, les documents ou déclarations des parties faisant état de « *tarif cartel* » ou « *tarifs communs* ».

22. CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg Portland e. a./Commission, point 258, et CJCE, 6 décembre 2012, Commission/Verhuizingen Coppens, point 41.

23. CJCE, Aalborg Portland e. a./Commission, précité, point 55.

L'Autorité a en outre constaté que la mise en œuvre de l'entente était surveillée de près afin de s'assurer qu'aucun participant ne dérogeait aux règles définies. Des vérifications auprès des clients pouvaient être réalisées ainsi que des rappels aux règles du mode de fonctionnement de l'entente.

La preuve de ces pratiques a résulté, dans le cadre des demandes de clémence formulées par les distributeurs de commodités chimiques, des déclarations recueillies ainsi que des preuves documentaires versées au dossier (notes manuscrites, compte rendu de réunions, répertoires téléphoniques, envoi de télécopies...).

Au vu de ces éléments, l'Autorité a donc conclu que les quatre distributeurs de commodités chimiques avaient participé à la mise en œuvre d'une entente anticoncurrentielle visant, notamment, à stabiliser leurs parts de marchés et à augmenter leurs marges, par le biais de répartitions de clientèles et de coordinations tarifaires.

La restriction de concurrence

La règle de minimis

Selon qu'elles sont nouées ou non entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne commerciale, les ententes revêtent la qualité d'ententes horizontales ou verticales, et sont sanctionnées sauf à être couvertes par la règle dite « *de minimis* ».

Conformément aux dispositions du TFUE et à la jurisprudence de l'Union, les restrictions qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'y occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction posée au paragraphe 1 de l'article 101 TFUE. La communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*)²⁴ définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont considérées comme insignifiantes et que la Commission européenne s'engage pour ce motif à ne pas poursuivre. Ce texte de « *soft law* » peut constituer un guide d'analyse utile pour les autorités nationales de concurrence, bien qu'il ne les lie pas, chacune d'entre elles pouvant avoir sa propre politique de poursuite. Sont considérés comme étant dépourvus de caractère sensible les accords conclus par des entreprises dont la part de marché ne dépasse pas 10% (entre concurrents) ou 15% (entre non-concurrents) sur aucun des marchés affectés par l'accord. Ces exonérations ne s'appliquent pas aux restrictions flagrantes (clauses noires), c'est-à-dire celles qui ont pour objet « *la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients* ».

En droit interne, l'article L. 464-6-1 du Code de commerce, inspiré du droit de l'Union, donne à l'Autorité la faculté de prononcer un non-lieu :

- lorsqu'un seuil de 10% n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises concurrentes sur un même marché,

24. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE, 22 décembre 2001, n° C 368/13.

– lorsqu'un seuil de 15 % n'est pas dépassé, s'agissant d'un accord entre entreprises qui ne sont pas concurrentes sur un même marché, et ce sauf restrictions flagrantes énumérées à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce (identiques aux restrictions flagrantes au sein de l'Union).

Le non-dépassement de ces seuils n'exclut pas la possibilité pour l'Autorité de constater l'existence d'une infraction au regard du droit tant interne que de l'Union, si d'autres éléments de nature notamment qualitative attestent le caractère sensible des pratiques en cause.

En 2013, l'Autorité n'a pas eu à faire application de cette règle.

Dans la décision **13-D-14**, sanctionnant deux organismes professionnels de vétérinaires pour avoir mis en place une charte définissant les prix que les vétérinaires signataires devaient facturer à la Société protectrice des animaux de Strasbourg et organisant un partage de leurs interventions auprès d'elle, l'Autorité a rappelé que les requérants n'étaient pas en mesure de se prévaloir de la règle *de minimis*, dans la mesure où cette règle ne s'applique pas, en vertu de l'article L. 464-6-2 du Code de commerce, aux restrictions qui ont pour objet la fixation de prix de vente ou la répartition de marchés.

Les ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appels à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents.

Les concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics

Le Conseil et à sa suite l'Autorité ont rappelé à plusieurs reprises leur pratique décisionnelle en la matière.

« À de multiples reprises le Conseil de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être (voir notamment les décisions 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille et 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche). Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire même de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins-disant. Mais de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres. Alors que les maîtres d'ouvrage organisent

un appel d'offres afin d'obtenir, par le jeu de la concurrence, la meilleure offre, conformément aux prescriptions du Code des marchés publics lorsqu'il s'agit d'acheteurs publics, ces pratiques ont pour effet d'élever artificiellement les prix des prestations concernées.»

«La preuve de l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant (voir notamment les décisions 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre et 01-D-20 du 4 mai 2001 relative à des pratiques relevées concernant plusieurs marchés de travaux de peinture et d'étanchéité dans le département de l'Indre-et-Loire).»

«Par ailleurs, un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants (CA Paris, 18 décembre 2001, SA Bajus Transport; Cass. com., 12 janvier 1993, société Sogea, n° 91-11.623). La preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (CA Paris, 2 avril 1996, société Pro Gec SA).»

Ces ententes peuvent revêtir différentes formes, comme celles rappelées ci-après.

Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres, sous-traitance

Dans la décision **13-D-09**, relative à des pratiques constatées à l'occasion d'un appel d'offres dans le cadre du marché public de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan, l'Autorité a sanctionné cinq sociétés pour avoir échangé des informations et déposé une offre de couverture (voir *infra* « Offre de couverture ») ayant pour objet et pour effet de tromper le maître d'ouvrage quant à l'existence et l'intensité de la concurrence entre ces entreprises.

L'Autorité a tout d'abord rappelé que pour déterminer s'il y a concertation dans le cadre de marchés publics sur appel d'offres, il faut rapporter la preuve soit que les entreprises concurrentes 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, et ce afin d'échapper au principe de l'indépendance des offres et fausser le jeu d'une libre concurrence. Elle a également indiqué que la preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques.

En l'espèce, l'Autorité a considéré que les similitudes relevées entre les offres déposées, d'une part, et la mention du nom d'une entreprise concurrente en bas de page de l'offre d'une autre entreprise soumissionnaire, d'autre part, constituaient un indice grave d'un échange d'informations anticoncurrentiel intervenu entre ces deux entreprises concurrentes avant le dépôt de leurs offres. Elle a en outre

estimé que l'antériorité de cet échange d'informations était attestée par l'analyse du contenu de l'offre de l'une des entreprises en cause, rapprochée avec les conditions de location d'un terrain nécessaire à la réalisation des travaux au sein du centre pénitentiaire de Perpignan, appartenant à une société civile immobilière dont l'un des associés n'était autre que le dirigeant de l'une des entreprises soumissionnaires.

L'Autorité a d'autre part rappelé que, lorsque plusieurs entreprises ont étudié la possibilité d'établir entre elles des liens de donneur d'ordres à sous-traitant à l'occasion d'un marché public et qu'elles présentent ensuite des offres distinctes en s'abstenant de mentionner le fait qu'elles ont échangé des informations, de tels comportements sont prohibés par l'article L. 420-1 du Code de commerce dans la mesure où ils faussent le jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des opérateurs dans leurs décisions et en tendant à induire en erreur le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de ses choix²⁵.

L'Autorité a constaté à cet égard qu'outre le fait que l'existence d'un projet de sous-traitance entre les entreprises mises en cause n'était pas démontrée en l'espèce, les entreprises n'avaient à aucun moment informé le maître d'ouvrage de l'existence de ces éventuelles discussions ni des échanges d'informations qui en auraient résulté.

L'offre de couverture

Il s'agit du dépôt, par une entreprise soumissionnaire, d'une offre d'un montant volontairement plus élevé que l'offre de l'entreprise avec laquelle elle s'est entendue et dont l'offre devra apparaître comme la moins-disante, pour être déclarée attributaire du marché.

Sauf exception (les offres de principe), aucune entreprise soumissionnaire n'a, *a priori*, intérêt à se voir évincer d'un marché particulier et donc à accepter d'y présenter une offre de couverture. Dans les secteurs où un nombre restreint de groupes ou d'entreprises sont appelés à se retrouver fréquemment en situation de concurrence pour l'attribution de marchés publics (de même nature ou concernant des prestations connexes), le comportement de l'entreprise déposant une offre de couverture peut s'expliquer par les compensations qu'elle espère pouvoir obtenir pour des marchés ultérieurs et qui pourront prendre la forme d'offres de couverture en sa faveur.

Ainsi, le dépôt d'offres de couverture sur un marché particulier a deux effets. D'une part, il fausse le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par là même, prohibé par les dispositions sur les ententes restrictives de concurrence ; d'autre part, il porte en germe une altération du jeu de la concurrence lors d'autres appels d'offres. Il est certes possible que les contreparties espérées ne se matérialisent pas ou qu'elles ne puissent pas être établies par une instruction devant l'Autorité parce que le marché sur lequel elles pourront se manifester n'est pas immédiatement déterminé ou parce qu'il ne fait pas partie du champ de la saisine. Il n'en reste pas moins que le dépôt d'une offre de couverture a, en tout état de cause, un

25. Voir notamment les décisions 05-D-17 et 07-D-47.

objet et un effet anticoncurrentiels immédiats sur le fonctionnement du marché sur lequel il est observé.

Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel qui, dans un arrêt du 27 février 1998, SA S.C.R., a jugé que « *la pratique des offres de couverture en matière de soumission à des marchés publics [...] est en soi, anticoncurrentielle par son objet* ».

Dans la décision **13-D-09**, l'Autorité a sanctionné cinq sociétés pour avoir échangé des informations et déposé une offre de couverture ayant pour objet et pour effet de tromper le maître d'ouvrage quant à l'existence et l'intensité de la concurrence entre ces entreprises.

Les éléments du dossier ont ainsi révélé l'existence d'une offre de moindre qualité présentée par l'une des entreprises soumissionnaires, alors même qu'elle disposait de la qualification et de l'expérience nécessaires pour présenter une offre technique sérieuse et qu'elle était déjà connue du maître d'ouvrage, ces éléments corroborant l'existence d'une offre de couverture.

Les réponses en groupements

Le Conseil puis l'Autorité ont rappelé à de multiples reprises que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet pro concurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre d'entreprises candidates ou dissimulent une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessité technique et économique de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère.

Les échanges d'informations

Dans la décision **13-D-03**²⁶, l'Autorité a sanctionné huit abatteurs de porcs ainsi que deux organismes professionnels pour avoir mis en œuvre les pratiques d'entente suivantes.

L'Autorité a sanctionné une pratique mise en œuvre durant plusieurs mois par des abatteurs de porcs bretons consistant à fixer les quantités de porcs achetées dans le but, notamment, de faire baisser le prix du porc payé aux éleveurs. Cette diminution concertée des abattages visait à influencer sur le prix du porc au Marché du porc breton (MPB), qui sert de référence au niveau national. La baisse artificielle de la demande de porcs vivants a ainsi engendré des baisses de prix significatives au détriment des éleveurs-producteurs.

L'Autorité a d'autre part sanctionné un syndicat professionnel des abatteurs pour avoir diffusé à ses adhérents des consignes de prix, *via* des communiqués et des circulaires, pendant plusieurs années et de façon répétée, dans le but de contrer

26. Un recours a été formé contre cette décision.

les promotions sur la viande de porc fraîche à la découpe organisées par la grande distribution. Ces consignes de prix ont été diffusées pendant plusieurs périodes de promotion, et ce malgré un rappel à la loi effectué par les services du ministre chargé de l'Économie.

Des abatteurs ont également été sanctionnés pour s'être entendus, sur une courte période, à l'encontre de l'enseigne Auchan, sur un prix minimal de vente de la longe de porc sans os ainsi que sur les prix de la viande destinée à faire l'objet de promotions nationales dans certains magasins de cette enseigne. Ces pratiques ont renchéri artificiellement le prix de vente de la viande à ces magasins et donc au consommateur final.

L'Autorité a en dernier lieu sanctionné sept abatteurs ainsi que deux organismes professionnels pour s'être concertés, sur deux jours, en déterminant, en l'absence de fonctionnement du marché au cadran servant de référence à la fixation du prix de la viande de porc, un prix unique pour leurs achats directs auprès des éleveurs. L'un des organismes professionnels a diffusé à cet égard, au travers d'un communiqué transmis à l'ensemble des abattoirs, le prix concerté à appliquer.

Dans la décision **13-D-14**, l'Autorité a sanctionné deux organismes professionnels de vétérinaires pour avoir mis en place une charte définissant les prix que les vétérinaires signataires devaient facturer à la Société protectrice des animaux (SPA) de Strasbourg et organisant un partage de leurs interventions auprès d'elle. Les prix pratiqués étaient donc identiques quel que soit le vétérinaire intervenant auprès de ce refuge. La grille tarifaire concernait également certains soins réalisés après l'adoption de l'animal *via* des bons remis par la SPA aux adoptants.

Les entraves à l'accès au marché

Les accords de coopération pour l'exploitation en commun d'un service de transport maritime

Dans la décision **13-D-15**, l'Autorité a accepté les engagements de quatre compagnies maritimes auxquelles était reprochée la mise en œuvre de certaines clauses contractuelles limitant l'intensité de la concurrence et la possibilité pour de nouveaux entrants d'animer le marché du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises.

L'Autorité a tout d'abord rappelé que la situation concurrentielle du secteur du transport maritime est le produit de plusieurs règlements d'exemption par catégorie, notamment le règlement n° 4056/86²⁷ qui permettait aux transporteurs de fixer les prix et de réguler les capacités conjointement. Le règlement d'exemption par catégorie en faveur des conférences maritimes a été abrogé le 18 octobre 2008 par le règlement n° 1419/2006²⁸. À partir de cette date, le transport maritime de ligne est soumis aux règles de concurrence. L'ancien règlement d'exemption

27. Règlement n° 4056/86 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité (à présent articles 101 et 102 du TFUE), JO [1986] L378/4.

28. Règlement (CE) n° 1419/2006 du Conseil du 25 septembre 2006 abrogeant le règlement (CEE) n° 4056/86 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, et modifiant le règlement (CE) n° 1/2003 de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux de *tramp*.

par catégorie n° 823/2000²⁹ et le nouveau règlement d'exemption par catégorie n° 906/2009, qui se substitue au précédent depuis le 26 avril 2010, établissent les conditions d'exemption pour des accords de consortium, c'est-à-dire des accords de coopération pour l'exploitation en commun d'un service de transport maritime, notamment les accords de Slot Charter Agreement (SCA) ou accords de location d'espace. Les accords SCA permettent à une compagnie de louer un quota d'emplacements sur le navire d'une autre compagnie pour y charger ses conteneurs, moyennant un prix fixé contractuellement à l'avance. Les deux compagnies conservent leur liberté commerciale et pratiquent vis-à-vis des clients finaux des prix différents.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que sur la ligne maritime reliant l'Europe du Nord aux Antilles françaises, 90 % des échanges (hors carburants) étaient assurés par une compagnie qui partageait ses capacités de transport avec trois compagnies concurrentes, au travers d'accords SCA. Ces trois compagnies concurrentes justifiaient la signature de ces accords SCA par des raisons de rentabilité, de viabilité, de partage de coût et de meilleure adaptabilité des bateaux mis à disposition aux ports antillais.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a considéré que s'il n'était pas exclu que les accords de SCA puissent contribuer à rationaliser les activités des compagnies membres ou permettre une utilisation plus efficace de la capacité des navires, tout en améliorant la fréquence des dessertes, des escales ou la qualité des services (du fait notamment du recours à des navires plus modernes et adaptés aux ports antillais), certaines clauses de ces accords étaient cependant susceptibles de restreindre la concurrence et ne paraissaient pas indispensables pour atteindre ces objectifs.

Parmi les stipulations contractuelles susceptibles de restreindre la concurrence, l'Autorité a identifié les points suivants : l'existence de clauses d'exclusivité interdisant aux compagnies membres de charger leurs conteneurs sur un bateau concurrent, l'opacité du mécanisme d'allocation des capacités, l'absence de possibilité de revendre à des tiers la capacité réservée non utilisée et la durée indéterminée des contrats. L'Autorité a estimé que ces stipulations étaient susceptibles de réduire la possibilité de ces parties de s'adapter à la demande et de contester le marché et qu'elles avaient pour effet de freiner l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, dont elles limitent la contestabilité.

Les ententes verticales

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution, organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

²⁹. Règlement n° 823/2000 du 19 avril 2000 relatif à l'application de l'article 81, paragraphe 3 à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums), JO [2000] L100/24.

La méthode d'analyse des restrictions verticales

Le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (auquel s'est désormais substitué le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010), prévoyait une exemption d'application du paragraphe 1 de l'article 81 (article 101 TFUE) au bénéfice des accords de distribution, dits « *accords verticaux* », conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens et services ne dépassait pas 30 %, et ce sous réserve que ces accords ne comportent pas de restrictions caractérisées, à savoir, pour l'essentiel, celles qui obligeraient chaque distributeur à respecter un prix de vente identique, à s'interdire de revendre à un autre distributeur du réseau ou à s'interdire de répondre passivement à des commandes de clients situés hors de sa zone d'exclusivité (article 4 du règlement).

L'article 5 de ce règlement ajoutait que n'étaient pas exemptables certaines obligations et, notamment, toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans, étant précisé qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été imposée pour une durée indéterminée. L'article 1^{er}, a) définissait une obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels [...]* ».

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées reprend en grande partie celui de 1999, sous réserve de 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 règlement n° 2790/1999, article 2, point 4, sous a).

Enfin, l'article 3, point 2, du nouveau règlement couvre les accords multipartites. Il vise en effet l'hypothèse où « *une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre*

entreprise partie à l'accord». Dans ce cas, « la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché [de 30%] [...], en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption [...] s'applique».

En ce qui concerne la cession de droits de propriété intellectuelle

Comme le précédent règlement, le nouveau texte couvre les dispositions contenues dans les accords verticaux concernant la cession à l'acheteur, ou l'utilisation par l'acheteur, de droits de propriété intellectuelle, lorsque ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services (article 2, point 3). La définition du droit de propriété intellectuelle est cependant étendue au savoir-faire (article 1^{er}, point 1, sous f).

En ce qui concerne le champ d'application du règlement

Alors que le règlement n° 2790/1999 s'appliquait à l'ensemble de la distribution, à l'exception du secteur de l'automobile, le nouveau règlement n° 330/2010 s'étend à la distribution des véhicules automobiles neufs, à l'issue d'une période de transition de trois ans.

Le règlement n° 330/2010 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, mais il prévoit une période de transition de un an : « *L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du Traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1^{er} juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) n° 2790/1999 (article 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 la décision 00-D-82, 26 février 2001, relative aux glaces et crèmes glacées d'impulsion, confirmée en appel le 7 mai 2002).

La mise en œuvre de cette méthode d'analyse

Les principes/l'organisation du réseau de distribution

La validité de principe des accords verticaux, qu'il s'agisse de distribution sélective ou non, a été consacrée, de façon générale et pour l'ensemble des accords verticaux, par le règlement n° 2790/1999 puis par le règlement n° 330/2010 précités. Toutefois, la présence de certaines clauses dans les contrats ou certaines pratiques s'insérant dans ces relations verticales peuvent leur donner une dimension anticoncurrentielle.

L'interdiction de prix imposés

Aux termes de la jurisprudence européenne et nationale, il est 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 revente 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 revente³⁰.

Les clauses d'exclusivité

Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions de l'Union et des juridictions internes que les clauses d'exclusivité figurant dans les relations contractuelles entre un producteur et ses distributeurs ne constituent pas, en principe, des pratiques anticoncurrentielles par leur objet même³¹.

Toutefois, de telles clauses peuvent restreindre la concurrence en raison de leurs effets actuels ou potentiels, notamment lorsque ceux-ci tendent à restreindre l'accès des concurrents au marché concerné. À cet égard, il convient non seulement d'apprécier l'effet de l'accord ou de la clause en cause sur le jeu de la concurrence, mais également de prendre en compte l'existence sur le marché d'autres contrats de même type afin de déterminer si cet accord ou cette clause contribue à un effet cumulatif de fermeture du marché résultant d'un ensemble de contrats similaires. Les exclusivités contribuant de manière significative à l'effet cumulatif de verrouillage du marché relèvent de l'interdiction posée par les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce³².

En pratique, l'effet actuel ou potentiel d'éviction ou de verrouillage que peuvent engendrer les clauses d'exclusivité dépend donc de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions de concurrence régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients ou des fournisseurs d'intrants³³.

Les exemptions

Les restrictions de concurrence peuvent être exemptées sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

Les pratiques résultant d'un texte législatif ou réglementaire

Le I sous 1), de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise que les pratiques qui « résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et

30. Voir les décisions 07-D-50 et 07-D-06.

31. Voir, par exemple, CJCE, 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, point 13.

32. Voir, notamment, TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 83 et CA Paris, 7 mai 2002, Masterfoods.

33. Voir, notamment, lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, 19 mai 2010, JO C 130, points 151 à 173.

L. 420-2. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 3^o de l'article 101 TFUE dispose : « *les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : [...] à tout accord, décision d'associations d'entreprises ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».*

Le I sous 2) de l'article L. 420-4 du Code de commerce précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

Le progrès invoqué doit être effectivement démontré, à la fois dans sa nature et dans son *quantum*, par l'entreprise ou l'organisme qui l'invoque.

Il doit constituer un progrès objectif pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle ou plus largement individuelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, en outre, être établi que le progrès économique en question est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies moins restrictives de concurrence. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour compenser, d'un point de vue qualitatif et quantitatif, les atteintes à la concurrence relevées.

Sur tous ces points, il résulte tant de la jurisprudence de l'Union européenne que de la jurisprudence interne que la personne qui se prévaut des dispositions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE ou de l'article L. 420-4 du Code de commerce doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies (voir CJCE, GlaxoSmithKline/Commission, point 82, et CJCE, 11 juillet 1985, Remia e. a./Commission, 42/84, Rec. P. 2545, point 45; voir également les arrêts de la cour d'appel de Paris du 14 décembre 2011, Compagnie Emirates, n° 09/20639, p. 6 et du 31 janvier 2013, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, n° 08/23812, p. 17).

Dans la décision **13-D-03**³⁴, l'Autorité a écarté l'exemption invoquée par l'une des entreprises et sanctionné sept abatteurs de porcs, un syndicat ainsi qu'une association regroupant des acheteurs abatteurs pour s'être concertés, sur une courte période, en déterminant, en l'absence de fonctionnement du marché au cadran, qui sert de référence au niveau national pour fixer le prix de la viande de porc, un prix unique pour leurs achats directs de porc charcutier auprès des éleveurs.

L'entreprise considérait en l'espèce que la pratique visée répondait aux quatre critères définis par le paragraphe 3 de l'article 101 TFUE permettant d'obtenir le bénéfice d'une exemption. Elle estimait en premier lieu que la fixation en commun d'un prix de base, en l'absence du marché au cadran, permettait de faire fonctionner normalement les abattoirs, et répondait ainsi à l'objectif d'amélioration de la production ainsi qu'aux objectifs de la politique agricole commune rappelés à l'article 39 du TFUE. Cette concertation aurait, en deuxième lieu, profité aux consommateurs, puisque le marché au détail aurait continué à être approvisionné en viande de porc. Cette concertation aurait été, en troisième lieu, indispensable pour atteindre l'objectif de tenue du marché à défaut d'une solution rationnelle économiquement, susceptible de pallier l'absence de marché. En quatrième et dernier lieu, cette concertation n'aurait pas éliminé la concurrence sur le marché des produits en cause en raison de la brièveté de la concertation.

En réponse aux arguments avancés, l'Autorité a estimé que, s'il n'était pas exclu que la concertation entre les abatteurs réponde à la première condition susvisée, au regard notamment de l'objectif de stabilisation du marché prévu par l'article 39 TFUE, il n'était en revanche pas démontré que les alternatives offertes aux abatteurs étaient toutes moins rationnelles économiquement et que la concertation ait été indispensable.

L'Autorité a ainsi conclu qu'il n'était pas établi qu'il n'existait pas de solutions intermédiaires entre la pratique mise en œuvre, d'une part, et la liberté totale de fixation des prix évoquée par la requérante, d'autre part, la fixation en commun d'un prix d'achat du porc sur la période donnée n'apparaissant pas comme la solution la moins restrictive de concurrence.

Dans la décision **13-D-14**, l'Autorité a également écarté cette exemption et sanctionné deux organismes professionnels de vétérinaires pour avoir mis en place une charte définissant les prix que les vétérinaires signataires devaient facturer à la Société de protection des animaux (SPA) de Strasbourg et organisant un partage de leurs interventions auprès d'elle.

L'Autorité a observé que l'allégation selon laquelle les pratiques en cause auraient permis de soigner correctement les animaux recueillis par la SPA au meilleur coût possible, et donc engendré un progrès économique certain, n'était nullement démontrée. Elle a relevé au contraire que les responsables des autres SPA de la région Alsace s'étaient déclarés satisfaits de la qualité des interventions effectuées par des vétérinaires pratiquant des tarifs inférieurs à ceux facturés à la SPA de Strasbourg, qu'aucun d'entre eux n'avait jamais fait état de la nécessité d'une

34. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

charte imposant une grille tarifaire unique à cette fin et a dès lors conclu que les conditions d'exemption n'étaient pas réunies.

Les pratiques abusives

Les pratiques de dénigrement

En 2013, l'Autorité a condamné, à deux reprises, des pratiques de dénigrement de médicaments génériques, constitutives d'abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE.

Ainsi, dans une première décision **13-D-11**³⁵ du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, l'Autorité a sanctionné Sanofi-Aventis France, ainsi que Sanofi, en sa qualité de société mère, pour avoir mis en œuvre auprès des professionnels de santé – médecins et pharmaciens d'officine – une pratique de dénigrement à l'encontre des génériques concurrents de son médicament princeps Plavix[®], afin de limiter leur entrée sur le marché et de favoriser ses propres produits, Plavix[®] ainsi que son autogénérique Clopidogrel Winthrop[®].

Dans une seconde décision **13-D-21**³⁶ du 18 septembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, à l'issue d'une procédure de non-contestation des griefs, l'Autorité a condamné le laboratoire Schering-Plough et, en qualité de sociétés mères, Financière MSD et Merck & Co, pour avoir, d'une part, dénigré le générique du laboratoire Arrow, concurrent de son médicament princeps Subutex[®], et, d'autre part, octroyé aux pharmaciens d'officine des avantages financiers à caractère fidélisant, sans aucune contrepartie économiquement justifiée, dans le seul but de saturer leurs linéaires et de freiner ainsi l'entrée du générique sur le marché.

Une pratique de dénigrement peut être constitutive d'un abus de position dominante

Dans ces deux décisions, l'Autorité a rappelé que, selon sa pratique décisionnelle constante, le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Il se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur.

Elle a ensuite souligné que tout dénigrement mis en œuvre par une entreprise en position dominante, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 TFUE. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il convient que soit établi un lien entre la domination de

35. Un recours a été formé contre cette décision.

36. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (affaire pendante).

l'entreprise et la pratique de dénigrement (décision de l'Autorité 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, paragraphes 57 et 58, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mars 2010; voir également la décision 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante, paragraphe 305).

Pour apprécier l'existence d'une pratique de dénigrement, l'Autorité s'attache ainsi tout d'abord à vérifier si le discours commercial tenu par l'entreprise en position dominante relève de constatations objectives ou s'il procède d'assertions non vérifiées (voir, en ce sens, la décision 07-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 81).

Puis, afin de déterminer si le discours commercial de l'entreprise dominante est de nature à influencer la structure du marché, l'Autorité examine les effets attendus ou réels de ce discours auprès des partenaires commerciaux ou de la clientèle potentielle de ses concurrents (décision 10-D-32, précitée, paragraphe 307). Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'est en effet pas nécessaire de démontrer que le comportement de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur le marché concerné pour pouvoir le qualifier d'abusif. Il suffit de démontrer qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à avoir un tel effet (arrêts du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, point 64, et du 6 décembre 2012, *AstraZeneca e. a./Commission*, C-457/10 P, non encore publié au Recueil, point 112).

Enfin, au nombre des éléments que l'Autorité retient pour établir l'existence d'un lien entre la domination de l'entreprise en cause et la pratique de dénigrement figurent la notoriété de cette entreprise et la confiance que lui accordent les acteurs du marché qui sont de nature à renforcer significativement l'impact du discours développé par celle-ci. Dans sa décision 07-D-33, précitée, l'Autorité a ainsi pris en considération le fait que l'entreprise dominante mise en cause « *bénéficiait aux yeux du grand public de la réputation et de la notoriété d'un ancien monopole gérant un service public* » (paragraphe 79).

Partant, s'il n'appartient pas aux laboratoires pharmaceutiques de faire évoluer les mentalités ou l'attitude des prescripteurs, et plus généralement de contribuer au développement des médicaments génériques produits par des opérateurs concurrents, il leur incombe en revanche de ne pas instrumentaliser la prudence ou les craintes des médecins et des pharmaciens, notamment après la délivrance des AMM, par des comportements dont l'objet ou l'effet consisteraient à jeter le doute ou à susciter l'inquiétude, sans raison objective, sur ces médicaments génériques et à conforter la position de leurs propres produits (princeps ou autogénériques) par des moyens autres que ceux relevant de la concurrence par les mérites.

Le standard de preuve

Selon l'Autorité, le dénigrement d'un médicament ne peut être comparé au dénigrement d'un service de téléphonie ou de télévision payante.

À ce sujet, l'Autorité a relevé que les professionnels de la santé ont une attitude prudente vis-à-vis des médicaments et tendent à privilégier ceux qu'ils connaissent. Il existe en effet à l'égard de ces produits une rigidité au changement relativement forte de la part des médecins prescripteurs et des pharmaciens ainsi qu'une certaine méfiance vis-à-vis de la nouveauté qui ne peut être surmontée que par une information précise et objective.

Dès lors, la diffusion d'une information négative, voire l'instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'un médicament peuvent suffire à le discréditer immédiatement auprès des professionnels de la santé. En effet, si ceux-ci s'interrogent sur son efficacité thérapeutique voire sur son innocuité, du fait de la présentation qui leur en a été faite ou des réponses qui ont été données à leurs interrogations à cet égard, ils ne prendront pas le risque de le prescrire ou de le délivrer. Dans le secteur pharmaceutique, les pratiques de dénigrement peuvent consister non pas à s'attaquer frontalement au produit concurrent en le disqualifiant au travers d'une remise en cause brutale, *via* des déclarations générales et publiques, mais au contraire à instiller un doute dans l'esprit de professionnels de la santé, ciblé sur la qualité ou les propriétés du médicament générique, en délivrant des informations organisées et structurées, mais incomplètes, ambiguës ou présentées de telle manière qu'elles suggèrent l'existence d'un risque à substituer ou entretenir, pour des motifs injustifiés, une crainte ou une prévention à cet égard.

Dans un tel contexte, si la preuve de l'existence d'une pratique de dénigrement peut résulter de l'existence formelle de pièces se suffisant à elles-mêmes, elle peut aussi résulter d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, apprécié globalement et constitué par diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, et ce alors même que chacune des pièces prises isolément n'aurait pas un caractère suffisamment probant, ainsi le cas échéant que par le rapprochement de ces pièces avec d'autres éléments de preuve tels que les témoignages de personnes auxquelles est destiné le discours en cause.

La pratique mise en œuvre par Sanofi-Aventis France

Rappel du contexte

Sanofi-Aventis France, filiale du groupe Sanofi et leader français de l'industrie pharmaceutique, a lancé la commercialisation de Plavix® en France en février 1999 dans le cadre d'un partenariat avec la société Bristol Myers Squibb, après avoir obtenu une autorisation de mise sur le marché le 15 juillet 1998. En 2008, Plavix® représentait le premier poste de remboursement de l'Assurance maladie en France, soit 625 millions d'euros.

Plavix® a pour principe actif le clopidogrel. Appartenant à la classe des antiagrégants plaquettaires, il est prescrit essentiellement en ville par des cardiologues et des généralistes et est utilisé dans la prévention des complications liées à l'athérombose, maladie entraînant une rigidité artérielle pouvant conduire à des lésions des parois artérielles et à la survenue de thromboses (caillots sanguins).

Si le brevet qui protégeait ce médicament en Europe a expiré en juillet 2008, Sanofi-Aventis France a procédé au dépôt de brevets complémentaires afin de prolonger cette protection initiale. Le sel utilisé dans Plavix® (l'hydrogénosulfate) est ainsi resté protégé par un brevet jusqu'en février 2013. Les génériques de Plavix®, hors autogénérique, devaient par conséquent impérativement utiliser un sel différent. L'indication concernant le traitement du syndrome coronaire aigu (SCA) en bithérapie, au travers d'une association clopidogrel/acide acétylsalicylique (aspirine), reste quant à elle protégée par un brevet expirant en février 2017. Toutefois, aucune de ces deux protections ne remet en cause la bioéquivalence des génériques concurrents de Plavix®, et donc leur substituabilité, et ce pour la totalité des pathologies traitées par Plavix®, dont le SCA. En effet, dès lors qu'une spécialité générique est inscrite au répertoire des génériques, aucune disposition légale ou réglementaire n'empêche sa délivrance par substitution à la spécialité de référence quand bien même elle ne présenterait pas toutes les indications de la spécialité de référence. Les premiers génériques concurrents de Plavix® ont été commercialisés en octobre 2009.

La procédure

L'Autorité a été saisie d'une plainte de la société Teva Santé selon laquelle Sanofi-Aventis France abuserait de sa position dominante sur le marché « ville » du clopidogrel en France sur lequel elle commercialise son médicament princeps Plavix®, et son autogénérique, Clopidogrel Winthrop®, en dénigrant le générique commercialisé par Teva Santé, Clopidogrel HCS®.

Par sa décision 10-D-16 du 17 mai 2010, l'Autorité a rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par Teva Santé, tout en décidant de poursuivre l'instruction de l'affaire au fond.

La pratique de dénigrement mise en œuvre

Selon l'Autorité, grâce à une communication globale et structurée, Sanofi-Aventis France a délivré à partir de septembre 2009 et jusqu'en janvier 2010 un discours de nature à instiller un doute dans l'esprit des professionnels de la santé sur l'efficacité et l'innocuité des génériques concurrents de Plavix® et à discréditer ces derniers au bénéfice de ses propres spécialités.

En effet, de nombreux témoignages de médecins et de pharmaciens, mais également des remontées d'informations de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) ainsi que des éléments fournis par les groupements de pharmaciens Giropharm et Réseau Santé montrent que les visiteurs médicaux et les délégués pharmaceutiques de Sanofi-Aventis ont diffusé à l'échelle nationale auprès des médecins et des pharmaciens des informations incomplètes, voire ambiguës, jetant le doute sur les qualités des génériques concurrents de Plavix® et laissant entendre que leur responsabilité pourrait être engagée en cas de problème médical consécutif à la prescription et/ou à la délivrance de ces médicaments de substitution.

En pratique, l'information délivrée par Sanofi-Aventis consistait avant tout à présenter les produits concurrents, puis à les comparer avec ses propres spécialités en soulignant l'existence de différences s'agissant du sel de clopidogrel utilisé et des indications couvertes, sans toutefois expliquer les raisons objectives de ces différences, ni leurs conséquences (ou leur absence de conséquences) aux professionnels et à leurs patients.

Or, les différences de sels et d'indications des génériques concurrents de Plavix[®], liées uniquement à des questions de propriété intellectuelle, et non à des propriétés chimiques ou médicales particulières, n'ont aucune incidence sur la bioéquivalence et la substituabilité de ces médicaments, et ce pour la totalité des pathologies traitées par Plavix[®], dont le SCA.

Un tel discours ne saurait non plus être justifié par la réglementation européenne et française à cet égard, ainsi que cela ressort clairement de la réponse de l'Afsaps à une demande d'information, selon laquelle les sels des médicaments génériques ne présentent pas « *de propriétés sensiblement différentes au regard de la sécurité ou de l'efficacité* ».

Ce discours trompeur a eu pour effet de susciter de fortes inquiétudes chez les professionnels de la santé, rencontrant un écho d'autant plus important qu'il subsiste chez ces derniers une certaine réticence vis-à-vis des médicaments génériques, laquelle s'explique notamment par leur méconnaissance des procédures d'autorisation de mise sur le marché, par leur mauvaise appréhension du cadre réglementaire relatif à la substitution et par leur volonté de se prémunir contre tout risque de voir leur responsabilité civile ou pénale engagée.

En influençant à la fois les médecins et les pharmaciens, Sanofi-Aventis France a ainsi fait obstacle à la concurrence à deux étapes clés du mécanisme de substitution : au stade de la prescription, en obtenant des médecins qu'ils apposent sur l'ordonnance la mention « *non substituable* », afin de limiter le taux de généralisation de Plavix[®] ; au stade de la substitution elle-même, en incitant les pharmaciens à remplacer Plavix[®] par son propre générique, Clopidogrel Winthrop[®], au détriment des génériques concurrents.

La position de Sanofi-Aventis

Lors de la période précédant l'entrée des génériques, Sanofi-Aventis est détentrice des brevets relatifs au médicament Plavix[®] et était, en vertu des accords conclus avec BMS, exclusivement chargée de la distribution de ce produit en France. Le premier générique commercialisé était Clopidogrel Winthrop[®], produit par Sanofi-Aventis, et mis sur le marché le 5 octobre 2009. Le premier générique concurrent a, quant à lui, été commercialisé le 7 octobre 2009. Jusqu'à cette date, Sanofi-Aventis jouissait donc d'un monopole et, par conséquent, d'une position dominante sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville.

En ce qui concerne la seconde période, qui a débuté à compter du 7 octobre 2009, l'Autorité relève que, bien que Sanofi-Aventis ait dû faire progressivement face à la concurrence de nombreux laboratoires génériqueurs – 19 au total –, elle n'en

a pas moins conservé une position prépondérante sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville.

En effet, entre le mois de janvier 2010 et le mois d'août 2011, la part de marché en volume cumulée de Plavix® et de Clopidogrel Winthrop® sur le marché français du clopidogrel en ville est demeurée constamment supérieure à 50%.

Une pratique qui a freiné de façon substantielle le processus de substitution de Plavix®

Après avoir rapidement augmenté au moment de l'introduction des génériques, le taux de substitution de Plavix® a connu ensuite une baisse continue pendant de très nombreux mois, ce qui n'est le cas d'aucune autre molécule comparable ayant fait l'objet d'une généralisation.

Le prix d'un générique étant sensiblement inférieur au prix du princeps de référence (jusqu'en 2012, la décote était fixée en général à 55% du prix fabricant hors taxe), une économie de plus de 200 millions d'euros était attendue en 2010 par la CNAMTS du fait du lancement des génériques de Plavix®, les génériques devant représenter 75% des ventes fin 2010. Or, dans son rapport sur les résultats 2010, la Sécurité sociale relève que le « *taux de pénétration effectif du clopidogrel à fin décembre 2010 [était] inférieur de 10 points à l'objectif (64,6% contre 75%)* ». Si l'objectif de la Sécurité sociale ne constitue pas une référence précise et indiscutable de ce qui aurait dû prévaloir en l'absence de pratique, il fournit néanmoins un ordre de grandeur confirmant que le taux de généralisation de Plavix® a été significativement inférieur à ce qu'il aurait dû être. Plavix® étant le premier poste de remboursement de l'Assurance maladie, le manque à gagner est donc substantiel pour les comptes publics.

La pratique en cause a en outre permis par ailleurs à Sanofi-Aventis de bénéficier d'un taux de pénétration exceptionnel pour son propre générique, Clopidogrel Winthrop® (désormais dénommé Clopidogrel Zentiva®). Celui-ci bénéficie en effet d'une part de marché de plus de 34% sur le segment des génériques du clopidogrel, soit une part de marché environ quatre fois supérieure à celle que Sanofi-Aventis détient habituellement sur le marché français des génériques.

Les pratiques mises en œuvre par Schering-Plough

Rappel du contexte

Subutex® est un médicament ayant pour substance active la buprénorphine haut dosage (BHD), qui permet le traitement de la dépendance aux opiacés et plus particulièrement à l'héroïne. Jusqu'en 2010, la commercialisation de ce médicament était assurée en France par Schering-Plough, aux termes d'un accord de licence conclu avec le détenteur du brevet, Reckitt Benckiser.

Le 31 janvier 2006, l'Affssaps a délivré une autorisation de mise sur le marché à Arrow Génériques pour la commercialisation d'un générique de Subutex® et l'a inscrit ensuite au répertoire des génériques. Il convient de rappeler que, dès lors qu'une spécialité générique est inscrite au répertoire, aucune disposition légale

ou réglementaire n'empêche sa délivrance par substitution à la spécialité de référence, quand bien même elle ne présenterait pas toutes les indications de la spécialité de référence.

La procédure

Dans une décision 07-MC-06 du 11 décembre 2007, le Conseil de la concurrence a fait droit à la demande de mesures conservatoires émanant de la société Arrow qui faisait valoir que Schering-Plough avait dénigré son produit Buprénorphine Arrow® auprès des médecins prescripteurs et des pharmaciens.

L'Autorité a, en effet, enjoint à Schering-Plough de faire publier un communiqué rappelant en substance que Buprénorphine Arrow® était substituable, sans risque pour la santé du patient, à Subutex®. Cette décision, contestée par Schering-Plough, a été confirmée par la cour d'appel de Paris (arrêt du 5 février 2008, n° 2007/21342) dont l'arrêt a été frappé d'un pourvoi rejeté (arrêt du 13 janvier 2009, n° 08-12510).

Les pratiques d'abus de position dominante reprochées

En premier lieu, Schering-Plough a développé une communication globale et structurée à destination des pharmaciens et médecins visant à dénigrer le générique d'Arrow, entre le 15 février 2006 et fin mai 2006. Par ce discours, Schering-Plough visait à instiller auprès des professionnels de santé un doute sur la qualité et la sécurité de la Buprénorphine Arrow®, sans se fonder sur le moindre fait vérifié, puisque rien ne permettait de considérer, de manière objective et documentée, que la Buprénorphine Arrow® était moins sûre que le princeps.

En influençant à la fois les médecins et les pharmaciens, Schering-Plough a fait obstacle à la concurrence, aux deux étapes clés de la substitution générique : au stade de la prescription, en renforçant significativement le nombre de mentions « *non substituable* », ce qui a conduit à limiter le taux de généralisation de Subutex®, et au stade de la délivrance du médicament, en incitant les pharmaciens à ne pas substituer Subutex® lorsque l'ordonnance ne comportait pas la mention « *non substituable* ».

En second lieu, Schering-Plough a recouru, entre janvier et fin juillet 2006, à des remises quantitatives visant, à l'instar des rabais de fidélité, à empêcher l'approvisionnement des pharmaciens auprès d'Arrow Génériques. Ces réductions octroyées aux pharmaciens ne se sont appuyées sur aucune contrepartie économiquement justifiée. Les effets restrictifs de ces remises ont été accentués par des pratiques de délais de paiement et d'escomptes pour paiement comptant. Cette saturation a été d'autant plus préjudiciable que le linéaire de l'officine et la place nécessairement limitée dédiée au stockage des médicaments en font une ressource rare.

Des pratiques d'abus qui ont freiné de façon substantielle le processus de substitution de Subutex®

Les éléments du dossier démontrent que les pratiques en cause ont réduit artificiellement le taux de pénétration du générique et causé à ce titre un dommage à l'économie réel et important. Dans son arrêt du 5 février 2008, à l'occasion de

l'examen des mesures conservatoires, la cour d'appel de Paris avait estimé démontrée « l'atteinte immédiate à l'économie du secteur intéressé résultant des pratiques relevées » et en avait évalué le coût supporté par la Sécurité sociale à la somme de 10 millions d'euros. La cour avait ainsi conclu que « la gravité de l'atteinte » justifiait le prononcé de mesures conservatoires.

Le marché de la BHD constitue un poste significatif de dépenses pour l'assurance maladie, qui rembourse en moyenne 77 millions d'euros par an pour cette molécule. La moindre pénétration du générique, résultant des pratiques d'abus, a donc eu nécessairement des effets substantiels pour les comptes publics.

Les pratiques liées à la diversification des opérateurs historiques

Décision 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque

Dans une décision **13-D-20** du 17 décembre 2013³⁷, l'Autorité a sanctionné la société EDF, fournisseur historique d'électricité aux ménages aux tarifs réglementés, pour avoir mis en œuvre des pratiques d'abus de position dominante sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.

Cette décision fait suite à la décision 09-MC-01³⁸, par laquelle l'Autorité avait prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond, en relevant que des pratiques anticoncurrentielles émanant d'un opérateur historique, susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché émergent, connexe à celui sur lequel il détient une position dominante héritée de son monopole légal et intervenant lors d'une étape clé de développement de ce marché, peuvent causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents, au secteur et, *in fine*, aux consommateurs finals. L'Autorité avait ainsi enjoint à EDF de mettre fin à certains comportements dénoncés par la plainte.

Les risques concurrentiels inhérents à la coexistence entre activités monopolistiques et activités relevant du champ concurrentiel

Dans sa décision **13-D-20**³⁹, l'Autorité souligne qu'il existe plusieurs risques concurrentiels pouvant naître de la coexistence du monopole (ou ancien monopole) des opérateurs historiques sur certaines activités et de l'activité de ces mêmes entreprises dans des domaines ouverts à la concurrence. Ces risques concernent notamment l'exploitation de la notoriété des opérateurs historiques pour promouvoir les activités concurrentielles et l'utilisation croisée de bases de clientèle.

37. Un recours a été formé contre cette décision.

38. Cette décision est devenue définitive.

39. Un recours a été formé contre cette décision.

L'exploitation de la notoriété des opérateurs historiques pour promouvoir les activités concurrentielles

L'Autorité a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris selon laquelle « [...] il ne peut être contesté que l'appartenance d'une filiale à un groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé constitue pour elle un avantage concurrentiel intrinsèque; que la référence à cette appartenance en tant qu'argument technique ou commercial ne peut, cependant, systématiquement, à lui seul, caractériser un abus alors que la libéralisation du marché de l'électricité est amorcée depuis plusieurs années, que le marché en cause s'est développé sur une technologie spécifique sur laquelle EDF ne dispose pas de compétences techniques et de savoir-faire particuliers, et que le marché en cause a vu apparaître, pendant la période considérée, des opérateurs entrants, ce qui constitue l'un des signes d'une concurrence effective » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 décembre 2010, Euro Power Technology SAS).

Elle a également souligné que, selon la pratique décisionnelle de l'Autorité, si l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais est inhérente à la possibilité laissée à ce dernier de développer ses activités dans des domaines ouverts à la concurrence, cette utilisation peut devenir anticoncurrentielle au regard des circonstances particulières de sa mise en œuvre, notamment lorsqu'elle conduit à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle (décision de l'Autorité 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel du 2 décembre 2010, précité).

L'Autorité a ainsi considéré que les circonstances particulières qui peuvent conduire à retenir une utilisation abusive de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique résultent, notamment, de la confusion entretenue par cet opérateur entre ses activités historiques et une nouvelle activité développée sur un marché de création récente ou récemment ouvert à la concurrence. L'abus sera également caractérisé par l'utilisation de sa notoriété d'opérateur historique sur ces nouveaux marchés dans des conditions qui amplifient cet avantage de façon non répliquable par les concurrents.

À cet égard, elle a indiqué que l'usage de la marque et du logo d'un opérateur historique est susceptible de devenir anticoncurrentiel compte tenu des caractéristiques suivantes du marché de diversification :

- premièrement, ce marché présente un lien de connexité très étroit avec celui sur lequel le titulaire de la marque détient une position dominante mais également avec d'autres marchés situés en amont ou en aval du marché concurrentiel, sur lesquels le titulaire de la marque et du logo exerce également un rôle prépondérant;
- deuxièmement, la demande sur le marché connexe au marché dominé émane de particuliers dont le niveau d'expertise est faible, qui présentent donc une forte aversion au risque et qui sont sensibles à l'image de marque et à la notoriété des opérateurs présents sur le marché;

- troisièmement, l'offre sur le marché connexe concurrentiel se caractérise par la présence d'opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas de marque notoire comme celle de l'opérateur historique ;
- quatrièmement, les pratiques ont lieu sur un marché sur lequel les investissements requis sont irréversibles : l'équipement étant prévu pour une durée de vingt ans, une vente effectuée signifie une part de marché définitivement perdue pour un concurrent, sans possibilité de reconquête ultérieure du marché ;
- cinquièmement, les pratiques de confusion ont lieu sur un marché émergent ou récemment ouvert à la concurrence.

L'utilisation croisée de bases de clientèle

L'Autorité a rappelé que l'utilisation, par une entreprise disposant ou ayant disposé d'un monopole légal sur un marché, des informations obtenues sur ce marché pour développer son activité auprès de ses clients issus du monopole légal est susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle (avis 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée de bases de clientèle).

Des pratiques visant à créer la confusion dans l'esprit des consommateurs sur le rôle des entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque

Entre novembre 2007 et avril 2009, date du prononcé des mesures conservatoires, EDF a mis en œuvre toute une série d'actions dont l'objectif était de créer une confusion entre, d'une part, son rôle en tant que fournisseur d'électricité aux ménages aux tarifs réglementés et, d'autre part, l'activité concurrentielle de sa filiale EDF ENR, opérant sur le marché concurrentiel des services rendus aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.

Ainsi, EDF a assuré la promotion et la commercialisation des offres photovoltaïques de sa filiale EDF ENR :

- en mobilisant l'ensemble des moyens de communication propres à l'opérateur historique,
- en utilisant la marque Bleu Ciel, qui est la marque des offres d'EDF à destination des clients résidentiels, et notamment la marque de la fourniture d'électricité au tarif réglementé,
- en mobilisant ses propres agents et l'ensemble des moyens de communication à sa disposition (Lettres Bleu Ciel, factures d'électricité, campagnes publicitaires, site Internet, salons et foires...) pour orienter les clients vers la plateforme téléphonique du Conseil Énergie solaire du 3929, destinée à informer les consommateurs tout en assurant la promotion des offres photovoltaïques de la filiale EDF ENR,
- en utilisant pour ce faire la base de données de ses clients obtenue dans le cadre de sa mission historique de fournisseur d'électricité, avantage qui ne pouvait être reproduit par ses concurrents.

Après avoir rappelé qu'il n'est pas interdit à un opérateur historique de se diversifier, l'Autorité a précisé que de telles pratiques, qui ont permis à EDF ENR de profiter de l'avantage procuré par l'image de marque et la notoriété d'EDF dans

des conditions ne relevant pas de la concurrence par les mérites et non accessibles à ses concurrents, sont constitutives d'abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE.

L'usage de la marque de l'opérateur historique à partir du mois de mai 2009

EDF a renoncé, à partir de cette date, à utiliser ses marques propres et ses moyens de communication pour développer sa filiale. Cependant, elle a maintenu l'usage d'une marque – EDF ENR – et d'un logo dérivé de sa propre marque.

L'Autorité a considéré qu'en raison des circonstances particulières de marché qui ont prévalu jusqu'au printemps 2010 EDF ENR a bénéficié d'un avantage concurrentiel non reproductible par ses concurrents.

Ainsi, elle a relevé, premièrement, qu'en se lançant dans la filière photovoltaïque, par l'intermédiaire d'EDF ENR, EDF s'est diversifiée sur un marché très proche de son cœur de métier, c'est-à-dire la production d'énergie.

Deuxièmement, à partir de 2009, lorsque EDF a commencé à développer le nom de sa filiale EDF ENR en tant que marque commerciale, la demande émanait de consommateurs dont le niveau d'expertise était encore faible et qui présentaient une forte aversion au risque. L'installation de panneaux photovoltaïques sur une toiture entraîne en effet des risques techniques certains en cas de malfaçons (courts-circuits et risques d'incendie) et représente en tout état de cause un pari financier à long terme.

Troisièmement, à l'exception de la filiale d'EDF, l'offre sur le marché connexe émanait à l'époque des pratiques d'opérateurs de création récente, de petite taille, et qui devaient installer leur marque.

Quatrièmement, l'importance de l'investissement pour le particulier (à peu près 20 000 euros), sa durée de vie (environ vingt ans), et le caractère limité de la demande, l'équipement ne pouvant être adopté que sur un certain type de toiture, diminuaient la contestabilité du marché, contrairement à un produit ou un service à renouvellement rapide.

Enfin, l'Autorité a retenu que, si le marché en cause n'est pas un marché récemment ouvert à la concurrence, il s'agit cependant d'un marché jeune sur lequel les positions des opérateurs en place ont été acquises récemment. Dans de telles circonstances, les consommateurs ont tendance à favoriser les intervenants les mieux établis, qui ne sont pas susceptibles de disparaître ni de les décevoir par la baisse de qualité des prestations.

L'Autorité en conclut que, si l'usage de la marque d'un opérateur historique ne constitue pas nécessairement, en soi, un abus de position dominante, il peut le devenir du fait des caractéristiques du marché concerné. Cette analyse doit être effectuée au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce. En particulier, si, comme c'est ici le cas, la puissance de la marque de l'opérateur historique ne peut être efficacement contrebalancée, du fait de l'absence de notoriété des marques concurrentes, ou parce que les consommateurs recherchent avant tout, dans une situation de forte asymétrie d'information, une marque susceptible de

leur inspirer confiance, l'emploi de la marque de l'opérateur historique peut conférer un avantage concurrentiel non répliquable pour les entreprises concurrentes.

Le secteur du photovoltaïque : un marché émergent animé par des PME

Les pratiques d'EDF se sont déroulées sur le marché émergent des services rendus aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité solaire photovoltaïque, où étaient présentes des petites et moyennes entreprises ne disposant pas de marque notoire, ni d'une image de fiabilité à l'instar d'EDF, et qui avaient donc besoin d'engager d'importants investissements pour faire connaître leur marque auprès du public.

Ces pratiques ont donc fait obstacle à toute réelle possibilité de concurrence de la part de ces PME, qui du fait de leurs ressources limitées ne pouvaient répliquer un tel avantage. N'ayant pu atteindre une taille critique, les entreprises spécialisées dans cette activité ont d'ailleurs toutes disparu en 2010, lors de la crise qui a frappé le secteur en raison des changements réglementaires sur les tarifs de rachat de l'électricité photovoltaïque.

Décision 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes

Dans une décision **13-D-16** du 27 juin 2013, l'Autorité a aussi été amenée à examiner des pratiques de confusion entre activités monopolistiques et activités relevant du champ concurrentiel, mises en œuvre par la SNCF.

En effet, la société Transdev, active dans le secteur du transport public urbain et interurbain de voyageurs, a saisi l'Autorité de pratiques commises par le groupe SNCF ayant consisté à abuser de la position dominante qu'elle détient sur le marché du transport ferroviaire national de voyageurs pour avantager sa filiale Keolis sur le marché de l'assistance technique aux exploitants de réseaux de transport urbain.

La saisine de Transdev faisait suite à l'attribution, par la SEM «CTS» de Strasbourg en octobre 2012, d'un marché de prestations d'assistance technique au groupement solidaire constitué de SNCF Partenariat, d'une part, et de Keolis, d'autre part. Transdev fait essentiellement reproche au groupe SNCF d'avoir «abusé de la position monopolistique qu'il détient sur le marché du transport ferroviaire national de voyageurs et sur la gestion des gares, en proposant à la CTS [de Strasbourg], pour remporter le marché portant sur l'attribution d'un contrat de partenariat relatif à des prestations d'accompagnement de son réseau de transport urbain, une offre entretenant volontairement une confusion totale entre ses activités monopolistiques et ses activités relevant du champ concurrentiel, soumise par une filiale portant son nom, qu'aucun autre acteur de transport public urbain ne pouvait, par définition, reproduire».

Dans sa décision, l'Autorité a rappelé que les pratiques consistant à chercher à évincer, discipliner ou décourager les concurrents, par des procédés ne relevant pas de la compétition par les mérites, de la part d'entreprises qui mobiliseraient, sur des marchés ouverts à la concurrence, des moyens issus de marchés en monopole, lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise en position dominante, sont

susceptibles d'être contraires à l'article L. 420-2 du Code de commerce et à l'article 102 du TFUE.

Selon l'Autorité, cela peut être particulièrement le cas en matière de transports de voyageurs, notamment du fait des problématiques liées à l'intermodalité. À cet égard, l'avis de l'Autorité 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs a examiné plusieurs problématiques tenant à la place du mode ferroviaire dans les besoins de transports des collectivités territoriales et de leurs groupements, aux besoins d'intermodalité des autorités organisatrices de transports ainsi qu'aux risques liés à la diversification de l'opérateur historique sur les différents marchés du transport public de voyageurs.

L'Autorité a en particulier relevé le rôle primordial du ferroviaire dans les offres de transports urbains. Les enjeux financiers et techniques le concernant en font le mode « *lourd* » de l'éventail des modes disponibles (§ 128 et s.). Les gares ferroviaires constituent, par leur place centrale dans les agglomérations, le nombre de voyageurs qu'elles reçoivent, et les besoins d'articulation à d'autres modes de transport, des pôles d'échange essentiels (§ 136 et s.). Compte tenu de la rigidité, en termes d'horaires notamment, du mode ferroviaire, ce sont les transports urbains et interurbains qui s'adaptent à celui-ci pour assurer l'adéquation des offres des différents modes (§ 142).

Dans ce contexte, l'Autorité a estimé que, compte tenu du besoin exprimé par la « CTS » de Strasbourg ainsi que de la configuration du réseau ferroviaire local, les moyens humains, matériels et immatériels mobilisés par le groupe SNCF apparaissent de nature à pouvoir avantager Keolis dans une mesure qu'il semble impossible de répliquer pour un concurrent n'appartenant pas au groupe SNCF.

Par ailleurs, elle a retenu que les éléments actuellement au dossier permettaient de douter de ce que les conditions dans lesquelles le groupement entre Keolis et SNCF Partenariat a été mis en place répondent au besoin de séparation nécessaire pour garantir le respect des principes de concurrence dans le cadre de la diversification d'un monopole historique.

Dans la décision, l'Autorité a également été amenée à préciser le standard de preuve à respecter pour caractériser un abus tiré du marché en monopole vers les marchés en concurrence.

Ainsi, elle a écarté l'argument de la SNCF, SNCF Partenariat et Keolis selon lequel la pratique décisionnelle nationale et communautaire requerrait à tout le moins une position « *prééminente* » sur les marchés aval ou connexes à celui dominé et qu'en l'absence d'une telle position détenue par elles, toute possibilité de constat tiré d'un abus tiré du marché du transport ferroviaire national, en monopole, serait exclue.

Elle a en effet rappelé que la pratique décisionnelle ne définit pas un tel standard pour caractériser un abus dans une situation comme celle de l'espèce. Ainsi, « *la jurisprudence, tant communautaire que nationale, admet qu'une entreprise dominante sur un marché donné peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante*

et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et ceux sur lesquels l'abus déploie ses effets sont suffisamment connexes».

En se référant à la jurisprudence *Tetra Pak* mise en avant par les entreprises en cause, l'Autorité a également rappelé que «*peuvent être qualifiés d'abusifs certains comportements sur des marchés autres que les marchés dominés et qui ont des effets soit sur ces derniers, soit sur les marchés non dominés eux-mêmes*» dans l'hypothèse où, «*s'agissant de marchés distincts, mais connexes, des circonstances particulières peuvent justifier une application de l'article 102 TFUE à un comportement constaté sur le marché connexe, non dominé, et produisant des effets sur ce même marché*»⁴⁰. Les circonstances particulières doivent être «*de nature à établir un lien entre le comportement de la société [...] sur le marché non dominé et la position dominante détenue par cette société sur l'autre marché*»⁴¹.

Or, en l'espèce, l'Autorité a considéré que l'existence d'un lien de connexité entre les marchés ferroviaires en monopole et le marché de l'assistance technique aux exploitants de réseaux de transport urbain semble résulter des besoins d'intermodalité dans les offres de transport urbain ainsi que de la pratique des entités adjudicatrices ou délégantes de formuler des appels d'offres visant la fourniture de prestations sur l'ensemble du réseau couvrant l'agglomération et concernant l'ensemble des modes. Elle a relevé que ce lien pouvait également résulter du comportement de la SNCF tendant à mobiliser son expertise ferroviaire pour répondre aux demandes des collectivités, et ce indépendamment de la question de savoir si ce comportement est ou non abusif. Enfin, l'Autorité a mentionné les liens étroits entre les marchés d'assistance technique aux exploitants de réseaux urbains et ceux de l'exploitation des mêmes réseaux.

Dans ce contexte, le rôle particulier du mode ferroviaire au sein de la chaîne de transports peut conférer un avantage concurrentiel significatif à l'opérateur historique et à ses filiales sur les marchés connexes liés au transport. Ainsi, l'Autorité a retenu qu'il ne saurait être exclu que la configuration retenue, consistant à associer en groupement avec Keolis une structure proche de l'EPIC, porte atteinte à l'autonomie d'action de Keolis et constitue une forme de substitution de l'EPIC à Keolis dans la soumission ou la présentation d'offres aux autorités organisatrices de transport, susceptible d'entraîner une perturbation durable des marchés. Si l'Autorité a rejeté la demande de mesures conservatoires formulée par Transdev visant à ce que soit prononcée l'interdiction faite à la SNCF Partenariat de candidater au groupement avec Keolis à d'autres appels d'offres urbains, elle a considéré

40. Décision de l'Autorité 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, § 578, citant la jurisprudence suivante : arrêt *TeliaSonera*, 17 février 2011, C-52/09, points 84 à 86 ; 3 octobre 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, point 26 ; et *Tetra Pak/Commission*, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, points 24 à 27 ; Cass. com., 17 mars 2009, *Glaxosmithkline*, n° 08-14.503.

41. Avis de l'Autorité 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, § 18 : «*L'utilisation croisée des bases de clientèle par une entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché initial aux fins de prospecter un marché cible est susceptible de constituer un comportement abusif, même si le marché cible est concurrentiel. En effet, la jurisprudence admet l'application des dispositions interne et communautaire prohibant les abus de domination à un acte commis par une entreprise en position dominante sur un marché distinct du marché dominé lorsque des "circonstances particulières" démontrent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement abusif.*»

qu'il fallait poursuivre l'instruction au fond de l'affaire pour examiner les moyens mobilisés par le groupe SNCF au soutien de Keolis, ainsi que leur caractère répliquable ou non par Transdev ou tout autre concurrent.

Imputabilité

Le droit applicable

Dans la décision **13-D-11**⁴² du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, l'Autorité a rappelé la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt Lacroix Signalisation e. a. du 29 mars 2012, selon laquelle les règles d'imputabilité, qui découlent de la notion d'entreprise visée aux articles 101 TFUE et 102 TFUE, relèvent des règles matérielles du droit européen de la concurrence. L'interprétation qu'en donnent les juridictions européennes s'impose donc aux autorités nationales de concurrence lorsqu'elles appliquent le droit européen ainsi qu'aux juridictions qui les contrôlent (voir également, en ce sens, l'arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., C-8/08, Rec. p. I-04529, points 49 et 50).

L'Autorité a ainsi rejeté l'argument avancé par Sanofi tendant à considérer que la présomption selon laquelle une société mère détenant la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale exerce sur le comportement de cette dernière une influence déterminante, telle que définie par les juridictions de l'Union, constitue un mode de preuve qui se distingue des règles de fond et qui relève, par conséquent, du principe d'autonomie procédurale.

Dans une précédente affaire ayant donné lieu à la décision **13-D-03**⁴³ du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, l'Autorité a par ailleurs souligné que, si les règles européennes en matière d'imputabilité ne s'imposent pas à l'autorité nationale de concurrence ni aux juridictions nationales lorsqu'elles appliquent seulement les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, l'Autorité les retient néanmoins afin d'assurer la cohérence de sa pratique décisionnelle en matière d'imputabilité (voir décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, paragraphe 597).

La Cour de cassation a elle-même tenu un raisonnement analogue sur une question de nature procédurale, alors que celle-ci aurait pu être considérée comme relevant du principe d'autonomie procédurale. À cet égard, elle a, dans son Rapport annuel pour l'année 2011, commenté son arrêt du 21 juin 2011 (pourvoi n° 09-67.793) en soulignant qu'*« il serait incohérent de différencier le régime d'intervention de l'Autorité selon qu'est appliqué, ou non, le droit communautaire »*. Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour une question de droit matériel.

42. Un recours a été formé contre cette décision.

43. Un recours a été formé contre cette décision.

Dans la décision **13-D-09** du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan, l'Autorité a ainsi fait application des règles européennes en matière d'imputabilité alors même que l'infraction en cause n'était qualifiée qu'au regard du droit national de la concurrence.

L'imputabilité au sein d'un groupe de sociétés

Dans la décision **13-D-09** du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan ainsi que dans la décision **13-D-12**⁴⁴ du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques, l'Autorité a eu l'occasion de rappeler les principes applicables en matière d'imputabilité dégagés par la jurisprudence de l'Union.

Ainsi, il résulte d'une jurisprudence constante que les articles 101 et 102 du TFUE visent les infractions commises par des entreprises.

Le juge de l'Union a précisé que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, d'un point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales (arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e. a./Commission*, C-97/08 P, Rec. 2009, p. I-8237, point 55, du 29 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e. a.*, C-201/09 P et C-216/09 P, Rec. 2011, p. I-2239, point 95, du 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine/Commission*, C-521/09 P, Rec. 2011, p. I-8947, point 53, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, *Lacroix Signalisation e. a.*, n° 2011/01228, p. 18).

C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de l'infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle (arrêts *Akzo Nobel e. a./Commission*, précité, point 56, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e. a.*, précité, point 95, *Elf Aquitaine/Commission*, précité, point 53, et *Lacroix Signalisation e. a.*, précité, p. 18 et 20), sur lequel repose le droit de la concurrence de l'Union (arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 2011, *General Química e. a./Commission*, C-90/09 P, Rec. p. I-1, point 52).

Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, 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 (arrêts *Akzo Nobel e. a./Commission*, précité, point 58, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e. a.*, précité, point 96, *Elf Aquitaine/Commission*, précité, point 54, et *Lacroix Signalisation e. a.*, précité, p. 18 et 19).

⁴⁴. Un recours a été formé contre cette décision.

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, il existe une présomption selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (arrêts de la Cour de justice, *Akzo Nobel e. a./Commission*, précité, point 60, *General Química e. a./Commission*, précité, points 2 et 42, du 29 septembre 2011, *Arkema/Commission*, C-520/09 P, point 42, et de la cour d'appel de Paris, *Lacroix Signalisation e. a.*, précité, p. 19).

Dans ce cas de figure, il suffit, pour l'autorité de concurrence de rapporter la preuve de cette détention capitalistique pour imputer le comportement de la filiale auteur des pratiques à la société mère (arrêts *Akzo Nobel e. a./Commission*, précité, point 61, *Elf Aquitaine/Commission*, précité, point 57, et *Lacroix Signalisation e. a.*, précité, p. 19).

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 ait été directement impliquée dans les pratiques, ou ait eu connaissance des comportements incriminés. Ainsi que le relève le juge de l'Union, « *ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article [101 du TFUE] qui permet à la Commission d'adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés* » (arrêts du Tribunal du 12 décembre 2007, *Akzo Nobel e. a./Commission*, T-112/05, Rec. 2007, p. II-5049, point 58, et du 27 octobre 2010, *Alliance One International e. a./Commission*, T-24/05, Rec. 2010, p. II-5329, point 169).

Il est possible à la société mère de renverser cette 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, l'autorité de concurrence sera en mesure de tenir la société mère pour solidairement responsable du paiement de la sanction infligée à sa filiale (arrêts *Arkema/Commission*, précité, points 40 et 41, et *Lacroix Signalisation e. a.*, précité, p. 20).

Dans le cas où une société mère ne détient pas, 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, il est nécessaire de vérifier que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (arrêt *Alliance One International e. a./Commission*, précité, point 126). Dans un tel cas, afin d'établir si une filiale ne détermine pas 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 (même arrêt, points 126 et 171).

Dans la décision **13-D-09** précitée, l'Autorité a considéré que les sociétés *Fougerolle SAS*, *Eiffage Construction SAS*, et *Eiffage SA* n'étaient pas fondées à se prévaloir

d'une absence d'influence déterminante sur leur filiale, la SAS Eiffage Construction Languedoc-Roussillon, de nature à renverser la présomption qui pèse sur elles.

En effet, l'Autorité a rappelé qu'est dépourvu de pertinence le point de savoir si la société mère (ultime ou intermédiaire) intervient ou non dans la gestion quotidienne de la filiale ayant mis en œuvre les pratiques anticoncurrentielles ou si celles-ci résultent d'instructions de la société mère ou étaient connues d'elle. En effet, une société mère peut exercer une influence déterminante sur sa filiale sans s'impliquer dans la gestion quotidienne de celle-ci et sans lui donner d'instructions ou de directives sur certains aspects de sa politique commerciale. La jurisprudence de l'Union rappelle de façon itérative que ce n'est nullement une relation d'instigation qui fonde la présomption d'influence déterminante qu'elle reconnaît.

La décision souligne également qu'il ne suffit pas d'invoquer la nature non opérationnelle d'une société mère pour renverser cette présomption d'influence déterminante (aff. T-168/05, Rec. 2009, p. II-180, point 76, confirmé sur pourvoi par un arrêt de la Cour de justice du 29 septembre 2011, *Arkema/Commission*, C-520/09 P, Rec. 2011, p. I-8901, point 48).

Au cas d'espèce, l'Autorité a retenu que des échanges internes effectués au sein du groupe Eiffage démontreraient qu'il existait bien, au sein de ce dernier, une politique commerciale couvrant les différents pôles d'activités (construction, travaux publics, énergie, construction métallique, concessions), d'une part, et que celle-ci était mise en œuvre ou du moins coordonnée au niveau d'Eiffage SA, société mère du groupe, d'autre part. L'Autorité en a conclu que la filiale n'avait pas déterminé de façon autonome sa ligne d'action sur le marché, mais avait appliqué pour l'essentiel les instructions qui lui ont été données par la société mère du groupe auquel elle appartient. Le comportement infractionnel de la SAS Eiffage Construction Languedoc-Roussillon demeurerait donc imputable aux sociétés Fougerolle SAS, Eiffage Construction SAS et ultimement à la société Eiffage SA, laquelle consolide les comptes du groupe Eiffage.

Dans la décision **13-D-12**⁴⁵, l'Autorité a écarté l'imputabilité des pratiques de Brenntag SA à Deutsche Bahn AG, en retenant que les éléments invoqués par cette dernière, pris dans leur totalité, sont, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, de nature à renverser la présomption d'imputabilité pesant sur Deutsche Bahn AG.

Ainsi, Deutsche Bahn AG a démontré n'avoir acquis, le 18 octobre 2002, Stinnes AG que pour ses activités de transport et logistique et avoir voulu, dès l'origine, céder Stinnes SA, filiale à 100% de Stinnes AG et détentrice à 100% de Brenntag SA, au motif que l'activité de cette société ne correspondait pas à celle sur laquelle elle opérait à titre principal. Cette cession est effectivement intervenue en février 2004.

Elle a également démontré que cette volonté, clairement affirmée dès le départ et pendant toute la détention de cette entité, s'est effectivement traduite par

45. Un recours a été formé contre cette décision.

une absence de toute initiative destinée à lui permettre d'exercer une influence réelle sur cette dernière. Stinnes SA a ainsi été, dès 2003, exclue du périmètre de consolidation de Deutsche Bahn AG dans l'optique de sa cession. Cette exclusion résulte de la norme comptable internationale IAS 27, applicable à l'époque, aux termes de laquelle « [u] ne filiale doit être exclue de la consolidation lorsque : [...] le contrôle est destiné à être temporaire parce que la filiale est acquise et détenue dans l'unique perspective de sa sortie ultérieure dans un avenir proche » (états financiers consolidés et comptabilisation des participations dans des filiales, révisé en 2000). Cette exclusion motivée par une volonté de revente rapide s'est combinée avec une absence de mandataire social commun dans les organes de gouvernance respectifs, Deutsche Bahn AG n'étant jamais intervenue directement ou indirectement dans la nomination d'un dirigeant, administrateur, ou autre mandataire de Brenntag SA, d'une part, et n'ayant jamais participé à aucun comité de direction de Brenntag SA, d'autre part.

En revanche, l'Autorité a retenu la responsabilité solidaire et conjointe de la société DB Mobility Logistics, anciennement Stinnes AG, pour le paiement de la sanction imposée à Brenntag SA.

À cet effet, en premier lieu, l'Autorité a écarté l'argument de DB Mobilitas faisant valoir qu'elle n'avait agi que comme une société holding de participations.

À cet égard, l'Autorité a rappelé la jurisprudence constante de l'Union selon laquelle la circonstance qu'une société mère ne se comporte que comme une société holding de participation ne suffit pas à renverser la présomption d'imputabilité (arrêt du Tribunal de l'Union du 14 juillet 2011, Total et Elf Aquitaine/Commission, T-190/06, non encore publié au Recueil, point 68).

En second lieu, l'Autorité a considéré que l'argument selon lequel aucun membre du directoire de Stinnes AG n'était simultanément membre d'un organe de gouvernance de Brenntag SA ou Stinnes SA à l'exception de M. H. ne saurait en lui-même renverser la présomption. En effet, toujours selon la jurisprudence de l'Union, l'absence de chevauchement de dirigeants entre la société mère et la filiale ne constitue pas un indice suffisant permettant de démontrer l'autonomie de la filiale (arrêt du Tribunal de l'Union du 14 juillet 2011, Total et Elf Aquitaine/Commission, précité, point 65).

Enfin, la circonstance que la société mère et sa filiale sont actives sur des marchés distincts n'est pas pertinente (arrêt du Tribunal du 14 juillet 2011, Total et Elf Aquitaine/Commission, précité, point 71). Par ailleurs, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale, il est indifférent que la société mère n'ait pas incité sa filiale à commettre une infraction ou qu'elle ne soit pas impliquée directement dans une telle infraction (arrêts du Tribunal du 30 avril 2009, Itochu/Commission, T-12/03, Rec. 2009, p. II-909, point 58, et du 27 octobre 2010, Alliance One International e. a./Commission, T-24/05, Rec. 2010, p. II-5329, point 127, et décision 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, paragraphes 225 à 232).

Ainsi, il importe peu que Brenntag SA ait bénéficié ainsi que ses sites locaux d'une complète autonomie dans la détermination de leur stratégie et dans la gestion de leur activité, que DB Mobilitas n'ait pas été active sur le même marché que celui de Brenntag SA, n'ait pas participé à l'élaboration et au contrôle des orientations stratégiques et de la politique commerciale de Brenntag SA, et n'ait pas eu communication de rapports détaillés par Brenntag SA sur l'exercice de son activité.

Enfin, dans la décision **13-D-03**⁴⁶ du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, l'Autorité a retenu l'imputabilité des pratiques de AIM SAS à la HAIM SAS, de Socopa Viandes SAS à Groupe Bigard SA et de Gad SAS à la Financière du Forest SA, en ce que ces sociétés filiales et leur mère formaient, à l'époque des pratiques, une unité économique au sens de la jurisprudence exposée ci-dessus.

Les organismes professionnels

Dans la décision **13-D-06** du 28 février 2013⁴⁷, l'Autorité a considéré que les pratiques d'abus de position dominante mises en œuvre dans le secteur de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale, visant à évincer du marché les portails de télédéclaration comptable et fiscale concurrents de «jedeclare.com», étaient imputables au conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables ainsi qu'à l'association dite «Expert-comptable média association» qu'il avait créée.

Décisions

Les mesures conservatoires

En 2013, l'Autorité n'a pas prononcé de mesures conservatoires et n'a rendu que des décisions de rejet des demandes de mesures conservatoires, avec poursuite de l'instruction au fond.

Il convient de rappeler qu'ainsi que le prévoit le premier alinéa de l'article L. 464-1 du Code de commerce, « [l']Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'Économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 [du Code de commerce] ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires ». Les demandes de mesures conservatoires ne peuvent être formées qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité.

Ce même article L. 464-1 du Code de commerce précise, en ses deuxième et troisième alinéas, que « [c]es mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter

⁴⁶. Un recours a été formé contre cette décision.

⁴⁷. Un recours a été formé contre cette décision.

la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence».

La condition d'«urgence» est donc au cœur du processus permettant à l'Autorité de prononcer des mesures conservatoires en présence d'une pratique dénoncée qui porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. En pratique, lorsqu'une demande de mesures conservatoires lui est soumise, l'Autorité doit apprécier si trois critères cumulatifs sont remplis : la gravité de l'atteinte, l'immédiateté de l'atteinte, le lien de causalité entre les faits dénoncés et l'atteinte. Si un des critères n'est pas rempli, les conditions d'octroi des mesures conservatoires ne sont pas réunies et la demande de mesures conservatoires n'a pas à être examinée.

Ainsi, seule une atteinte immédiate peut justifier une intervention en urgence de l'Autorité, visant à empêcher la réalisation d'un dommage que la décision au fond serait impuissante à stopper ou à réparer. L'intervention de l'Autorité peut, par exemple, être sollicitée pour empêcher un événement devant survenir dans un très proche avenir. L'immédiateté peut dans ce cas être caractérisée par le caractère imminent de l'échéance. L'intervention de l'Autorité peut également être sollicitée pour mettre fin en urgence à un comportement récent qu'il conviendrait de stopper afin que le dommage ne puisse se matérialiser ou prendre de l'ampleur.

Dans une première affaire traitée en 2013, l'Autorité, saisie par un exploitant de centrales photovoltaïques (SUN'R) de pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque, a décidé de ne pas prononcer de mesures conservatoires, considérant que les conditions d'urgence n'étaient pas réunies.

En l'espèce, la saisissante estimait que, durant la période précédant le moratoire au cours duquel l'obligation d'achat par EDF de l'électricité d'origine photovoltaïque produite par des opérateurs concurrents a été suspendue, celle-ci aurait mis en place des pratiques de discrimination et de favoritisme en faveur de ses filiales photovoltaïques (EDF EN, EDF ENR et EDF ENRS) et au détriment des autres producteurs indépendants. Ces obstacles auraient rendu difficile et retardé le raccordement au réseau électrique des installations de la saisissante avant le moratoire, l'empêchant ainsi de bénéficier des tarifs les plus avantageux.

L'Autorité de la concurrence a considéré, dans sa décision **13-D-04** du 14 février 2013, que les conditions d'octroi de mesures d'urgence sollicitées n'étaient pas réunies dans la mesure où à ce stade de l'instruction, les pratiques en cause semblaient avoir été mises en œuvre dans un contexte réglementaire particulier (celui précédant l'entrée en vigueur du moratoire), contexte qui n'a plus cours depuis plus de deux ans.

En revanche, compte tenu des éléments collectés à ce stade de l'instruction, notamment issus d'audits menés dans les filiales d'EDF, il ne peut être exclu que, lors de la période ayant précédé le moratoire, les filiales ERDF (gestionnaire du réseau de distribution) et RTE (gestionnaire du réseau de transport), qui reçoivent les

demandes de raccordement, aient pu favoriser le traitement des projets portés par les filiales photovoltaïques du groupe de manière que ces dernières puissent bénéficier des tarifs d'achat préemptoire beaucoup plus avantageux au plan économique. Ainsi, l'Autorité a décidé, compte tenu des éléments recueillis, de poursuivre l'instruction du dossier au fond afin d'examiner si le groupe EDF a enfreint les règles de concurrence en favorisant ses propres filiales exploitant des installations photovoltaïques au détriment de ses concurrents.

Dans une seconde affaire traitée en 2013, l'Autorité, saisie par Transdev de pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes, tendant, selon la plaignante, à permettre au groupe SNCF d'avantager sa filiale Keolis en tirant parti de son monopole sur les services ferroviaires, a également décidé de ne pas prononcer de mesures conservatoires, considérant que les conditions d'urgence n'étaient là encore pas réunies.

En l'espèce, Transdev reprochait à la SNCF d'abuser de sa position dominante sur le marché du transport ferroviaire national de voyageurs, en entretenant volontairement une confusion entre ses activités en monopole et ses activités relevant du champ concurrentiel. Dans le secteur des transports urbains, la SNCF mobiliserait, selon le saisissant, des moyens que ses concurrents ne seraient pas en mesure de répliquer, en particulier concernant les solutions d'intermodalité avec le ferroviaire lourd.

De telles pratiques, consistant à chercher à évincer, discipliner ou décourager les concurrents, par des procédés ne relevant pas de la compétition par les mérites, de la part d'entreprises qui mobiliseraient des moyens issus de marchés en monopole (transports ferroviaires) sur des marchés ouverts à la concurrence (marché de l'assistance technique aux exploitants de transports urbains), sont susceptibles de constituer un abus de position dominante.

L'Autorité de la concurrence a ainsi décidé, dans sa décision **13-D-16** du 27 juin 2013, de poursuivre l'instruction au fond de l'affaire sans pour autant prononcer de mesures conservatoires, étant donné que les conditions justifiant des mesures d'urgence n'étaient pas réunies (absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur, à l'intérêt des consommateurs, ni à l'entreprise plaignante). Pour rejeter la demande de mesures conservatoires, l'Autorité a en effet estimé que le caractère immédiat de l'atteinte alléguée ne pouvait être considéré comme établi, à l'instar du caractère grave de cette même atteinte.

Les décisions d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a institué en droit français la procédure dite « d'engagements », aux termes de laquelle le Conseil, devenu l'Autorité, peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanctions pécuniaires (article L. 464-2 I, § 1 du Code de commerce). L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 a permis, dans le cadre de la réforme du droit de la concurrence, d'amender cet article en remplaçant

l'expression « *pratiques anticoncurrentielles* », par celle de « *préoccupations de concurrence* ». Le nouvel article L. 464-2 I, paragraphe 1 du Code de commerce prévoit désormais que : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.* »

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du Code de commerce (nouvelle rédaction), qui prévoit que : « *Lorsque l'Autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Une copie de l'évaluation est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.*

Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès-verbal, soit par l'Autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois.

À réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il fixe un délai, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de communication ou de publication du contenu des engagements, pour la production des observations des parties, du commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier.

Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués à la séance par l'envoi d'une lettre du rapporteur général accompagnée de la proposition d'engagements trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance. »

En application de ces dispositions qui introduisent un système comparable à celui prévu en droit de l'Union par les articles 9 et 27, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, le Conseil de la concurrence a progressivement développé sa pratique en matière d'engagements.

Le 3 avril 2008, au regard de sa pratique décisionnelle déjà très importante témoignant du succès grandissant de cette procédure, le Conseil a diffusé, sur son site Internet, un communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de

concurrence, document repris, moyennant quelques aménagements de fond, dans un communiqué de procédure du 2 mars 2009, par l'Autorité de la concurrence. Ce communiqué est destiné à éclairer les entreprises sur les bénéfices qu'elles peuvent retirer de la mise en œuvre de cette procédure et sur ses modalités pratiques d'application.

En 2013, l'Autorité a rendu trois nouvelles décisions d'acceptation d'engagements (**13-D-15**, **13-D-17** et **13-D-18**), confirmant la pratique décisionnelle du Conseil et de l'Autorité.

Engagements relatifs à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises (13-D-15)

Dans le cadre d'une procédure ouverte par l'Autorité de la concurrence, les compagnies maritimes CMA-CGM, Maersk, Marfret et WEC Lines ont pris des engagements permettant d'insuffler davantage de concurrence dans le transport par mer de marchandises entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises (Guadeloupe, Martinique, Saint-Barthélemy, Saint-Martin).

Sur la base des éléments recueillis lors de l'instruction des deux avis qu'elle avait rendus sur le prix des carburants et le fret maritime ainsi que la grande distribution outre-mer, l'Autorité de la concurrence avait ouvert plusieurs dossiers contentieux, dont l'un dans le secteur du fret maritime. L'Autorité avait identifié des difficultés de concurrence sur la liaison maritime entre l'Europe du Nord et les Antilles et constaté une « *inertie du marché* » liée à certaines rigidités d'organisation.

Le fret maritime est le mode de transport prédominant dans les échanges entre les Antilles françaises et l'Europe. L'essentiel des produits consommés étant importé, les coûts liés au fret, qui peuvent représenter jusqu'à 15 % du prix de vente, sont donc répercutés dans la plupart des articles achetés par les ultramarins.

Le transport maritime de marchandises entre l'Europe du Nord – notamment les ports français –, et les Antilles est la principale route utilisée pour importer et exporter. Sur cette ligne, 90 % des échanges (hors carburants) sont assurés par les services de CMA-CGM qui partage ses capacités de transport avec ses concurrents. Concrètement, CMA-CGM loue de l'espace sur ses navires aux autres compagnies pour transporter leurs conteneurs. CMA-CGM a signé des contrats de location d'espace avec Maersk, Marfret et WEC Lines.

Lors de l'instruction, il est apparu que certaines clauses contractuelles liant CMA-CGM à Maersk, Marfret et WEC Lines étaient très restrictives et conduisaient à une concurrence atone.

Ces clauses réduisaient la possibilité pour les compagnies de s'adapter à la demande et ont pu freiner l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché. Le jeu cumulé de l'ensemble des clauses restrictives pouvait se traduire par des prix supérieurs de 10 à 25 % à la moyenne des tarifs pratiqués par les compagnies opérant sur des routes similaires.

Après avoir reçu les préoccupations de concurrence de l'Autorité, CMA-CGM, Maersk, Marfret et WEC Lines ont proposé de modifier leurs pratiques. Les quatre compagnies ont présenté des engagements communs, qui ont été améliorés lors des discussions qui ont eu lieu avec l'Autorité.

Les compagnies se sont notamment engagées à :

- supprimer toute clause d'exclusivité;
- garantir que CMA-CGM attribue les capacités de location selon des règles définies *a priori*;
- autoriser les cocontractants de CMA-CGM à revendre à des tiers la capacité non utilisée; si CMA-CGM dispose, sous conditions, de la possibilité de préempter les capacités non utilisées, **ce droit est strictement encadré sous la surveillance d'un mandataire indépendant**;
- limiter la durée des contrats à deux ans avec la possibilité de dénoncer ou renégocier les termes du contrat à tout moment;
- informer tout nouvel entrant sur les capacités disponibles.

L'Autorité a considéré que ces engagements permettaient de mettre fin à l'« inertie du marché » en relançant la concurrence entre les compagnies maritimes et en favorisant l'arrivée de nouveaux entrants. Cette revitalisation de la concurrence en amont devrait avoir un impact positif sur les prix de détail payés par les ultramarins. C'est pourquoi l'Autorité de la concurrence a rendu ces engagements obligatoires et décidé de clore la procédure.

Engagements relatifs à des pratiques de MasterCard et de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement (13-D-17 et 13-D-18)

Dans le cadre de deux procédures ouvertes devant l'Autorité de la concurrence, MasterCard et Visa se sont chacune engagées à baisser dès le 1^{er} novembre 2013 leurs principales commissions interbancaires.

In fine, ce sont les consommateurs qui bénéficieront de cette baisse des commissions, au travers de la répercussion sur les prix de détail des économies de frais bancaires que les commerçants auront pu obtenir auprès de leurs banques.

MasterCard baisse ses commissions interbancaires de paiement de 49 % et ses commissions de retrait de 8 %

Commission interbancaire	Montant avant la procédure	Engagements finaux acceptés par l'Autorité de la concurrence	Évolution/montants avant la procédure
Sur les paiements	En moyenne 0,55% du montant de la transaction	Maximum 0,28% du montant de la transaction en moyenne sur l'ensemble des opérations de paiement	- 49%
Sur les retraits DAB	0,60 € par retrait	0,55 € par retrait	- 8%

Visa baisse ses commissions interbancaires de paiement de 44 % et de retrait de 26 %

Commission interbancaire	Montant avant la procédure	Engagements finaux acceptés par l'Autorité de la concurrence	Évolution/ montants avant la procédure
Sur les paiements	Environ 0,50 % de la transaction	0,28 % du montant de la transaction en moyenne sur l'ensemble des opérations de paiement	- 44 %
Sur les retraits DAB	0,75 € par retrait	0,55 € par retrait	- 26 %

* Les commissions interbancaires de Visa pour les paiements sont déclinées par types de cartes et par types de transactions et publiées sur leur site Internet. Elles comportent une part fixe et une part variable.

Les commissions interbancaires concernées sont applicables aux paiements et aux retraits domestiques effectués *via* des cartes consommateurs.

Les commissions interbancaires de paiement sont versées par la banque du commerçant à la banque du porteur de la carte à chaque paiement. Les commissions interbancaires de retrait, quant à elles, sont versées à chaque retrait par la banque du porteur de carte à la banque gestionnaire du distributeur de billets.

Les opérations concernées sont celles pour lesquelles la fonction MasterCard ou Visa de la carte est utilisée. Elles correspondent presque exclusivement aux opérations effectuées par les cartes portant uniquement le logo MasterCard ou le logo Visa. Les opérations par cartes portant le double logo MasterCard-CB ou Visa-CB donnent le plus souvent lieu à l'application des commissions CB, sur lesquelles l'Autorité s'est déjà prononcée en 2011.

Tant pour MasterCard que pour Visa, les montants des commissions sont fixés collectivement entre chaque système de paiement et ses membres respectifs.

Si cette fixation en commun n'apparaît pas nécessairement condamnable en elle-même, le montant des commissions doit cependant être justifié par des éléments objectifs.

Au cours de la procédure, MasterCard et Visa ont proposé des engagements se traduisant par la baisse des commissions visées.

Les commissions interbancaires de Visa et de MasterCard sur les paiements et sur les retraits seront ainsi, en moyenne, similaires aux niveaux de commissions sur lesquels le Groupement des cartes bancaires – le système de paiement par carte le plus employé en France – s'était engagé en 2011. Elles sont également sensiblement identiques à celles envisagées par la Commission européenne dans son projet de règlement du 24 juillet 2013 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte.

Avec ces décisions, l'Autorité de la concurrence achève le travail de grande ampleur qu'elle a mené depuis trois ans sur l'ensemble des moyens de paiement (décisions 12-D-17, 11-D-11 et 10-D-28).

Les sanctions pécuniaires

L'application du maximum légal de sanction prévu par la loi NRE du 15 mai 2001

Durant l'année 2013, l'Autorité de la concurrence a appliqué les *maxima* issus de la loi NRE à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière dans six décisions (13-D-03⁴⁸, 13-D-06⁴⁹, 13-D-09, 13-D-11⁵⁰, 13-D-20⁵¹ et 13-D-21⁵²) et à des pratiques commencées avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui se sont poursuivies après cette date, c'est-à-dire après le 18 mai 2001, dans deux autres décisions (13-D-12⁵³ et 13-D-14). Ces *maxima* sont, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre et, lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise, de 3 millions d'euros.

Dans sa décision 13-D-06⁵⁴, l'Autorité a rappelé que si un ou plusieurs organismes ou autres entités juridiques ne revêtant pas la forme d'une société, comme des ordres professionnels ou des associations, peuvent être considérés comme exerçant une activité économique et se trouver, pour cette raison, soumis au respect des règles de concurrence, ils n'en constituent pas pour autant des entreprises aux fins de la détermination des sanctions selon les règles prévues par le Code de commerce. Ainsi, de tels organismes sont assujettis à un maximum légal distinct de celui applicable aux entreprises, et ce nonobstant l'assiette de la sanction retenue. Par ailleurs, le maximum légal de sanction de la procédure simplifiée, prévu à l'article L. 464-5 du Code de commerce qui le fixe à 750 000 euros, a été appliqué à une seule reprise en 2013 (13-D-14).

La motivation des sanctions pécuniaires

Le Code de commerce prévoit que les sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence sont déterminées en fonction de quatre critères : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par les règles de concurrence (voir article L. 464-2, I du Code de commerce). La mise en œuvre de l'article L. 464-2 du Code de commerce conduit l'Autorité à faire état, dans ses décisions imposant des sanctions pécuniaires aux entreprises ou aux organismes ayant enfreint les règles de concurrence, des principaux éléments pris en considération pour les déterminer. Afin d'accroître la transparence, en faisant connaître par avance

48. Un recours a été formé contre cette décision.

49. Un recours a été formé contre cette décision.

50. Un recours a été formé contre cette décision.

51. Un recours a été formé contre cette décision.

52. Un recours a été formé contre cette décision.

53. Un recours a été formé contre cette décision.

54. Un recours a été formé contre cette décision.

la façon concrète dont elle exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité a publié, le 16 mai 2011, un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Ce communiqué explique la méthode suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle détermine les sanctions pécuniaires qu'elle impose au cas par cas. Il synthétise également les principaux aspects de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de sanctions pécuniaires, telle que celle-ci s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, elle-même placée sous celui de la Cour de cassation.

En 2013, l'Autorité a mis en œuvre à huit reprises cette méthode, c'est-à-dire dans toutes les décisions d'infraction infligeant des sanctions pécuniaires, en l'adaptant, le cas échéant, sur certains aspects compte tenu des spécificités propres à certaines affaires et à certaines des parties mises en cause (**13-D-03**⁵⁵, **13-D-06**⁵⁶, **13-D-09**, **13-D-11**⁵⁷, **13-D-12**⁵⁸, **13-D-14**, **13-D-20**⁵⁹ et **13-D-21**⁶⁰).

Il est à noter que l'Autorité de la concurrence a, en 2013 et pour la première fois, appliqué la méthode décrite par le communiqué du 16 mai 2011 à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public (**13-D-09**).

La détermination du montant de base

L'assiette de la sanction

Dans le communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à prendre, en principe, comme assiette de la sanction, la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction réalisée par chacune des entreprises à laquelle elle impose une sanction.

Certes, le Code de commerce, en ne se référant pas au chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause, mais uniquement au chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte. Pour autant, ce paramètre constitue généralement une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif sur le secteur concerné de chacune des entreprises qui y ont participé, comme cela ressort aussi de la jurisprudence constante des juridictions de l'Union. Ainsi, en 2013, l'Autorité a notamment fait application de ce principe dans ses décisions **13-D-11**⁶¹ et **13-D-12**⁶². Bien qu'érigée en principe, la prise en considération de la valeur des ventes de produits ou de services en relation avec l'infraction pour

55. Un recours a été formé contre cette décision.

56. Un recours a été formé contre cette décision.

57. Un recours a été formé contre cette décision.

58. Un recours a été formé contre cette décision.

59. Un recours a été formé contre cette décision.

60. Un recours a été formé contre cette décision.

61. Un recours a été formé contre cette décision.

62. Un recours a été formé contre cette décision.

déterminer l'assiette de la sanction connaît des exceptions, dans les cas où l'Autorité estime que cette valeur des ventes n'est pas une valeur pertinente.

À cet égard, l'Autorité a, par exemple, en 2013, écarté la valeur des ventes comme assiette de la sanction dans le cadre du marché public de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan (13-D-09), en ce qu'elle ne constitue pas un indicateur approprié, tant de l'ampleur économique des pratiques en cause, qui revêtent un caractère instantané mais impactent la structure et le fonctionnement concurrentiel du marché au-delà de leur seule période de commission, que du poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part.

Dans ce contexte, le montant de base de la sanction pécuniaire résulte de l'application d'un coefficient, déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, appliqué non pas à la valeur des ventes, mais au chiffre d'affaires total réalisé en France par les entreprises en cause pendant l'exercice comptable complet au cours duquel a eu lieu l'infraction.

De la même manière, l'Autorité a, en 2013, également écarté la valeur des ventes comme assiette de la sanction dans le cadre des sanctions infligées au conseil régional de l'Ordre des vétérinaires d'Alsace et au syndicat des vétérinaires du Bas-Rhin pour une entente anticoncurrentielle (13-D-14). En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision par laquelle elle a sanctionné ces entités pour avoir mis en place une « charte » qui définissait les prix que les vétérinaires signataires devaient facturer à la SPA de Strasbourg et qui organisait un partage de leurs interventions auprès d'elle.

Dans ce contexte particulier où une instance ordinale et des syndicats professionnels ne disposent pas d'un chiffre d'affaires propre ou de valeur des ventes en relation avec l'infraction, l'Autorité considère que leur sanction pécuniaire respective doit être déterminée à partir d'une assiette tenant compte de cette situation. Dès lors, l'Autorité retient comme assiette le montant des cotisations professionnelles perçues au titre de la défense des intérêts des vétérinaires membres.

La gravité des faits

L'Autorité de la concurrence apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Elle l'apprécie globalement, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque partie en cause, qui font l'objet d'une prise en compte ultérieure, dans le cadre de l'individualisation de la sanction.

Ainsi qu'elle l'a précisé dans le communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité de la concurrence tient compte notamment, en s'appuyant sur la jurisprudence constante, des éléments suivants pour apprécier la gravité des faits : la nature des pratiques sanctionnées, la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause, ainsi que les caractéristiques objectives des pratiques et leurs modalités de fonctionnement. Seuls les premier et troisième éléments feront l'objet des développements qui vont suivre.

La nature des pratiques en cause

Dans sa décision **13-D-12**⁶³, l'Autorité a rappelé qu'un accord horizontal entre concurrents dont l'objet est à la fois d'allouer les clients entre les entreprises et de fixer en commun le prix des produits concernés, au lieu de laisser ces paramètres à la libre appréciation de chacune des entreprises, dans le cadre d'une détermination autonome de leur politique commerciale et d'une concurrence fondée sur les seuls mérites de chaque entreprise, et qui vise donc, par sa nature même, à manipuler deux paramètres essentiels de la concurrence dans un secteur visé, est qualifié de cartel ou d'entente « *injustifiable* » par l'OCDE dans sa recommandation n° C(98) 35/Final du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.

Ce type d'accord constitue l'une des infractions les plus graves aux règles de concurrence, dans la mesure où il ne peut tendre qu'à confisquer, au profit des auteurs de l'infraction, le bénéfice que les opérateurs en aval de la chaîne de valeur et les consommateurs sont en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel de l'économie.

L'Autorité a également eu l'occasion de rappeler, dans sa décision **13-D-09**, que, dans le cas d'un marché instantané, la durée de l'infraction n'est pas celle du déroulement de l'appel d'offres lui-même mais celle de son exécution. Ainsi, le caractère ponctuel de la concertation n'est donc pas un élément venant atténuer la gravité de la pratique.

Dans sa décision **13-D-11**⁶⁴, l'Autorité a rappelé qu'un abus de position dominante, qui a eu pour effet de limiter l'entrée des concurrents sur un marché en vue de favoriser ses propres produits, constitue une pratique d'éviction, laquelle est traditionnellement qualifiée par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales de grave, voire de très grave lorsqu'elle est mise en œuvre par une entreprise en situation de position dominante, et *a fortiori* en situation de monopole ou de quasi-monopole.

La nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause

Dans sa décision **13-D-11**⁶⁵, l'Autorité a rappelé que des pratiques intervenant dans le secteur de la santé publique, dans lequel la concurrence est déjà réduite en raison de l'existence d'une réglementation destinée à assurer le meilleur service de santé pour la population tout en préservant les équilibres budgétaires du système d'assurance maladie, sont, de manière générale, particulièrement graves.

En l'espèce, l'infraction reprochée à Sanofi-Aventis était un abus de position dominante, qui a eu pour effet de limiter l'entrée des génériques concurrents lors de l'ouverture à la concurrence du marché du clopidogrel en France en vue de favoriser ses propres produits, le princeps Plavix® ainsi que son autogénérique Clopidogrel Winthrop®.

63. Un recours a été formé contre cette décision.

64. Un recours a été formé contre cette décision.

65. Un recours a été formé contre cette décision.

L'importance du dommage causé à l'économie

Si l'existence du dommage causé à l'économie ne peut se présumer, l'Autorité de la concurrence n'est pas pour autant tenue de le chiffrer précisément. Elle doit, conformément à la jurisprudence, procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques sanctionnées.

Afin d'apprécier l'incidence économique des pratiques sanctionnées, l'Autorité de la concurrence tient notamment compte, en s'appuyant sur la jurisprudence, de l'ampleur des pratiques, de leur durée (qui fait généralement l'objet d'une prise en compte autonome sous la forme d'un coefficient multiplicateur; voir section sur la durée des pratiques *infra*), des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné, ainsi que des conséquences conjoncturelles ou structurelles des pratiques et de leur incidence plus générale sur l'économie. Pour apprécier ces deux derniers éléments, elle peut prendre en considération les effets tant avérés que potentiels des pratiques en cause.

Ainsi, dans sa décision **13-D-11**, l'Autorité a tenu compte, pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, tout d'abord de l'ampleur de l'infraction, puis des caractéristiques du secteur concerné et enfin des conséquences de la pratique. À cet égard, elle a tout d'abord relevé, notamment, que la pratique a été mise en œuvre par un opérateur qui détenait, à l'époque des faits, une part de marché très élevée sur ce marché, de l'ordre de 60 %, voire un monopole lors de la mise en place de la stratégie de dénigrement; elle a ensuite estimé que deux caractéristiques du secteur pharmaceutique sont de nature à avoir accru le dommage causé à l'économie par la pratique mise en œuvre par Sanofi-Aventis et elle a enfin affirmé que la pratique en cause a causé un dommage à l'économie qui a généré une perte de bien-être pour les consommateurs, ce dommage comprenant notamment le surprix payé sur le marché de la ville pour l'achat de clopidogrel qui résulte de la moindre pénétration des génériques.

Dans sa décision **13-D-12**⁶⁶, l'Autorité a rappelé que le critère légal de l'importance du dommage causé à l'économie ne doit pas se confondre avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes de la pratique en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale que la pratique en cause est de nature à engendrer pour l'économie.

La proportion de la valeur des ventes retenue

En considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie relevées dans chaque affaire, l'Autorité de la concurrence a retenu, en 2013, pour donner une traduction chiffrée à l'appréciation de ces deux critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, des proportions de la

66. Un recours a été formé contre cette décision.

valeur des ventes comprises entre 3 % (13-D-20⁶⁷) et 20 % dans les cas d'infractions aux règles de concurrence les plus graves (13-D-12⁶⁸).

La prise en compte de la durée

La durée de l'infraction est, comme le rappelle la jurisprudence, un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes.

Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus de une année, l'Autorité de la concurrence s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités suivantes : la proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle aux pratiques de chaque partie en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de cette dernière année complète, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de chacune des parties aux pratiques et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence. Ce coefficient multiplicateur est supérieur à un lorsque les pratiques ont duré plus de une année, et inférieur à un dans le cas contraire.

Durant l'année 2013, l'Autorité a toutefois, à deux reprises (13-D-11⁶⁹ et 13-D-21⁷⁰), tenu compte du fait que les effets des pratiques reprochées aux entreprises sanctionnées, qui avaient en l'espèce duré moins de une année, s'étaient poursuivis au-delà de leur cessation pour traduire la prise en compte de la durée par un coefficient multiplicateur forfaitaire de un.

L'individualisation des sanctions

À la suite de la détermination du montant de base de la sanction, qui est d'ores et déjà individualisé en raison de la prise en compte de la valeur des ventes de chaque partie, l'Autorité de la concurrence ajuste ce montant pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, d'une part, et de tout autre élément d'individualisation pertinent tenant à la situation individuelle de chaque partie, comme sa puissance économique ou son appartenance à un groupe, d'autre part.

67. Un recours a été formé contre cette décision.

68. Un recours a été formé contre cette décision.

69. Un recours a été formé contre cette décision.

70. Un recours a été formé contre cette décision.

Enfin, elle peut adapter le montant obtenu pour prendre en compte une situation de réitération ainsi que le prévoit le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

En 2013, l'Autorité a, par exemple, pu retenir, au titre des circonstances aggravantes, le fait, pour une entreprise ou un organisme, de jouer un rôle de meneur ou d'incitateur, ou plus largement un rôle particulier dans la conception et/ou dans la mise en œuvre de l'infraction (13-D-12⁷¹). Cette prise en compte lui a permis de considérer qu'il convenait d'augmenter le montant de base de sa sanction de 15 %.

L'Autorité a également tenu compte du fait qu'une entreprise appartenait à un groupe qui disposait lui-même d'une taille ou de ressources globales importantes pour considérer qu'il convenait d'augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire de 50 % (13-D-11⁷² et 13-D-20⁷³).

Concernant la réitération, l'Autorité de la concurrence peut retenir une telle situation à l'encontre d'une partie et, en conséquence, augmenter le montant de sa sanction, lorsque quatre conditions sont réunies :

- une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ;
- ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;
- ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur les nouvelles pratiques ;
- le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence.

En 2013, l'Autorité a considéré que ces quatre éléments avaient été remplis à deux reprises (13-D-09, 13-D-20⁷⁴). Elle a en conséquence augmenté le montant de base de la sanction des parties concernées de 25 % (13-D-20⁷⁵) et 30 % (13-D-09).

Enfin, les demandes relatives à la capacité contributive ont été accordées en 2013 dans trois affaires (13-D-03⁷⁶, 13-D-09, 13-D-12⁷⁷), dans des proportions comprises entre 73 et 92 %.

71. Un recours a été formé contre cette décision.

72. Un recours a été formé contre cette décision.

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.

La clémence

Sanctions imposées aux anciennes sociétés mères et notamment sur le refus de leur faire bénéficier de la réduction de sanction accordée à leurs anciennes filiales au titre de la procédure de clémence

L'Autorité a estimé, dans sa décision **13-D-12**⁷⁸, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques, que des anciennes sociétés mères ne peuvent obtenir l'extension à leur bénéfice de l'exonération totale et de la réduction de sanction accordées à leurs anciennes filiales auteurs des pratiques incriminées.

Selon une pratique décisionnelle constante de la Commission européenne, l'ancienne société mère d'une filiale contrôlée à 100% au moment des pratiques en cause ne peut bénéficier de la réduction d'amende accordée à son ancienne filiale au titre de la clémence. En effet, la Commission considère que seule l'unité économique ayant déposé une demande de clémence et transmis les preuves décisives peut en bénéficier, à savoir la filiale et la société mère qui la détient au moment de cette demande. En revanche, l'ancienne société mère, qui ne forme plus une unité économique avec son ancienne filiale lorsque cette dernière dépose sa demande de clémence, et qui n'a pas elle-même introduit une telle demande, ne peut bénéficier d'aucune immunité totale ou de réduction d'amende à ce titre.

La procédure de clémence entre toutefois dans le champ de l'autonomie procédurale dont jouissent les autorités nationales de concurrence, de sorte que l'Autorité n'est pas légalement tenue de faire sienne cette pratique décisionnelle de la Commission.

Pendant, l'Autorité a relevé que le fondement sur lequel reposent cette pratique et cette jurisprudence est la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence, qui est appréhendée de manière analogue en droit interne et en droit de l'Union. Aussi, l'Autorité a estimé qu'il convenait de tenir compte de cette notion dans la façon dont elle met en œuvre son programme de clémence, dans un double souci de cohérence entre les règles de fond prévues par le droit de la concurrence et les outils procéduraux institués par le Code de commerce, d'une part, et de mise en œuvre cohérente des politiques de clémence au sein du Réseau européen de la concurrence, d'autre part.

Une telle approche fondée sur la notion d'entreprise est également justifiée par le fait qu'il appartient aux entreprises qui en contrôlent d'autres de prendre en temps utile toutes dispositions de nature à leur permettre de prévenir la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles en leur sein et, à défaut, de les détecter.

⁷⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

Sur la mise en œuvre conjuguée des procédures de clémence et de non-contestation des griefs

Dans sa décision **13-D-12**⁷⁹, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques, l'Autorité a rappelé que la procédure de clémence et la procédure de non-contestation des griefs poursuivent des objectifs distincts mais que la coexistence de ces deux procédures n'exclut cependant pas la possibilité, pour le rapporteur général, de proposer à l'Autorité de tenir compte du fait qu'une entreprise ou un organisme ayant présenté une demande de clémence renonce ultérieurement à contester les griefs qui lui auraient été notifiés dans l'intervalle.

En effet, le point 6 du communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs du 10 février 2012 signale cette possibilité de mise en œuvre conjuguée des procédures de clémence et de non-contestation des griefs « *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* ».

Cette mise en œuvre conjuguée doit donc se fonder sur une appréciation au cas par cas du dossier, de son contexte procédural et des gains procéduraux engendrés par le cumul des deux procédures en cause.

Dans le cas d'espèce, deux entreprises ayant présenté une demande de clémence en application du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce ont sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs.

En premier lieu, lorsqu'une exonération totale de sanction est d'ores et déjà accordée au titre de la clémence, il n'y a pas lieu d'examiner le cumul des deux procédures. Ce fut le cas pour Solvadis.

En second lieu, lorsque le grief notifié à l'entreprise diffère sensiblement des pratiques dénoncées dans le cadre de la clémence, l'Autorité considère qu'il existe un réel gain procédural à accéder à la demande de cumul des deux procédures. Ainsi, cette demande a été accordée en l'espèce à Univar.

Il a été accordé à Univar et à ses sociétés mères une réduction de 15 % du montant de leur sanction au titre de la procédure de non-contestation des griefs, réduction qui s'ajoute à celle déjà accordée au titre de la procédure de clémence.

La non-contestation des griefs

Comme le rappelle d'emblée l'Autorité dans son communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, lequel synthétise les lignes directrices dégagées par sa pratique décisionnelle et l'expérience acquise depuis 2001, cette procédure vise, dans un esprit de transaction, à rendre le traitement des affaires de pratiques anticoncurrentielles, qui s'y prêtent, plus rapide et plus

79. Un recours a été formé contre cette décision.

prévisible. La procédure de non-contestation des griefs prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et complétée par l'article R. 464-4 du même code, est ainsi une possibilité procédurale offerte aux entreprises et 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 en contrepartie d'une réduction minimale de 10 % de la sanction pécuniaire encourue⁸⁰, et éventuellement de prendre des engagements pour lesquels l'Autorité peut accorder une réduction supplémentaire de la sanction comprise entre 5 % et 15 %⁸¹.

En 2013, l'Autorité a mis en œuvre la procédure de non-contestation des griefs dans quatre décisions sanctionnant différentes ententes horizontales et verticales ainsi que des abus de position dominante impliquant huit entreprises et quatre organismes (**13-D-03**⁸², **13-D-06**⁸³, **13-D-12**⁸⁴, **13-D-21**). Cette donnée témoigne de l'attrait et de la souplesse de cette facilité procédurale, et ce quelles que soient la nature de l'infraction, celle de leurs auteurs ou le contexte factuel et procédural dans lequel elle s'inscrit⁸⁵.

En particulier, la décision **13-D-12**⁸⁶ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques illustre l'application complémentaire et cohérente des procédures de non-contestation des griefs et de clémence. Cette dernière présentant un *intérêt supérieur* pour l'Autorité, il importe pour assurer le caractère attractif de la clémence que cette hiérarchisation se reflète dans le niveau de réduction des sanctions pécuniaires accordées à ce double titre lorsque ces deux procédures sont mises en œuvre⁸⁷. Dans cette affaire, deux entreprises ayant présenté une demande de clémence (Solvadis et Univar) ont également sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs. Solvadis ayant obtenu l'immunité, et donc l'exonération totale du paiement d'une amende, sa sollicitation subséquente au titre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce était dès lors surrogatoire.

En ce qui concerne Univar, troisième demandeur de clémence, l'Autorité a en revanche considéré qu'il existait un réel gain procédural à accéder à sa demande de non-contestation des griefs dans la mesure où les faits qu'elle avait dénoncés dans le cadre de la clémence portaient sur des pratiques anticoncurrentielles locales, distinctes et, pour certaines, antérieures au grief d'infraction unique, complexe et continue de dimension multirégionale ultérieurement notifié par l'Autorité. Dès lors, en sus des 20 % de réduction de sa sanction au titre de la clémence, l'Autorité a accordé à Univar et ses sociétés mères une réduction supplémentaire de 15 % du montant de la sanction, ce taux reflétant à la fois la non-contestation

80. Voir le point 34 du communiqué du 10 février 2012.

81. Voir le point 35 du communiqué précité.

82. Un recours a été formé contre cette décision.

83. Un recours a été formé contre cette décision.

84. Un recours a été formé contre cette décision.

85. À l'exception de la décision 13-D-06, la procédure de non-contestation des griefs n'était que partielle dans les trois autres décisions.

86. Un recours a été formé contre cette décision.

87. Voir le point 6 du communiqué précité.

des griefs et l'engagement comportemental proposé par Univar consistant en la mise en œuvre d'un programme de conformité répondant aux critères fixés par le document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

Par ailleurs, l'Autorité a également octroyé une réduction de 20% des sanctions pécuniaires infligées respectivement aux sociétés Celdic Est et GEA au titre de la non-contestation des griefs couplée à la mise en place ou à l'amélioration d'un programme de conformité en leur sein. En particulier, l'Autorité a estimé que le taux accordé à Celdic Est, à lire à l'aune de celui octroyé à Univar dans un contexte factuel et procédural différent, se justifiait compte tenu de sa taille très modeste, ce qui rendait l'engagement d'autant plus significatif. Quant à la réduction accordée à GEA, société mère de Solvadis au moment des faits, l'Autorité a considéré que celle-ci se justifiait au regard du fait que l'amélioration du programme de conformité existant au sein du groupe intégrait une évaluation régulière dudit programme par GEA Group pour l'ensemble de ses filiales françaises.

Les injonctions de publication

En 2013, l'Autorité a prononcé des injonctions de publication à huit reprises.

À titre d'exemple, dans sa décision **13-D-12**⁸⁸, l'Autorité a rappelé que, aux termes du I de l'article L. 464-2, cinquième alinéa, du Code de commerce, elle peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Le cas échéant, les frais sont supportés par la personne intéressée.

Dans cette affaire, et afin d'informer les consommateurs et professionnels de sa décision et de les inciter à la vigilance vis-à-vis des pratiques condamnées, elle a ordonné la publication, à frais partagés des entreprises sanctionnées et au prorata de leurs sanctions pécuniaires, dans les éditions papier des journaux *Les Échos* et *L'Usine nouvelle*, du résumé de la décision tel qu'il figure dans ladite décision.

Le contrôle des concentrations

Sanction des opérations réalisées sans notification

Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce, elle doit être notifiée auprès de l'Autorité de la concurrence. Cette obligation de notification « *incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement* » (article L. 430-3). Dans le cas particulier de l'entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l'ensemble

⁸⁸. Un recours a été formé contre cette décision.

des parties disposant du contrôle conjoint, même celles qui disposaient déjà d'un contrôle avant l'opération, doit notifier conjointement. Par ailleurs, le renvoi à l'Autorité de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens de l'article L. 430-3.

En 2013, l'Autorité a sanctionné deux entreprises pour ne pas avoir notifié une opération de concentration préalablement à sa réalisation.

Réunica Arpège (13-D-01)

La décision de l'Autorité **13-D-01** a sanctionné la réalisation sans notification préalable de la fusion-absorption du groupe paritaire de protection sociale Arpège par le groupe de même nature Réunica.

La fusion entre les groupes Réunica et Arpège a fait l'objet d'un projet formalisé dès le 8 septembre 2006 par une convention de rapprochement puis a été réalisée le 1^{er} janvier 2010, date à laquelle les moyens humains et matériels ainsi que les organes décisionnels d'Arpège ont été absorbés par Réunica. Les parties à l'opération dépassant les seuils de contrôle mentionnés au I de l'article L. 430-2 du Code de commerce, la fusion-absorption d'Arpège par Réunica a finalement été notifiée le 13 octobre 2011 et autorisée par l'Autorité le 19 mars 2012.

L'accord sur la gouvernance des groupes de protection sociale du 8 juillet 2009 prévoit que l'association sommitale est la structure unique de gouvernance des groupes paritaires de protection sociale. L'opération consistant en la fusion de deux de ces groupes, le manquement à l'obligation de notification est donc imputable aux associations sommitales de Réunica et Arpège dont le chiffre d'affaires constitue, en vertu des dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce, la base de calcul du montant de l'amende. Toutefois, l'Autorité a constaté que les associations sommitales des groupes paritaires de protection sociale sont des associations qui ne réalisent pas directement de chiffre d'affaires. L'Autorité a néanmoins estimé que l'effet utile de l'obligation de notification et de la sanction du manquement de cette obligation prévues aux articles L. 430-3 et L. 430-8-1 du Code de commerce justifie de prendre en compte la réalité économique des parties concernées. L'Autorité a donc calculé le montant de l'amende à partir des chiffres d'affaires de l'ensemble des organismes désormais contrôlés par l'association sommitale Réunica.

À cet effet, l'Autorité a rappelé que le non-respect de l'obligation de notification constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique. Elle a ensuite relevé que la fusion entre les groupes Réunica et Arpège était tout à fait évidente, car annoncée depuis longtemps par des accords formalisés qui, contrairement à ce que soutenait Arpège-Réunica, laissait peu de doute sur l'étendue du rapprochement qui incluait toutes les activités du groupe et non le seul domaine non concurrentiel de la retraite complémentaire. L'Autorité a par ailleurs souligné que le groupe Réunica ne pouvait prétendre ignorer les obligations attachées à la notification d'opérations de concentration dans la mesure où il avait procédé au cours des cinq dernières années à la notification de deux opérations

de concentration et qu'à l'occasion de la notification de la fusion entre les groupes Réunica et Bayard les services du ministre avaient déjà indiqué à Réunica que la notification était intervenue de manière tardive, l'opération ayant déjà été réalisée. L'Autorité a toutefois retenu comme une circonstance atténuante le fait que le groupe Réunica soit spontanément venu la consulter pour régulariser sa situation même si elle note un manque de coopération dans la procédure de notification qui s'est ensuivie.

L'Autorité a, en conséquence, infligé à la société Réunica une sanction financière de 392 000 euros en application des dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

Castel (13-D-22)

La décision **13-D-22** a sanctionné la réalisation sans notification préalable de la prise de contrôle exclusif de six filiales du groupe Patriarche par le groupe Castel (ci-après Castel) dans le secteur de la production, de l'embouteillage et de la commercialisation de vins.

L'opération a été réalisée le 6 mai 2011 en vertu d'un protocole de cession conclu par les parties les 18 et 20 avril 2011. Ce n'est qu'en septembre 2011, dans le cadre de l'instruction relative à la prise de contrôle de Quartier français spiritueux par la Cofepp (Compagnie financière européenne de prise de participation), qu'un tiers a signalé l'acquisition de sociétés du groupe Patriarche par Castel aux services d'instruction de l'Autorité de la concurrence. L'opération dépassant les seuils de contrôle mentionnés au I de l'article L. 430-2 du Code de commerce, elle a finalement été notifiée le 7 octobre 2011 puis autorisée le 2 juillet 2012.

Conformément à l'article 430-8 du Code de commerce et à la décision du Conseil d'État du 24 juin 2013, Société Établissements Fr. Colruyt, l'Autorité a estimé que, en ce qu'elle détient 100% du capital de la société Castel Frères SAS ayant acquis les cibles, le manquement était imputable à la société Copagef SA dont le chiffre d'affaires, incluant celui des sociétés acquises par l'opération, devait donc servir de base à la détermination de l'amende.

Après avoir rappelé la gravité en soi d'un manquement à l'obligation de notification, l'Autorité a distingué plusieurs circonstances aggravantes propres à l'espèce. Elle souligne ainsi l'absence de difficulté juridique dans l'analyse du caractère contrôlable de l'opération et, sur la base de documents internes, le caractère délibéré de l'absence de vérification par Castel du caractère contrôlable de l'opération. Elle relève, de plus, que Castel disposait d'un service juridique et avait récemment procédé à la notification d'une opération auprès de la Commission européenne. Par ailleurs, si elle reconnaît la coopération de Castel à la procédure de notification, l'Autorité rappelle que la dénonciation du manquement n'a pas été spontanée et que Castel a initialement opposé le caractère prétendument non contrôlable de l'opération avant, finalement, de régulariser sa situation en procédant à la notification. Enfin, l'Autorité estime que le fait pour l'opération de concentration en

cause de ne pas avoir porté atteinte à la concurrence n'est pas de nature, en soi, à atténuer la gravité de l'infraction.

En conséquence, l'Autorité a insisté sur la nécessité de prononcer une sanction au caractère dissuasif et a fixé cette sanction à 4 millions d'euros.

Notion de concentration

Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé par les dispositions des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'Autorité tient compte des principes dégagés par la Commission européenne⁸⁹, dans l'appréciation de l'existence d'une concentration, afin de garantir une cohérence entre le contrôle des concentrations effectué en France et au niveau communautaire.

L'article L. 430-1 définit la notion de concentration et l'article L. 430-2 prévoit les seuils de chiffre d'affaires qui déterminent l'application du contrôle des concentrations en France, quand bien même l'opération serait réalisée à l'étranger.

La notion de « *personnes* » susceptibles de faire l'objet du contrôle des concentrations, évoquée au point 1-2 de l'article L. 430-1 du Code de commerce, comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public, y compris l'État lui-même et les personnes physiques.

S'agissant des notions de contrôle et de changement de contrôle d'une entreprise, inhérentes à la notion de concentration, ce sont souvent les modalités de gouvernance des entreprises définies notamment par des statuts de sociétés et d'éventuels pactes d'actionnaires qui permettent d'identifier la nature du contrôle qu'exercent une ou plusieurs entreprises sur une autre entreprise. Toutefois, d'autres éléments, telles des relations commerciales, financières ou contractuelles ajoutées aux prérogatives conférées aux différents actionnaires d'une entreprise, peuvent établir l'existence d'un contrôle de fait. Le contrôle peut être exercé sur une entreprise par une autre entreprise, de façon exclusive, ou par deux entreprises ou plus, conjointement. L'ensemble de ces critères de contrôle 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 2013, l'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle relative à l'appréciation du caractère contrôlable d'opérations de concentration, en particulier en ce qui concerne la compétence territoriale de l'Autorité dans le cas d'opérations portant sur des activités d'entreprises étrangères situées à l'étranger, la compétence de l'Autorité dans le cas d'opérations impliquant des entreprises publiques, les opérations immobilières, et le caractère de plein exercice d'une entreprise commune.

⁸⁹. Notamment dans la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Compétence territoriale

Toutes les opérations de concentration réalisées par des entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles disposent ou non d'actifs ou d'une structure en France, et que l'opération concerne ou non des actifs situés hors de France, sont soumises au contrôle des concentrations⁹⁰ en France, dès lors que les entreprises concernées par l'opération réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les seuils de contrôlabilité⁹¹. C'est ce principe que l'Autorité a réaffirmé dans la décision **13-DCC-06**⁹².

Dans cette affaire, la société Rodamco Retail Deutschland BV, filiale néerlandaise du groupe Unibail Rodamco, souhaitait prendre, aux côtés de la société PWREF I Holding Sarl, filiale du groupe Perella Weinberg Partners (ci-après «PWP»), le contrôle conjoint des sociétés MFI et Ruhr Park, sociétés présentes dans le secteur de l'immobilier en Allemagne.

L'opération n'avait aucun impact en France dans la mesure où les deux sociétés cibles n'exercent leurs activités qu'en Allemagne. Cependant, deux des entreprises concernées, en l'occurrence les groupes PWP et Unibail Rodamco, qui détenaient le contrôle conjoint des deux sociétés cibles MFI et Ruhr Park à l'issue de l'opération, exerçaient des activités économiques en France par le biais d'autres filiales que celles qui étaient impliquées dans l'opération. Ils réalisaient ainsi en France un chiffre d'affaires de plus de 50 millions d'euros chacun. L'Autorité de la concurrence a donc contrôlé et autorisé cette opération au titre du contrôle national des concentrations.

Opérations entre entreprises publiques

Les opérations de concentration contrôlées par l'Autorité⁹³ peuvent concerner différents types de «personnes». Celles-ci peuvent le cas échéant être des organismes de droit public, y compris l'État lui-même. En effet, les activités économiques d'organismes de droit public, ouvertes à la concurrence, constituent des entreprises au regard du droit de la concurrence, et un changement de contrôle affectant ces entreprises est susceptible de donner lieu à la réalisation d'une opération de concentration. L'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle relative à des opérations entre entreprises publiques dans ses décisions **13-DCC-81**⁹⁴ et **13-DCC-181**.

Dans la décision **13-DCC-81** du 2 juillet 2013 relative à la création de la Banque publique d'investissement (ci-après «BPI»), l'Autorité de la concurrence a tout

90. Dans la limite de la compétence de la Commission européenne, conformément aux dispositions de l'article L. 430-2 du Code de commerce et de l'article 1 du règlement (CE) n° 139/2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

91. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 75 et suivants.

92. Décision de l'Autorité de la concurrence 13-DCC-06 du 21 janvier 2013 relative à la prise de contrôle conjoint de MFI et Ruhr-Park par Rodamco Retail Deutschland B. V. et PWREF I Holding Sarl.

93. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 24.

94. Décision de l'Autorité de la concurrence 13-DCC-81 du 2 juillet 2013 relative à la création de la Banque publique d'investissement, entreprise commune de l'État français et de la Caisse des dépôts et consignations.

d'abord constaté l'existence d'une opération de concentration entre entreprises publiques, distincte d'une restructuration interne⁹⁵. Les parties à l'opération étaient en l'espèce deux entreprises publiques liées à l'État français : d'une part, l'État français lui-même, en ce qu'il détenait le contrôle de l'établissement public industriel et commercial Oséo et, d'autre part, la Caisse des dépôts et consignations (ci-après « CDC »), placée « *sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative*⁹⁶ » et contrôlant la société CDC Entreprises (ci-après « CDC-E ») ainsi que le Fonds stratégique d'investissement (ci-après « FSI »). L'Autorité a considéré que l'État français et Oséo, d'une part, et la CDC, le FSI et CDC-E, d'autre part, constituaient deux entités économiques autonomes. Par conséquent, elle a considéré que l'opération consistant dans le passage d'un contrôle exclusif de l'État français sur Oséo et de la CDC sur le FSI et CDC-E à un contrôle conjoint de l'État et de la CDC sur ces trois sociétés constituant la BPI, nouvellement créée, constituait une opération de concentration et non une restructuration interne.

Par ailleurs, dans cette même décision **13-DCC-81**, l'Autorité a précisé sa pratique en matière de calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques concernées par une opération de concentration. Conformément à la pratique décisionnelle communautaire⁹⁷, l'Autorité prend en compte, en les additionnant, les chiffres d'affaires des entreprises appartenant au même ensemble économique, dotées du même pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables, et non l'ensemble des entreprises détenues par l'État. En l'espèce, l'Autorité a pris en compte le chiffre d'affaires du groupe CDC, d'une part, et celui de l'EPIC Oséo, d'autre part, pour vérifier que les seuils prévus par l'article L. 430-2 du Code de commerce étaient franchis. Elle a, par ailleurs, laissé ouverte la question de l'existence d'une autonomie de gestion entre la Banque publique d'investissement et La Banque postale, également actives dans les secteurs de la banque et de l'assurance, dans la mesure où, même en prenant en compte le chiffre d'affaires du groupe La Banque postale, l'opération n'aurait pas relevé de la compétence de l'Union européenne.

Dans la décision **13-DCC-181**⁹⁸, l'Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle par GIAT Industries, société holding du groupe GIAT (ci-après « GIAT »), de SNPE – soit deux entreprises publiques – en considérant que cette opération constituait une opération de concentration entre des entités économiques distinctes disposant d'un pouvoir de décision autonome. GIAT et SNPE sont toutes deux actives dans le secteur de l'armement et étaient contrôlées par l'État français, *via* l'Agence des participations de l'État. Cependant, GIAT et SNPE sont soumises aux dispositions de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du service public, qui s'appliquent aux entreprises dont

95. Voir à ce sujet les § 52 et 53 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du règlement (CE) n° 139/2004.

96. Voir l'article L. 518-2 du Code monétaire et financier.

97. Voir les § 192 et suivants de la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du règlement (CE) n° 139/2004.

98. Décision de l'Autorité de la concurrence 13-DCC-181 du 10 décembre 2013 relative à l'acquisition du contrôle exclusif du SNPE par GIAT Industries.

l'État détient plus de 80 % du capital. En application de ces dispositions, l'État nommait 6 des 18 membres du conseil d'administration de GIAT Industries et 4 des 11 administrateurs de SNPE avant la réalisation de l'opération. De plus, la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 prévoit que, dans ces sociétés, les conseils d'administration statuent à la majorité simple sur les grandes orientations stratégiques, économiques, financières et technologiques de l'activité de ces dernières. L'Autorité a donc considéré qu'au vu de ces éléments et de l'absence de pacte d'actionnaires les représentants de l'État n'étaient pas en mesure d'exercer une influence significative ni sur GIAT, ni sur SNPE, qui devaient par conséquent être considérées comme faisant partie de deux ensembles économiques autonomes.

Contrôlabilité des opérations immobilières

En 2013, l'Autorité a, dans deux décisions **13-DCC-80**⁹⁹ et **13-DCC-146**¹⁰⁰, autorisé la prise de contrôle conjointe, par des banques ou des établissements financiers, de bâtiments ou d'immeubles en état futur d'achèvement, qui ne génèraient donc pas de chiffre d'affaires au jour de l'acquisition.

Dans ces deux affaires, la Caisse des dépôts et consignations (ci-après « CDC »), d'une part, et une entreprise coacquéreur, d'autre part, ont constitué des sociétés civiles immobilières (SCI) destinées à gérer les immeubles concernés par l'opération. Du fait de la répartition du capital de ces SCI et des dispositions statutaires de ces dernières, qui prévoient que les décisions stratégiques relatives à leur activité doivent être adoptées soit à l'unanimité des associés (décision **13-DCC-146**), soit à la majorité des trois quarts des votes de ces derniers (décision **13-DCC-80**), la CDC et l'autre entreprise coacquéreur disposaient d'un contrôle conjoint sur lesdites SCI.

Bien que les immeubles acquis dans le cadre de ces opérations aient été en cours d'achèvement et n'aient pas encore généré de chiffre d'affaires auprès de tiers au jour de l'opération, l'Autorité a considéré que leur gestion constituait une activité économique dans la mesure où ils généreraient à court terme, et de façon certaine, un chiffre d'affaires. Dans la décision **13-DCC-80**, l'ensemble immobilier cible faisait l'objet d'une précommercialisation auprès de preneurs potentiels et la réalisation de l'opération était subordonnée à la précommercialisation d'un pourcentage minimal des surfaces en cause. Dans la décision **13-DCC-146**, l'Autorité a relevé qu'il était prévu que l'immeuble à construire, à vocation d'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), soit donné à bail par les parties notifiantes au centre hospitalier de Montélimar pour une durée de quinze ans.

⁹⁹. Décision 13-DCC-80 du 3 juillet 2013 relative à la prise de contrôle conjoint du pôle de compétences urbaines de Bordeaux par la société Midi Foncière 2 et la Caisse des dépôts et consignations.

¹⁰⁰. Décision 13-DCC-146 du 22 octobre 2013 relative à la prise de contrôle conjoint d'une société civile immobilière pour la détention d'un actif immobilier à usage d'EHPAD par la Foncière Malherbe (Groupe Crédit agricole) et la Caisse des dépôts et consignations.

Une telle analyse rejoint celle de la Commission européenne¹⁰¹.

Le caractère de plein exercice d'une entreprise commune

En application du II de l'article L. 430-1 du Code de commerce, la création d'une entreprise commune ne constitue une concentration que si cette entreprise commune est « *de plein exercice* », c'est-à-dire si elle accomplit « *de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome*¹⁰² ». Les autorités nationales¹⁰³ et européenne¹⁰⁴ considèrent qu'une entreprise commune est de plein exercice lorsqu'elle remplit certaines conditions : être dotée de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché (personnel, actifs, infrastructures, financement, responsabilité commerciale), avoir une activité allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères, ne pas être totalement tributaire de ses sociétés mères, que ce soit pour ses ventes ou ses achats, et fonctionner de manière durable.

Dans la décision **13-DCC-64** du 5 juin 2013 relative à la création d'une entreprise commune par les groupes Arterris et Axérial et à l'acquisition par le groupe Arterris du contrôle conjoint de la société Sud Manutention Transit portuaire, l'Autorité a analysé dans quelle mesure une entreprise commune opérant sur un marché aval de celui sur lequel ses sociétés mères sont fortement présentes peut constituer une entreprise commune de plein exercice.

En l'espèce, Arterris, société coopérative agricole, et Axérial, union de coopératives agricoles, toutes deux présentes dans les secteurs de la collecte et de la distribution de grains, souhaitaient créer une entreprise commune, Durum, qui devait être chargée de la commercialisation de la production de blé dur de leurs adhérents.

L'Autorité a constaté que l'entreprise commune, notamment au regard des dispositions de ses statuts, interviendrait auprès de tiers sur un marché commercial, en l'occurrence celui de la commercialisation de blé dur. De plus, les achats de blé dur de Durum auprès de ses sociétés mères devaient s'effectuer aux conditions de marché. Cependant ces éléments sont apparus insuffisants pour conclure au caractère de plein exercice de l'entreprise commune Durum. L'Autorité a en effet constaté que Durum ne disposerait pas de ressources suffisantes pour exercer son activité de manière indépendante. En effet, elle ne disposerait pas de locaux distincts de ses sociétés mères, ni d'un personnel propre en nombre suffisant pour développer son activité indépendamment de celle de ses sociétés mères, et elle utiliserait des services de fonction support fournis par celles-ci. Par ailleurs, l'activité de Durum serait beaucoup plus restreinte que celle de ses principaux concurrents, qui sont des entreprises soit intégrées verticalement, soit présentes non seulement dans la commercialisation de blé dur, mais également dans celle d'autres produits.

101. Voir le § 96 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du règlement (CE) n° 139/2004.

102. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 56 et suivants.

103. *Ibid.*

104. Voir les § 91 et suivants de la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du règlement (CE) n° 139/2004.

La seule activité de commercialisation de blé dur ne permettrait pas de rentabiliser une structure autonome, contraignant Durum à mutualiser ses coûts avec ceux de ses sociétés mères. En outre, Durum est apparue tributaire de ses sociétés mères, notamment du fait des volumes d'achat de blé dur prévus auprès de ces dernières, dont l'évolution semblait incertaine, et du fait que celles-ci disposent d'un droit de premier refus, opposable à Durum.

L'Autorité a rappelé que, si une entreprise commune nouvellement créée était presque totalement tributaire des achats à ses sociétés mères pendant une phase de démarrage, cela pouvait ne pas remettre en cause son caractère de plein exercice, si cette phase de démarrage n'excédait pas trois ans¹⁰⁵. Or, en l'espèce, aucun élément fourni par les parties n'a permis de considérer que l'absence d'autonomie de Durum par rapport à ses sociétés mères était susceptible d'évoluer au cours des prochaines années.

L'Autorité a donc considéré que Durum n'est pas une entreprise commune de plein exercice et que sa création ne constituait pas une opération de concentration. Elle a néanmoins contrôlé l'opération consistant en l'acquisition par le groupe Arterris du contrôle conjoint de la société Sud Manutention Transit portuaire, notifiée en même temps que la création de l'entreprise commune Durum.

Analyse concurrentielle

Décision 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon

Contrôlé avant l'opération conjointement par les groupes Galeries Lafayette et Casino, le groupe Monoprix est passé sous le contrôle exclusif de Casino qui est désormais en mesure de déterminer seul le positionnement concurrentiel des enseignes Monoprix et Monop', de façon concertée avec ses autres enseignes de distribution alimentaire.

Selon la pratique constante des autorités nationales et communautaires de la concurrence, les effets de l'opération ont été examinés sur les marchés amont de l'approvisionnement en produits de grande consommation et sur les marchés aval de la distribution de détail à dominante alimentaire.

Sur les marchés amont de l'approvisionnement en produits de grande consommation, la partie notificante a estimé ses parts de marché à l'achat en rapportant, pour chaque famille de produits, son chiffre d'affaires au chiffre d'affaires de l'ensemble du secteur de la grande distribution alimentaire, au niveau national.

Sur la base de cette estimation, la nouvelle entité détient une position relativement modeste sur les marchés amont de l'approvisionnement par famille de produits

¹⁰⁵. Voir également à ce sujet le § 97 de la communication consolidée relative à la compétence de la Commission européenne au regard du règlement (CE) n° 139/2004.

et reste confrontée à la concurrence d'opérateurs majeurs. L'opération ne renforce alors que faiblement la puissance d'achat de Casino. Enfin, les fournisseurs n'ont pas soulevé de risques de dépendance économique sur la base d'un seuil de menace à 22 % qu'ils ont estimé pertinent et comme retenu par la pratique décisionnelle.

Si les risques d'atteinte à la concurrence ont ainsi pu être rapidement écartés sur les marchés amont de l'approvisionnement, l'analyse a montré que l'opération faisait peser des risques significatifs de réduction de la concurrence au détriment des consommateurs sur les zones de chalandise dans lesquelles l'offre concurrente n'était pas suffisante, au terme d'un examen approfondi de la réelle pression concurrentielle des différents formats de magasin et autres formes de commerce ainsi que de la délimitation des zones de chalandise.

Les risques d'atteinte à la concurrence ont donc pu être écartés dans trente-cinq zones de chalandise, soit parce que la nouvelle entité y disposait de parts de marché inférieures à 45 %, soit parce qu'elle y détenait des parts de marché inférieures à 60 % et restait confrontée à au moins trois groupes concurrents détenant au moins autant de magasins d'une surface de plus de 120 m² qu'elle-même.

Dans les quarante-sept autres zones, les fortes positions de la nouvelle entité risquaient d'autant plus d'affaiblir la concurrence au détriment des consommateurs parisiens qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché de la distribution à dominante alimentaire parisien qui découlent de la conjonction de la réglementation de l'urbanisme commercial, de la réticence des bailleurs et du verrouillage des réseaux ainsi que de la faiblesse des surfaces adaptées disponibles et du coût du foncier et des baux commerciaux. La prégnance de ces barrières est en outre confirmée par l'absence de nouveaux entrants et le fait que les nouvelles ouvertures de magasins sont très majoritairement le fait des groupes Casino et Monoprix.

En conséquence, la faiblesse, voire l'absence d'alternatives concurrentielles pour les consommateurs, était de nature sur les zones concernées à inciter la nouvelle entité à augmenter les prix ou à réduire la qualité de l'offre de certaines de ses enseignes. Des documents internes à Monoprix et à Casino montraient que les différentes enseignes des deux groupes exerçaient mutuellement les unes sur les autres une pression concurrentielle, en termes tant de prix que de qualité, et l'opération faisait disparaître cette contrainte. Au surplus, les tests quantitatifs menés par les parties confirmaient que la prise en compte par la nouvelle entité de l'effet d'une politique commerciale concertée sur ses résultats consolidés était de nature à l'inciter à profiter de l'affaiblissement de la concurrence.

À cet égard, les parties ont présenté de nombreuses études économiques à l'appui de leur argumentation dans cette affaire et le cabinet Mapp a notamment calculé des indices GUPPI (« *Gross Upward Price Pressure Index* ») ou indice brut de pression à la hausse sur les prix) sur la base des taux de report dérivés de l'étude sur la fonction de demande, des taux de marge sur coûts variables calculés dans l'étude du cabinet FHF d'avril 2013 *Explication détaillée de la méthode de calcul du taux de marge « incrémental » retenu dans le cadre du calcul de l'indice GUPPI* et des indices de prix pour les différentes enseignes du groupe Casino.

L'étude calcule d'abord l'indice GUPPI de Monoprix à Casino, c'est-à-dire l'incitation à augmenter les prix de l'enseigne Monoprix, compte tenu de l'effet de report vers les enseignes du groupe Casino, puis le GUPPI de Casino à Monoprix. La partie notifiante a alors estimé l'indice GUPPI Casino→Monoprix à 2,88 % et l'indice GUPPI Monoprix→Casino à 2,9 %. Ces niveaux relativement faibles correspondent à des hausses de prix de l'ordre de 1,5 à 3 %.

Cependant, le GUPPI Monoprix→Casino était significativement sous-estimé du fait, d'une part, de l'absence de prise en compte des clients à titre secondaire de l'enseigne Monoprix dans le calcul du taux de report des clients de Monoprix vers Casino et, d'autre part, de la division par deux des résultats du calcul de GUPPI que la partie notifiante justifiait du fait du contrôle conjoint exercé antérieurement à l'opération notifiée par Casino sur Monoprix. Or, une telle correction aurait pu effectivement se justifier dans le cas de l'indice GUPPI Casino→Monoprix : avant l'opération, Casino, au moment de décider d'une hausse des prix, tenait déjà compte de ce que le report éventuel des consommateurs vers Monoprix lui bénéficiait à hauteur de sa participation de 50 % au capital de Monoprix. Le même raisonnement ne pouvait cependant s'appliquer au GUPPI Monoprix→Casino, car Monoprix disposait d'un degré d'autonomie suffisant pour fixer ses prix indépendamment du groupe Casino et recherchait la maximisation de son profit individuel sans tenir compte de l'effet de ses décisions sur les profits de Casino. Au contraire, l'opération conduisait nécessairement Monoprix à prendre en compte l'effet de ses choix tarifaires sur les autres enseignes du groupe Casino et soumettait Monoprix aux directives tarifaires du groupe. Il n'était donc pas justifié de corriger par un facteur de 1/2 le calcul de l'indice GUPPI Monoprix→Casino. Après correction, le résultat de cette correction aboutissait donc à un GUPPI Monoprix→Casino de 5,8 %. Le ratio de diversion étant par ailleurs significativement sous-estimé, il était vraisemblable que cet indice GUPPI avait en réalité une valeur supérieure à 6 %, conduisant à un risque significatif de hausse des prix à l'issue de la concentration.

Décision 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux

Dans cette décision, l'Autorité de la concurrence a examiné les effets horizontaux, coordonnés et congloméraux relatifs à l'acquisition des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux sur les marchés locaux des matériaux de construction de murs porteurs destinés à la construction de maisons individuelles.

Les parts de marché estimées par la partie notifiante ont été calculées à partir du nombre de maisons individuelles mises en chantier en 2011 au niveau départemental. Pour chaque département inclus dans la zone de chalandise retenue, les parties ont converti les volumes de briques de mur qu'elles y commercialisent en nombre de maisons individuelles, sur la base d'un ratio de 22 tonnes par maison

individuelle¹⁰⁶, puis ont calculé leur part de marché et celles de leurs concurrents en rapportant le chiffre obtenu au nombre de maisons individuelles mises en chantier dans le département concerné. Ces données ont été confrontées à celles obtenues auprès des fabricants de briques qui ont fourni leurs chiffres d'affaires par département et leurs volumes de vente (en tonnes) mensuels et annuels relatifs aux briques de mur à partir de 2007. Les opérateurs n'ont, en revanche, pas été en mesure de distinguer les ventes de briques destinées à la construction de maisons individuelles des ventes destinées à la construction de logements collectifs ou de logements industriels et commerciaux. Néanmoins, l'essentiel des ventes de briques est réalisé pour la construction de maisons individuelles.

Avant l'opération, quatre opérateurs étaient présents en France dans le secteur de la fabrication de briques de mur (ou briques de terre cuite) : le leader national Imerys, Wienerberger, Bouyer-Leroux et Terreal. Or, en Aquitaine, région où un marché distinct de la brique de mur a été retenu, l'opération conduisait à réunir le 1^{er} et le 3^e acteur sur un marché déjà très concentré. Selon les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations de juillet 2013 actualisant le document de 2009, « *il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150* » (§ 386). En l'espèce, l'IHH à l'issue de l'opération serait largement supérieur à 2 000 et le delta serait supérieur à 150 pour le marché des briques de mur en Aquitaine.

Cette forte concentration s'ajoutait à des parts de marché très élevées (entre 60 et 70%) en Aquitaine sur le marché de la brique de mur et bien supérieures à celles de leur principal concurrent Terreal. Le niveau des parts de marché de la nouvelle entité s'explique en partie par l'avantage comparatif dont dispose Imerys en Aquitaine. En effet, cette société est la seule à disposer d'une usine en Aquitaine et ses concurrents, tous relativement éloignés de cette région, subissent des coûts de transport élevés.

La partie notifiante faisait valoir la pression concurrentielle exercée par la société Terreal en Aquitaine. Selon elle, dans la mesure où l'opération conduisait au rapprochement entre le premier opérateur et le plus petit de ses trois concurrents, qui ne disposait sur la zone en question que de parts de marché limitées, une telle opération n'était donc pas susceptible de conduire à une modification sensible de la concurrence. Cependant, une opération de concentration est susceptible de porter atteinte à la concurrence sur un marché même si elle ne réunit pas les deux acteurs de tête. Par ailleurs, il s'est révélé que Bouyer-Leroux n'était pas le plus petit des trois opérateurs concurrents d'Imerys en Aquitaine. Le plus

¹⁰⁶. Le ratio de 22 tonnes de briques de mur par maison individuelle a été retenu par les parties après l'examen du volume de briques en terre cuite utilisées sur un échantillon de maisons individuelles de plain-pied et à plusieurs étages.

petit était Wienerberger, nouvel entrant dans l'ouest de la France, et qui éprouvait des difficultés à s'implanter dans cette région. De plus, son site, qui produit un type particulier de briques de mur, est situé à plus de 450 km du site d'Imerys en Aquitaine, ce qui ne permet pas à Wienerberger d'être un concurrent efficace dans cette zone. En effet, avec un seul commercial à Bordeaux et une plate-forme logistique en Gironde, Wienerberger limite son activité à Bordeaux même et à sa proche région.

La position de la nouvelle entité était donc renforcée sensiblement en Aquitaine grâce au passage de quatre à trois opérateurs (voire même effectivement de trois à deux).

Les tests statistiques ainsi que le test de marché ont révélé la faible sensibilité des clients au prix des briques de mur en Aquitaine. Outre le niveau élevé des marges sur coûts variables qui indiquait la faiblesse de l'intensité concurrentielle sur ce marché, les données issues du test de marché ont en effet indiqué la faiblesse des taux de report vers les autres matériaux en cas de hausse de prix de 5 à 10% des briques de mur en Aquitaine. Les estimations réalisées par l'Autorité ont montré qu'une augmentation des prix serait profitable à la nouvelle entité.

L'Autorité a également évalué la capacité des concurrents actuels à réagir face à un report de la demande en briques en Aquitaine en cas d'augmentation unilatérale des prix de la part de la nouvelle entité. Contrairement à ce que soutenait la partie notifiante, les concurrents ne disposaient que de capacités inutilisées limitées et leur extension aurait été en l'état du marché très difficile à rentabiliser. Le test de marché a ainsi révélé l'existence de barrières à l'entrée significatives parmi lesquelles l'accès à la matière première, les coûts d'une nouvelle usine ou encore la complexité de la technologie. Par ailleurs, l'exploitation d'une carrière d'argile et d'une usine de production nécessite des autorisations préfectorales, ce qui prend plusieurs années. Le risque d'une hausse généralisée des prix sur le marché des briques de mur en Aquitaine est par ailleurs apparu crédible dans la mesure où les concurrents ont indiqué que leur stratégie serait d'augmenter leurs propres prix si la nouvelle entité procédait à des hausses de prix.

Ce faible contre-pouvoir de la concurrence n'était pas compensé par un contre-pouvoir des clients. Peu sensibles au prix, ils n'étaient de plus pas les acheteurs directs des matériaux de construction. Les briques sont vendues par les négociants aux constructeurs de maisons individuelles qui les revendent ensuite aux propriétaires de maisons pour lesquels les coûts des matériaux de structure (c'est-à-dire des murs et cloisons) représentent moins de 10% du coût total de la construction d'une maison. Les négociants peuvent donc répercuter une éventuelle augmentation des prix des briques de mur et n'auront pas d'incitation réelle à s'y opposer.

Au vu de ces éléments qui n'étaient pas compensés par des gains d'efficacité suffisants, l'Autorité a identifié un risque pour la concurrence sur le marché des briques de mur pour maisons individuelles en Aquitaine par le biais d'effets horizontaux et l'opération n'a pu être autorisée que sous réserve d'engagements pris par les parties.

L'Autorité a également examiné si cette opération incitait les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, à le faire ou permettait de le faire plus facilement si elles coordonnaient déjà leurs comportements. Cependant, l'asymétrie des parts de marché entre la nouvelle entité et Terreal, les innovations sur le marché et la différence entre les structures de coûts des acteurs (Bouyer-Leroux est une société coopérative et participative active uniquement en France tandis que Terreal est un groupe présent à l'international) ont conduit à écarter le risque d'effets coordonnés.

Compte tenu de l'élargissement de la gamme de produits proposée par Bouyer-Leroux et de la forte position de la nouvelle entité dans l'ouest de la France sur les briques plâtrières pour murs non porteurs et les briques de mur pour murs porteurs, les risques d'atteinte à la concurrence *via* les effets congloméraux ont été analysés. Les lignes directrices de 2013 précisent que « *l'Autorité de la concurrence examine si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées* » (§ 481). Or, cette opération réunissait plusieurs facteurs, tels qu'une gamme équivalente détenue par des concurrents, un désintérêt des acheteurs pour une offre groupée et l'absence de couplage par le passé, qui rendaient de tels scénarios de verrouillage peu probables.

Les mesures correctives

Lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence. En 2013, sept autorisations ont ainsi été données par l'Autorité sous réserve de la mise en œuvre d'engagements proposés par les parties.

Les mesures structurelles

L'Autorité de la concurrence a confirmé en 2013 que, dans la plupart des cas, les problèmes de concurrence liés aux effets horizontaux d'une concentration pouvaient être corrigés de façon plus efficace par des cessions d'actifs de nature à assurer durablement le maintien de structures de marché compétitives. Ainsi, plusieurs opérations relatives à l'acquisition par des groupes de distribution de plusieurs points de vente et conduisant à des chevauchements de parts de marché sur des zones de chalandise locales ont été autorisées sous réserve de la cession de points de vente dans les zones où l'opération réduisait la concurrence en conférant une forte position à la nouvelle entité sur le marché concerné et en y laissant subsister un nombre trop restreint d'offres.

La décision 13-DCC-57 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Franprix Leader Price Holding (groupe Casino) de la société NFL Distribution SAS : l'acquisition par le groupe Casino de plusieurs supermarchés à l'enseigne Norma

conduisait à ramener le nombre d'enseignes concurrentes, sur une zone de chalandise de 15 min en voiture autour de la ville de Charlieu, de trois à deux et à conférer au groupe Casino 40-50% des surfaces, dont 10-20% pour le point de vente cible. Le groupe Casino s'est engagé à céder le point de vente cible.

La décision 13-DCC-144 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Franprix Leader Price Holding (groupe Casino) des sociétés Ardis, Badis, Nidis, Saudis, Eldis, Puidis, Pedis, Cydis, Breadis, Clemendis et Carbudis : l'opération consistait en l'acquisition par le groupe Casino de plusieurs supermarchés et supérettes à enseigne G20. Dans la zone de chalandise correspondant à un trajet de 10 min à pied autour de la supérette située avenue du Général-Leclerc à Perpignan, le groupe Casino exploitait, à la veille de l'opération, deux magasins à enseigne Monoprix d'une surface de vente de 1065 m², soit une part de marché de 60-70%. À l'issue de l'opération, la part de marché des parties en surface de vente alimentaire aurait été portée à 80-90%, le magasin cible représentant 20-30% des surfaces de la zone. Les parties étaient confrontées à la concurrence d'un seul magasin à enseigne concurrente : une supérette de 180 m² appartenant au groupe Carrefour (10-20%). Le groupe Casino s'est donc engagé à ne pas acquérir le magasin en cause.

La décision 13-DCC-90 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon : le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif sur Monoprix par le groupe Casino conduisait à restreindre significativement la concurrence sur de nombreuses zones de chalandise à Paris et sur trois zones en province. Afin d'y remédier, Casino a proposé de vendre une surface de vente à dominante alimentaire déterminée, dans 47 zones de chalandise parisiennes et 3 zones en province, soit en cédant des magasins qui lui appartenaient en propre, soit en résiliant les contrats le liant à des commerçants affiliés.

Ces engagements sont donc exprimés en mètres carrés de surface de vente à dominante alimentaire, à l'exception des zones du magasin cible situé rue Lecourbe (Paris 15^e) et rue des Belles-Feuilles (Paris 16^e), dans lesquelles ils portent sur un point de vente d'une surface au moins égale à 600 m². Une liste de magasins correspondant à ces objectifs de surface à vendre a été soumise par la partie notifiante à l'Autorité et a été approuvée. Cependant, si certains magasins de cette liste ne peuvent être vendus, le groupe Casino devra en proposer d'autres, de manière à atteindre l'objectif de surface auquel il s'est engagé. L'expérience de l'Autorité a en effet montré que, en matière de remèdes proposés par les entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations, les incitations des parties à proposer de céder des actifs, libres de toute contrainte quant à leur cessibilité et suffisamment viables et compétitifs pour intéresser d'éventuels repreneurs, sont faibles. Les délais encadrant la décision de l'Autorité et les fortes asymétries d'information qui existent entre l'Autorité et les parties font qu'il est difficile de compenser cette faible incitation par l'analyse de la viabilité et de la compétitivité des actifs proposés à laquelle procèdent les services d'instruction de l'Autorité, même en s'appuyant sur une consultation des acteurs du marché. De ce fait, certaines cessions peuvent s'avérer difficiles, ou prendre place dans des délais trop longs, ou doivent faire l'objet de demandes de révision, aucun repreneur ne pouvant être trouvé pour

les cessions prévues par les engagements initiaux. Or, la cession permet de remédier aux effets de l'opération et ceux-ci perdurent tant qu'elle n'a pas été réalisée. Un engagement permettant la cession d'actifs alternatifs dont la cessibilité et la viabilité pourraient être plus faciles, mais qui n'ont pas été proposés en première initiative par les parties, a donc été retenu dans cette affaire.

La décision 13-DCC-96 relative à la prise de contrôle exclusif par Chausson Matériaux de 88 fonds de commerce détenus par Wolseley France : afin de lever les risques d'atteintes à la concurrence portés par l'opération sur la concurrence sur les marchés du négoce généraliste de matériaux de construction dans les zones de Saint-Junien (87), Bollène (84), Pamiers (09) et Carcassonne (11), Chausson Matériaux s'est engagé à céder quatre points de vente à un ou plusieurs repreneurs viables et indépendants, permettant ainsi de supprimer tout chevauchement d'activité entre les parties ou d'éliminer une partie suffisante du recouvrement des activités, les parties détenant à la suite de la cession une part de marché de 34,2 %.

Les autres types de mesures structurelles

La décision 13-DCC-101¹⁰⁷ **relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux** : dans cette affaire, l'opération portant atteinte à la concurrence du fait du chevauchement horizontal des activités des parties, sur le marché des briques de mur en Aquitaine, des remèdes structurels, consistant à céder un ou des sites de production, ont par conséquent été recherchés en priorité. Cependant, plusieurs spécificités du marché et la situation concurrentielle en cause ont conduit l'Autorité à privilégier un remède visant à faciliter l'entrée sur le marché de nouveaux offreurs. En effet, seul l'un des sites de production des parties était situé en Aquitaine. Les autres sites de la cible étaient plus éloignés et n'approvisionnaient pas l'Aquitaine. Les ventes de l'acquéreur sur cette région étaient réalisées à partir de sites trop éloignés pour permettre une animation concurrentielle efficace du marché. Enfin, tous ces sites, et notamment celui situé en Aquitaine, étaient surdimensionnés par rapport au recouvrement de parts de marché à l'origine de l'affaiblissement de la concurrence sur cette zone.

En l'absence de remède structurel approprié, la cession de volumes de briques de mur à prix coûtant, depuis le site de Gironde-sur-Dropt, situé en Aquitaine, a été considéré comme suffisant pour permettre aux concurrents d'animer la concurrence sur le marché et de poser les jalons nécessaires au développement et à l'écoulement de leur propre production dans la région.

La décision 13-DCC-46 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Rossel des sociétés du pôle « Champagne-Ardenne-Picardie » du groupe Hersant Média : cette affaire concernait le regroupement de plusieurs quotidiens régionaux diffusés en partie sur les mêmes zones. Comme dans plusieurs affaires précédentes¹⁰⁸,

¹⁰⁷. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État et n'est donc pas définitive à la date de parution du rapport.

¹⁰⁸. Voir notamment la décision 11-DCC-114.

l'Autorité a tenu compte des spécificités des marchés de la PQR et a accepté des engagements comportementaux visant à maintenir la diversité éditoriale dont bénéficiaient les lecteurs des zones de recouvrement avant l'opération. Le groupe Rossel s'est donc engagé à ne pas procéder à l'harmonisation des contenus locaux entre les éditions du *Courrier picard*, de *L'Aisne nouvelle* et de *L'Union* diffusées dans la zone de Saint-Quentin-Chauny et à ne pas procéder à l'harmonisation des contenus régionaux et départementaux entre les éditions de *L'Union* et du *Courrier picard* diffusées dans la zone de Saint-Quentin-Chauny. En revanche, dans la mesure où *L'Aisne nouvelle* ne comporte aucune rubrique dédiée à l'information régionale, le *Courrier picard* pourra fournir à *L'Aisne nouvelle* des contenus régionaux. Il ne lui fournira cependant pas de contenus départementaux. Cet engagement ne couvre pas l'information nationale et internationale et les informations par nature indifférenciées (Bourse, météo, hippisme, programmes de télévision, horoscopes, jeux, etc.).

La décision 13-DCC-137 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Transdev Group (ex-Veolia Transdev) par la Caisse des dépôts et consignations : l'opération permettant à la CDC d'acquérir le contrôle exclusif du groupe Veolia-Transdev, dont il assurait jusqu'alors le contrôle conjoint aux côtés du groupe Veolia Environnement, a été autorisée sous réserve que la CDC s'engage à ce que Transdev Group poursuive la mise en œuvre des engagements pris dans le cadre de la décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 dans toutes leurs dispositions et aux mêmes conditions, pour le temps restant à courir pour leur exécution. En effet, l'analyse concurrentielle des effets de l'opération notifiée n'a pas remis en cause le caractère nécessaire des engagements qui avaient été pris en 2010 par la CDC et Veolia Environnement.

Sur le marché national du transport public urbain de voyageurs (hors Île-de-France) sur lequel la concurrence s'exerce dans le cadre des appels d'offres lancés par les autorités organisatrices des transports (ci-après AOT), l'Autorité de la concurrence avait constaté qu'en réduisant le nombre de candidats susceptibles de déposer des offres, la création de Veolia Transdev porterait atteinte à la qualité des offres remises et renchérirait le coût des prestations de transport pour les collectivités locales dans 20 à 25 % des cas. L'Autorité avait relevé que ces effets seraient particulièrement sensibles en région Provence-Alpes-Côte d'Azur, où le rapprochement de Veolia et Transdev renforçait significativement la position déjà très forte détenue par Veolia dans cette région. Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence identifiés par l'Autorité, les parties avaient proposé la cession de quatre contrats de gestion de réseaux urbains en région Provence-Alpes-Côte d'Azur (Aubagne, Carpentras, Salon-de-Provence, Fréjus-Saint-Raphaël). Cependant, dans la mesure où ces cessions étaient soumises à l'agrément des AOT concernées, il avait été prévu que si ces cessions s'avéraient impossibles, Veolia Transdev proposerait dans un premier temps de céder les contrats d'exploitation d'un autre réseau, puis, si la cession de ces actifs de substitution s'avérait de même impossible, s'engageait à ne pas candidater lors de la remise en concurrence des contrats détenus sur les villes d'Aubagne, Carpentras, Salon-de-Provence, Fréjus-Saint-Raphaël.

Les cessions de contrats avaient pour but de permettre le renforcement ou l'émergence d'un candidat crédible tout en contribuant à desserrer le verrouillage géographique de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur. En effet, l'Autorité avait constaté que les principales barrières à l'entrée sur le marché urbain n'étaient pas de nature capitalistique et que la capacité à gagner des appels d'offres résultait davantage de l'expérience et de la réputation acquises auprès des AOT. Or, ces critères sont difficiles à satisfaire pour des opérateurs qui ne sont pas sortants ou encore pour des opérateurs étrangers, dont l'entrée est rendue difficile par la faible transparence des critères de sélection des candidats. Les engagements pris en 2010 avaient donc pour objectif de permettre à l'un des acteurs de la frange concurrentielle ou à un nouvel entrant de surmonter ces barrières à l'entrée et d'acquérir avec l'exploitation des réseaux cédés une expérience qu'ils auraient pu valoriser lors des mises en concurrence futures pour ces mêmes réseaux ou pour d'autres. De même, en cas d'échec des cessions à un tiers, l'éventuelle disqualification de Transdev Group lors du renouvellement des contrats à l'échéance devait permettre d'ouvrir des opportunités à de nouveaux entrants.

De fait, les AOT concernées ont refusé d'agréer la cession des contrats de gestion des réseaux urbains d'Aubagne, de Carpentras et de Fréjus-Saint-Raphaël. Dans le cas de Salon-de-Provence, le coactionnaire, aux côtés de Transdev Group, de la société exploitant le réseau s'est opposé à la cession. De même, les AOT des réseaux proposés comme actifs de substitution par Transdev Group se sont opposées aux cessions. En conséquence, et conformément aux engagements pris, Transdev Group ne peut faire acte de candidature lors du renouvellement de l'appel d'offres pour l'exploitation des réseaux d'Aubagne, de Carpentras, de Salon-de-Provence et de Fréjus-Saint-Raphaël.

S'agissant du fonds d'animation de la concurrence doté de 6,54 millions d'euros, il doit permettre à certaines AOT d'inciter davantage de concurrents à participer aux appels d'offres, même s'ils ne sont pas l'opérateur sortant, en proposant le remboursement d'une partie des dépenses engagées par les candidats non retenus à l'issue de la procédure et de recourir à des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage afin d'améliorer l'efficacité des procédures de mise en concurrence.

Sur les marchés départementaux de transport interurbain d'Eure-et-Loir (28), de Loir-et-Cher (41), du Var (83), du Vaucluse (84) et de la Haute-Savoie (74), l'Autorité de la concurrence avait constaté en 2010 que la nouvelle entité renforcerait sa position, devenant incontournable au regard du contexte concurrentiel prévalant dans chacun de ces départements. En réponse à ces préoccupations concurrentielles, les parties avaient proposé des remèdes à la fois structurels et comportementaux dans ces cinq marchés départementaux.

S'agissant des engagements structurels, les cessions d'actifs auxquelles s'étaient engagés la CDC et Veolia Environnement en 2010 ont toutes été réalisées en 2012 et 2013. Pour mémoire, ces cessions permettaient de supprimer tout chevauchement entre les activités interurbaines de Transdev et Veolia Transport sur les départements précités à l'exception de la Haute-Savoie, non concernée par l'engagement structurel.

S'agissant des remèdes comportementaux, les parties avaient pris l'engagement de ne pas présenter d'offres en groupement (ou en tant que donneur d'ordres ou sous-traitant) avec les principaux opérateurs du marché à savoir les sociétés Keolis, RATP Développement, Carpostal et Vectalia ou une entreprise contrôlée par celles-ci au sens du droit de la concurrence. L'Autorité a considéré qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause la nécessité de ce remède comportemental qui avait été pris pour une durée de cinq ans.

Enfin, dans le département de la Haute-Savoie, le problème de concurrence était moins lié au renforcement de la position de la nouvelle entité qu'à la fragilité de la pression concurrentielle résiduelle. L'engagement avait alors été pris par les parties de ne pas faire d'acquisitions en Haute-Savoie pendant les cinq années à venir, permettant d'assurer que la nouvelle entité ne puisse tirer avantage de la situation créée par la fusion pour acquérir une position largement dominante sur ce marché. Il n'a été relevé aucun élément qui serait de nature à remettre en cause les conclusions de l'analyse menée en 2010 par l'Autorité de la concurrence, et la nécessité de maintenir cet engagement comportemental.

Activité consultative

Avis relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur les marchés de la téléphonie mobile en France (13-A-02 du 21 janvier 2013)

Le 10 septembre 2012, l'association Alternative Mobile a demandé, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, l'avis de l'Autorité sur la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur les marchés de la téléphonie mobile en France.

L'avis s'inscrit dans le prolongement d'un premier avis rendu par l'Autorité en 2008 sur la situation des MVNO (voir l'avis 08-A-16). À l'époque l'Autorité avait constaté le faible développement des MVNO en France du fait des conditions techniques et tarifaires particulièrement contraignantes.

À ce titre, l'Autorité s'est félicitée de ce que les MVNO ont obtenu une amélioration significative de leurs conditions d'hébergement par les opérateurs hôtes depuis l'avis de 2008, leur part de marché étant passée de 5 à 13 % du parc mobile grand public entre 2008 et 2012.

Cependant, le lancement de la 4G (offre de très haut débit) ainsi que l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché (Free Mobile) ont conduit Alternative Mobile à saisir l'Autorité de la situation des MVNO dans ce contexte de profonde mutation du secteur de la téléphonie mobile.

L'Autorité a souligné, comme elle l'a déjà fait à plusieurs reprises, l'importance des MVNO dans l'animation du marché de la téléphonie mobile en contribuant à enrichir l'offre proposée aux consommateurs. Elle a cependant relevé une rupture au niveau tarifaire par le lancement des offres Free Mobile en 2012. L'Autorité a en outre estimé que l'arrivée de la 4G constituait une rupture technologique sans précédent qui allait, selon elle, permettre le développement d'offres haut de gamme. Dans ce contexte nouveau, l'Autorité a considéré que les MVNO pouvaient rencontrer certaines difficultés pour répliquer aux nouvelles offres tarifaires et pour être présents sur l'ensemble des segments du marché (du *low cost* au haut de gamme). Elle a donc estimé qu'il était indispensable qu'aucune barrière technique ou tarifaire ne soit artificiellement érigée par les opérateurs de réseau afin de permettre aux MVNO de commercialiser leurs offres dans les mêmes délais que leurs hôtes. Enfin, l'Autorité a préconisé une mise en œuvre des engagements pris par les opérateurs de réseaux devant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep), avant même le lancement des premières offres commerciales 4G. Ceux-ci consistent à accueillir des *full* MVNO sur leur réseau et à faire droit à toute demande raisonnable d'accès, à ne pas restreindre la liberté commerciale de leurs MVNO, et à pratiquer des tarifs raisonnables.

Avis relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles (13-A-08 du 11 mars 2013)

Le 2 novembre 2012, le ministre du Redressement productif et la ministre déléguée chargée des PME, de l'Innovation et de l'Économie numérique ont sollicité l'avis de l'Autorité sur les conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles.

Soulignant son attachement à la concurrence par les infrastructures, l'Autorité a estimé que la mutualisation et l'itinérance ne sont pas incompatibles avec cet objectif concurrentiel. Ainsi selon elle, le partage des infrastructures peut même contribuer à l'animation concurrentielle et répondre à d'autres objectifs de la régulation tels que l'aménagement équilibré du territoire.

Après avoir présenté les différentes modalités de partage de réseaux, l'Autorité a procédé à une analyse concurrentielle des accords de mutualisation et des accords d'itinérance.

Sur les différentes modalités de partage de réseaux

L'Autorité a relevé différents types d'accords de partage qui engendrent une intégration plus ou moins importante des partenaires. Selon le degré de mutualisation, le risque de restriction de concurrence est plus ou moins grand en raison de l'autonomie plus ou moins affectée des opérateurs.

L'Autorité a par ailleurs distingué deux formes de partage, l'une symétrique qui met sur un pied d'égalité chaque opérateur qui contribue à la ressource commune (la mutualisation), l'autre asymétrique dans lequel un opérateur produit pour le compte de l'autre (l'itinérance).

Sur les accords de mutualisation entre réseaux mobiles

Consciente que la reconsolidation du secteur, par rachat ou fusion entre opérateurs, pourrait remettre en cause le modèle concurrentiel construit depuis plusieurs années, l'Autorité a réfléchi aux économies de coûts et aux gains d'efficacité pour les consommateurs qu'une mutualisation des infrastructures pourrait générer, sous réserve du maintien de la concurrence.

À la lumière des lignes directrices de la Commission, l'Autorité a rappelé trois critères pertinents d'analyse des risques concurrentiels : l'intensité de la coopération entre les parties à l'accord, le pouvoir de marché acquis conjointement et les caractéristiques des zones concernées par l'accord.

Sur les accords d'itinérance entre réseaux mobiles et le cas de Free Mobile

Si la prestation d'itinérance peut apparaître comme une réponse nécessaire à la problématique du nouvel entrant selon l'Autorité, c'est à la condition que celle-ci soit régulée et bornée dans le temps. À cet égard, elle privilégie une analyse concurrentielle *in concreto* des accords d'itinérance tenant compte des conditions économiques et techniques propres à chacun des accords. La durée d'un accord d'itinérance national est un élément particulièrement important aux yeux de l'Autorité, qui s'appuie en cela sur la jurisprudence communautaire.

Enfin, l'Autorité a formulé une série de préconisations concernant l'itinérance dont bénéficie Free Mobile. Elle a ainsi proposé une extinction de l'itinérance nationale 3G, qu'elle avait recommandée dans son avis du 14 juin 2010, à compter de 2016 ou 2018, sans exclure pour autant le recours à une itinérance localisée. L'Autorité a également proposé de limiter l'itinérance 2G dont bénéficient les clients de Free Mobile, en la bornant dans le temps ou aux seuls clients munis de terminaux 2G. S'agissant de la 4G, l'Autorité a émis, en revanche, des réserves sur une éventuelle extension de l'itinérance dont bénéficiera Free sur les zones de déploiement prioritaire aux zones plus denses.

Avis concernant un projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel (13-A-09 du 25 mars 2013)

Saisie par le Gouvernement sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce au début de l'année 2013, l'Autorité de la concurrence a rendu l'avis

13-A-09 relatif au projet de décret sur les tarifs réglementés de la vente de gaz naturel.

Cette demande a conduit l'Autorité à effectuer un examen approfondi du fonctionnement d'un secteur qui s'est ouvert progressivement à la concurrence. Elle a ainsi constaté l'échec de l'ouverture à la concurrence du marché de détail du gaz naturel, la part de marché des fournisseurs historiques cinq ans après l'ouverture totale étant encore très significative.

Le principal frein à ce développement de la concurrence résulte du maintien des tarifs réglementés de vente (TRV) de gaz naturel, selon l'Autorité, qui a proposé une suppression étape par étape de la régulation par l'État du prix du gaz naturel, en commençant par les grands clients industriels, puis par les PME et, pour finir, les clients résidentiels. Ainsi, les consommateurs ont actuellement le choix entre, d'une part, les offres aux TRV proposées uniquement par les fournisseurs « *historiques* » (principalement GDF Suez avec 23 autres fournisseurs) et, d'autre part, les offres de marché proposées à la fois par les fournisseurs « *historiques* » et par les fournisseurs « *alternatifs* » (EDF, Direct Énergie...). Cette possibilité de choisir son fournisseur de gaz est cependant peu connue des consommateurs.

Sur la pertinence d'un maintien des TRV

En premier lieu, l'Autorité a relevé une information défaillante des consommateurs. Ce déficit d'information a eu pour conséquence d'empêcher les consommateurs de se tourner vers les fournisseurs alternatifs existants, dont les tarifs peuvent être jusqu'à 15 % inférieurs à ceux pratiqués par certains TRV. Ce faible degré d'information profite ainsi à EDF qui se trouve être le fournisseur alternatif le plus dynamique alors même qu'il propose des tarifs plus onéreux que les TRV.

En deuxième lieu, l'Autorité a constaté que la tentative de rendre plus transparente la fixation des TRV a échoué. En effet, en 2009 les pouvoirs publics ont proposé de fixer les TRV par le biais de l'application automatique d'une formule tarifaire afin d'offrir une plus grande visibilité aux fournisseurs alternatifs souhaitant développer sur la durée des offres compétitives par rapport aux TRV. Ce dispositif n'ayant pas été effectivement mis en œuvre par les pouvoirs publics, les fournisseurs alternatifs ont été dissuadés d'investir sur le marché des petits consommateurs notamment, en raison de ce manque de transparence dans la fixation des TRV. De plus, l'Autorité a estimé que le débat sur la fixation des TRV, relayé dans l'ensemble des médias de masse chaque trimestre, renforce dans l'esprit de nombreux consommateurs l'idée qu'il n'y aurait qu'un seul prix du gaz en France, celui des TRV proposé par les fournisseurs historiques. Cette publicité gratuite, selon les termes de l'Autorité, conforte les ménages dans l'idée que l'État protège les consommateurs en maintenant les prix du gaz bas et que les TRV sont systématiquement plus avantageux que les offres des fournisseurs alternatifs. Pour l'Autorité c'est donc l'existence même des TRV qui est la principale raison des dysfonctionnements sur le marché du gaz.

En troisième lieu, l'Autorité a remarqué que le prix payé par les consommateurs résidentiels français est en moyenne et de façon constante très nettement au-dessus de la moyenne européenne depuis 2009. Les tarifs sont également supérieurs à ceux, non réglementés, de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne. Il apparaît ainsi qu'un grand nombre de pays européens ont progressivement supprimé toute réglementation du prix de détail du gaz.

L'ensemble de ces constatations a conduit l'Autorité à proposer la mise en place d'une feuille de route visant à supprimer, par étapes, les différents TRV en commençant par ceux applicables aux grands clients industriels pour finir par ceux applicables aux petits consommateurs.

Sur les audits annuels de la CRE et l'établissement de la formule tarifaire

Le projet de décret prévoit de systématiser chaque année la conduite d'audits par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) concernant les coûts d'approvisionnement et les coûts hors approvisionnements supportés par les fournisseurs historiques. L'Autorité a favorablement accueilli cette proposition d'audits annuels par la CRE qui permettra de mieux connaître les coûts supportés par les fournisseurs historiques. Il est également précisé que la CRE peut proposer aux ministres concernés de revoir la formule tarifaire et la méthodologie d'évaluation des coûts hors approvisionnement tout en permettant à la CRE d'intégrer les possibilités d'optimisation de portefeuille d'approvisionnement. Ces dispositions du décret constituent une avancée positive selon l'Autorité qui a néanmoins fourni quelques observations.

L'Autorité a tout d'abord estimé qu'il était indispensable que la CRE puisse conduire les audits dans les meilleures conditions en pouvant accéder à tout moment aux informations contenues dans les contrats de long terme.

Elle a ensuite considéré que la formule tarifaire devait comporter une composante permettant de refléter les baisses de coût d'approvisionnement réalisées par le biais d'arbitrages. À cet égard, l'Autorité a proposé qu'il soit explicitement prévu dans le décret que la CRE puisse proposer aux ministres de l'Énergie et de l'Économie de revoir la formule tarifaire « *en intégrant notamment les possibilités d'optimisation de portefeuille d'approvisionnement du fournisseur* ».

Enfin, l'Autorité a souligné l'absence de composante incitative pour la détermination des coûts d'approvisionnement par GDF Suez. En effet, lorsque GDF Suez négocie avec un producteur étranger, les contrats négociés portent à la fois sur le marché français et sur d'autres marchés. Ainsi GDF Suez pourrait être incité à reporter les baisses de prix d'achat du gaz uniquement sur les marchés où la concurrence est importante, ce qui n'est pas le cas du marché français. L'Autorité a en conséquence proposé d'introduire dans la formule tarifaire une composante à travers laquelle GDF Suez serait incité à être plus performant concernant ses achats de gaz (en imposant, par exemple, une trajectoire de baisse des coûts d'achat).

Sur l'évolution automatique des TRV à rythme mensuel

Sur la base de la formule tarifaire, il est prévu que les arrêtés fixant les TRV ne soient plus pris chaque trimestre mais chaque année. Néanmoins, le projet de décret prévoit d'autoriser chaque fournisseur historique à faire évoluer ses TRV au maximum une fois par mois en fonction de l'évolution de ses coûts d'approvisionnement, par application de sa formule tarifaire et sous le contrôle de la CRE. Cette évolution mensuelle proposée en particulier par GDF Suez, en remplacement de l'évolution trimestrielle, permettrait d'assurer une meilleure couverture des coûts d'approvisionnement dont l'évolution serait plus fidèlement répercutée dans les TRV. Néanmoins cette évolution mensuelle pourrait générer des difficultés pour les fournisseurs alternatifs utilisant le démarchage à domicile dans la mesure où les supports utilisés par les commerciaux devront être modifiés plus fréquemment. Par ailleurs, cette évolution à un rythme mensuel rend plus compliquée la facturation aux clients qui verront apparaître douze modifications tarifaires sur leur facture annuelle. L'Autorité a toutefois estimé que ces difficultés liées à une évolution mensuelle étaient compensées par l'application automatique, chaque mois, de la formule tarifaire.

Sur la clause de sauvegarde

Le projet de décret prévoit que le Premier ministre pourra s'opposer à certaines augmentations mensuelles des TRV en cas d'augmentation exceptionnelle du prix des produits pétroliers ou des prix de marché du gaz naturel. Si l'Autorité a estimé légitime l'existence de cette clause de sauvegarde, elle a néanmoins recommandé de définir plus strictement le caractère exceptionnel des augmentations de prix. De plus, elle a relevé que le décret ne s'opposait pas à une éventuelle activation de cette clause plusieurs fois par an qui reporterait *sine die* les augmentations des TRV. L'Autorité a donc suggéré d'introduire dans le décret une disposition précisant que les activations de clauses de sauvegarde devaient être espacées au minimum de douze mois afin d'éviter la superposition de deux clauses. Enfin, l'Autorité n'exclut pas qu'un report des augmentations des TRV appliqués aux petits consommateurs ne se fasse pas sur ces mêmes TRV, mais sur les TRV appliqués aux entreprises. Pour parer ce risque, l'Autorité a proposé de mentionner dans le projet de décret que tout report de l'augmentation d'un TRV particulier se fasse bien sur le même TRV de manière à éviter la création de nouveaux déficits de couverture de coûts pour certains TRV.

Cet avis a été en partie suivi d'effets par l'adoption d'un amendement proposé par le Gouvernement qui a décidé de la suppression des tarifs réglementés du gaz pour tous les clients non domestiques – amendement (n° CE 506) inséré dans le projet de loi relatif à la consommation¹⁰⁹. L'amendement prévoit la suppression échelonnée des TRV pour les clients non résidentiels de la manière suivante : à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la publication de la loi et au plus

¹⁰⁹. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, article 25, modifiant l'article L. 445-4 du Code de l'énergie.

tôt le 31 décembre 2013 pour les sites raccordés au réseau de transport (les gros industriels ou les sites tertiaires importants), au plus tard fin 2014 pour les sites non résidentiels raccordés au réseau de distribution et dont le niveau de consommation est supérieur à 200 MWh/an (immeubles de bureaux et autres sites tertiaires), au plus tard fin 2015 pour les sites non résidentiels raccordés au réseau de distribution et consommant plus de 30 MWh/an.

Avis relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance (13-A-11 du 29 mars 2013)

L'Autorité de la concurrence (ci-après, «l'Autorité») a été saisie le 1^{er} février 2013 par l'Association pour la promotion de l'assurance collective, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce.

La notion de «*prévoyance*» est communément entendue comme visant les assurances de la personne qui sont destinées à prémunir l'assuré, ou sa famille, contre les risques de l'existence. Il existe plusieurs types d'organismes habilités à exercer une activité d'assurance en matière de prévoyance : les sociétés d'assurances, les mutuelles et les institutions de prévoyance, chaque type d'organisme relevant de règles juridiques différentes.

Le projet de loi soumis à l'Autorité pour avis a notamment pour but de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas encore d'une couverture collective obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais de santé, d'accéder à une telle couverture et visait à retranscrire les engagements pris par les partenaires sociaux dans le cadre de l'accord national interprofessionnel sur la sécurisation de l'emploi et la compétitivité des entreprises. Dans ce projet, la liberté de l'employeur dans le choix d'un organisme assureur est réduite, puisqu'il est contraint, dans le cas d'un accord de branche comportant une clause de désignation, de contracter avec l'organisme désigné par la branche.

Dans cette optique, l'Autorité a notamment recommandé de modifier l'article 1^{er} du projet de loi de sécurisation de l'emploi. Ainsi, cette modification prendrait en compte certaines préconisations que l'Autorité a pu formuler après avoir analysé les préoccupations de concurrence posées par le projet de loi.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 est entrée, pour partie, en vigueur le 17 juin 2013.

Sur les préoccupations de concurrence

Une remise en question des effets vertueux sur la concurrence de la mutualisation des risques en matière d'assurance complémentaire santé à l'échelle de la branche

Le recours à la désignation par les partenaires de branche a pour finalité de réaliser une mutualisation des risques à l'échelle de la branche ou du secteur dans son entier par le recours à un contrat unique. Il est attendu de la prise en charge de l'ensemble des salariés d'une branche par un seul organisme que celui-ci soit, de ce fait, à même de proposer les meilleures garanties à un tarif le moins élevé possible.

Si les clauses de désignation et de migration ne sont pas considérées comme contraires au droit de la concurrence par le droit positif, en droit interne comme en droit de l'Union européenne, elles ne sont toutefois pas neutres d'un point de vue concurrentiel.

En effet, l'organisme ou les organismes désignés sont placés dans une position prédominante par rapport à leurs concurrents sur le marché, sur laquelle ils sont à même de se fonder pour proposer d'autres types de produits d'assurance aux salariés de la branche, tels que des services d'assurance destinés à renforcer la couverture en matière de prévoyance, ou tout autre produit d'assurance de personnes ou de biens.

La position prédominante confiée à l'organisme ou aux organismes désignés peut n'être réexaminée que tous les cinq ans. Cette périodicité apparaît disproportionnée par rapport à la durée traditionnelle des contrats d'assurance de un an avec reconduction tacite et n'est pas remise en cause par le projet de loi.

Par ailleurs, les clauses de désignation peuvent emporter la contrainte, pour l'ensemble des salariés d'une branche, de cotiser pour une couverture complémentaire alors qu'ils n'en éprouvent pas nécessairement le besoin.

Ainsi, les bénéfices attendus d'une mutualisation des risques à l'échelle de l'ensemble de la branche doivent être relativisés. En effet, l'Autorité a relevé que le nombre d'assurés n'est pas un facteur déterminant dans la maîtrise de la sinistralité. De plus, la pratique démontre que la survenance du risque maladie varie moins en fonction du type d'activité ou de la taille de l'entreprise que de critères tenant à la personne même des assurés tels que l'âge ou l'état de santé de ces derniers.

Enfin, l'Autorité a pu constater qu'il ne peut être utilement soutenu que le pouvoir de négociation collective des partenaires de la branche est, par essence, plus à même de conduire à une baisse notable du montant des cotisations des contrats d'assurance complémentaire en matière de santé que la négociation individuelle de l'employeur avec ces mêmes organismes.

Les modalités de la mise en œuvre de la mutualisation

L'Autorité a souligné un manque d'encadrement des clauses de désignation. En effet, il n'existe aucune règle impérative concernant la mise en concurrence préalable

des opérateurs et la publicité des appels d'offres, conférant alors une position prédominante à l'organisme qui est désigné. Les modalités de la désignation reposent sur la seule volonté des partenaires de la branche.

Ainsi, l'absence de mise en concurrence effective des organismes d'assurance en amont de la désignation contribue à opacifier la procédure de choix et n'est pas de nature à permettre au libre jeu de la concurrence de s'exercer entre les différents organismes et risque alors de ne pas offrir aux assurés le meilleur rapport qualité/prix en matière de couverture complémentaire santé. Il apparaît impossible pour un organisme d'assurances qui ne serait pas approché par les partenaires de la branche d'être informé de l'existence d'une négociation et de pouvoir y postuler.

Au moment où la réforme va conduire au transfert de 35,5 milliards d'euros de cotisations des contrats individuels vers les contrats collectifs, l'Autorité est soucieuse qu'un tel basculement s'accompagne d'une vraie dynamique concurrentielle au bénéfice des entreprises et des salariés. Par conséquent, il apparaît nécessaire que les modalités d'organisation de la procédure de mise en concurrence préalable des opérateurs, telle qu'envisagée par le projet de loi, garantissent le libre jeu de la concurrence entre les organismes d'assurances.

Sur les préconisations de l'Autorité

Afin de répondre aux préoccupations de concurrence ci-avant énoncées, l'Autorité a établi quatre préconisations.

Premièrement, l'Autorité a relevé que les différents types d'organismes sont soumis à des obligations légales et statutaires différentes, ce qui est de nature à restreindre leur capacité à répondre à certaines stipulations du cahier des charges régissant les appels d'offres lancés par les partenaires sociaux. L'Autorité a, dès lors, recommandé de prévoir une harmonisation des régimes applicables aux différents types d'organismes.

Deuxièmement, l'Autorité a préconisé que soit privilégiée la liberté de l'employeur de retenir le ou les organismes de son choix, puisque, en effet, ce principe est le mieux à même de permettre une concurrence effective et non faussée.

Troisièmement, l'Autorité a considéré que la possibilité, pour les partenaires de la branche, de recommander ou, dans des cas solidement justifiés, de désigner des organismes, doit nécessairement porter sur une pluralité d'opérateurs qui auront été choisis après une procédure de mise en concurrence effective. L'employeur pourrait alors exercer son choix parmi les opérateurs recommandés ou désignés. L'Autorité a énoncé des obligations que devraient respecter les organismes si ceux-ci sont recommandés ou désignés.

Enfin, et quatrièmement, l'Autorité a estimé que la loi doit imposer une mise en concurrence effective et transparente en termes de publicité et d'évaluation des opérateurs susceptibles d'être recommandés ou désignés. Une telle mise en concurrence devra concerner tant la première mise en œuvre des clauses de recommandation ou de désignation, que le réexamen de celles d'ores et déjà en vigueur.

À cet égard, l'Autorité a préconisé de ramener la périodicité maximale de réexamen des clauses de désignation comme des clauses de recommandation à trois ans au lieu de cinq. En outre, lors du réexamen des contrats, l'Autorité a recommandé qu'il soit procédé à une nouvelle mise en concurrence, selon des modalités identiques à la procédure initiale.

Sur les deux dernières préconisations, l'Autorité a recommandé de modifier l'article 1^{er} du projet de loi de sécurisation de l'emploi. Cet article nouvellement rédigé porterait modification de l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale.

Il est à noter alors que les dispositions du 2^o du paragraphe II de l'article 1^{er} du projet de loi ainsi que celles de l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale ont été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2013-672 DC du 13 juin 2013. En effet, ces dispositions ont été considérées comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques.

À cet égard, si les préconisations de l'Autorité concernant les conditions de la mise en concurrence effective des organismes recommandés ou désignés ont été suivies, la primauté de la liberté de l'employeur de retenir le ou les organismes de son choix n'a, en revanche, pas été prise en compte dans la rédaction définitive de la loi.

Avis relatif à un projet d'arrêté de la ministre des Affaires sociales et de la Santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique (13-A-12 du 10 avril 2013)

L'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») a rendu un avis défavorable sur un projet d'arrêté soumis par le Gouvernement établissant les « *bonnes pratiques* » applicables à la vente de médicaments par Internet.

Le projet d'arrêté, pris en application de l'article L. 5121-5 du Code de la santé publique, établit des règles très restrictives quant à l'organisation et au contenu des sites de vente en ligne de médicaments mais également quant au prix, au stockage et à la sous-traitance ou encore à la livraison.

Le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité, ont développé une pratique décisionnelle innovante et abondante traitant des restrictions à la vente sur Internet imposées à leurs distributeurs. En effet, cette pratique décisionnelle a rappelé à de nombreuses reprises que le développement du commerce électronique constitue un facteur majeur d'animation concurrentielle des marchés, que ce soit par les prix, la différenciation de l'offre ou la variété des produits offerts. Aussi, il ressort des décisions du Conseil et de l'Autorité que l'interdiction par un fournisseur de la vente sur Internet de ses produits par les membres de son réseau de distribution sélective avait nécessairement un objet restrictif de concurrence (voir notamment

les décisions 08-D-25 du 29 octobre 2008 et 12-D-23 du 12 décembre 2012). Cette position a été confirmée par la Cour de justice, dans son arrêt *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* du 13 octobre 2011 (aff. C-439/09) et par la Commission européenne dans ses lignes directrices relatives aux restrictions verticales de 2010. S'agissant plus précisément de la vente en ligne de médicaments, l'Autorité a repris ces principes dans son avis 12-A-23, du 13 décembre 2012. Cet avis a rappelé l'intérêt du développement, dans le respect des exigences liées à la protection de la santé publique, de la vente en ligne des médicaments non soumis à prescription. L'article L. 5125-34 nouveau du Code de la santé publique n'a été que faiblement modifié, contrairement à ce que recommandait l'Autorité dans cet avis, et a maintenu une limitation stricte de la vente en ligne aux seuls médicaments dits de médication officinale (les produits situés devant le comptoir du pharmacien, en accès direct). Pour cette raison, cette disposition a été, dans un premier temps, suspendue par le juge des référés du Conseil d'État, puis annulée par un arrêt du Conseil d'État du 17 juillet 2013.

Sur les dispositions du projet d'arrêté ayant un impact sur l'exercice de la concurrence

L'Autorité a émis des observations sur certaines dispositions du projet d'arrêté qui sont particulièrement restrictives, dont l'accumulation conduit à créer un cadre extrêmement contraignant et limitatif pour les opérateurs français. Si le projet d'arrêté avait été adopté en l'état, il aurait eu pour conséquence de brider toute initiative commerciale en termes de prix, de gammes de produits et de services nouveaux et de priver le patient-consommateur des avantages liés à la dématérialisation des ventes.

Premièrement, concernant l'organisation et le contenu des sites de vente en ligne de médicaments, l'Autorité a observé que les « *bonnes pratiques* » rendent impossible la création de sites Internet proposant à la fois des médicaments non soumis à prescription et d'autres produits habituellement vendus par les pharmaciens, ce qui a pour effet de limiter significativement l'attractivité des sites mis en place par les pharmaciens.

Dans le même domaine, l'Autorité a relevé d'autres éléments, comme l'interdiction du référencement payant par des moteurs de recherche ou des comparateurs de prix. En effet, une telle interdiction conduirait à rendre les opérateurs situés dans d'autres États membres de l'Union européenne, qui ont la possibilité d'utiliser le référencement payant de leur site, plus visibles auprès des consommateurs situés en France que les opérateurs français, altérant ainsi la compétitivité de ces derniers.

Deuxièmement, l'Autorité a souligné qu'un alignement obligatoire des prix de vente sur Internet avec ceux pratiqués en officine serait contraire à l'exercice libre et entier de la concurrence, ce qui suppose que chaque opérateur détermine de manière indépendante sa propre stratégie commerciale et décide s'il convient ou non de proposer des prix uniformes en ligne et en officine. Les conditions

de concurrence rencontrées, d'une part, par un site Internet à vocation nationale ou internationale et, d'autre part, par une officine de quartier peuvent fortement diverger.

Troisièmement, s'agissant de l'organisation logistique, l'Autorité a recommandé que les pharmaciens puissent avoir recours à des locaux de stockage spécifiques afin de traiter efficacement les commandes de produits en ligne. L'obligation prévue par le projet d'arrêté d'utiliser les mêmes locaux de stockage pour les médicaments délivrés en officine et pour ceux vendus sur Internet constitue un obstacle artificiel de nature à limiter le développement de la vente en ligne.

Quatrièmement, l'Autorité a considéré que les règles relatives au questionnaire de santé sont excessivement contraignantes. En effet, dès lors qu'un patient s'est déjà enregistré sur un site de vente en ligne de médicaments, et a déjà rempli une première fois un questionnaire de santé, l'obligation qui lui est faite de remplir ce questionnaire à chaque nouvelle commande apparaît particulièrement fastidieuse et de nature à détourner les clients des sites français de vente de médicaments.

D'autres éléments du projet d'arrêté, concernant notamment l'interdiction de sous-traitance dans la livraison des médicaments ou encore des obligations faites aux pharmaciens concernant l'embauche d'adjoints ont été perçus comme néfastes à l'exercice de la concurrence par l'Autorité. Néanmoins, certaines dispositions du projet d'arrêté ont été saluées par l'Autorité, à l'image de celles qui concernent les quantités maximales autorisées à être délivrées pour certains produits.

Sur l'orientation générale du projet d'arrêté

De manière plus globale, l'Autorité a relevé que les pouvoirs publics ont fait le choix d'une approche prudente dans le projet d'arrêté, en réservant le commerce électronique de médicaments en France aux seuls pharmaciens déjà titulaires d'une officine. Cette configuration garantit d'ores et déjà le niveau adéquat de sécurité des produits et il n'apparaît donc pas nécessaire que les règles de « *bonnes pratiques* » proposées par le ministère chargé de la Santé ajoutent de nouvelles contraintes à celles qui existent déjà pour la vente en officine.

Dès lors, la mise en place de contraintes économiques importantes qui ne seraient pas justifiées par des considérations de santé publique ne paraît pas acceptable, pour des raisons tant juridiques qu'économiques. Une telle approche contreviendrait aux principes posés par la jurisprudence « *DocMorris*¹¹⁰ » de la Cour de justice, constituerait une transposition imparfaite de la directive du 8 juin 2011 et pourrait, par conséquent, placer la France en situation de manquement à ses obligations au regard du droit de l'Union européenne.

En outre, de nombreux sites Internet établis dans d'autres États membres de l'Union européenne proposent déjà la vente de médicaments en ligne. Ces opérateurs, lorsqu'ils serviront des clients établis en France, ne seront pas soumis aux « *bonnes pratiques* », ce qui favoriserait une sorte de discrimination à rebours. Les

¹¹⁰. Arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (aff. C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887).

«*bonnes pratiques*» risquent donc d'avoir l'effet inverse de celui recherché. D'un côté, de nombreux consommateurs français pourraient être fournis par des opérateurs non soumis aux règles déontologiques des pharmaciens français et au contrôle des agences régionales de santé et, d'un autre côté, le chiffre d'affaires et les emplois associés au commerce en ligne profiteraient à des entreprises situées dans d'autres États membres de l'Union.

L'avis défavorable de l'Autorité ne pouvait être levé que si étaient adoptées certaines modifications dans le projet d'arrêté. L'arrêté définitif est entré en vigueur le 12 juillet 2013 et a intégré seulement une partie des modifications préconisées par l'Autorité, s'agissant notamment des «*bonnes pratiques*» liées aux règles techniques encadrant les sites de commerce électronique des officines, de l'identité du prix, que le médicament soit dispensé au comptoir de l'officine ou par voie de commerce électronique ou encore, des conditions de livraison.

Avis concernant un projet de décret relatif aux tarifs sociaux du gaz et de l'électricité (13-A-13 du 24 juillet 2013)

L'Autorité de la concurrence a rendu un avis très favorable concernant un projet de décret portant sur les tarifs sociaux de l'électricité et du gaz naturel.

Ce projet de décret a pour objet de mettre en œuvre plusieurs nouvelles dispositions figurant dans la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes. Ces nouvelles dispositions ont pour but de permettre à davantage de consommateurs aux revenus modestes de bénéficier des tarifs sociaux de l'électricité et du gaz en donnant la possibilité à l'ensemble des fournisseurs d'électricité de proposer le tarif de première nécessité (ci-après le «*TPN*»). En effet, seuls EDF et les entreprises locales de distribution pouvaient proposer ce tarif aux consommateurs. Afin de rendre ces dispositions pleinement opérationnelles, une adaptation des décrets relatifs au TPN et au tarif spécial de solidarité (ci-après le «*TSS*») était nécessaire. Le projet de décret, objet de la demande d'avis, introduit ainsi plusieurs modifications de ces deux décrets.

Sur les nouvelles dispositions du projet de décret

Le projet de décret soumis pour avis à l'Autorité envisage, tout d'abord, une augmentation du nombre de personnes éligibles aux tarifs sociaux en prenant en compte un critère supplémentaire fondé sur le revenu fiscal, ensuite, un changement des modalités de calcul du TPN et, enfin, l'éligibilité des gestionnaires de résidences sociales aux tarifs sociaux. Ces nouvelles dispositions ne comportant pas en soi d'enjeux concurrentiels spécifiques, l'Autorité n'a pas formulé d'observation particulière.

Sur la possibilité, pour l'ensemble des fournisseurs d'électricité, de proposer le tarif de première nécessité

L'Autorité avait déjà préconisé, dans son avis 12-A-03 du 14 février 2012 relatif à l'automatisation de la procédure d'attribution des tarifs sociaux du gaz et de l'électricité, que tous les fournisseurs d'électricité puissent être en mesure de proposer le TPN aux consommateurs vulnérables. L'Autorité se félicite que le législateur ait retenu cette préconisation visant à généraliser la possibilité de proposer le TPN à l'ensemble des fournisseurs en adoptant la loi précitée du 15 avril 2013.

Aussi, comme l'Autorité l'avait déjà évoqué dans son avis précité du 14 février 2012, la réforme envisagée ici permettra aux fournisseurs de proposer des prix plus bas sur la fraction de la consommation des consommateurs vulnérables non couverte par le TPN.

Sur l'intérêt de mettre en œuvre une campagne d'information à destination des consommateurs vulnérables

Compte tenu de la méconnaissance des consommateurs français quant à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie et du gaz, l'Autorité a recommandé que le Gouvernement mette en place une campagne d'information visant à expliquer la réforme des tarifs sociaux aux consommateurs vulnérables. Cette campagne d'information permettrait en effet d'indiquer à ces consommateurs qu'ils pourront bénéficier à l'avenir d'une remise sur leur facture au titre des tarifs sociaux mais également qu'ils peuvent réaliser des économies supplémentaires en choisissant une offre d'énergie plus compétitive que les tarifs réglementés et, en conséquence, d'amplifier les effets positifs de la réforme.

Avis relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire (13-A-14 du 4 octobre 2013)

Le 14 août 2013, le ministre de l'Économie et des Finances a saisi, au nom du Gouvernement, l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de loi portant réforme ferroviaire.

La réforme du système ferroviaire propose la constitution d'un groupe public ferroviaire (ci-après « GPF »), qui viendrait en remplacement de la structure actuelle composée de Réseaux ferrés de France (ci-après « RFF ») chargé de l'infrastructure et de la SNCF chargée de l'exploitation des transports. Le GPF intégrerait, sous le chapeau d'un établissement public industriel et commercial (ci-après « EPIC ») de tête nommé SNCF, un premier EPIC chargé des fonctions de gestion de l'infrastructure, nommé SNCF Réseau, et un second EPIC qui se verrait confier l'exploitation de services de transport ferroviaire, nommé SNCF Mobilités.

La demande d'avis a conduit l'Autorité à formuler une douzaine de recommandations afin que la réforme, tout en permettant l'intégration industrielle du groupe

public, soit accompagnée de garanties, notamment sur l'indépendance du gestionnaire du réseau ferroviaire et l'égalité d'accès au réseau. Le projet de loi, qui intègre à ce stade un petit nombre de recommandations faites par l'Autorité, a été adopté par le Conseil des ministres le 16 octobre 2013.

Après avoir analysé les risques concurrentiels dans le secteur ferroviaire, puis les principes garantissant une gouvernance concurrentielle de ce secteur, à savoir la transparence dans la gestion de l'infrastructure ferroviaire, l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure et la nécessité d'un régulateur sectoriel fort et indépendant, l'Autorité a pu formuler des observations sur le projet de loi à la lumière de tous ces éléments.

Sur la création d'un gestionnaire d'infrastructure unifié

Selon le système actuel, et malgré le fait que RFF soit, au sens des textes européens, le principal gestionnaire d'infrastructure ferroviaire en France, la gestion de l'infrastructure ferroviaire accorde en réalité un rôle significatif à la SNCF dans la répartition des sillons, d'une part, et dans la gestion de certains actifs ferroviaires, d'autre part. Dans un contexte d'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire, le système actuel est donc néfaste pour l'exercice de la concurrence.

Par conséquent, l'Autorité a relevé que la création d'un gestionnaire d'infrastructure unifié en lieu et place du système de compétences partagées entre RFF et la SNCF est un progrès indéniable.

Cependant, l'Autorité a formulé des recommandations quant à cette création.

Premièrement, la séparation des activités de gestion des gares de voyageurs et des infrastructures de services apparaît nécessaire à l'Autorité pour garantir la neutralité concurrentielle des gares. En effet, dans son avis 09-A-55 du 4 novembre 2009, l'Autorité a déjà montré que les gares de voyageurs revêtent toutes les caractéristiques d'une infrastructure essentielle dont l'accès doit être garanti de façon non discriminatoire et transparente. Les recommandations de cet avis n'ont pas été suivies et le projet de loi ici soumis à l'Autorité ignore les risques concurrentiels majeurs en ne prévoyant pas une telle séparation. L'Autorité a alors recommandé que la gestion, l'exploitation et le développement des gares de voyageurs et des infrastructures de services indispensables à l'activité des entreprises ferroviaires soient séparés, à tout le moins de façon juridique, du reste des activités de l'opérateur historique de transport (SNCF Mobilités) (recommandation n° 1). Les risques concurrentiels sont déjà visibles, la SNCF ayant déjà mis en œuvre des abus de position dominante notamment par le biais de manipulations sur ses cours de marchandises pour tenter d'évincer ses concurrents en matière de fret ferroviaire (décision 12-D-25), et il apparaît alors fondamental pour l'Autorité que la séparation des activités se fasse au plus vite (recommandation n° 1 a), d'autant que les textes européens exigent que l'accès non discriminatoire aux gares de voyageurs devra être garanti de façon effective d'ici 2019 (recommandation n° 1 b).

Deuxièmement, la gouvernance de SNCF Réseau prévue par le projet de loi n'est pas en soi critiquable d'un point de vue concurrentiel. Cependant, l'Autorité a

relevé certaines lacunes, concernant notamment la composition du conseil d'administration de SNCF Réseau et la nomination de ses membres. Ainsi, l'Autorité a recommandé de maintenir l'interdiction de prise d'intérêts dans toute entreprise ferroviaire du président du conseil d'administration de SNCF Réseau telle que prévue aujourd'hui dans le projet de loi, mais de ne pas lier les pouvoirs de l'Araf à cette seule interdiction et permettre à cette dernière de prendre en compte tous les aspects de l'indépendance dont doit faire preuve le président du conseil d'administration de SNCF Réseau. Ceci pourrait se traduire par la dotation de l'Araf du pouvoir d'émettre un avis motivé et public sur la ou les personnalités proposées (recommandation n° 2). Quant aux membres du conseil d'administration, l'Autorité a recommandé qu'ils ne puissent prendre des intérêts dans des entreprises ferroviaires, tout comme le président, et qu'ils ne puissent siéger à la fois aux conseils d'administration de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités (recommandations n°s 3 a et 3 b).

Troisièmement, les mesures de sauvegarde prévues dans le projet de loi garantissant l'impartialité de SNCF Réseau sont bienvenues pour renforcer l'indépendance opérationnelle de SNCF Réseau. Cependant, l'Autorité a considéré qu'elles étaient insuffisantes, en ce qu'elles se limitent à la fonction de répartition et de tarification des sillons alors que toutes les missions de gestion d'infrastructure sont largement interpénétrées et demandent, entre elles, un dialogue important. Une protection homogène et renforcée de l'ensemble des missions de SNCF Réseau semble la mieux à même de lui permettre de bénéficier des synergies attendues de la réforme, en évitant de la fragmenter en silos. L'Autorité a alors recommandé que le périmètre des mesures de sauvegarde prévues dans le projet de loi soit étendu à l'ensemble des missions de SNCF Réseau, sans distinction (recommandation n° 4). SNCF Réseau doit prendre des précautions pour garantir un traitement équitable entre les entreprises ferroviaires dans l'utilisation des plates-formes de circulation communes à SNCF Réseau et aux autres entreprises ferroviaires. Le projet de loi offre la possibilité à SNCF Réseau d'édicter ce type de mesures d'organisation interne, dont l'un des objectifs est de prévenir toute discrimination. L'Autorité a recommandé que cette possibilité devienne une obligation (recommandation n° 5 a).

Quatrièmement, le reversement de dividendes de SNCF Mobilités au profit de l'entretien du réseau, prévu par le projet de loi, peut entraîner des effets pro-concurrentiels. Cependant, ce reversement de dividendes de SNCF Mobilités à SNCF Réseau pourrait également créer une incitation économique à discriminer en faveur de l'opérateur historique de transport, afin de maximiser les profits potentiels de SNCF Mobilités et d'élever les chances d'obtenir un reversement de ses dividendes. L'Autorité a estimé qu'une telle pratique était peu réalisable, car les dividendes dépendent de nombreux facteurs et ne seraient pas nécessairement plus élevés en présence d'une politique de discrimination. De plus, une telle politique est hautement improbable de la part de SNCF Réseau dont la raison même est de garantir un fonctionnement concurrentiel du marché, et ce d'autant plus si les recommandations émises ici par l'Autorité sont suivies.

Sur la régulation du secteur ferroviaire

L'ouverture à la concurrence rend un régulateur sectoriel fort et indépendant nécessaire. Ce régulateur doit disposer de pouvoirs pertinents et contraignants pour encadrer *ex ante* le développement de la concurrence en conformité avec le cadre réglementaire applicable, d'une part, et de pouvoirs de contrôle *ex post* dissuasifs pour corriger efficacement les comportements portant atteinte à ces mêmes règles, d'autre part.

Le projet de loi prévoit la mise en place d'un nouvel outil de régulation du secteur ferroviaire. Il s'agit du Haut comité du ferroviaire, qui se verrait attribuer plusieurs missions. L'Autorité a formulé des observations sur chacune de ces missions.

En premier lieu, le Haut comité du ferroviaire aurait une mission de concertation, ce en faveur de quoi l'Autorité a exprimé un avis favorable. En effet, une telle attribution entraîne une meilleure transparence générale du système en ce qu'elle permet à l'ensemble des parties prenantes du secteur de se prononcer et d'orienter les grandes évolutions du secteur ferroviaire.

En deuxième lieu, le Haut comité se verrait confier une mission de conciliation dont l'Autorité a recommandé qu'elle soit supprimée de la loi, au vu des multiples risques qu'une telle mission comporte (recommandation n° 9). L'Autorité a en effet relevé que le mécanisme de conciliation pourrait conduire les parties prenantes à résoudre entre elles, de façon opaque, les différends qui peuvent les opposer puisque la constitution du Haut comité n'est assortie d'aucune exigence d'impartialité et que rien ne garantit des solutions objectives et équitables. Comme les différends ne sont pas définis, l'Autorité a souligné que leur résolution se distingue mal du pouvoir de règlement des différends confié à l'Araf.

En troisième lieu, le projet de loi prévoit un Code du réseau précisant les modalités selon lesquelles sont organisées les relations entre les différents gestionnaires d'infrastructure, les entreprises ferroviaires et les autorités organisatrices. Ce code et ses modifications sont approuvés par le Haut comité du ferroviaire. L'Autorité a observé que le Code du réseau risque de chevaucher ou réinterpréter le contenu du document de référence du réseau (ci-après le « DRR »). Il pourrait alors s'ensuivre que le code priverait d'une partie de son contenu le DRR, privant alors le gestionnaire d'infrastructure de compétences que lui seul doit détenir pour garantir un accès non discriminatoire au réseau. Dès lors, afin de préserver l'indépendance de SNCF Réseau et la transparence générale de la régulation sectorielle, l'Autorité a recommandé de clarifier la portée juridique du Code du réseau, ce qui permettrait de définir son mode d'approbation (recommandations nos 10 a et 10 b).

Quant aux modifications apportées par le projet de loi à l'Araf, l'Autorité a formulé des observations sur deux points particuliers. D'une part, l'Autorité a regretté la transformation envisagée de l'avis conforme actuellement prévu pour la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national en avis motivé en ce que cette modification prive l'Araf d'un des pouvoirs les plus importants dont elle dispose. Le caractère contraignant de l'avis de l'Araf, gage aujourd'hui d'un contrôle effectif, disparaîtrait. L'Autorité a alors recommandé

que l'Araf soit dotée d'une série complète de pouvoirs de régulation *ex ante* avec la possibilité d'émettre des avis conformes dans plusieurs matières (recommandations n^{os} 11 a, 11 b et 11 c). D'autre part, le projet de loi prévoit que l'Araf doit prendre en considération dans tous ses avis et décisions l'objectif d'équilibre économique et financier de SNCF Réseau. Sans remettre en cause cette nouvelle mission, l'Autorité a néanmoins estimé que si le critère d'équilibre économique et financier devait être considéré comme prépondérant, cela ferait courir des risques substantiels que l'Araf ne soit plus en mesure de remplir sa mission principale qui est de veiller à la non-discrimination entre entreprises dans l'accès au réseau. En effet, ce nouveau critère pourrait légitimer des exceptions au droit d'accès non discriminatoire au réseau. L'Autorité a alors recommandé qu'il soit explicité que la non-discrimination doit faire l'objet d'une analyse autonome en vue de garantir un accès effectif au réseau (recommandation n^o 12).

Sur la clarification du rôle de l'EPIC de tête

La nécessité de clarifier le rôle de l'EPIC de tête

En premier lieu, l'Autorité a relevé que les missions attribuées à l'EPIC de tête par le projet de loi sont définies de façon particulièrement large et que leur périmètre exact peut être sujet à interprétation. Il ressort en effet du projet de loi que l'EPIC de tête n'a pas uniquement pour fonction d'exercer les prérogatives classiques d'une société holding mais qu'il a vocation à exercer en propre des fonctions de nature opérationnelle, rendant alors la ligne de partage de compétences entre l'EPIC de tête et les deux autres EPIC ambiguë. Ce manque de précision quant au périmètre de l'EPIC de tête comporte un risque important de perte d'autonomie décisionnelle pour SNCF Réseau sur des sujets liés au réseau.

L'Autorité a également constaté que les missions de l'EPIC de tête ont une portée très différente puisque, en effet, celui-ci est amené à exercer des missions au profit des EPIC constituant le GPF et d'autres au profit de l'ensemble des acteurs du système ferroviaire. Cela crée une incertitude significative sur le rôle exact qui est dévolu à l'EPIC de tête.

Cette analyse a conduit l'Autorité à souligner que l'EPIC de tête peut exercer un pouvoir discrétionnaire sur les différentes missions dont il a la charge, sans garantie d'indépendance et d'objectivité pour gérer celles qui sont exercées au profit de l'ensemble des acteurs ferroviaires.

En second lieu, l'Autorité a estimé que la gouvernance de l'EPIC de tête envisagée par le projet de loi posait des risques concurrentiels en ce que le fonctionnement du directoire laisse planer des doutes sur le degré réel de séparation qui existe entre les activités de gestion de l'infrastructure et celle du transport ferroviaire. Chacun des deux membres du directoire cumule en effet la fonction la plus stratégique, respectivement dans l'opérateur historique de transport ferroviaire et dans le gestionnaire d'infrastructure. D'autres inquiétudes ont été soulevées par

l'Autorité concernant notamment les pouvoirs du président du conseil d'administration de SNCF Réseau.

Les recommandations de l'Autorité

Au vu de l'analyse qui précède, l'Autorité a recommandé de clarifier le rôle de l'EPIC de tête, afin de s'assurer que cette nouvelle entité ne prive pas d'effets les autres garanties mises en place tout en préservant les autres objectifs qui sous-tendent la loi.

Tout d'abord, le périmètre de l'EPIC de tête doit être précisé et réduit notamment par une interdiction explicite d'exercer des fonctions opérationnelles de gestion d'infrastructure (recommandation n° 6 a). L'Autorité a également recommandé, pour les missions exercées au profit de l'ensemble du système ferroviaire, que le périmètre de l'EPIC de tête soit limité à une fonction de décideur stratégique pour le système ferroviaire (recommandation n° 6 b).

Ensuite, le contenu des missions de l'EPIC de tête doit être précisé de telle sorte qu'une ligne de partage claire existe entre les missions qui relèvent de la fonction d'intégration industrielle interne au GPF et celles qui relèvent de son rôle de décideur stratégique pour l'ensemble du secteur ferroviaire (recommandation n° 7).

Enfin, concernant la gouvernance de l'EPIC de tête, et en vue de pallier la place prépondérante réservée par ce dernier aux intérêts de l'opérateur historique, l'Autorité a recommandé que soit recueilli l'avis des parties prenantes avant toute prise de décision relative à certaines missions (recommandation n° 8 a). Cette consultation pourrait alors prendre la forme d'un avis motivé du Haut comité du ferroviaire pour orienter le directoire vers le choix le plus objectif. L'Araf devrait être informée de chaque saisine pour avis du Haut comité du ferroviaire, afin de pouvoir se saisir du sujet de sa propre initiative si elle l'estimait pertinent (recommandation n° 8 b).

Avis relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville (13-A-24 du 19 décembre 2013)

En février 2013, l'Autorité de la concurrence a pris l'initiative de lancer une vaste enquête sectorielle afin d'examiner la distribution en ville du médicament à usage humain.

L'Autorité a procédé à une première phase de discussions avec l'ensemble des acteurs du secteur (laboratoires pharmaceutiques, grossistes et importateurs, syndicats professionnels, administrations, conseils de l'Ordre des pharmaciens et des médecins, associations de consommateurs, représentants du secteur de la distribution en grandes et moyennes surfaces). Celles-ci ont débouché le 10 juillet 2013 sur la publication d'un document de consultation publique.

L'Autorité a rappelé que son approche dans le domaine de la santé ne s'est pas limitée à une vision purement économique mais qu'elle est restée soucieuse de la sécurité des patients et de la préservation d'un système de distribution du médicament de qualité. De plus, l'Autorité a souligné que les marchés pertinents du médicament ont déjà été clairement définis par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et la jurisprudence, tant européenne que nationale. Ces dernières années, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence américaines et européennes s'est d'ailleurs enrichie d'un certain nombre de décisions importantes se prononçant sur des situations inédites.

Dans ce contexte, et après avoir rappelé les importantes et récentes évolutions du secteur du médicament, l'Autorité a pu analyser le fonctionnement de la concurrence à chaque échelon de la chaîne de distribution du médicament, dans le respect des contraintes réglementaires s'imposant aux acteurs du secteur. Ce diagnostic prend en compte différents critères, tous liés à l'objectif d'améliorer le bien-être du consommateur final, dont on ne peut séparer la perspective d'économies pour l'Assurance maladie.

Les laboratoires pharmaceutiques

Sur la coopération entre laboratoires

Les règles de la concurrence autorisent, dans certaines conditions, les laboratoires à conclure entre eux des accords de coopération en matière de recherche et développement.

Le droit de la concurrence prend pleinement en compte la dynamique des marchés et de l'innovation : le règlement n° 1217/2010 de la Commission européenne du 14 décembre 2010 fournit notamment un cadre juridique sécurisé aux entreprises pharmaceutiques concurrentes qui souhaitent s'engager dans la voie d'une coopération en matière d'innovation.

Sur la propriété intellectuelle

L'Autorité de la concurrence n'a pas contesté la légitimité des laboratoires principes à défendre devant les juridictions les droits de propriété intellectuelle qu'ils détiennent sur leurs médicaments. Il s'agit en effet d'un droit essentiel pour préserver les fruits de la recherche et garantir le maintien de l'innovation. Cependant, l'Autorité a rappelé qu'il peut y avoir lieu de poursuivre certaines pratiques de quelques laboratoires qui ont pu abuser d'un tel droit dans le seul but d'empêcher un médicament générique d'entrer sur le marché et de faire naître une certaine forme de concurrence. Il peut en effet s'agir d'un abus de position dominante.

Sur les médicaments génériques

L'Autorité a relevé que les génériques en France ont une mauvaise image, ce qui est principalement dû aux campagnes de dénigrement anticoncurrentiel, entraînant

alors des effets préjudiciables pour l'Assurance maladie. De plus, l'Autorité a constaté que les prix des génériques étaient généralement trop élevés.

En premier lieu, l'Autorité a souligné que le médicament générique a les mêmes effets thérapeutiques que le médicament princeps, ou médicament d'origine¹¹¹, et que ce principe est d'ailleurs inscrit dans la loi depuis longtemps. Dans le cadre du dénigrement anticoncurrentiel, le laboratoire princeps adopte une stratégie de communication *ad hoc*, destinée aux médecins, aux pharmaciens et, *in fine*, aux patients. Il s'agit alors de créer une méfiance des professionnels de santé vis-à-vis du groupe de médicaments génériques visé, afin que ceux-ci la relaient à leurs patients.

Les effets qui en ressortent sont particulièrement préjudiciables pour l'Assurance maladie et par conséquent pour le consommateur final. En effet, ils ont pour conséquence d'entraîner un surplus de remboursement ou de reste à charge. L'Autorité a d'ailleurs constaté et sanctionné à deux reprises des pratiques de dénigrement (voir les décisions **13-D-11** et **13-D-21**).

Consciente de ces effets, l'Autorité de la concurrence est d'avis que certaines réformes et interventions des acteurs publics et privés devraient permettre de réduire l'impact de la perception négative des génériques. Si certains outils ont déjà été mis en place par les pouvoirs publics, l'Autorité en a toutefois souligné les limites et a préconisé l'adoption d'autres mesures, comme la tenue de campagnes d'information sur les génériques par les pouvoirs publics.

En second lieu, dans son document de consultation publique, l'Autorité, à partir du constat de l'existence de remises «*déguisées*» importantes, avait souligné le prix apparemment trop élevé des médicaments génériques. La LFSS (Loi de financement de la Sécurité sociale) pour 2014 a revu le système des remises octroyées sur ces médicaments et imposé une obligation de déclaration de leurs montants auprès du CEPS (comité économique des produits de santé). Ces mesures pourraient être susceptibles d'encadrer plus efficacement le prix des génériques, mais il conviendra toutefois d'évaluer leur impact concret à moyen terme.

Sur le répertoire des génériques

Lorsque les conditions de protection de la santé publique sont remplies, l'ouverture d'un groupe au répertoire des génériques offre le bénéfice d'instaurer une concurrence entre un princeps, jusqu'alors resté en position de monopole sur le marché national, et ses médicaments génériques. En effet, l'absence d'inscription de groupe de génériques au répertoire exclut toute possibilité de substitution légale par le pharmacien. Il y a donc délivrance automatique des médicaments princeps, aux prix plus élevés, lorsque l'ordonnance comprend leur nom commercial. L'Autorité a signalé qu'il est possible de procéder à un élargissement du répertoire des médicaments génériques, ce qui permettrait un renforcement de l'animation

¹¹¹. Voir les développements de la Section II de l'avis relatif au rapport de l'ANSM intitulé «*Les médicaments génériques : des médicaments à part entière*», décembre 2012; voir également Sénat, session extraordinaire de 2012-2013, «*Rapport sur les médicaments génériques*», 16 septembre 2013.

concurrentielle sans pour autant remettre en cause les impératifs de protection de la santé publique. L'Autorité a insisté notamment sur l'élargissement du répertoire des génériques aux spécialités à base de paracétamol, étant donné que le Doliprane® était le cinquième médicament le plus remboursé en France en 2012, avec un montant total de remboursement de 276 millions d'euros¹¹².

Afin que l'élargissement du répertoire puisse être effectif, l'Autorité a indiqué que l'ensemble des normes le permettant devrait être mis en œuvre. Or aucun décret d'application de l'article autorisant l'inscription des spécialités dont le principe actif est d'origine végétale ou minérale (article L. 5121-15° b du Code de la santé publique) n'a encore été adopté. Les conditions matérielles à son élaboration semblent cependant réunies.

Sur les médicaments non remboursables et la vente liée

S'agissant des médicaments non remboursables, l'Autorité a considéré qu'un renforcement du contre-pouvoir d'achat des intermédiaires de la distribution du médicament en ville serait de nature à permettre l'obtention de remises plus conséquentes, notamment sur les génériques et les médicaments non remboursables, lesquelles bénéficieraient par ailleurs à l'ensemble des officines, et en tout ou partie aux consommateurs.

Certains laboratoires lient la vente de leur gamme de médicaments non remboursables à celle de leurs médicaments génériques, en vue de stimuler les ventes de ces derniers. Ces avantages concédés sur les médicaments non remboursables sont offerts à la condition que le pharmacien s'engage à référencer la gamme générique du laboratoire¹¹³. Toutefois, de telles ventes liées pourraient être constitutives d'abus de position dominante, contraires à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article L. 420-2 du Code de commerce, notamment lorsque le laboratoire pharmaceutique détient une position dominante sur l'un des produits faisant l'objet de la vente liée.

Les acheteurs et négociants en gros

Sur le rapport concurrentiel déséquilibré entre acheteurs et négociants en gros

Les grossistes-répartiteurs sont soumis à des obligations de service public portant notamment sur les délais de livraison sur leur territoire de répartition, ainsi que sur leurs stocks. Aucune obligation légale de portée équivalente n'est cependant imposée aux dépositaires, lesquels constituent leurs concurrents principaux sur les médicaments remboursables, par le biais de la vente directe. Les grossistes-répartiteurs

112. Source : CNAMTS.

113. IGAS, *Évaluation de la politique française des médicaments génériques. Rapport*, septembre 2012, p. 63. L'IGAS a en outre rapporté que ces prestations commerciales représentaient 1% du chiffre d'affaires de l'officine pour 2009, et 1,5% de ce chiffre d'affaires pour 2010.

peuvent par conséquent se retrouver dans une situation concurrentielle déséquilibrée par rapport à leurs concurrents actifs sous d'autres formes et statuts.

Consciente de ce contexte concurrentiel déséquilibré et soucieuse de la pérennité du système d'approvisionnement dans son organisation actuelle, notamment au regard des considérations d'intérêt général de respect des obligations de service public, l'Autorité s'était interrogée à l'occasion de la consultation publique sur les mesures permettant un rétablissement de rapport concurrentiel entre intermédiaires.

L'Autorité a alors souligné qu'une révision de la marge du grossiste-répartiteur pourrait être de nature à renforcer la vente directe de médicaments remboursables et, par conséquent, de renforcer le déséquilibre existant déjà dans le rapport concurrentiel entre les différents intermédiaires. Conscient de cet effet, le législateur avait déjà introduit une taxation de la vente directe à la fin des années 1990, qui a été supprimée au début des années 2000. Une taxe équivalente a cependant été réintroduite par l'article 13 de la LFSS pour 2014.

Sur les médicaments non remboursables

Le constat d'un rapport déséquilibré entre acheteurs et négociants en gros est particulièrement marqué pour les médicaments non remboursables. En effet, la vente directe est largement privilégiée sur ce segment, au détriment du passage par les grossistes-répartiteurs et les SRA (sociétés de regroupement à l'achat entre pharmaciens). Or ces derniers ont un intérêt plus grand à négocier les prix des médicaments à la baisse, contrairement aux dépositaires qui agissent pour le compte du laboratoire. L'Autorité a alors considéré qu'il est nécessaire de favoriser d'autres circuits d'approvisionnement que la vente directe.

En outre, l'Autorité a estimé qu'un renforcement de la puissance d'achat compensatrice des acheteurs et négociants en gros serait de nature à renforcer la pression concurrentielle exercée sur les laboratoires pharmaceutiques et serait susceptible d'engendrer une baisse des prix moyens (PFHT et PPTTC) des médicaments non remboursables. De plus, ce renforcement pourrait permettre au grossiste-répartiteur de redresser une situation financière plutôt défavorable.

Sur les importations parallèles

Le prix des médicaments importés parallèlement est fixé par le CEPS à un montant inférieur de 5 % par rapport à celui fixé pour le médicament premièrement mis en circulation sur le territoire français. Le taux de remboursement du médicament sera par conséquent appliqué sur un montant inférieur, ce qui permettra à l'assurance maladie de réaliser des économies de remboursement¹¹⁴. Outre ce premier avantage direct, l'Autorité est d'opinion que l'importation parallèle de médicaments peut fournir au CEPS des informations utiles sur le niveau des prix des médicaments princeps en France, par rapport aux niveaux des prix pratiqués dans d'autres pays européens. Elle peut donc jouer un rôle indirect sur la négociation

¹¹⁴. CEPS, Rapport Annuel, 2010, p.14. Ce principe a été repris dans les Rapports Annuels du CEPS de 2011 et 2012.

des prix à la baisse et par conséquent sur la réduction du montant de remboursement déboursé *in fine* par l'Assurance maladie.

Les pharmacies d'officine

L'Autorité a rappelé, d'une part, que la consommation de produits d'automédication est en forte augmentation du fait d'une demande croissante des patients mais aussi d'une incitation des pouvoirs publics, qui y trouvent une source d'économies pour les comptes sociaux et, d'autre part, que l'autorisation de la vente en ligne du médicament ou la création des nouvelles missions du pharmacien constituent de vrais changements qui offrent aux officinaux des opportunités pour devenir pleinement des acteurs de la concurrence, tant du point de vue du prix que de la qualité du service rendu au patient.

Dans ce contexte, l'Autorité est convaincue que le maintien du *statu quo* ne constitue pas une option efficace, ni pour les consommateurs, ni pour les pharmaciens d'officine. Dès lors, l'Autorité est d'avis de desserrer la contrainte et d'examiner les conditions dans lesquelles une ouverture de la distribution du médicament en ville est envisageable, en France.

Sur une ouverture encadrée et limitée de la distribution du médicament en ville

À l'issue du débat public qu'elle a organisé et au regard de l'ensemble des arguments échangés à l'occasion de cette consultation, l'Autorité a maintenu que l'ouverture de la vente d'un certain nombre de produits vendus aujourd'hui exclusivement en officine devrait être une option envisageable.

L'Autorité s'est particulièrement intéressée au modèle de distribution au détail mixte qui a été adopté par plusieurs États en Europe. Ce type de distribution se trouve à mi-chemin entre un modèle ultra-libéralisé à l'anglo-saxonne (États-Unis, Royaume-Uni) et un modèle fortement réglementé (France). En Italie, pays ayant choisi ce modèle mixte, la vente des médicaments vendus sans ordonnance est autorisée en dehors des pharmacies depuis 2006. L'étude de l'impact sur la concurrence de la généralisation de la distribution des médicaments d'automédication en Italie montre qu'elle a eu des répercussions favorables sur les prix sans pour autant remettre en cause la pérennité économique des pharmacies. Ainsi, en 2008, 87,6% des médicaments d'automédication dont la distribution a été libéralisée étaient toujours vendus par les officines et, selon l'autorité italienne de la concurrence, la diminution moyenne du prix public TTC observée dans les supermarchés italiens (comparé au prix fabricant HT maximum) était de 25% (baisses entre 20% et 30-35%).

Les produits concernés par cette ouverture seraient les médicaments d'automédication et certains produits non médicamenteux. Ainsi, l'Autorité a considéré que, eu égard à leur nature particulière et au fait qu'ils font l'objet d'une prise en charge par l'Assurance maladie, les médicaments remboursés devraient continuer à être délivrés par les seules officines. Concernant les produits non médicamenteux,

l'Autorité de la concurrence a recommandé d'étendre l'analyse faite sur certains produits comme les solutions d'entretien des lentilles oculaires de contact aux autres produits non médicamenteux mais vendus exclusivement par les officines tels que les autotests de glycémie, afin de vérifier si la protection de la santé publique justifie encore l'existence d'un monopole de distribution sur ces produits, notamment lorsqu'ils sont déjà en vente libre dans d'autres pays européens.

Une ouverture encadrée

L'ouverture de la distribution du médicament d'automédication devra respecter le principe de sécurité qui doit guider la vente du médicament à usage humain. C'est pourquoi l'Autorité a proposé d'autoriser la vente des médicaments d'automédication en dehors des officines sous plusieurs conditions permettant une distribution sécurisée des médicaments.

Ainsi, l'Autorité a tout d'abord préconisé que la vente se fasse dans un espace dédié et délimité présentant des signes distinctifs avec un point d'encaissement distinct. Ensuite, la présence d'un pharmacien diplômé soumis à des règles déontologiques devrait être obligatoire. Enfin, il conviendrait d'instaurer une obligation pour les distributeurs de donner des garanties afin qu'ils ne banalisent pas les médicaments d'automédication, ni qu'ils n'en fassent des « produits d'appel ».

Une ouverture accompagnée

L'ouverture limitée et encadrée du médicament envisagée par l'Autorité doit également être accompagnée de mesures visant à consolider le rôle et les revenus du pharmacien et lui donner par ailleurs les moyens d'être dynamique et compétitif sur le segment de l'automédication.

Premièrement, il pourrait être envisagé de rémunérer d'autres services réalisés par les pharmaciens, tels que l'aide aux personnes âgées ou handicapées à domicile. Par ailleurs, un arrêté publié en avril 2013¹¹⁵ détaille la nouvelle organisation des études de pharmacie, qui prennent en compte ces nouvelles missions dans le cursus de formation des futurs diplômés en pharmacie.

Deuxièmement, l'Autorité a soutenu, comme elle l'avait déjà fait dans son avis **13-A-12**, que la vente en ligne de médicaments d'automédication, constituant un vecteur de concurrence dans le secteur, est en effet de nature à améliorer le service de distribution et de générer des baisses de prix. Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence a recommandé un assouplissement de l'encadrement juridique de l'activité des pharmacies en ligne, qui lui paraît encore excessif et disproportionné. Troisièmement, l'Autorité a considéré que les pharmaciens d'officine devraient pouvoir accéder sans entrave aux avantages commerciaux liés aux achats groupés afin d'en répercuter tout ou partie à leur clientèle et d'être en mesure de faire face à la concurrence de nouveaux acteurs. À cet égard, il est nécessaire de soutenir les formes légales de regroupement comme les groupements de pharmaciens mais

¹¹⁵. Arrêté du 8 avril 2013 relatif au régime des études en vue du diplôme d'État de docteur en pharmacie, publié au JORF du 26 avril 2013.

aussi les SRA et CAP qui ont des difficultés à prendre leur essor au point qu'il conviendrait, dans l'hypothèse d'un échec de ces dernières structures, de favoriser la légalisation de la rétrocession entre officines qui permet à certaines d'entre elles de bénéficier d'avantages commerciaux auprès des laboratoires.

Enfin, afin de pallier les carences en matière de publicité tarifaire qui brident les comportements concurrentiels les plus efficaces puisqu'elles empêchent des pharmaciens d'officine de faire connaître au consommateur l'avantage concurrentiel dont ils peuvent les faire bénéficier, l'Autorité a estimé qu'un assouplissement de certaines dispositions sur la publicité tarifaire qui s'imposent aux pharmaciens était nécessaire. Aussi, dans la mesure où il existe des écarts de prix très importants entre officines, en particulier sur les médicaments en libre accès, un véritable espace de concurrence sur ces produits devrait se développer au profit des officines les plus dynamiques du point de vue commercial et au bénéfice des consommateurs. Le développement de cette concurrence passe nécessairement par une information claire et transparente du consommateur sur les prix.

Suivi de l'exécution des décisions



Suivi de l'exécution des décisions

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication) _____	223
Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____	223
Les engagements exécutés _____	223
Les engagements en cours de vérification _____	224
Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____	225
Les engagements exécutés _____	225
Les engagements en cours de vérification _____	225
Les engagements non exécutés _____	226
Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce _____	227
Les injonctions décidées dans le cadre de demandes de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce) _____	227
Les mesures conservatoires en cours d'exécution _____	227
Les mesures conservatoires non exécutées _____	227
Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations _____	227
Les dossiers clos _____	228
Les principales actions de suivi en 2013 _____	231

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.

Décision 11-D-11 du 7 juillet 2011, relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires.

Les engagements en cours de vérification

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, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013, sont en cours de vérification.

Décision 12-D-04 du 23 janvier 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels. L'Autorité doit encore vérifier le rapport annuel communiqué par Météo-France.

Décision 12-D-17 du 5 juillet 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur des moyens de paiements scripturaux (prélèvement, titre interbancaire de paiement, télévirement, virement et lettre de change).

Les engagements pris par les banques sont en cours de vérification.

Est également en cours de vérification l'exécution des engagements contenus dans les décisions **12-D-18¹¹⁶ du 20 septembre 2012**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet, **12-D-22 du 22 novembre 2012**, relative à des pratiques mises en œuvre par Pages Jaunes SA, **12-D-29 du 21 décembre 2012**, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf, **13-D-15 du 25 juin 2013**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises, **13-D-17 du 20 septembre 2013**, relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement, **13-D-18 du 20 septembre 2013**, relative à des pratiques de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement et **14-D-04 du 25 février 2014**, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne.

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

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 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 et Laporte sont exécutés.

Décision 11-D-02 du 26 janvier 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

Les sociétés Coefficient et Lanfry ont exécuté leurs engagements.

Décision 11-D-07 du 24 février 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

La société Grivetto a exécuté ses engagements.

Les engagements en cours de vérification

Décision 08-D-20 du 1^{er} octobre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre par des filiales de la société Compagnie financière et de participation Roullier.

Au titre de l'année 2013, le rapport de suivi des engagements a été transmis à l'Autorité par la société Roullier. Ce rapport est en cours d'examen par l'Autorité.

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 Signature, Sodilor et Signaux Girod sont en cours d'examen.

Décision 11-D-02 du 26 janvier 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

Le respect des engagements pris par la société Pradeau Marin est en cours de vérification.

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.

Le respect des engagements pris par les sociétés Lassarat et Prezioso est en cours de vérification.

Décision 12-D-09¹¹⁷ du 13 mars 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

Les sociétés Grain Millers GmbH & Co, Mills United Hovestadt & Münstermann GmbH & Co, Emil Stenzel GmbH & Co et Heyl GmbH & Co ont proposé des

117. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

engagements consistant notamment à mettre en place un programme de conformité. Les engagements sont en cours de vérification.

Décision 12-D-10¹¹⁸ du 20 mars 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats.

Les sociétés NPPF et Nestlé SA ont pris des engagements consistant en la mise en place :

- de mesures d'information, de formation et de sensibilisation de leur personnel aux règles de concurrence,
- de dispositifs de contrôle et d'équipes de soutien,
- d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Les sociétés Royal Canin et Mars Incorporated se sont engagées à améliorer les programmes de conformité aux règles de concurrence déjà en place en prévoyant notamment :

- des mesures d'information, de formation et de sensibilisation de leur personnel concerné aux règles de concurrence,
- la mise en place de dispositifs de contrôle et l'identification d'équipes de soutien,
- la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

L'ensemble de ces engagements est en cours d'exécution.

Décision 12-D-27 du 20 décembre 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles.

La société Ticketnet a proposé des engagements comportementaux et un engagement quasi structurel. Le respect de ces engagements est en cours de vérification.

Décision 13-D-03¹¹⁹ du 13 février 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier. Les différents engagements pris par les sociétés en cause sont en cours de vérification.

Décision 13-D-12¹²⁰ du 28 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques. Les différents engagements pris par les sociétés en cause sont en cours de vérification.

Décision 13-D-21¹²¹ du 18 décembre 2013, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville. Les différents engagements pris par les sociétés en cause sont en cours de vérification.

Les engagements non exécutés

En 2013, l'Autorité de la concurrence n'a pas eu à connaître de procédure de non-respect d'engagements.

118. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (arrêt du 10 octobre 2013 : rejet).

119. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

120. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

121. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les injonctions suivantes sont en cours de vérification :

Décision 12-D-23¹²² du 12 décembre 2012, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema.

Décision 12-D-24¹²³ du 13 décembre 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine.

Décision 12-D-25¹²⁴ du 18 décembre 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

Les injonctions décidées dans le cadre de demandes de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce)

Les mesures conservatoires en cours d'exécution

L'Autorité de la concurrence n'a pas prononcé de mesures conservatoires en 2013.

Les mesures conservatoires non exécutées

Se reporter : L'examen du respect des injonctions.

Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations

Au 31 décembre 2013, 28 dossiers d'engagements ou injonctions faisaient l'objet d'un suivi par le service des concentrations, dont 6 issus de décisions prises par le ministre et 22 décisions prises par l'Autorité. Onze dossiers ont été clos en 2013. Sept nouveaux dossiers se sont ajoutés en 2013.

122. Le constat d'infraction ainsi que l'injonction ont été confirmés par la cour d'appel de Paris.

123. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

124. Cette décision a fait l'objet d'un recours.

Les dossiers clos

C2001-107 Pathé-Gaumont

La mise en commun des réseaux de salles de cinéma Pathé et Gaumont a été autorisée en février 2001 sous réserve de la mise en place d'engagements structurels et d'engagements comportementaux sans limitation de durée, sans mandataire. Par un courrier en date du 2 juin 2010, les cinémas Gaumont Pathé! (« anciennement Europalaces ») sollicitaient la levée des engagements, au motif que des engagements perpétuels seraient prohibés en vertu des principes généraux du droit.

La demande de révision portait sur les trois engagements d'ordre comportemental subsistants, relatifs à la délégation de l'exploitation d'un cinéma de Nantes, à l'interdiction de pratiques d'exclusivités avec les distributeurs de films, et aux effets verticaux engendrés par l'opération.

Par un courrier du 22 avril 2013, le président de l'Autorité a informé la société Europalaces que le maintien des engagements n'était en effet plus justifié tout en notant que, en cas de position dominante dans certaines zones locales, des pratiques ayant pour effet de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence restaient prohibées.

C2003-173 et C2005-98 – Carrefour/Sonnenglut et Carrefour/Pennymarket

Dans chacune de ces deux affaires, le groupe Carrefour s'était engagé, auprès du ministre de l'Économie, à céder un magasin de *hard discount*. Dans la mesure où aucun repreneur n'avait pu être trouvé¹²⁵, le ministre de l'Économie avait cependant autorisé le groupe à mettre ces deux points de vente en location-gérance et à permettre aux locataires-gérants de faire l'acquisition des points de vente à l'issue du contrat. Par lettre du 23 juillet 2012, le groupe DIA a informé l'Autorité de la concurrence, d'une part, que les locataires-gérants des magasins cibles de Belfort et de Fruges ne souhaitent pas acquérir les magasins au terme du contrat de location-gérance et, d'autre part, que le 5 juillet 2011, la société Dia SA, société de droit espagnol, de même que sa filiale, la SAS Ed, ont été scindées et sont donc sorties du groupe Carrefour. De ce fait, les parts de marché du groupe Dia sur les zones de chalandise concernées étaient significativement réduites.

Par une lettre du 7 août 2013, le président de l'Autorité de la concurrence a admis que ces engagements n'avaient plus lieu d'être.

C2007-181 SFR/Neuf Cegetel

Parmi les engagements pris à l'occasion de l'acquisition de Neuf Cegetel par SFR, certains relatifs aux marchés des télécommunications étaient pris pour trois ans.

¹²⁵. Voir sur ce sujet l'avis du Conseil de la concurrence 07-A-03 du 28 mars 2007 relatif à l'exécution des engagements souscrits par le groupe Carrefour à l'occasion d'une opération de concentration et l'arrêté du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi du 14 septembre 2007 sanctionnant le groupe Carrefour pour non-respect de ses engagements.

D'autres étaient relatifs au traitement non discriminatoire des FAI (fournisseurs d'accès à internet) par rapport à SFR, dans leur relation avec Canal Plus et CanalSat et étaient pris pour quatre ans. Les derniers, relatifs à la télévision payante, et venant compléter les engagements de Canal/TPS (notamment mise à disposition de deux chaînes de télévision éditées par CanalSat) étaient pris pour cinq ans et venaient donc à expiration le 15 avril 2013.

C2007-171 Somfy/Zurflüh-Feller

Les engagements pris par la société Somfy auprès du ministre de l'Économie avaient un double objectif. D'une part, ils étaient destinés à prévenir les risques de vente groupée mixte, les parties s'engageant à ne proposer à leurs clients aucune remise, ristourne ou autres avantages tarifaires dont la contrepartie serait l'achat simultané de leurs produits respectifs, à ne pas subordonner l'achat d'un produit de l'une d'entre elles à celui d'un produit fabriqué par l'autre ; à ne pas additionner, aux fins de calcul d'avantages tarifaires, les chiffres d'affaires réalisés par les ventes de leurs produits respectifs ; à respecter leurs champs d'activité respectifs. D'autre part, les engagements avaient vocation à prévenir les risques de vente liée technique. À cet égard, Somfy s'était engagé à ce que Zurflüh-Feller continue à assurer la commercialisation et la disponibilité des pièces de support standards, à des prix économiquement justifiés ; continue à assurer la commercialisation et la disponibilité des pièces de support optimisés qu'elle commercialise déjà à des prix économiquement justifiés ; continue à assurer la commercialisation et la disponibilité des modules de fixation non optimisés existants à des prix économiquement justifiés ; négocie de bonne foi le développement de supports optimisés. Ces engagements étaient pris pour cinq ans et venaient à expiration en juin 2013.

09-DCC-54 SNCF/Novatrans

La SNCF avait pris, devant l'Autorité de la concurrence, les engagements suivants à l'occasion de l'acquisition de la société Novatrans, active sur le marché du transport rail-route combiné : sur le marché des services ferroviaires à destination des opérateurs de transport combiné, la SNCF s'était engagée à ce que Novatrans mette en concurrence les entreprises ferroviaires pour la traction de ses trains à partir de 2011 pour une durée de cinq ans ; sur le marché des services des terminaux, la SNCF s'était engagée à constituer des sociétés d'exploitation à capital ouvert permettant l'entrée dans leur capital d'autres opérateurs de transport combiné exploitant des trafics sur les terminaux concernés ; sur le marché des opérateurs de transport combiné route-rail, la SNCF s'était engagée à garantir durant six ans un accès transparent et non discriminatoire à tous les transporteurs routiers grâce à la mise en place d'un tarif public et de conditions commerciales transparentes ainsi qu'à la création d'un système de réservation en ligne concernant les capacités résiduelles des trains.

Ces engagements sont devenus caducs du fait de la cession par la SNCF de la société Novatrans au transporteur routier Groupe Charles André, autorisée par la décision de l'Autorité **13-DCC-34** du 14 mars 2013. En effet, les engagements

étaient motivés par les risques d'effets horizontaux, verticaux et congloméraux liés à la position de la SNCF sur plusieurs des marchés concernés.

10-DCC-198 Veolia/Transdev

En application des engagements souscrits par les sociétés Veolia Environnement et Caisse des dépôts et consignations à l'occasion de la création d'une entreprise commune avec le groupe Transdev, autorisée par décision du 30 décembre 2010, la société Pastouret, appartenant au groupe Villeton, a été, en août 2013, agréée par l'Autorité de la concurrence en qualité de repreneur des activités de transport interurbain de personnes exercées par la société Rubans bleus, dans le Vaucluse. Il s'agissait du dernier actif restant à céder sur les marchés de transport interurbain, après Les Lignes du Var et Les Rapides du Val de Loire, cédés en 2012.

Par ailleurs, les engagements souscrits par la CDC et Veolia Environnement en 2010 seront repris par la CDC (décision **13-DCC-137** du 1^{er} octobre 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Transdev Group (ex-Veolia Transdev) par la Caisse des dépôts et consignations), au moment de la prise de contrôle exclusif de Transdev (le closing n'étant toujours pas effectué à la date de la rédaction du présent rapport).

11-DCC-87 HTM/Saturn

Dans cette affaire, les engagements pris en raison d'effets horizontaux sur les marchés de la distribution de produits d'électro-domestique portaient sur la cession de six magasins. Aucun repreneur actif sur le marché concerné n'ayant pu être trouvé, ces engagements ont été révisés une première fois pour permettre la cession des espaces de vente à des distributeurs actifs sur d'autres marchés. Dans ce cadre, le magasin Boulanger de Tours, pour lequel le groupe était propriétaire des murs, a été cédé à l'enseigne Cultura. En raison de l'opposition des bailleurs au transfert direct des baux par le titulaire du bail, HTM a choisi, avec l'accord de l'Autorité, de fermer les ex-magasins Saturn, au prix de poursuites de la part des bailleurs du fait de la résiliation anticipée des baux.

11-DCC-102 Rubis/Chevron

L'acquisition par la société Rubis du réseau de distribution au détail de carburants détenu par la société Chevron en Guyane et aux Antilles avait été autorisée sous réserve de la cession de deux stations-service Texaco situées en Guadeloupe, à Basse-Terre et à Capesterre-Belle-Eau, de quatre stations Vito situées en Guyane, à Cayenne, et de l'activité de distribution de GPL de Chevron en Guyane.

Les stations-service concernées ont été cédées à la société SOL Guyane française, en ce qui concerne la Guyane (agrément de l'Autorité du 25 mai 2012) et à leurs gérants, en ce qui concerne la Guadeloupe (agrément de l'Autorité du 21 janvier 2013).

En revanche, un seul repreneur a manifesté son intérêt pour la reprise de l'activité GPL, sans toutefois faire de proposition ferme de reprise en dépit de plusieurs

relances. La société Rubis a alors demandé à l'Autorité, par courrier en date du 18 mai 2013, la mise en œuvre du point 35 ii) des engagements selon lequel « *l'Autorité pourra renoncer à l'engagement de cession des actifs GPL si, à l'issue de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, le mandataire chargé de la cession n'a pas réussi à mener à bien la cession des actifs GPL et que cet échec a été constaté par l'Autorité, dans un délai de quinze jours suivant l'expiration de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession* ». Cette demande a été acceptée par l'Autorité le 12 mai 2013.

12-DCC-48 et 12-DCC-57 ITM/Sofides et ITM Tilguit et autres

Le groupe Intermarché s'était porté acquéreur dans ces deux affaires de plusieurs points de vente :

Sur vingt points de vente à enseigne Carrefour acquis pour la première opération, il s'était engagé à en céder cinq.

Sur quatre points de vente à enseigne Intermarché acquis à Beauvais, il s'était engagé à en céder un.

Ces cessions ont toutes été réalisées en 2013 au profit du groupe Carrefour.

13-DCC-96 Chausson Matériaux

Les engagements pris en raison d'effets horizontaux sur les marchés de la distribution de matériaux de construction portaient sur la cession de quatre magasins. Ceux-ci ont tous fait l'objet d'une reprise au cours de l'année 2013 par des opérateurs concurrents.

Les principales actions de suivi en 2013

Outre les actions décrites ci-dessus et ayant conduit à la clôture des dossiers concernés, les actions suivantes ont été menées sur des dossiers toujours en cours de suivi au 31 décembre 2013.

C2001-107 Mediapost (groupe La Poste)/Delta Diffusion

Dans le cadre de cette opération par laquelle La Poste faisait l'acquisition de l'un des acteurs de la distribution d'imprimés sans adresse (ISA) ou publicité non adressée (PNA), plusieurs engagements comportementaux ont été pris par La Poste devant le ministre de l'Économie, sans précision de durée. Il était ainsi prévu de donner à des concurrents l'accès aux ressources nécessaires pour leur permettre d'exercer l'activité de distribution d'ISA en concurrence avec La Poste, notamment en ouvrant aux tiers l'accès au réseau de distribution d'ISA de La Poste en « *zones rurales* », dont la définition est révisable annuellement. La Poste s'est également engagée à offrir aux tiers un accès à l'ensemble des bases de données auxquelles la nouvelle entité aura accès, à des conditions identiques à celles consenties à cette dernière. En dehors de ces zones, les guichets des bureaux de poste ne peuvent

commercialiser des contrats de PNA que dans une limite portée à 800 euros fin 2011. Au-delà, la distribution d'ISA doit être assurée par sa filiale Sofipost.

Le 23 juillet 2013, La Poste a demandé l'autorisation de mener l'expérimentation de distribution de la PNA dans le 7^e arrondissement, en ouvrant ce service à tous les opérateurs du secteur, dans les mêmes conditions, dans un objectif de rentabilisation des coûts de distribution du courrier et de la PNA. Cette expérience a pour objectif d'évaluer la faisabilité d'une mutualisation des moyens de distribution du courrier adressé et de la PNA, qui permettrait à la fois de mieux rentabiliser le réseau de distribution du courrier de La Poste et de réduire les coûts de distribution de la PNA pour l'ensemble des opérateurs dans un contexte de baisse des volumes distribués, tant pour le courrier adressé que pour la PNA. Cette expérimentation de 24 mois a été autorisée par une lettre en date du 7 août 2013.

12-DCC-41 Point P/Brossette

Dans le cadre de l'acquisition du réseau de négoce de produits de sanitaires et de chauffage Brossette auprès du groupe Wolseley, la société Point P s'est engagée à céder 22 points de vente répartis sur toute la France : deux points de vente sous enseigne Dupont ou Cédéo (appartenant à Point P) et vingt points de vente sous enseigne Brossette.

Cinq demandes d'agrément ont été acceptées en 2012 par l'Autorité de la concurrence. Le point de vente de Fers faisait toujours au 31 décembre 2013 l'objet de discussions avec un repreneur potentiel. Quant au point de vente des Sables-d'Olonne, l'Autorité a accepté le 25 novembre 2013 de lever l'engagement de cession en raison de changements intervenus dans la situation concurrentielle de la zone de chalandise concernée.

12-DCC-100 : la décision 13-DAG-01 du 7 juin 2013 relative à l'exécution de l'injonction n° 3(c) prononcée dans la décision 12-DCC-100 autorisant la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus

Par décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence a autorisé le regroupement des activités de télévision payante de TPS et de Groupe Canal Plus (« Canal Plus »), soit les deux bouquets satellitaires CanalSat et TPS, sous réserve de la mise en œuvre de mesures correctives imposées par le biais de trente-trois injonctions. Cette décision a été confirmée par une décision du Conseil d'État du 21 décembre 2012.

Parmi les mesures adoptées, l'Autorité de la concurrence a souhaité garantir des règles du jeu claires pour l'accès des chaînes indépendantes à une distribution sur CanalSat. L'Autorité a donc enjoint à Canal Plus d'assurer aux chaînes indépendantes des conditions de reprise techniques, commerciales et tarifaires au sein de l'offre CanalSat qui soient à la fois transparentes, objectives et non discriminatoires (injonction n° 3(b)).

Afin de formaliser les obligations imposées par sa décision 12-DCC-100, l'Autorité a enjoint à Canal Plus d'élaborer des offres de référence pour la reprise des chaînes indépendantes au sein de son offre CanalSat pour une diffusion en métropole, d'une part, et dans les départements et régions d'outre-mer, d'autre part.

Canal Plus a ainsi soumis les 3 et 4 octobre 2012 à l'Autorité une version préliminaire des offres de reprise des chaînes indépendantes. Ces offres, précisées dans le cadre des échanges avec l'Autorité, ont ensuite été soumises à consultation publique le 4 mars 2013.

Au terme de la consultation et après avoir obtenu des améliorations sur plusieurs points importants, l'Autorité a agréé par décision **13-DAG-01** du 7 juin 2013 les offres de référence qui lui ont été soumises. La mise en œuvre de ces documents aboutit à un encadrement des pratiques contractuelles de Canal Plus, de l'entrée en négociation pour la distribution d'une chaîne jusqu'à la formulation des conditions de distribution et le renouvellement des contrats. Cet encadrement s'articule autour des trois séries d'obligations suivantes.

Premièrement, en application des injonctions, lorsque Canal Plus est sollicité par un éditeur pour la distribution d'une chaîne indépendante au sein de CanalSat, Canal Plus peut soit refuser de distribuer cette chaîne, soit proposer de la distribuer à titre exclusif ou non exclusif. Cette liberté est cependant encadrée par l'obligation de proposer au moins 55 % de chaînes indépendantes, pour au moins 55 % des redevances, au sein de son offre CanalSat.

Deuxièmement, si Canal Plus propose à une chaîne de la distribuer à titre exclusif, les injonctions lui imposent de formuler une offre de redevance distincte pour chaque plate-forme propriétaire de diffusion¹²⁶. Ces différentes offres ne peuvent être liées, ce qui signifie qu'elles engagent individuellement Canal Plus, sans que la perte de l'exclusivité de la chaîne sur une plate-forme donnée puisse réduire le montant de la redevance offerte sur d'autres plates-formes. De plus, Canal Plus doit assortir ses offres d'un montant maximal de baisse de la redevance (ou de « décote ») si jamais l'éditeur souhaite sortir d'un schéma de distribution exclusive, cet arbitrage étant effectué plate-forme par plate-forme. Ce montant engage également Canal Plus.

Troisièmement, lorsque Canal Plus propose de distribuer une chaîne à titre non exclusif, les injonctions lui imposent d'offrir des conditions de distribution transparentes, objectives et non discriminatoires. Son offre doit valoriser chaque élément composant la rémunération. Celle-ci ne pourra pas être inférieure à un montant minimal, qu'il revient à Canal Plus de définir, mais dont l'existence exclut par principe que Canal Plus distribue des chaînes indépendantes sans leur reverser de redevance. Afin de permettre aux éditeurs de choisir de manière éclairée leur mode de distribution et d'arbitrer entre l'exclusivité et la non-exclusivité sur chaque plate-forme, la valeur de distribution non exclusive proposée par Canal Plus doit également être indiquée pour chaque plate-forme propriétaire.

¹²⁶. Par « *plate-forme propriétaire* » on entend l'ensemble des plates-formes techniques de diffusion utilisées par un distributeur donné. Il y a donc par exemple autant de « *plates-formes propriétaires* » que de fournisseurs d'accès à Internet.

Ces offres de référence doivent permettre de renforcer le secteur de l'édition de chaînes indépendantes par rapport au groupe Canal Plus et donc d'étoffer et diversifier les offres de télévision payante disponibles pour les téléspectateurs. Cette plus grande transparence permettra également aux opérateurs alternatifs (les FAI et les réseaux câblés) d'être en mesure de faire des contre-offres de reprise intéressantes pour les chaînes indépendantes et ainsi de constituer des offres plus riches pour leurs abonnés.

Parallèlement à l'agrément des offres de référence relatives à la reprise des chaînes indépendantes, Canal Plus a également soumis à l'approbation du service des concentrations de l'Autorité des offres de référence relatives aux prestations de transport des chaînes indépendantes (injonction n° 3(d)), ainsi qu'aux conditions tarifaires et techniques de la mise à disposition des chaînes cinéma de Canal Plus (injonction n° 6(c)). Ces offres de référence, après avoir été soumises à consultation publique le 4 mars 2013, ont été améliorées avant d'être validées par le service des concentrations en juin 2013.

Jurisprudence des juridictions de contrôle



Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris _____	239
Compétence _____	239
Procédure _____	240
Prescription _____	240
Droits de la défense _____	241
Réseau européen de concurrence _____	242
Applicabilité du droit de l'Union européenne _____	242
Pratiques _____	246
Ententes _____	246
Abus de position dominante _____	252
Imputabilité _____	256
Décisions _____	257
Sanctions pécuniaires _____	257
Non-contestation des griefs _____	261
Sur la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs _____	261
Recours _____	263
Jurisprudence de la Cour de cassation _____	265
Procédure _____	265
Droits de la défense _____	265
Ententes _____	266
Restriction de concurrence _____	266
Décisions _____	268
Sanctions pécuniaires _____	268
Autres mesures _____	271

Jurisprudence du Conseil d'État _____ 273

Sur l'application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (réalisation d'une opération en l'absence de notification) _____ 273

Décision du 24 juin 2013, Colruyt (+ refus de QPC) _____ 273

Sur l'application des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration) _____ 274

Décision du 23 décembre 2013, Direct 8 _____ 274

Décision du 9 avril 2014, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc _____ 276

Jurisprudence du Conseil constitutionnel _____ 277

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Compétence

Les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce relatives aux ententes sont susceptibles de s'appliquer tant à des entreprises qu'à des associations, des syndicats ou des ordres professionnels, c'est-à-dire à des personnes morales n'ayant pas nécessairement la qualité d'opérateur sur un marché. Par conséquent, l'Autorité est compétente pour sanctionner, les cas échéant, les pratiques anticoncurrentielles de ces organismes.

Dans l'arrêt **Syndicat national de l'ingénierie loisirs, culture et tourisme (Géfil) du 6 juin 2013**, aujourd'hui définitif, la cour d'appel de Paris confirme sa jurisprudence constante selon laquelle les syndicats professionnels ne sont pas soustraits à l'application des règles de concurrence. Elle juge ainsi qu'« *un syndicat professionnel [...] est susceptible d'enfreindre l'article L. 420-1 du Code de commerce relatif aux ententes s'il est avéré qu'il est sorti de la mission d'information, de conseil et de défense des intérêts professionnels que la loi lui confie en adoptant un comportement de nature à influencer directement ou indirectement sur la concurrence que se livrent ses membres* ».

La cour d'appel précise également qu'« *une pratique anticoncurrentielle peut résulter de différents actes émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire* » et que « *l'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'un syndicat professionnel, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents peuvent constituer une entente contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* ».

En l'espèce, la cour d'appel juge que le Géfil est sorti de la mission que la loi lui confie en diffusant une consigne de prix ayant pour objet de faire obstacle à la

fixation des prix par le jeu du marché et en exerçant une forme de police des prix visant à s'assurer du respect des tarifs fixés. Ce faisant, ce syndicat professionnel a participé à une action concertée contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. La cour d'appel rejette ainsi le pourvoi de cet organisme contre la décision 12-D-02 de l'Autorité relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme.

Procédure

Prescription

Le délai de prescription des pratiques anticoncurrentielles poursuivies devant l'Autorité a été porté à cinq ans par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence. Les deux premiers alinéas de l'article L. 462-7 du Code de commerce disposent en ce sens : « *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. 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.* »

Ces dispositions ont été complétées par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence qui a instauré un second délai de prescription de dix ans qui s'achève lorsque l'Autorité statue sur les pratiques anticoncurrentielles dont elle est saisie. L'article L. 462-7 du Code de commerce comporte désormais un troisième alinéa ainsi rédigé : « *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.* »

La Cour de cassation s'est prononcée sur la question de l'applicabilité du délai de prescription de dix ans aux décisions prises par le Conseil de la concurrence avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008. Dans un arrêt Razel du 15 mai 2012 rendu à propos de la décision du Conseil de la concurrence 06-D-07 du 21 mars 2006, la Cour a considéré que « *de nouvelles lois de procédure ne peuvent priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur et que la décision du Conseil avait été rendue le 21 mars 2006 à une date à laquelle l'ordonnance du 13 novembre 2008 instaurant le délai de dix ans prévu par l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du Code de commerce n'était pas entrée en vigueur.* »

Statuant sur renvoi de la Cour de cassation, la cour d'appel de Paris confirme, dans l'**arrêt Marchés publics d'Île-de-France (Razel) du 10 octobre 2013**, que l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne peut avoir pour conséquence de priver d'effet les actes du Conseil de la concurrence accomplis régulièrement avant son entrée en vigueur. Les sociétés Razel et Sefi-Intrafor faisaient valoir qu'à la date de la décision 06-D-07, un délai de plus de dix ans s'était écoulé depuis la fin des

pratiques anticoncurrentielles. La cour juge que les requérantes ne peuvent utilement invoquer les dispositions relatives à la prescription décennale instaurée par l'ordonnance du 13 novembre 2008 pour contester la décision du 21 mars 2006 et écarte le moyen.

Droits de la défense

Dans l'**arrêt Nestlé Purina Petcare France** du 10 octobre 2013, la cour d'appel de Paris a jugé que, contrairement à ce que soutenaient NPPF et Nestlé, en appliquant le communiqué sanctions pour déterminer le montant de la sanction, l'Autorité n'a pas violé le principe de légalité des délits et des peines et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. De même, la cour a considéré qu'au cas d'espèce, les requérantes n'étaient pas non plus en droit d'invoquer une atteinte à leurs droits de la défense (voir sur ce point les développements dans la partie *Sanctions*).

Sur les recours prévus contre les ordonnances autorisant des opérations de visite et saisie et la valeur probante des pièces recueillies dans le cadre de ces opérations

Dans l'**arrêt Électrification rurale du 28 mars 2013**¹²⁷, relatif à des pratiques dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique, la cour a rejeté le moyen soulevé par les requérantes qui soutenaient qu'elles n'avaient pas disposé, au moment où l'ordonnance d'autorisation de visite ou saisie 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 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et que les voies de recours nouvelles ouvertes par les dispositions transitoires instituées 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 ainsi que par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ne permettaient pas non plus de satisfaire cette exigence.

La cour a constaté à cet égard que les requérantes, mises en cause par les pièces recueillies lors des opérations de visite et saisie contestées mais qui n'avaient pas fait l'objet de ces opérations, s'étaient abstenues de former un recours devant le premier président de la cour d'appel territorialement compétente pour contester le déroulement de ces opérations dans un délai de dix jours à compter de la notification des griefs, en application de l'article L. 450-4, dernier alinéa, du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et par la loi du 12 mai 2009, dont les dispositions répondent aux exigences de l'article 6 § 1 de la CEDH sur l'exercice d'un recours effectif devant un tribunal impartial.

La cour a par ailleurs indiqué que les requérantes n'en restaient pas moins en mesure de contester devant l'Autorité, puis devant la cour d'appel de Paris dans le cadre d'un recours introduit contre une décision de l'Autorité, la valeur probante des pièces recueillies lors des opérations de visite et saisie qui leur sont opposées,

¹²⁷. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

ce moyen relevant néanmoins du débat de fond sur l'examen des pratiques poursuivies et non du débat procédural.

Réseau européen de concurrence

Par arrêt du 28 mars 2013, la cour d'appel de Paris a contrôlé la demande d'assistance formulée par l'Autorité à l'Office of Fair Trading au titre de l'article 22 du règlement n° 1/2003 afin de recueillir des informations auprès des sociétés requérantes (n° 2011/18245, p. 16 et s.). Ces dernières considéraient en effet que les saisies effectuées au Royaume-Uni étaient irrégulières à plusieurs titres.

En premier lieu, les requérantes soutenaient que le rapporteur général avait commis une « *erreur manifeste d'appréciation* » en considérant que les faits sur lesquels portait la demande d'assistance pouvaient relever des dispositions du droit de l'Union. Pour rejeter ce moyen, le juge d'appel examine l'ensemble des faits qui ont mené le rapporteur général à considérer que le droit de l'Union pouvait être amené à s'appliquer. Il relève également que l'assistance apportée par l'OFT n'était pas de droit, le président de cette autorité ayant « *exercé une appréciation de droit et de fait sur la demande qui lui était présentée par l'Autorité* » (p. 19 de l'arrêt).

En deuxième lieu, la cour, contrairement aux requérantes, estime que les dispositions des articles L. 450-1 et L. 450-4 du Code de commerce « *ne subordonnent pas à une autorisation judiciaire préalable la demande d'assistance formée par le rapporteur de l'Autorité* ». Le règlement n° 1/2003 n'impose pas également « *l'autorisation préalable d'un juge de l'État pour le compte duquel la mesure est effectuée* » (p. 20 de l'arrêt). Le juge rappelle par ailleurs que les enquêtes effectuées ont été réalisées en accord avec les entreprises concernées, d'une part, et que les parties en cause n'ont pas saisi le juge britannique de leur légalité, seul juge compétent en l'espèce. L'article 22 du règlement n° 1/2003 prévoit en effet que l'autorisation et le déroulement de l'enquête sont régis par le droit national applicable dans l'État destinataire.

En troisième et dernier lieu, la cour d'appel n'a pas jugé illégale la présence des rapporteurs de l'Autorité aux opérations menées par l'OFT. Il est relevé à cet égard et comme précédemment que le contrôle du déroulement des opérations menées au Royaume-Uni relève du juge britannique. Il est souligné en outre que les rapporteurs de l'Autorité « *n'ont exercé aucun pouvoir d'enquête qui leur serait propre* » (p. 21 de l'arrêt).

Applicabilité du droit de l'Union européenne

La cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a confirmé l'applicabilité du droit de l'Union européenne (UE) dans les affaires 09-D-36 (« *Orange Caraïbe* »)¹²⁸ et 08-D-30 (« *carburéacteur* »), en se conformant à l'interprétation du critère de l'affectation sensible du commerce entre États membres faite par la

¹²⁸. Sur cette décision, voir Rapport annuel 2009, p. 172 et 173.

Cour de cassation dans son arrêt France Télécom du 31 janvier 2012 (pourvois n^{os} V 10-25.772, Y 10-25.775 et Q 10-25.882)¹²⁹.

Il convient de rappeler que, par l'arrêt France Télécom, précité, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, Digicel SA, lequel avait improprement écarté le critère de l'affectation du commerce entre États membres au motif que l'influence sur les courants d'échanges n'aurait été, au cas d'espèce, qu'éloignée ou hypothétique dans la mesure où le seul opérateur sur le marché de la téléphonie mobile s'étant manifesté n'était pas ressortissant de l'UE mais jamaïcain, d'une part, et qu'une correcte analyse du caractère sensible de cette affectation, notamment dans le cas où seule une partie d'un État membre constitue le marché géographique pertinent, aurait dû conduire l'Autorité à se référer au volume de ventes global concerné par rapport au volume national, ce qui l'aurait amenée à constater l'absence de ce troisième élément. Or, la Cour de cassation, appuyée en ce sens par la Commission européenne intervenue en tant qu'*amicus curiae* en vertu de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n^o 1/2003, a notamment dit pour droit que l'appréciation du caractère sensible de ladite affectation, dans les cas d'entente ou abus de position dominante sur une partie seulement d'un État membre, doit reposer sur une analyse multicritère, « *le volume de ventes global concerné par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres* ».

Dans l'affaire dite « *Orange Caraïbe* », la cour d'appel de Paris autrement composée a, par un **arrêt du 4 juillet 2013, Digicel SA**¹³⁰, procédé à une nouvelle analyse en trois temps du critère de l'affectation sensible du commerce entre États membres. Elle a, en premier lieu, constaté que les « *services de téléphonie permettent [...], du fait même de leur nature, des échanges transfrontaliers* », relevant notamment que « *ces services font l'objet d'échanges entre opérateurs présents notamment dans l'Union, qui concluent entre eux des accords de roaming* ». Dès lors, l'argument des opérateurs consistant à soutenir que l'offre et la demande de services de téléphonie dans la zone Antilles-Guyane sont purement locales manque en fait, étant « *observé que l'offre, destinée à des clients susceptibles d'utiliser les services proposés en tous lieux, émane d'une filiale d'une société européenne et que les échanges concernés [...] ne se réduisent pas à ceux réalisés sur le marché géographique de la zone et qu'au surplus, il est reproché aux requérantes des pratiques tendant à entraver l'implantation d'autres opérateurs dans une zone susceptible d'intéresser d'autres opérateurs européens* ».

En deuxième lieu, et renvoyant expressément à l'arrêt France Télécom, précité, la cour d'appel a jugé que les pratiques étaient bien susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire puisque « *les pratiques en cause avaient "la capacité" (LD n^{os} 29 et 42) d'affecter le commerce entre États membres* » sans qu'il soit nécessaire d'exiger la constatation d'un effet réel sur ledit commerce. Et la cour d'appel de préciser, au cas d'espèce, « *qu'il importe peu, à cet égard, qu'à l'époque des faits, des opérateurs originaires d'autres États membres aient ou non manifesté leur volonté* ».

129. Sur cet arrêt, voir Rapport annuel 2012, p. 368 et 369.

130. Cet arrêt est frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

d'entrer sur le marché antillo-guyanais de la téléphonie mobile et que leur entrée ait ou non alors été probable ou n'ait pas, après la fin des pratiques, été effectivement réalisée dès lors que les pratiques incriminées étaient susceptibles d'empêcher l'entrée sur le marché d'un acteur européen qui aurait souhaité y accéder et d'affecter la structure de la concurrence». Elle a, en effet, souligné que « de grands groupes européens dans le secteur de la téléphonie s'intéressent à la région des Caraïbes où ils offrent leurs services par le biais de filiales qu'ils y ont établies et un opérateur implanté dans un point de cette région a vocation à développer sa présence sur les autres territoires de la zone afin de renforcer son attractivité».

Enfin, en troisième et dernier lieu, sur le caractère sensible de cette affectation, la cour d'appel, se conformant à l'interprétation donnée par la Cour de cassation selon laquelle cette sensibilité ne saurait être déterminée sur le seul critère quantitatif tiré du volume de ventes global concerné par rapport au volume national – à défaut de quoi il s'agirait d'une « *interprétation réductrice* » des lignes directrices de la Commission –, fait sienne la motivation de l'Autorité qui a démontré « à suffisance au moyen d'une analyse multicritère le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres »¹³¹.

Dans la seconde affaire, dite « *carburacteur* », la cour d'appel de Paris¹³² a, par un **arrêt du 28 mars 2013, Société des Pétroles Shell (SPS)**¹³³, également procédé à une nouvelle appréciation du critère de l'affectation du commerce entre États membres, tenant compte à la fois de l'*amicus curiae* présenté par la Commission européenne dans le cadre de l'arrêt de la Cour de cassation, France Télécom, précité, lui-même cité, et ce non sans avoir rappelé que cette « *analyse ne peut être menée par analogie avec d'autres décisions rendues dans des situations qui ne sont pas en tous points analogues* ».

Sur le premier élément, à savoir la notion de commerce entre États membres, la cour d'appel, renvoyant expressément aux lignes directrices de la Commission européenne¹³⁴, a jugé qu'au cas d'espèce « *tant les échanges concernant le carburacteur que ceux, connexes auxquels ces échanges sont destinés, à savoir les services de transports aériens* » devaient être considérés. À cet égard, elle a constaté que les soumissionnaires aux appels d'offres organisés par Air France pour son escale de la Réunion sont des filiales de groupes pétroliers internationaux qui ont leur siège dans différents pays de l'UE dont la France et le Royaume-Uni. Par ailleurs, elle a observé que sur le marché connexe du transport aérien de passagers vers la Réunion, destination touristique, les liaisons aériennes au départ de la France métropolitaine « *sont susceptibles d'être utilisées par des voyageurs en provenance ou à destination de tout État membre de l'Union européenne, peu important à cet égard que [ces] passagers [...] soient, en fait, très minoritaires* ».

131. La cour d'appel renvoie, à cet égard, à la motivation de la décision aux paragraphes 179 à 183.

132. Suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2011, société Total Réunion (09-72.655 ; 09-72.657 ; 09-72.705 ; 09-72.830 et 09-72.894).

133. Cet arrêt est frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

134. JOUE C 101, du 27 avril 2004, p. 81.

S'agissant, en deuxième lieu, de la notion de *susceptible d'affecter*, la cour d'appel, après avoir exposé les paragraphes pertinents des lignes directrices de la Commission européenne, en particulier le fait que cette affectation peut être directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, a jugé que « *la pratique reprochée aux requérantes est une entente horizontale de répartition de marché entre tous les participants à un appel d'offres annuel; qu'un tel accord aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un profit affecte la structure même de la concurrence* ». Dès lors, à supposer qu'aucune autre entreprise pétrolière n'avait, à l'époque des faits, manifesté la volonté de s'implanter sur l'île, la cour a considéré qu'« *il n'en demeure pas moins que l'entente en cause était de nature à affecter d'autres entreprises pétrolières également actives sur le territoire de l'Union européenne et susceptibles de chercher à entrer sur le marché de la fourniture de carburant à la Réunion* ». En outre, elle a retenu que « *l'entente reprochée, qui affecte directement le prix du carburéacteur vendu à Air France à la Réunion et donc celui du billet d'avion [le coût du carburéacteur constituant une composante significative du prix de vente d'un billet d'avion], est indirectement susceptible d'avoir une incidence sur les activités transfrontalières de la société Air France qui, de la Réunion à ou via Paris, permet le transport de passagers européens, français ou non* ».

En dernier lieu, et après avoir rappelé tant les paragraphes pertinents des lignes directrices de la Commission européenne que son intervention en *amicus curiae* auprès de la Cour de cassation dans l'instance France Télécom, précitées, la cour d'appel a procédé à une analyse multicritère du caractère sensible de ladite affectation, non sans avoir au préalable rappelé que « *contrairement à ce que soutiennent ou évoquent les parties, aucun élément ne permet de retenir que l'arrêt du 31 janvier 2012 établirait "un test nouveau combinant les deux méthodes classiques dont le test multicritère propre au cas d'abus de position dominante"* ».

Elle a ainsi successivement relevé que les compagnies pétrolières en cause sont des entreprises de taille mondiale présentes dans l'UE au travers de filiales dédiées à la vente de kérosène pour un chiffre d'affaires cumulé de 16 milliards d'euros (i), que le chiffre d'affaires sur le marché pertinent était d'environ 50 millions d'euros dont 20 millions pour le seul appel d'offres d'Air France, ce qui « *n'était pas insignifiant et pouvait donc être attractif* » (ii), que le marché affecté constitue un « *marché pérenne* » puisqu'il n'existe pas d'autres possibilités pour les compagnies aériennes que de s'approvisionner en carburéacteur à la Réunion pour les vols directs vers la métropole (iii), que l'aéroport de l'île est le « *plus important aéroport français d'outre-mer avec un trafic de près de 1,5 million de passagers et de plus de 25 000 tonnes de fret pour les années en cause* » (iv), que la superficie de ce territoire est « *aussi, voire plus, importante que celle de certains États membres de l'Union européenne* » (v), qu'enfin cette île étant une région ultrapériphérique de l'UE, « *le transport aérien constitue un facteur de non-enclavement qui lui confère une importance spécifique, d'autant qu'il n'est pas contesté qu'il n'existait pas, à l'époque des faits, de vols pour les passagers vers d'autres destinations européennes que Paris* » si bien que la liaison Saint-Denis/Paris était une escale incontournable (vi).

Sur la base de ces éléments, qui pris isolément ne seraient pas déterminants, mais qui lus conjointement établissaient que l'entente était de nature à affecter

sensiblement les échanges entre États membres, la cour d'appel confirme l'applicabilité du droit de l'Union.

Pratiques

Ententes

Sur les ententes horizontales

Sur l'existence d'un concours de volontés

Dans l'**arrêt Électrification rurale du 28 mars 2013**¹³⁵, la cour d'appel a confirmé la réalité de l'existence d'une entente entre dix entreprises spécialisées en travaux d'électricité pour des pratiques observées lors d'appels d'offres passés entre 2003 et 2005 sur des marchés publics ou privés dans le secteur des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes.

La cour d'appel a notamment indiqué, sur le standard de preuve applicable en matière d'entente, « *qu'il suffit de rappeler :*

que la preuve de l'existence de telles pratiques peut résulter, soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par le rapprochement de plusieurs documents ou déclarations, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant ;

que la participation d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel suffit à démontrer son adhésion à une entente ;

qu'un échange d'informations peut être prouvé à partir de documents internes à une entreprise et qu'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 ;

que 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 ».

En l'espèce, la cour d'appel a estimé que la preuve de l'existence de l'entente entre les entreprises en cause résultait bien de l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, nonobstant le fait que chaque élément pris séparément n'ait pas un caractère probant suffisant. Elle a ainsi jugé que ce faisceau était notamment constitué par diverses mentions et énonciations sur les documents saisis chez les entreprises, par l'analyse des carnets de notes saisis (et des indications y figurant telles que « *EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix +*

¹³⁵. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

partage» ou «*partage Dordogne*»), par l'étude des agendas des dirigeants ainsi que par l'analyse des résultats des appels d'offres.

S'agissant plus spécifiquement des marchés de travaux passés par les services d'EDF-GDF, la cour a par ailleurs rejeté l'argument des requérantes selon lequel le pouvoir de marché d'EDF-GDF priverait d'intérêt toute concertation entre opérateurs économiques. Après avoir, dans un premier temps, rappelé la spécificité de la procédure suivie par EDF-GDF lors de la passation des marchés à bons de commande dont les montants sont inférieurs au seuil communautaire pour les marchés de travaux, la cour a néanmoins considéré, dans un second temps, que «*le pouvoir de négociation d'EDF-GDF ne rendait pas en soi matériellement impossible, ou, à tout le moins, ne privait pas d'intérêt toute concertation entre entreprises concurrentes en vue d'une répartition des lots entre elles, dès lors, d'une part, que les critères de pondération appliqués par EDF-GDF n'étaient pas transmis aux candidats soumissionnant aux travaux groupés pour préserver l'incertitude dans laquelle les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes, ainsi que l'égalité de traitement, et, d'autre part, que la négociation n'intervenait qu'après la remise des offres*».

Sur le rôle d'une organisation professionnelle dans la mise en place d'une entente

Dans l'**arrêt Ingénierie des loisirs du 6 juin 2013**, devenu définitif, la cour d'appel a confirmé le fait qu'un syndicat professionnel se doit de respecter les règles de la concurrence au même titre qu'une entreprise et qu'une pratique anticoncurrentielle peut résulter de différents actes émanant des organes syndicaux (comme un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème, une circulaire, tout document destiné à l'ensemble de ses adhérents...).

La cour d'appel a estimé à ce sujet que les pratiques d'organisations professionnelles d'élaboration et de diffusion à l'ensemble de leurs membres, sous couvert d'une aide à la gestion, d'honoraires, tarifs ou méthodes de calcul de prix, qui ne prennent pas en compte les coûts effectifs de chaque entreprise, sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Confirmant les appréciations de l'Autorité, l'arrêt retient en l'espèce que le syndicat national de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme, le Gefil, et plusieurs cabinets-conseils avaient élaboré et diffusé auprès de la profession une fiche dénommée «*Juste prix*» recensant des honoraires qualifiés de «*raisonnables*» ou «*décents*». Cette fiche, qui servait de référence aux propositions tarifaires déposées par les cabinets-conseil lors des appels à concurrence lancés par les clients, avait pour objectif d'éviter tout «*dumping*» et «*guerre des prix*» entre cabinets et ainsi de «*tirer les prix de toute la profession vers le haut*». La cour a également estimé que les consignes de prix s'accompagnaient d'actions visant à s'assurer du respect des tarifs fixés, consistant en l'envoi de courriers auprès des donneurs d'ordres lorsque le syndicat était informé par un adhérent qu'un cabinet non adhérent avait remporté un appel d'offres jugé inférieur aux usages de la profession ainsi

qu'en l'élaboration d'une procédure de sanction applicable en cas de non-respect de ces tarifs par un adhérent.

En ce qui concerne le standard de preuve de ces pratiques, la cour d'appel a jugé que le rapprochement des éléments retenus par l'Autorité dans sa décision constituait une preuve se suffisant à elle-même de l'existence d'une action concertée consistant en une consigne de prix reposant sur des références précises contenues dans la fiche «*Juste prix*», sans qu'il soit besoin au surplus d'établir le caractère impératif de cette fiche, la fréquence de sa diffusion et son actualisation périodique. Elle a finalement rappelé que l'existence d'une pratique anticoncurrentielle par son objet rendait inopérant le moyen soulevé par le Gefil sur le défaut d'impact de la pratique sur la fixation des prix, l'Autorité n'étant pas dans l'obligation de caractériser les effets des pratiques en cause.

Sur les ententes verticales

Sur l'existence d'un concours de volontés

Dans l'**arrêt Kontiki du 16 mai 2013**¹³⁶, la cour d'appel a rappelé que la démonstration d'une entente verticale sur les prix conclue entre un fournisseur et ses distributeurs exige celle d'un accord de volontés en vue de faire échec aux règles du marché.

La cour d'appel a par ailleurs jugé que la preuve de cet accord peut être constituée par des preuves directes, comme un écrit, ou indirectes, comme un comportement, et qu'en présence de preuves documentaires ou contractuelles, il n'est pas besoin de recourir, au surplus, à l'étude de preuves de nature comportementale.

En l'espèce, elle a considéré que la démonstration de l'existence d'un concours de volontés pouvait se fonder non seulement sur un document contractuel (telle une charte), mais encore sur un ensemble d'autres documents et accords commerciaux dont la compréhension par les parties est éclairée par des éléments précisant le contexte dans lequel ils sont intervenus et tirés notamment des déclarations de distributeurs et du comportement sur les marchés des parties à l'accord qui ont respecté ou fait respecter les prix communiqués par la société en cause.

Sur l'objet anticoncurrentiel d'une entente

Dans le cadre de l'examen du recours formé par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (PFDC) à l'encontre de la décision 08-D-25 du Conseil de la concurrence en date du 29 octobre 2008 qui avait jugé contraire au droit de la concurrence l'interdiction faite par la société PFDC, à ses distributeurs agréés, de vendre des produits des marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic sur Internet et lui avait enjoint de prévoir dans ses contrats de distribution sélective la possibilité pour ses distributeurs de recourir à la vente par Internet et de transmettre à l'ensemble de ses points de vente une lettre leur annonçant les modifications apportées à leurs contrats en y joignant un résumé de la décision, la cour d'appel

¹³⁶. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de Paris avait décidé, dans un premier temps, suivant l'arrêt du 29 octobre 2009, de surseoir à statuer sur le recours formé par la société PFDC et de poser à la Cour de justice des Communautés européennes (devenue la Cour de justice de l'Union européenne) la question préjudicielle suivante :

« L'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE ? »

Dans un arrêt rendu le 13 octobre 2011 (affaire C-439/09), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet au sens de cette disposition si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée¹³⁷.

La Cour de justice a par ailleurs rappelé que :

- point 34 *« pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un accord doit avoir "pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur". Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin 1966, LTM (56/65, Rec. p. 337), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction "ou" conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué. Lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence (voir arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services e. a./Commission e. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 55 ainsi que jurisprudence citée) » ;*
- point 35 *« aux fins d'apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence "par objet", il convient de s'attacher à la teneur de la clause, aux objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère (voir arrêt GlaxoSmithKline Services e. a./Commission e. a., précité, point 58 ainsi que jurisprudence citée) » ;*
- point 42 *il convient d'examiner « si la clause contractuelle en cause interdisant de facto toutes les formes de vente par Internet peut être justifiée par un objectif légitime ».*

¹³⁷ Pour une autre application de l'arrêt préjudiciel du 13 octobre 2011, voir arrêt de rejet n° 882 de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation du 24 septembre 2013 (12-14.344).

Dans l'arrêt d'appel **Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS du 31 janvier 2013**, devenu définitif, la cour a jugé, d'une part, s'agissant de l'analyse du contexte juridique et économique dans lequel s'insère la clause contractuelle litigieuse, et reprenant la jurisprudence de l'Union citée dans l'arrêt préjudiciel susvisé¹³⁸, que cette clause figurait dans des accords de distribution sélective qui influencent nécessairement la concurrence et que l'article 101, paragraphe 1, TFUE vise à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais également la structure du marché et ainsi la concurrence en tant que telle.

S'agissant de la justification de la clause litigieuse, la cour a indiqué, d'autre part, que les seules justifications objectives admises par la CJUE dans l'arrêt préjudiciel ont trait aux propriétés des produits en cause. En l'espèce, la requérante soutenait à l'appui de son recours que les justifications objectives liées aux propriétés des produits tenaient à leur technicité, à leur variété ainsi qu'aux risques pour la santé et la sécurité induits par une utilisation inappropriée qui en serait faite, nécessitant un conseil fondé sur l'observation directe du client et une présentation concrète des produits. Après avoir approuvé l'application par l'Autorité de la jurisprudence de l'Union relative aux médicaments non soumis à prescription médicale¹³⁹ aux produits fournis par la société PFDC, qui ne sont pas des médicaments, et selon laquelle la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client sur le choix et l'usage du produit ne peut justifier une interdiction de vente par Internet, la cour d'appel a estimé que :

« S'agissant des produits en cause, aucun élément n'établit qu'une information et un conseil personnalisé de qualité lors de l'achat de produits ne puissent être organisés en ligne ; qu'en effet, un site Internet est susceptible d'être organisé comme une vitrine de présentation et d'information sur les produits, voire avec utilisation de films, et permet une interaction entre le fabricant et le consommateur, au travers par exemple d'une hotline destinée à assurer des conseils personnalisés par une personne diplômée en pharmacie ; qu'en outre, l'achat par Internet présente des avantages pour le client tels la possibilité de visiter le site, de se donner le temps de la réflexion et de commander le produit au moment qui lui convient, à partir du lieu de son choix et de l'obtenir sans avoir à se déplacer ; que le client peut également formuler calmement les questions qu'il entend poser aux pharmaciens virtuels ».

Elle a dès lors jugé que c'était à bon droit que le Conseil avait considéré que la clause contractuelle litigieuse constituait une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

Sur les conditions de l'exemption individuelle

Dans le cadre de la même procédure que celle faisant l'objet des développements précédents, mais s'agissant cette fois de la possibilité de bénéficier d'une exemption individuelle, moyen soulevé par la société PFDC, la Cour de justice de l'Union

¹³⁸. Et notamment CJUE, 6 octobre 2009, C-501-06, GlaxoSmithKline, point 63.

¹³⁹. CJUE, arrêts du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, points 106, 107 et 112 ; CJUE, 2 décembre 2010, Ker-Optika, C-108/09, point 76.

européenne a dit pour droit dans l'arrêt préjudiciel du 13 octobre 2011 susvisé que l'article 4, sous c), du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, doit être interprété en ce sens que l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 dudit règlement ne s'applique pas à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant *de facto* Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels. En revanche, un tel contrat peut bénéficier, à titre individuel, de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies. La Cour de justice a dès lors renvoyé à la juridiction nationale le soin d'examiner si tel était le cas.

Dans l'arrêt précité du 31 janvier 2013, la cour d'appel a rappelé dans un premier temps que selon les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (devenu l'article 101, paragraphe 3, TFUE) du 27 avril 2004¹⁴⁰, les quatre conditions permettant de bénéficier d'une exemption individuelle étant cumulatives, « *dès lors qu'il est constaté que l'une d'elles n'est pas remplie, il est inutile d'examiner les trois autres. Il n'est donc pas exclu que, dans certains cas, il soit indiqué d'examiner ces quatre conditions dans un ordre différent* ».

La cour d'appel s'est dans un second temps attachée à rechercher si l'interdiction totale et absolue de vente en ligne des produits contractuels par les distributeurs agréés du réseau de distribution sélective de la société PFDC contribuait à améliorer la production ou la distribution des produits et à promouvoir le progrès technique et économique (première condition) et si les restrictions de concurrence résultant de cette clause contractuelle étaient indispensables à la réalisation des gains d'efficacité invoqués par la requérante (troisième condition). Elle a d'autre part rappelé que seuls des gains d'efficacité de nature objective pouvaient être pris en compte et qu'il était en outre nécessaire de vérifier leur lien avec la clause litigieuse et les probabilités, importance et modalités de réalisation de chaque gain¹⁴¹.

En l'espèce, la requérante soulevait trois gains d'efficacité attachés à l'interdiction de vente en ligne des produits contractuels par les distributeurs agréés de son réseau de distribution sélective : la garantie de conseil, la prévention des contrefaçons et la prévention des phénomènes de parasitisme.

S'agissant de la garantie de conseil, la cour d'appel a estimé qu'une information de qualité et un conseil par un diplômé en pharmacie avant l'achat des produits pouvaient être organisés en ligne.

S'agissant de la prévention des contrefaçons, elle a indiqué qu'aucun élément du dossier ne permettait d'affirmer que l'interdiction de vente en ligne des produits Pierre Fabre par les distributeurs agréés serait de nature à éviter un essor

¹⁴⁰. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 27 avril 2004, 2004/C 101/08.

¹⁴¹. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 27 avril 2004, 2004/C 101/08, point 49 : « *Selon la jurisprudence de la Cour de justice, seuls les avantages objectifs peuvent être pris en compte (voir les affaires jointes 56/64 et 58/66 Consten and Gründig, Recueil 1966, p. 429), ce qui signifie que les gains d'efficacité ne sont pas appréciés du point de vue subjectif des parties (voir décision de la Commission dans l'affaire Van den Bergh Foods, JO L 246 du 4.9.1998, p. 1).* »

des contrefaçons de ces produits, et qu'au contraire, dès lors que le fournisseur a la possibilité de réserver à ses propres distributeurs agréés la vente des produits par Internet, il dispose également de la possibilité de contrôler la qualité des sites des distributeurs choisissant de proposer une vente en ligne et qu'il ne peut par conséquent « être exclu que le fournisseur soit ainsi en mesure de combattre plus facilement les ventes sur les sites non autorisés ».

S'agissant de la prévention des phénomènes de parasitisme susceptibles de résulter de la vente en ligne, la cour d'appel a considéré que l'affirmation de la requérante selon laquelle des problèmes de parasitisme résulteraient directement de la vente en ligne n'était pas étayée de façon concrète et qu'il n'était nullement démontré que le consommateur serait incité à adopter le comportement décrit.

La cour a ainsi jugé que les trois gains d'efficacité allégués n'étaient pas établis. Elle a observé au surplus que les restrictions résultant de la pratique en cause n'apparaissaient pas « indispensables pour éviter des phénomènes de parasitage entre distributeurs dont ni le principe ni a fortiori l'ampleur ne sont justifiés, et qui, à les supposer établis, pourraient être mis en échec par des conditions qui pourraient être imposées par le fabricant à ses distributeurs ».

Au regard des lignes directrices susvisées, elle a conclu que deux des conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption individuelle n'étaient pas remplies en l'espèce et qu'il convenait donc de dire, sans examiner les autres conditions et moyens développés sur ces points, que la pratique en cause n'était pas susceptible d'une exemption individuelle.

Abus de position dominante

Dans l'arrêt **Digicel du 4 juillet 2013**¹⁴², rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris a une nouvelle fois confirmé pour l'essentiel la décision de sanctions prise par l'Autorité contre France Télécom et sa filiale de téléphonie mobile dans la zone Caraïbe, Orange Caraïbe, pour différentes pratiques d'abus de position dominante commises sur le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie « fixe vers mobile » dans la zone Antilles-Guyane.

Obligations d'exclusivité et de non-concurrence imposées à des distributeurs

La cour a confirmé la décision de l'Autorité en ce qu'elle a retenu à l'encontre d'Orange Caraïbe un abus de position dominante ayant consisté à imposer à ses distributeurs indépendants des obligations d'exclusivité et de non-concurrence leur interdisant de commercialiser des services concurrents.

La cour a ainsi estimé, tout d'abord que, contrairement à ce que soutenait Orange Caraïbe, les clauses litigieuses avaient produit des effets anticoncurrentiels. À cet égard, la cour a relevé que la requérante n'était pas fondée à minimiser la portée des clauses d'exclusivité et de non-concurrence en cause dans la mesure où elles

¹⁴². Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

avaient vocation à s'appliquer non seulement pendant la durée d'exécution des contrats, mais encore deux ans après leur cessation et ce, sous peine de sanctions significatives. Par ailleurs, si les clauses liaient moins de 50 distributeurs, ceux-ci représentaient 110 points de vente et assuraient 80% de la distribution des services d'Orange Caraïbe. En outre, l'exclusivité était bien effective puisque non seulement les dérogations aux clauses d'exclusivité avaient été très rares et n'avaient pas perduré dans le temps, mais encore les distributeurs avaient une conscience aiguë du lien d'exclusivité qui les attachait à Orange Caraïbe. Enfin, la cour a retenu que les clauses en cause avaient imposé au deuxième entrant le choix d'une distribution monomarque sur le marché concerné et avaient durablement orienté la distribution des produits et services de mobiles dans la zone Antilles-Guyane vers le monomarquisme.

La cour a relevé ensuite que la pratique ne pouvait être objectivement justifiée sur un plan économique, car les investissements financiers et humains invoqués par Orange Caraïbe étaient propres à la marque de l'opérateur dominant sur le marché et ne pouvaient donc profiter à des opérateurs qui ne les auraient pas financés. Par ailleurs, la protection des investissements concernés, par une exclusivité d'une durée de fait illimitée, était manifestement disproportionnée au regard de l'atteinte portée à la concurrence par les clauses litigieuses.

Pratiques fidélisantes

La cour d'appel a confirmé la décision en ce qu'elle a retenu, à l'encontre d'Orange Caraïbe, un abus de position dominante ayant consisté à fidéliser ses clients en leur imposant un réengagement de vingt-quatre mois pour l'utilisation de leurs points de fidélité dans le cadre du programme « *Changez de mobile* » du printemps 2002 au printemps 2005. La cour a ainsi validé l'analyse de l'Autorité selon laquelle un tel mécanisme de fidélisation était de nature à dissuader le consommateur de faire jouer la concurrence au moment où cela lui aurait été possible et, ce faisant, à cristalliser les parts de marché de l'opérateur dominant.

Après avoir rappelé que relèvent des dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE les pratiques ayant des effets anticoncurrentiels tant potentiels que réels, la cour d'appel a souligné que le programme « *Changez de mobile* » s'apparentait non seulement à une offre de fidélité récompensant le passé, mais encore à une offre de fidélisation proposant au client un avantage en contrepartie d'un engagement pour l'avenir et privant le client de sa capacité d'arbitrage pendant une période à venir.

Elle a ensuite considéré que la requérante ne démontrait pas en quoi le programme en cause n'aurait produit ou n'aurait pu produire le moindre effet anticoncurrentiel sur le marché, ni ne justifiait économiquement la pratique incriminée.

Elle a ainsi souligné que si le programme « *Changez de mobile* » ne concernait que les clients d'Orange Caraïbe ayant souscrit des abonnements avec forfaits, les 20% d'abonnés d'Orange Caraïbe visés représentaient en valeur plus de 25% de la clientèle totale d'Orange Caraïbe.

Enfin, la cour d'appel a retenu que la pratique a contribué à renforcer la position dominante d'Orange Caraïbe sur le marché en cause dès lors qu'Orange Caraïbe, en monopole lors de l'arrivée de Bouygues Télécom Caraïbes fin 2000, a vu ses parts de marché tomber à 75 % en 2002 avant de remonter à 83 % à la fin de l'année 2003, soit au moment où l'offre de fidélisation a pu commencer à produire ses effets, puis baisser à nouveau à partir de 2005 après la mise en application des injonctions prononcées à titre conservatoire pour se stabiliser par la suite à 55 %.

Différenciation tarifaire

La cour d'appel a confirmé la décision de l'Autorité en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre d'Orange Caraïbe, un abus de position dominante ayant consisté à pratiquer une discrimination tarifaire injustifiée entre les appels *on net* (à destination de son réseau) et les appels *off net* (à destination des autres opérateurs), c'est-à-dire à rendre les appels entre ses clients moins chers que les appels de ses clients vers les clients des opérateurs concurrents.

Elle a souligné, en premier lieu, que la démonstration d'effets potentiels suffit à caractériser une pratique anticoncurrentielle et qu'en l'occurrence la décision litigieuse démontre l'existence de tels effets, de même, au surplus, que celle d'effets réels même si ceux-ci ne peuvent être quantifiés isolément de ceux des autres pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant.

Il a été relevé que la pratique de différenciation tarifaire avait concerné toutes les offres de cartes prépayées d'Orange Caraïbe, soit environ 46 % de son parc client, et que les cartes prépayées concernaient plus particulièrement une clientèle de primo-accédants, importante dans le jeu concurrentiel entre opérateurs. La cour d'appel a par ailleurs approuvé l'analyse de la décision selon laquelle l'importance du renforcement d'un effet de club est notamment fonction de l'asymétrie des parts de marché entre les opérateurs et de l'importance de la différenciation tarifaire entre appels *on net* et appels *off net*. Or, en l'espèce, les positions des deux opérateurs présents en 2003 et 2004 sur le marché en cause étaient fortement asymétriques, Orange Caraïbe détenant à elle seule 83 % des parts de marché fin 2003. De plus, l'écart tarifaire entre les appels des clients d'Orange Caraïbe vers les mobiles de cet opérateur et les appels des mêmes vers les mobiles de BTC était très significatif, variant selon les cartes de 53 % à 70 %. Dans ces conditions, la pratique de différenciation tarifaire d'Orange Caraïbe a eu pour effet de renforcer artificiellement, par un effet de club, l'attractivité du réseau de cet opérateur. La cour a relevé également que la pratique en cause faisant apparaître Bouygues Télécom Caraïbe comme opérateur cher, a contribué à dégrader l'image de BTC.

En deuxième lieu, la cour d'appel a rappelé que, si une différenciation tarifaire entre appels *on net* et appels *off net* pouvait être objectivement justifiée par l'existence de différences entre les charges de terminaison qui doivent être acquittées, ce n'était pas le cas en l'espèce, comme l'a relevé la décision attaquée. Elle a considéré que c'était à juste titre que la décision a retenu qu'une différenciation tarifaire entre appels *on net* et appels *off net* ne pouvait être objectivement justifiée par l'existence de coûts de transfert internes, pour la terminaison des appels *on net*.

En troisième lieu, la cour d'appel a approuvé la démonstration faite par la décision d'un lien de causalité entre la pratique de différenciation et l'exploitation abusive d'un pouvoir de marché sur la terminaison d'appel. À cet égard, l'Autorité avait retenu que : « *Lorsqu'il peut être établi que la différenciation tarifaire, en l'absence de justification objective, poursuit un objet anticoncurrentiel ou a la capacité de produire des effets anticoncurrentiels, cette pratique s'analyse comme l'exploitation abusive du pouvoir de marché détenu par l'opérateur qui la met en œuvre sur le marché amont de la terminaison des appels sur son réseau. La circonstance que cet opérateur détient également une position dominante sur le marché aval – celui de la fourniture des services aux consommateurs finaux – est de nature à renforcer les effets de cet abus : la différenciation tarifaire peut aussi être l'un des leviers d'une stratégie visant à évincer ou discipliner les concurrents sur le marché aval, d'autant plus efficacement que cette position est forte* » (paragraphe 336).

Discrimination tarifaire

La cour d'appel a également confirmé la décision de l'Autorité en ce qu'elle a retenu, à l'encontre de France Télécom, un abus de position dominante ayant consisté à pratiquer une discrimination tarifaire injustifiée en appliquant à partir de l'arrivée de Bouygues Télécom Caraïbes sur le marché du mobile en 2001, à ses clients professionnels et entreprises, une réduction sur les appels depuis un poste fixe à destination du réseau de sa filiale Orange Caraïbe exclusivement (offre appelée « *Avantage Améris* »).

Elle a considéré que, par une telle pratique, France Télécom avait permis à ses clients professionnels qui choisissaient Orange Caraïbe pour leur flotte de téléphones mobiles de réduire les coûts de leurs appels depuis leurs postes fixes vers leurs flottes de téléphones mobiles, les incitant de ce fait à choisir l'opérateur Orange Caraïbe. France Télécom a, ce faisant, octroyé à sa filiale un avantage sensible dans la commercialisation de ses propres services auprès des entreprises, des collectivités et des organismes publics.

La cour d'appel a également souligné que le fait que l'« *Avantage Améris* » ait été homologué par le ministre de l'Économie, après avis favorable de l'ART du 25 octobre 2000, était sans incidence sur la qualification de la pratique en cause au regard des règles de concurrence.

La pratique de ciseau tarifaire

La cour d'appel a cependant écarté le grief de ciseau tarifaire retenu à l'encontre de France Télécom en considérant que la décision attaquée n'avait pas caractérisé la pratique en cause.

Imputabilité

Dans l'**arrêt Digicel du 4 juillet 2013**¹⁴³, rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision de l'Autorité 09-D-36 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, en ce qu'elle a retenu la responsabilité de France Télécom, aux côtés d'Orange Caraïbe, des pratiques commises par cette dernière.

Ainsi, la cour d'appel a tout d'abord relevé que la question de l'imputabilité des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe doit être examinée non à l'aune de la jurisprudence nationale, mais au regard des principes résultant de la jurisprudence européenne, dès lors que le droit européen est applicable à l'espèce (arrêts du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e. a./Commission*, C-97/08 P, du 29 septembre 2009, *Elf Aquitaine/Commission*, C-521/09 P, du 20 janvier 2011, *General Química e. a./Commission*, C-90/09 P, du 29 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission* et *Commission/ArcelorMittal Luxembourg e. a.*, C-201/09 P et C-216/09 P, du 19 juillet 2012, *Alliance One International Inc. e. a./ Commission*, C-628/10 et C-14/11).

Elle a ensuite rappelé la jurisprudence européenne constante en matière d'imputabilité selon laquelle, dans le cas particulier où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de la concurrence de l'Union, il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de cette filiale. Dans ces conditions, il suffit que l'Autorité prouve que la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour présumer que cette dernière exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de cette filiale. L'Autorité peut alors considérer la société mère comme tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que la société mère, à laquelle il incombe de renverser ladite présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché. Il appartient aux entités souhaitant renverser la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante d'apporter tout élément relatif aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la filiale en question à la société mère et qu'elles considèrent comme étant de nature à démontrer qu'elles ne constituent pas une entité économique unique. Au cas d'espèce, la cour d'appel a retenu que, puisque durant la période des pratiques en cause, France Télécom détenait directement ou indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe, il devait être présumé qu'Orange Caraïbe ne se comportait pas de façon autonome sur le marché et qu'elle formait avec France Télécom une entreprise unique au sens des articles 101 et 102 TFUE. Dans ces conditions, la cour a estimé que, pour renverser la présomption, il ne

143. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

suffisait pas pour France Télécom de soutenir qu'elle n'était pas impliquée dans les infractions mises en œuvre par sa filiale, mais de démontrer, indépendamment des comportements reprochés, qu'elle n'exerçait pas une influence déterminante sur sa filiale, et ce en justifiant d'un ensemble d'éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques l'ayant unie à sa filiale, de nature à démontrer que ces deux personnes morales ne constituaient pas une entité économique unique.

À cet égard, la cour d'appel a confirmé la décision de l'Autorité en ce que cette dernière a considéré que « *France Télécom ne fait [...] état d'aucun facteur, tiré de l'analyse de l'ensemble des liens organisationnels, juridiques et économiques existant au sein du groupe, susceptibles de démontrer de manière probante qu'Orange Caraïbe n'appartiendrait pas à une telle unité économique* ». En effet, la cour a relevé que l'équipe dirigeante de la filiale était formée de personnels de la société mère. Par ailleurs, aucune conclusion ne peut être tirée du fait qu'Orange Caraïbe dispose de sa propre licence d'opérateur mobile dès lors qu'il n'était pas soutenu que cette organisation ne résultait pas d'un choix du groupe auquel appartient cette société. En outre, la marge de manœuvre dont il est soutenu qu'Orange Caraïbe bénéficierait, de même que le fait que la filiale dispose d'une licence propre d'opérateur et de ses propres équipes opérationnelles et d'exécution, ne dépasse pas ce qu'induit l'éloignement géographique entre mère et filiale.

Enfin, la cour d'appel a souligné que toutes les agences France Télécom des Antilles et de la Guyane distribuaient les produits Orange Caraïbe à titre exclusif, peu important à cet égard l'existence d'autres distributeurs. Enfin, France Télécom avait parfois agi en tant que commissionnaire de sa filiale pour la conclusion des contrats de distribution.

La cour d'appel en a conclu que France Télécom ne rapportait pas la preuve qui lui incombait du fait que sa filiale Orange Caraïbe se comportait, à l'époque des pratiques en cause, de façon autonome sur le marché.

Décisions

Sanctions pécuniaires

Sur la détermination des sanctions

Sur le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires

Le Code de commerce prévoit que les sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence sont déterminées en fonction de quatre critères : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par les règles de concurrence (voir article L. 464-2, I du Code de commerce). La mise en œuvre de l'article L. 464-2 du Code de commerce conduit l'Autorité à faire état, dans ses décisions imposant des

sanctions pécuniaires aux entreprises ou aux organismes ayant enfreint les règles de concurrence, des principaux éléments pris en considération pour les déterminer. Afin d'accroître la transparence, en faisant connaître par avance la façon concrète dont elle exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité a publié, le 16 mai 2011, un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Ce communiqué explique la méthode suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle détermine les sanctions pécuniaires qu'elle impose au cas par cas. Il synthétise également les principaux aspects de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de sanctions pécuniaires, telle que celle-ci s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, elle-même placée sous celui de la Cour de cassation.

En 2013, la cour d'appel de Paris s'est pour la première fois prononcée sur l'application faite, par l'Autorité, du communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, à l'occasion de recours introduits à l'encontre des décisions 12-D-02 (« ingénierie des loisirs ») et 12-D-10 (« vente d'aliments secs pour chiens et chats »).

Par un premier arrêt, après avoir préalablement rappelé, comme elle le fait de manière itérative, que les critères de détermination des sanctions demeurent en tout état de cause fixés par l'article L. 464-2 du Code de commerce, la cour d'appel s'est livrée à une simple description de la méthode d'appréciation des critères légaux telle qu'elle résulte des termes du communiqué (**arrêt du 6 juin 2013, Géfil**).

À ce stade, il convient de rappeler la méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en œuvre les critères légaux au cas par cas, dans l'ordre prévu par le Code de commerce. L'Autorité détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme en cause, en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui concernent tous deux l'infraction ou les infractions en cause. Ce montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme en cause, à l'exception de la réitération¹⁴⁴ dont la loi a fait un critère autonome. Il est augmenté par la suite, pour chaque entreprise ou organisme concerné, en cas de réitération. Le montant ainsi obtenu est enfin comparé au maximum légal¹⁴⁵, avant d'être réduit pour tenir compte, le cas échéant, de la clémence et

¹⁴⁴. Concernant la réitération, la cour d'appel de Paris a rappelé, en 2013, que « les règles en matière de réitération doivent suivre celles appliquées en matière d'imputabilité », ce qui implique qu'il faille se référer à la notion d'entreprise, en tant qu'« entité économique unique », pour déterminer s'il y a ou non réitération, et non à la seule forme sociétale de cette dernière. La cour d'appel a ensuite précisé, par ce même arrêt, que « la qualification de la réitération n'exige pas que les infractions commises soient identiques quant à la pratique mise en œuvre ou quant au marché concerné, qu'il s'agisse du marché de produits ou services ou du marché géographique; [...] la réitération peut être retenue lorsque les nouvelles pratiques sont identiques ou similaires par leur objet ou leurs effets à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction » (arrêt du 4 juillet 2013, Orange Caraïbe (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)).

¹⁴⁵. Il convient de rappeler que le maximum légal est fixé à « 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ». Pour une application de ce principe, voir notamment l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 4 juillet 2013, Orange Caraïbe, précité (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

de la non-contestation des griefs, puis ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme qui en a fait la demande.

À la suite de ce premier arrêt, la cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer une deuxième fois sur l'application faite, par l'Autorité, du communiqué du 16 mai 2011 (**arrêt du 10 octobre 2013, Nestlé Purina Petcare**¹⁴⁶), et de préciser ainsi sa jurisprudence.

Par cet arrêt, la cour d'appel s'est notamment prononcée sur la légalité du communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

À cet égard, la cour d'appel a tout d'abord observé, à titre liminaire, que *« le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires se borne à décrire et à expliciter, à droit constant, la méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en œuvre, au cas par cas, en se conformant à l'exigence de proportionnalité et d'individualisation des sanctions, dans l'ordre prévu par le Code de commerce, les critères fixés par ce code tenant à la gravité des faits, 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 répétition de pratiques prohibées par les règles de concurrence »*.

La cour d'appel a ensuite ajouté que, par le *« communiqué, en effet assimilable, comme énoncé par ce texte, à une simple directive au sens de la jurisprudence administrative, l'Autorité, exprimant notamment un souci de transparence, s'est ainsi seulement bornée à préciser par avance, et sous réserve de l'examen concret des circonstances propres à chaque cas d'espèce, les modalités concrètes selon lesquelles elle entend faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui a été confié par la loi pour déterminer, en vertu des dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, par surcroît sous le contrôle de cette cour et le cas échéant de la Cour de cassation, les sanctions qu'elle impose aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles »*. Partant, la cour a confirmé que *« la méthode décrite dans le communiqué, exclusivement fondée sur les différents éléments énoncés par le Code de commerce, s'inscrit bien, sans le modifier, dans le cadre légal existant et que, dès lors, le communiqué ne peut recevoir la qualification affirmée par les parties de "texte à valeur normative" comportant, le cas échéant, des dispositions plus sévères que les dispositions du Code de commerce en vigueur »*. De ces constatations, la cour déduit que le communiqué du 16 mai 2011 ne viole ni le principe de légalité des délits et des peines ni le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

La cour d'appel a enfin estimé que le communiqué ne portait pas atteinte aux droits de la défense des requérantes en raison du prétendu non-respect des principes de loyauté, de confiance légitime, d'égalité des armes et de sécurité juridique au cours de la procédure. Sur ce point, la cour a notamment relevé que *« chacune des entreprises en cause dans la présente affaire a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction, d'influer sur la détermination de la sanction pouvant lui être imposée, à*

¹⁴⁶. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

la suite de la réception de la notification des griefs, du rapport et du rapport complémentaire en date du 19 juillet 2011, décrivant ces différents éléments». Dès lors, la cour en a déduit que « les requérantes ont, de la sorte, été formellement mises en mesure, dès la notification du rapport complémentaire, de discuter l'application du communiqué sanctions et de présenter des observations sur les éléments susceptibles d'être pris en considération par le collège pour déterminer le montant de la sanction qui était encourue ».

Sur la gravité des faits

La cour d'appel a été conduite à préciser, par un arrêt rendu à l'occasion d'un recours formé contre la décision 11-D-13 (« électrification rurale »), sa position relative aux modalités d'appréciation du critère légal tenant à la gravité des faits (**arrêt du 28 mars 2013, Société Allez et Cie**).

À cet égard, suivant une jurisprudence constante, la cour a pris comme point de départ de l'appréciation de la gravité des faits la nature intrinsèque des pratiques. Elle a ainsi tout d'abord estimé que des pratiques qui portent sur des marchés publics et privés d'appels d'offres, qui consistent en des concertations et des échanges d'informations sur les prix proposés par les entreprises avant le dépôt des offres et qui, le cas échéant, ont également pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés sont « *graves par nature, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, le fondement même des appels à la concurrence résidant dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas* ». La cour d'appel a ajouté que « *les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents* »¹⁴⁷.

Elle a ensuite rappelé que « *s'agissant, en particulier, des appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics [...], force est de constater que [...] le non-respect des règles de concurrence ne garantit plus à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public* ».

Enfin, la cour d'appel a apporté cette précision notable dans l'appréciation qu'elle fait de la gravité des pratiques en affirmant que « *le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation ne constituent pas un facteur d'atténuation de la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marchés publics ou privés, puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable et qu'il y a donc lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché* ». Ce faisant, la cour d'appel confirme l'approche de l'Autorité en la matière.

147. Sur cette question, voir également Rapport annuel 2012, p. 358.

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

L'année écoulée a permis à la cour d'appel de rappeler sa jurisprudence relative au critère légal tenant à l'importance du dommage causé à l'économie, dans le respect de l'appréciation de ce critère à laquelle s'est livrée la Cour de cassation en 2012 dans son arrêt Société Orange France¹⁴⁸ et confirmant ainsi la pratique décisionnelle de l'Autorité.

Ainsi, par son **arrêt du 6 juin 2013, Géfil**, précité, et rendu à l'occasion d'un recours introduit à l'encontre de la décision 12-D-02 (« ingénierie des loisirs »), la cour d'appel de Paris a rappelé, en premier lieu, que « *l'importance du dommage à l'économie s'apprécie de façon globale pour l'infraction en cause, c'est-à-dire au regard de l'action cumulée de tous les participants à la pratique sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chaque entreprise prise séparément* ».

La cour d'appel a précisé, en second lieu, que « *ce critère légal ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée par ces pratiques à l'économie* ».

En troisième et dernier lieu, la cour d'appel a confirmé, dans le sillage de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, Société Orange France, que « *l'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, dont l'existence ne saurait donc être présumée en cas d'entente, 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 du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause* ».

En l'état de ces principes, la cour d'appel a approuvé la prise en compte, par l'Autorité, de différents éléments tendant à établir que le dommage causé à l'économie, dans cette affaire, était d'une très faible importance. Parmi ces éléments, la cour d'appel a notamment retenu que l'action concertée mise en œuvre était d'une ampleur assez modeste, que les entreprises en cause étaient des petites, voire très petites entreprises ne dégageant que de faibles chiffres d'affaires et que les appels d'offres dont il s'agissait étaient hétérogènes et d'un relativement faible montant.

Non-contestation des griefs

Sur la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs

Par son **arrêt Nestlé Purina Petcare France (NPPF) du 10 octobre 2013**, confirmant intégralement la décision 12-D-10 adoptée par l'Autorité à l'encontre des groupes Nestlé, Mars Incorporated, Colgate-Palmolive et leurs filiales respectives spécialisées dans la distribution d'aliments secs pour chiens et chats, la cour d'appel de Paris a apporté des précisions utiles quant à la mise en œuvre de la

148. À cet égard, voir Rapport annuel 2012, p. 371.

procédure de non-contestation des griefs, sur le plan tant du respect des droits de la défense que du prononcé des sanctions pécuniaires.

En l'espèce, NPPF et sa société mère Nestlé soutenaient avoir subi une atteinte personnelle et effective à leurs droits de la défense au regard du délai déraisonnable qui se serait écoulé entre le procès-verbal et l'adoption de la décision. Ce faisant, l'entreprise n'aurait pas bénéficié de la célérité attendue de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs, laquelle constituerait un incitant majeur dans le choix de cette stratégie de défense. Toutefois, la cour a jugé que les entreprises n'étaient pas fondées, au regard de la chronologie des différentes étapes de la procédure en cause en l'espèce, « à imputer à l'Autorité un défaut de diligence et de célérité procédant de la durée de la phase contradictoire de la procédure [...] et de la période de 22 mois qui s'est écoulée entre la signature du procès-verbal [de non-contestation des griefs] et la décision, s'agissant de pratiques d'entente non dénuées d'ampleur et de complexité ». Au demeurant, la cour d'appel a relevé que les requérantes n'invoquaient, dans le contexte propre à la procédure de non-contestation des griefs mise en œuvre, aucune circonstance précise et concrète des gains procéduraux dont elles auraient pu être privées. Elle a donc écarté le moyen tiré de la violation du principe de délai raisonnable.

Dans le cadre du contrôle exercé sur la détermination des sanctions infligées par l'Autorité, la cour d'appel de Paris a, en premier lieu, écarté la critique de NPPF et Nestlé formulée à l'égard de l'absence de prise en compte par l'Autorité, au stade de l'individualisation de leur sanction en tant que circonstance atténuante, de leur coopération immédiate et de bonne foi pour mettre fin aux pratiques. Elle a, en effet, rappelé que « le concours effectif des parties à la procédure devant l'Autorité est susceptible de se traduire par une réduction de sanction pécuniaire lorsque les entreprises optent pour la procédure de non-contestation des griefs [...], ce qui est précisément le cas en l'espèce ». Elle a, dans le même temps, rejeté une contestation analogue exposée par Hill's qui se prévalait du document-cadre de l'Autorité sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, alors que « ce document ne permet à une entreprise de se prévaloir d'une telle circonstance atténuante qu'à la condition que l'entreprise qui s'en prévaut [s'en] soit dotée, avant l'ouverture à son encontre d'une enquête ou d'une procédure », ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

En second lieu, la cour d'appel a confirmé, à l'égard de NPPF et Nestlé, que l'Autorité était en droit de ne pas valoriser leurs engagements structurels tenant en une réorganisation du réseau de distribution d'ores et déjà décidée, mais seulement à en prendre acte « dès lors que l'Autorité n'est pas tenue de rendre obligatoire les engagements proposés par les parties qu'elle juge ne pas être suffisamment pertinents, crédibles ou vérifiables ». Elle a en outre validé les appréciations de l'Autorité quant à la valorisation des engagements comportementaux pris par NPPF et Nestlé¹⁴⁹,

149. La cour d'appel a donc confirmé le taux de réduction de 18% accordé à l'entreprise au titre de la non-contestation des griefs et des engagements souscrits.

à savoir l'amélioration de leur programme de conformité existant. Elle a, comme l'Autorité l'a fait dans sa décision, relevé « *le caractère relativement incertain* » des autorisations requises à la mise en œuvre de celui-ci dans un délai de six mois suivant l'adoption de la décision, « *qui ne permet pas de considérer cet aspect de l'engagement proposé comme aussi crédible qu'il l'aurait été en son absence* ». La cour a, en effet, souligné que « *la proposition d'engagement ne précise pas le nombre et la nature des autorisations requises ce qui [...] pourrait laisser croire que la mise en œuvre de cet élément du programme est conditionnée à la discrétion d'organes ou d'instances internes à l'entreprise ou au groupe qui pourraient ne pas être tenus de se prononcer dans le délai annoncé [...], voire même ne pas être habilités à l'autoriser* ».

En dernier lieu, la cour d'appel a confirmé l'appréciation faite par l'Autorité des engagements comportementaux de Royal Canin et sa société mère Mars Incorporated, en particulier la valorisation adéquate de la couverture du programme de conformité à l'ensemble des activités du groupe¹⁵⁰. Elle a, dans le même temps, rappelé que l'entreprise ne peut, au soutien de la contestation du caractère insuffisant du taux de réduction octroyé à cet égard, se prévaloir « *ni des propositions de réduction des sanctions formulées par le rapporteur général au titre des engagements proposés, qui ne lient pas le collègue, ni des réductions de sanctions accordées par l'Autorité, dans d'autres espèces* ».

Recours

Par un **arrêt du 28 mars 2013**¹⁵¹, rendu sur renvoi après cassation (Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 09-72.655) dans l'affaire dite du « **carburacteur** » (décision 08-D-30 du 4 décembre 2008), la cour d'appel de Paris a précisé les conditions dans lesquelles une société à l'origine d'une saisine de l'Autorité peut intervenir dans le cadre d'un recours contre la décision de l'Autorité.

Cette affaire trouve son origine dans la saisine, en 2003, de l'Autorité par la société Air France. Air France faisait état d'un déroulement anormal de l'appel d'offres qu'elle avait lancé en 2002 pour la fourniture de ses besoins en carburacteur destiné à l'approvisionnement de ses avions sur son escale de Saint-Denis de la Réunion. Par sa décision 08-D-30, l'Autorité a sanctionné, à hauteur d'un total d'environ 40 millions d'euros, les sociétés Total Réunion, Total Outre-mer, Chevron Products Company, Shell SPS et Esso SAF pour s'être concertées afin de fausser le jeu de la concurrence lors de l'appel d'offres lancé par Air France, sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 TFUE.

¹⁵⁰. La cour d'appel a donc confirmé le taux de réduction de 20% accordé à l'entreprise au titre de la non-contestation des griefs et des engagements souscrits.

¹⁵¹. Cet arrêt est frappé d'un pourvoi.

La cour d'appel de Paris avait, par un premier arrêt rendu le 24 novembre 2009, rejeté les recours formés par les compagnies pétrolières à l'encontre de la décision de l'Autorité. La société Air France s'était jointe à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite.

Sur pourvoi, la Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} mars 2011, avait cassé et annulé cet arrêt du 24 novembre 2009 dans toutes ses dispositions, en accueillant notamment toute une série de moyens visant à contester l'intervention de la société Air France devant la cour d'appel.

Par son arrêt du 28 mars 2013, la cour d'appel de Paris est revenue sur les modalités de l'intervention de la société Air France.

D'une part, la cour d'appel de Paris a précisé les conditions de recevabilité de l'intervention de la société Air France. À cet égard, après avoir rappelé que l'intervention de la société Air France ne peut être qualifiée d'intervention volontaire accessoire au sens de l'article 330 du Code de procédure civile mais qu'il s'agit d'une intervention volontaire par jonction à l'instance au sens de l'article R. 464-17 du Code de commerce, formée par une société qui était partie en cause devant l'Autorité qu'elle avait elle-même saisie en invoquant des pratiques anti-concurrentielles reprochées aux compagnies pétrolières, la cour d'appel de Paris a estimé que l'intervention de la société Air France était bien recevable. Pour conclure à la recevabilité de cette intervention, la cour d'appel a relevé qu'Air France, qui a fait référence, dans sa déclaration d'intervention, à la décision de l'Autorité dont la motivation était connue de toutes les requérantes, a précisé approuver tant en fait qu'en droit la motivation de cette décision. Dès lors, il ne pouvait être soutenu, comme le faisaient les compagnies pétrolières, que sa déclaration d'intervention n'était pas motivée au sens de l'article R. 464-17 du Code de commerce.

D'autre part, la cour d'appel de Paris est venue apporter certaines précisions quant à la recevabilité du mémoire récapitulatif déposé par Air France la veille d'une réunion de procédure à laquelle les parties étaient conviées, quelques semaines avant l'audience. En effet, les compagnies pétrolières soutenaient que le mémoire déposé par Air France n'était pas recevable puisque postérieur à la date limite fixée. Pour écarter ces arguments, la cour d'appel rappelle, tout d'abord, qu'aucune des requérantes n'a, lors de la réunion de procédure, émis de réserves suite au mémoire en réplique déposé par Air France la veille, ni précisé entendre se réserver la possibilité d'y répliquer, étant rappelé que cette réunion avait justement pour objet d'examiner l'état de la procédure et d'organiser la poursuite de l'instance. La cour d'appel ajoute, ensuite, qu'aucune des requérantes ne fait état d'une violation du principe du contradictoire avant de relever, enfin, que, si les requérantes avaient invoqué ce principe, elles n'auraient pu être suivies alors qu'elles ont été mises en état de prendre rapidement connaissance des quelques ajouts, signalés dans le corps du texte, apportés par Air France la veille de la réunion à ses précédentes écritures, et qu'en toute hypothèse elles disposaient d'un délai suffisant pour, si elles l'estimaient nécessaire, répliquer à nouveau avant l'audience de plaidoiries prévue quelques semaines plus tard, en respectant elles-mêmes la contradiction.

Jurisprudence de la Cour de cassation

Procédure

Droits de la défense

Dans l'arrêt **Président de l'Autorité de la concurrence du 11 juin 2013**, la Cour de cassation a approuvé le bien-fondé du rejet par la cour d'appel de Paris¹⁵² du moyen soulevé par les parties mises en cause, tiré de la durée excessive de la procédure.

En effet, la Cour de cassation a considéré que, sur ce point, la cour d'appel avait justifié la durée de la procédure par les circonstances de la cause.

Dans son arrêt, la cour d'appel avait rappelé que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie selon les circonstances de la cause, en considération de la complexité et de l'ampleur de l'affaire comme du comportement des autorités compétentes.

Au cas d'espèce, la cour avait constaté que si le délai de six ans et demi qui s'était écoulé entre l'autosaisine de l'Autorité et la notification des griefs apparaissait important de prime abord, l'application des règles de fond du droit de la concurrence exige toujours une lourde mise en œuvre de normes économiques largement indéterminées, nécessitant pour leur application technique l'élaboration de critères précis requérant une analyse économique en profondeur des marchés concernés. La cour avait ainsi relevé qu'en l'espèce l'instruction avait été rendue manifestement difficile en raison du caractère épars des données issues du rapport d'enquête, du nombre d'opérateurs en cause et des spécificités des marchés du luxe (voir décision 06-D-04 bis).

La cour avait également rejeté l'argumentation par laquelle les requérantes soutenaient ne pas avoir été en mesure d'exercer leurs droits de la défense en raison de la déperdition des pièces qu'aurait entraînée la durée anormalement longue de la procédure.

La cour avait rappelé qu'en vertu du devoir général de prudence qui pèse sur les opérateurs économiques ceux-ci sont contraints de veiller à la bonne conservation de leurs livres et archives comme de tous les éléments permettant de retracer la licéité de leur pratique commerciale en cas d'actions judiciaire ou administrative.

La cour en avait déduit, en l'espèce, que chaque entreprise mise en cause devait se prémunir de toute accusation d'infraction au principe de prohibition de prix de vente imposés aux distributeurs et qu'une telle prudence s'imposait d'autant plus que les requérantes étaient informées de l'existence d'une enquête administrative conduite en application des dispositions du Code de commerce relatives au droit de la concurrence, nonobstant le fait que ces actes ne mentionnaient pas spécifiquement que cette enquête était menée sous l'égide du Conseil de la concurrence.

¹⁵². CA Paris, 26 janvier 2012, Beauté Prestige International.

Cette circonstance aurait dû conduire les entreprises concernées, qui se savaient nécessairement soumises à un risque de poursuites, à conserver non seulement les documents comptables et les pièces justificatives prévues par l'article L. 123-22 du Code de commerce, mais également tous les éléments de preuve de la légalité de leurs pratiques commerciales au sein du réseau de distribution sélective jusqu'à l'expiration du délai de prescription ou le prononcé d'une éventuelle décision de non-lieu, généralement publiée à l'époque des faits au *Bulletin officiel de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes*.

À l'aune de ces principes, la cour d'appel avait rejeté, après avoir analysé la situation précise de chacune des entreprises en cause, leurs allégations relatives à la déperdition des pièces et au caractère disculpatoire de ces dernières (voir décision 06-D-04 bis).

Ententes

Restriction de concurrence

Sur le fond

Sur les pratiques d'entente

Sur la règle de minimis

Arrêt de rejet du 16 avril 2013, Société Expedia Inc. (n° 10-14.881)

La Cour de cassation avait décidé, dans un premier temps, de surseoir à statuer sur le recours 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 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques de la SNCF et de la société Expedia dans le secteur de la vente des voyages en ligne. Le Conseil avait sanctionné plusieurs abus de position dominante mis en œuvre par la SNCF, ainsi qu'une entente entre la SNCF et la société Expedia (voir décision 09-D-06).

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. 464-6-1¹⁵³ du Code de 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

153. « 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 [...] »

sens de l'article 81, § 1, du traité instituant la Communauté européenne¹⁵⁴ 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 CE 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 avait ainsi 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 ? »

Dans un arrêt rendu le 13 décembre 2012 (affaire C-226/11), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que les articles 101, paragraphe 1, TFUE et 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE], doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'une autorité nationale de concurrence applique l'article 101, paragraphe 1, TFUE à un accord entre entreprises 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 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, [CE] (*de minimis*), pourvu que cet accord constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de cette disposition.

La Cour de justice a par ailleurs rappelé que, selon une jurisprudence constante, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour

¹⁵⁴. Communication n° 2001/C 368/07, JOCE 22 décembre 2001, n° C368, p. 13.

objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence¹⁵⁵. À cet égard, elle a souligné que la distinction entre « infractions par objet » et « infractions par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence¹⁵⁶.

La Cour a ainsi conclu qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence.

Dans l'arrêt rendu le 16 avril 2013, la Cour de cassation a rejeté le moyen soulevé par la société Expedia qui contestait le fait que l'Autorité de la concurrence ne soit pas liée par la définition communautaire du seuil de sensibilité, reprise à l'article L. 464-6-1 du Code de commerce.

La Cour de cassation a approuvé le rappel, par la cour d'appel du fait que l'article L. 464-6-1 du Code de commerce confère à l'Autorité de la concurrence une simple faculté dont elle est libre de ne pas user. Au cas d'espèce, elle estime donc que c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que les accords en cause étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et avaient un objet anticoncurrentiel, et partant, que le partenariat entre la SNCF et la société Expedia constituait une restriction sensible de la concurrence au sens des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce.

Décisions

Sanctions pécuniaires

Sur la constitutionnalité des articles L. 464-2 I et L. 464-8 du Code de commerce

Arrêts de non-lieu à renvoi du 24 avril 2013, Société Minoteries Cantin et Société Axiane meunerie

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée dans le cadre du pourvoi en cassation formé par le président de l'Autorité de la concurrence à l'encontre de l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris du 3 juillet 2012, suspendant partiellement l'exécution provisoire du paiement des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité dans sa décision **12-D-09** du 13 mars 2012¹⁵⁷ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires,

155. CJCE, arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429; CJUE, arrêts du 8 décembre 2011, KME Germany e. a./Commission, C-272/09 P, point 65 et KME Germany e. a./Commission, C-389/10 P, point 75.

156. CJCE, arrêts du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, point 17, ainsi que du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., C-8/08, Rec. p. I-4529, point 29.

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

la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité des articles L. 464-2 I et L. 464-8 du Code de commerce.

La question posée portait sur l'interdiction supposée pour le premier président de la cour d'appel de Paris de suspendre l'exécution provisoire d'une décision de l'Autorité de la concurrence lorsqu'il apparaît que le paiement immédiat de l'amende par l'entreprise personnellement sanctionnée emporte des conséquences manifestement excessives à son égard, mais que le groupe auquel elle appartient peut supporter financièrement la charge de cette sanction et la régler immédiatement, et sur l'obligation qui incomberait à l'Autorité, en toutes circonstances, de fixer la sanction pécuniaire infligée à une entreprise en considération du chiffre d'affaires du groupe auquel elle appartient.

Après avoir indiqué que les dispositions contestées étaient, au moins pour partie, applicables au litige et n'avaient pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, la Cour a constaté que la question mettant en cause leur constitutionnalité n'était ni nouvelle ni sérieuse.

Pour parvenir à la conclusion qu'elle ne revêtait pas un caractère sérieux, la Cour a rappelé que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la Cour suprême compétente*¹⁵⁸ ». Elle a ensuite constaté qu'il n'existait pas en l'état « *d'interprétation jurisprudentielle constante interdisant au premier président de suspendre l'exécution provisoire d'une décision de sanction pécuniaire prononcée par l'Autorité de la concurrence lorsqu'il apparaît que le paiement immédiat de l'amende peut être supporté par le groupe auquel l'entreprise sanctionnée appartient* ».

Par ces motifs, la Cour de cassation a jugé que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux au regard des exigences s'attachant aux droits de la défense et au droit à un recours effectif ainsi qu'aux principes de responsabilité personnelle, de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines.

Arrêt de non-lieu à renvoi du 19 novembre 2013, Société Inéo réseaux Sud-Ouest

Saisie de deux questions prioritaires de constitutionnalité soulevées à l'occasion du pourvoi en cassation introduit contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 mars 2013, Société Inéo réseaux Sud-Ouest, qui avait confirmé le bien-fondé de la décision 11-D-13 de l'Autorité de la concurrence du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Les deux questions posées portaient sur la possibilité de prendre en compte l'appartenance à un groupe pour aggraver la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre

¹⁵⁸. Voir Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2011, n° 11-13.488 et Civ. 1^{ère}, 18 décembre 2011, n° 11-40.070.

d'une entreprise de ce groupe, dans la mesure où ce groupe serait demeuré étranger aux pratiques sanctionnées ainsi que sur la proportionnalité de la sanction pécuniaire au dommage causé à l'économie, notion qualifiée de non quantifiable par la requérante.

Après avoir indiqué que la disposition contestée était applicable au litige et n'avait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, la Cour a constaté que les questions mettant en cause sa constitutionnalité n'étaient ni nouvelles ni sérieuses.

Pour parvenir à la conclusion qu'elles ne revêtaient pas un caractère sérieux, la Cour a commencé par relever que la disposition contestée avait pour objet « *d'assurer l'efficacité de la protection de l'ordre économique au moyen d'une sanction dissuasive qui doit tenir compte de l'intégralité des ressources pouvant être mobilisées par l'entreprise à laquelle sont imputées des pratiques prohibées, tout en prévoyant qu'elle soit déterminée individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction, ce qui permet d'apprécier l'autonomie dont cette entreprise dispose à l'égard du groupe auquel elle appartient et exclut tout caractère automatique du relèvement du montant de la sanction au regard de la seule appartenance à ce groupe* ». Elle a poursuivi en rappelant que la disposition contestée avait déjà fait l'objet « *de précisions par la jurisprudence concernant le dommage causé à l'économie dont il est également tenu compte pour définir la sanction applicable, lequel doit être apprécié dans son principe et son importance, sans qu'il soit requis de le chiffrer* ».

Par ces motifs, la Cour de cassation a jugé que les questions posées ne présentaient pas un caractère sérieux au regard des exigences s'attachant aux principes d'égalité, de nécessité et de proportionnalité des peines ainsi qu'au principe de légalité des délits et des peines.

Sur la détermination des sanctions

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

Arrêt de rejet du 16 avril 2013, Expedia

La Cour de cassation a confirmé, en 2013, certains points importants de sa jurisprudence relative au contenu et aux modalités d'appréciation du critère légal relatif à l'importance du dommage causé à l'économie, dans le prolongement de son arrêt Société Orange France rendu en 2012¹⁵⁹. À cet égard, il convient de rappeler que, en substance, le critère légal relatif à l'importance du dommage causé à l'économie ne saurait être présumé et doit être démontré¹⁶⁰, bien que soit exigée 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.

159. À cet égard, voir Rapport annuel 2012, p. 371.

160. Sur l'exigence de cette démonstration, voir par exemple l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2013, société Lacroix signalisation.

À cet égard, la Cour de cassation a rappelé qu'au rang des différents éléments susceptibles d'être pris en considération pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie figuraient notamment la durée de la pratique, d'une part, et la part de marché pertinent qui a été affectée par la pratique, d'autre part¹⁶¹. Elle a ainsi confirmé l'approche de la cour d'appel de Paris, qui avait retenu dans son arrêt que « *l'entente a duré plus de six ans et qu'elle a affecté un marché dont le chiffre d'affaires, constitué de commissions, a évolué de 278 millions d'euros en 2002 à 341,8 millions d'euros en 2007 et sur lequel le site "voyages-sncf.com" est passé d'une part de marché d'environ 5 % en 2002 à plus de 20 % en 2007; (...) [le Conseil de la concurrence] ajoute que c'est toute l'activité du site de l'Agence VSC qui a bénéficié du surplus de revenus liés à l'entente anticoncurrentielle, au détriment de ses concurrents, et que la perturbation du marché qui en est résultée suffit à caractériser un dommage à l'économie que le Conseil de la concurrence n'était pas tenu de chiffrer précisément* ».

Dès lors, en se fondant sur la durée de la pratique et la part du marché pertinent qui avait été affectée par celle-ci, la cour d'appel n'encourt pas le reproche d'avoir présumé l'existence du dommage à l'économie.

Autres mesures

Sur le sursis à exécution

Arrêts de cassation du 22 octobre 2013, Axiane meunerie et Minoteries Cantin

Par deux arrêts rendus le 22 octobre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité de deux ordonnances de sursis à exécution rendues dans l'affaire des farines le 3 juillet 2012 sur le fondement de l'article L. 464-8 du Code de commerce qui permet au « *premier président de la cour d'appel de Paris [d'] ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision [de l'Autorité] 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* ».

Il convient de rappeler que, dans cette affaire, le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris avait ordonné qu'il soit sursis à l'exécution de la décision 12-D-09 de l'Autorité relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, et ce à hauteur des cinq sixièmes des amendes infligées, dans la mesure où celles-ci étaient susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives sur deux entreprises sanctionnées, Axiane meunerie et Minoteries Cantin, filiales appartenant à un important groupe meunier français.

La question centrale, dans le cadre de la demande de sursis présentée par les entreprises et accordée partiellement par le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris, puis dans le cadre du pourvoi formé par le président de l'Autorité

¹⁶¹. Elle a également ajouté, par son arrêt du 28 mai 2013, société Lacroix signalisation, que peuvent aussi être pris en considération l'« *effet d'éviction des petites et moyennes entreprises du fait des pratiques d'exclusion mises en œuvre à leur encontre par les membres du cartel, [...] le surpris résultant de la mise en œuvre de l'entente, [...] [et] l'absence d'évolution significative des parts de marché constatée à l'issue de l'éclatement du cartel* ».

de la concurrence à l'encontre des ordonnances rendues, était celle de la prise en compte de l'appartenance de ces entreprises à un groupe pour évaluer le caractère manifestement excessif ou non du paiement de la sanction. À cet égard, l'article L. 464-2 du Code de commerce autorise l'Autorité, lorsqu'elle détermine le montant d'une sanction pécuniaire qu'elle inflige, à tenir compte de « *la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient* » (soulignement ajouté). Dès lors, rien ne s'oppose à ce que l'appréciation des conséquences manifestement excessives ou non de l'exécution de la décision soit opérée au regard de la puissance financière du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée.

Toutefois, les entreprises sanctionnées, suivies sur ce point par le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris dans le cadre de leur demande du sursis à exécution, estimaient « *qu'à ce stade de la procédure, les conséquences manifestement excessives de l'exécution de la décision doivent être appréciées au vu de la seule situation financière de la société frappée de l'amende*¹⁶² », au motif notamment que « *le chiffre d'affaires du groupe n'est en effet évoqué aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce que pour déterminer le maximum légal de la sanction*¹⁶³ » .

Par ses deux arrêts rendus le 22 octobre 2013, la Cour de cassation a censuré cette analyse en affirmant « *qu'il n'est pas interdit au premier président, saisi en application [de l'article L. 464-8 du Code de commerce], de tenir compte, s'il l'estime justifié par les circonstances de l'espèce, de l'appartenance de la personne morale sanctionnée à un groupe pour apprécier si l'exécution immédiate de la décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ».

Dans le prolongement de ces arrêts, il convient de souligner que la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel s'agissant de la prise en compte de l'appartenance à un groupe pour la détermination de la sanction. Après avoir affirmé que « *l'article L. 464-2, I, du Code de commerce ayant pour objet d'assurer l'efficacité de la protection de l'ordre économique au moyen d'une sanction dissuasive qui doit tenir compte de l'intégralité des ressources pouvant être mobilisées par l'entreprise à laquelle sont imputées des pratiques prohibées, tout en prévoyant qu'elle soit déterminée individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction, ce qui permet d'apprécier l'autonomie dont cette entreprise dispose à l'égard du groupe auquel elle appartient et exclut tout caractère automatique du relèvement du montant de la sanction au regard de la seule appartenance à ce groupe*¹⁶⁴ », la Cour de cassation a conclu à l'absence de caractère sérieux de la question.

162. Ordonnance de la cour d'appel de Paris du 3 juillet 2012.

163. *Ibidem*.

164. Arrêt de non-lieu à renvoi du 19 novembre 2013.

Jurisprudence du Conseil d'État

Sur l'application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (réalisation d'une opération en l'absence de notification)

Décision du 24 juin 2013, Colruyt (+ refus de QPC)

Par une décision en date du 24 juin 2013, le Conseil d'État a confirmé la décision de l'Autorité de la concurrence 12-D-12 du 11 mai 2012 qui imposait une sanction pécuniaire à Ets Fr. Colruyt (ci-après « Colruyt ») en application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce pour réalisation d'une opération sans notification.

Sur les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par Colruyt, le Conseil d'État a considéré, dans une décision préalable du 14 décembre 2012, que les dispositions du II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce relatif à l'organisation de l'Autorité de la concurrence avaient déjà été déclarées conformes à la Constitution par la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 rendue à l'occasion du recours en annulation contre la décision 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. Il a également estimé que les dispositions de l'article L. 430-3 du Code de commerce prévoyant qu'une opération doit être notifiée à l'Autorité avant sa réalisation, et du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce sanctionnant le non-respect de cette disposition, désignent de façon suffisamment claire l'auteur du manquement, susceptible d'être sanctionné, et ne méconnaissent donc ni le principe de légalité des délits et des peines ni celui de personnalité des peines. De même, le Conseil d'État estime que le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce est sans incidence sur l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité et ne peut donc pas méconnaître les principes d'indépendance et d'impartialité.

Sur la régularité de la décision de l'Autorité, le Conseil d'État estime que le pouvoir de saisine d'office reconnu par l'article L. 462-5 du Code de commerce dans le cas d'un défaut de notification d'une opération de concentration n'est pas en soi contraire à l'exigence d'équité dans le procès mais doit être suffisamment encadré pour ne pas donner à penser que les membres de la formation appelée à statuer sur la sanction tiennent les faits visés par la décision d'ouverture comme d'ores et déjà établis. L'Autorité ne pouvant se saisir d'office que sur proposition de son rapporteur général dont l'indépendance à l'égard des formations de l'Autorité compétentes pour prononcer des sanctions est assurée par les dispositions de l'article L. 461-4 du Code de commerce, le Conseil d'État considère que la faculté d'autosaisine fait l'objet d'un encadrement satisfaisant. Par ailleurs, la décision de saisine d'office se bornant à constater le défaut de notification sans

motivation, son adoption par des membres du collège qui ont ensuite participé au délibéré de la décision de sanction ne porte pas atteinte au principe d'impartialité.

Sur le bien-fondé de la décision de l'Autorité, le Conseil d'État estime que les dispositions combinées des articles L. 430-3 et L. 430-1 du Code de commerce sont suffisamment claires pour permettre aux professionnels concernés de déterminer si une opération de concentration doit faire l'objet d'une notification, de prévoir qu'un défaut de notification préalable constitue un manquement susceptible d'être sanctionné et d'identifier la ou les parties à l'opération de concentration sur lesquelles pèse l'obligation de notification et conclut ainsi que la décision de l'Autorité ne méconnaît pas le principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil d'État reconnaît également le caractère proportionné de la sanction pécuniaire imposée, l'Autorité ayant pris en compte les circonstances de nature à expliquer les raisons du manquement et les difficultés financières dont se prévalait Colruyt pour retenir une amende représentant 1 % seulement du montant maximal encouru.

Sur l'application des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration)

Décision du 23 décembre 2013, Direct 8

Dans une décision du 23 décembre 2013, Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1), le Conseil d'État a annulé la décision 12-DCC-101 rendue par l'Autorité le 23 juillet 2012, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus (ci-après « GCP »).

En ce qui concerne la légalité externe de la décision attaquée, le Conseil d'État a considéré que la décision n'avait pas respecté le principe de collégialité des décisions prises en application de l'article L. 430-7 du Code de commerce, tel que prévu par les articles L. 461-1 et L. 461-3 dudit code. Il a en effet constaté que la formation de l'Autorité de la concurrence ayant siégé lors de la séance du 2 juillet 2012 n'avait pas délibéré collégialement sur l'ultime version des engagements présentée le 20 juillet 2012, qui se trouvait pourtant intégrée dans la décision du 23 juillet 2012, laquelle, contrairement à ce que soutenait l'Autorité de la concurrence, ne se bornait pas à prendre acte de la conformité des engagements pris par les parties aux exigences formulées par le collège à la suite de la séance.

Sur la légalité interne de la décision attaquée, le Conseil d'État a considéré que les engagements pris par GCP afin de prévenir les effets congloméraux de l'opération sur le marché de l'acquisition de droits portant sur une diffusion en clair de films français récents étaient insuffisants.

GCP s'était en effet engagé à ne pas acquérir, au cours d'une même année, les droits de diffusion en télévision payante et en clair d'un même film français récent inédit en clair pour plus de vingt films, et à négocier de manière séparée leurs

acquisitions de droits de diffusion en clair et leurs acquisitions de droits de diffusion en télévision payante pour l'ensemble des droits de diffusion de films français récents, à l'exception des droits de diffusion de ces vingt films. GCP s'était également engagé à ne pratiquer aucune forme de couplage, de subordination, d'avantage ou de contrepartie entre les acquisitions de droits de diffusion en clair et les acquisitions de droits de diffusion en télévision payante, à confier l'acquisition séparée de droits de diffusion en clair à une société juridiquement distincte de celle chargée des acquisitions de droits de diffusion en télévision payante, à conférer à cette société tous moyens nécessaires à son autonomie, y compris un personnel recruté directement par elle, et à prévenir tout échange d'informations relatives aux acquisitions, stratégies et négociations d'achats, conditions commerciales et contrats d'acquisition entre la société juridiquement distincte et le reste des activités de la société Groupe Canal Plus.

Or, dans la mesure où ces engagements ne portaient pas sur les achats de droits de diffusion de films français en deuxième et troisième fenêtre en clair, mais uniquement sur les films inédits en clair, c'est-à-dire sur les premières fenêtres, le Conseil d'État a estimé que GCP pourrait s'appuyer sur sa position de quasi-monopsonne sur les marchés de droits de diffusion de films français en télévision payante pour conquérir une position dominante sur les marchés de diffusion de films français en deuxième et troisième fenêtre en clair, grâce à un effet de levier consistant dans la liaison des acquisitions de droits exclusifs de diffusion en télévision payante et des acquisitions de droits exclusifs de diffusion en deuxième ou troisième fenêtre en clair. Il a considéré que les autres chaînes gratuites ne disposeront pas effectivement d'un pouvoir de négociation leur permettant d'imposer aux détenteurs de droits de lier l'acquisition des droits de diffusion en première fenêtre en clair à l'acquisition des droits de diffusion en deuxième et troisième fenêtre en clair ou d'insérer dans les contrats d'acquisition des clauses de préemption permettant de bénéficier d'une priorité pour l'acquisition de ces derniers droits et que GCP sera incitée à mettre en œuvre un tel effet de levier, qui lui permettra d'obtenir des contenus attractifs susceptibles d'alimenter les grilles des chaînes acquises et aurait pour effet d'ériger de fortes barrières à l'entrée sur les marchés de droits de diffusion de films français en deuxième et troisième fenêtre en clair avec des conséquences significatives sur la concurrence.

Sur les conséquences de l'illégalité de la décision attaquée, le Conseil d'État a rappelé que, si l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, cet effet rétroactif de l'annulation peut être de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets; qu'il appartient donc au juge administratif de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation; qu'il lui

revient ainsi d'apprécier s'il peut être dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir, dans sa décision d'annulation, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. En l'espèce, il constate que l'annulation prononcée aurait nécessairement eu pour conséquence que l'Autorité de la concurrence aurait été tenue, en vertu de l'article R. 430-9 du Code de commerce et dans les délais prévus par ce code, de réexaminer la concentration litigieuse, et que, sans remettre en cause, par elle-même, la réalisation de l'opération de concentration, l'annulation aurait ôté toute valeur contraignante aux engagements pris par les parties. Dès lors, le Conseil d'État a décidé de différer l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence jusqu'au 1^{er} juillet 2014. De plus, afin que l'annulation rétroactive de la décision ne prive pas l'Autorité de la concurrence de la capacité de sanctionner d'éventuels manquements aux engagements qui y sont annexés, il a limité dans le temps les effets de l'annulation et prévu que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets de la décision attaquée antérieurement à son annulation doivent être regardés comme définitifs.

Décisions du 9 avril 2014, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc

Dans trois décisions rendues le 9 avril 2014, le Conseil d'État a confirmé les décisions 13-DCC-12 et 12-DCC-125 par lesquelles l'Autorité a autorisé la prise de contrôle conjoint par l'Association des centres de distributeurs Edouard Leclerc (ci-après ACDLec) et le groupe Cornac des sociétés Nobladis et Sodirev, et la prise de contrôle conjoint par l'ACDLec et l'Union des coopérateurs d'Alsace de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire.

Dans ses recours, l'ACDLec contestait la légalité des décisions 12-DCC-125 et 13-DCC-12 en ce que ces décisions comportaient, chacune, une décision autonome, distincte de la décision d'autorisation, déclarant l'ACDLec en situation de contrôle conjoint des cibles. De la même manière, M. Thierry Cornac, aux côtés de l'ACDLec, contestait la légalité du refus de l'Autorité d'accuser réception d'un dossier complet dans le cadre de la décision 13-DCC-12 dans la mesure où celui-ci n'avait pas fait l'objet d'une notification conjointe avec l'ACDLec.

Le Conseil d'Etat a jugé irrecevables les requêtes en annulation de l'ACDLec en ce que les décisions attaquées auraient comporté, chacune, une décision autonome de la décision d'autorisation, déclarant l'ACDLec en situation de contrôle conjoint. En effet, l'appréciation portée sur l'exercice d'un contrôle conjoint afin de tenir compte de l'activité de l'ensemble des personnes concernées par une opération dans l'analyse de ses effets sur la concurrence sur les marchés pertinents identifiés constitue le soutien du dispositif de la décision, et n'en est donc pas détachable. Elle ne saurait donc être regardée comme constituant une décision distincte de la décision d'autorisation.

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Sur la légalité de la lettre d'incomplétude de l'Autorité dans le cadre de la décision 13-DCC-12, le Conseil d'État a également considéré que la requête des époux Cornac et de l'ACDLec était irrecevable pour défaut d'objet. En effet, si l'Autorité de la concurrence a refusé, par décision du 29 novembre 2012 et en vertu des dispositions de l'article R.430-2 du Code de commerce, d'accuser réception d'un dossier complet, en demandant de faire notifier conjointement l'opération par l'ACDLec en raison du caractère conjoint de la prise de contrôle, elle a, après notification conjointe et communication d'informations complémentaires, accusé réception de cette notification le 20 décembre 2012. La requête était dès lors dépourvue d'objet à la date du 29 janvier 2013 à laquelle elle a été enregistrée.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Aucune question prioritaire de constitutionnalité n'a fait l'objet d'une décision de renvoi au Conseil constitutionnel en 2013 dans le cadre d'un recours devant la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Rapport annuel du conseiller auditeur



Rapport annuel du conseiller auditeur

Les missions du conseiller auditeur _____	283
La saisine du conseiller auditeur _____	283
Les pouvoirs du conseiller auditeur _____	283
Les saisines du conseiller auditeur _____	285
Les suites données aux observations du conseiller auditeur par les décisions de l’Autorité et les arrêts de la cour d’appel _____	286

Les missions du conseiller auditeur

La mission confiée au conseiller auditeur par l'article L. 461-4 du Code de commerce consiste à permettre « *d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ». À cette fin, il « *recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs* ». Il transmet au président de l'Autorité un rapport d'évaluation de la situation et propose, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

L'article R. 461-9 II, troisième alinéa, du Code de commerce rappelle la mission du conseiller auditeur, dans des termes identiques à ceux de la loi : « *Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité* ».

Toutefois, cet article apporte une précision complémentaire importante, car « *le conseiller auditeur peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties* ».

La saisine du conseiller auditeur

Le conseiller auditeur peut être saisi par les parties mises en cause dans des affaires donnant lieu à notification des griefs ; il peut aussi de sa propre initiative appeler l'attention du rapporteur général « *sur le bon déroulement de la procédure s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties* ». Cette faculté correspond à un droit d'autosaisine du conseiller auditeur.

Les pouvoirs du conseiller auditeur

Contrairement à ses homologues communautaires, le conseiller auditeur français ne dispose pas de pouvoir décisionnel. Le législateur l'a cependant doté de différents pouvoirs qui lui permettent d'intervenir aux divers stades de la procédure devant l'Autorité de la concurrence et ainsi d'être à même de remplir la mission de protection des droits des parties qui lui a été confiée. Ces pouvoirs sont énumérés ci-dessous.

Recueillir les observations des parties

Aux termes de l'article L. 461-4, quatrième alinéa, du Code de commerce, le conseiller auditeur peut recueillir les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs.

L'article R. 461-9 II, deuxième alinéa, confirme ce pouvoir. Il précise cependant que cela concerne « *des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité* ».

Recueillir les observations complémentaires des parties et du rapporteur général

L'article R. 461-9 II, troisième alinéa, dispose que le conseiller auditeur « *recueille, le cas échéant, les observations complémentaires des parties ainsi que celles du rapporteur général sur le déroulement de la procédure* ». Ces observations peuvent venir compléter les observations principales prévues à l'article L. 461-4 du Code de commerce. Cette disposition conduit à l'instauration d'un dialogue entre le conseiller auditeur, les parties saisissantes et le rapporteur général. Ce dialogue doit lui permettre de remplir au mieux sa mission de médiation dans un esprit constructif.

Proposer des mesures

L'article R. 461-9 II, troisième alinéa, précise que le conseiller auditeur « *peut proposer des mesures destinées à améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ». Les propositions du conseiller auditeur, en général concrètes et pragmatiques, sont destinées à orienter les décisions du rapporteur général.

Rédiger un rapport

Conformément à l'article L. 461-4, quatrième alinéa, une fois les observations recueillies, le conseiller auditeur « *transmet au président de l'Autorité un rapport évaluant ces observations* ». Dans son rapport, le conseiller auditeur peut proposer tout acte « *permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties* ».

L'article R. 461-9 II ajoute une précision. En son quatrième alinéa, il prévoit qu'une copie du rapport remis au président de l'Autorité dix jours ouvrés avant la séance doit être adressée « *au rapporteur général et aux parties concernées* ».

Assister à la séance et présenter le rapport sur invitation du président de l'Autorité

L'article R. 461-9 II, cinquième alinéa, dispose que « *le président de l'Autorité de la concurrence peut inviter le conseiller auditeur à assister à la séance et à y présenter son rapport* ».

Par ailleurs, l'article R. 461-9 III prévoit que, « pour l'exercice de ses fonctions, le conseiller auditeur bénéficie du concours des services d'instruction de l'Autorité. Il est habilité à demander la communication des pièces du dossier dont il est saisi auprès du 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 onze reprises.

Année	N° de dossier	Secteur concerné	Décision rendue
2009	07/0047	Pratiques mises en œuvre par les sociétés du groupe Carrefour dans le secteur de l'alimentation.	Décision 10-D-08 du 3 mars 2010
	08/0003F et 08/0023F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au Port du Havre	Décision 10-D-13 du 15 avril 2010 Arrêt du 20 janvier 2011 de la cour d'appel de Paris
2010	05/0044F	Pratiques mises en œuvre par la société Hypromat France SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression	Décision 10-D-12 du 15 avril 2010
	08/0040F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires	Décision 12-D-09 du 13 mars 2012*
	06/0070F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine	Décision 12-D-24 du 13 décembre 2012**
2011	09/0007F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives en France	Décision 11-D-17 du 8 décembre 2011 Arrêt du 30 janvier 2014 de la cour d'appel de Paris
2012	09/0117F et 10/0059F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur du commerce de détail des produits pharmaceutiques en magasin spécialisé	Décision 13-D-11*** du 14 mai 2013
	07/0032F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits chimiques	Décision 13-D-12**** du 28 mai 2013
	12/0032F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication de matériel d'installation électrique	Décision 13-D-08***** du 15 avril 2013
2013	10/0001F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la boulangerie artisanale	Instruction en cours
	07/0032F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits chimiques	Décision 13-D-12***** du 28 mai 2013

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

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

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

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

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

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

Au cours de l'année 2013, le conseiller auditeur a donc été saisi dans le cadre de deux affaires ayant donné lieu à notification de griefs.

Dans le courant du même exercice, les services d'instruction de l'Autorité ont adressé dix notifications de griefs, une notification de grief complémentaire et huit rapports.

L'intervention du conseiller auditeur a d'autre part été sollicitée à quatre reprises, courant 2013, dans des cadres procéduraux ne relevant pas de ses attributions légales (intervention sollicitée avant la notification des griefs ou intervention sollicitée dans un champ de compétence non prévu par les dispositions de l'article L. 461-4 du Code de commerce). À titre d'exemple, le conseiller auditeur a été saisi par le conseil d'une association sportive à l'occasion de l'instruction d'une demande d'avis formulée à l'Autorité de la concurrence par un tribunal de commerce.

Les suites données aux observations du conseiller auditeur par les décisions de l'Autorité et les arrêts de la cour d'appel

Au cours de l'année 2013, la cour d'appel n'a pas été amenée à statuer sur des affaires ayant donné lieu à saisine du conseiller auditeur.

Arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 janvier 2014, relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives

Cet arrêt fait suite au recours formé contre la décision **11-D-17 du 8 décembre 2011** rendue par l'Autorité de la concurrence et analysée dans le rapport annuel 2011. La saisine du conseiller auditeur, également résumée dans le rapport annuel 2011 (p. 332), avait porté sur la volonté des sociétés Henkel AG & Co et Henkel France SA (ci-après collectivement dénommées « les sociétés Henkel ») d'obtenir la communication de pièces du dossier n° COMP/39579 suivi par la Commission européenne 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 ce point, il convient de rappeler que par courrier du 12 septembre 2011, le rapporteur général adjoint de l'Autorité a finalement transmis à la Commission, sur la suggestion du conseiller auditeur, la demande de communication de pièces dont il était saisi par les sociétés Henkel. Par courrier du 30 septembre 2011, la Commission a cependant refusé la communication des pièces en indiquant notamment qu'elles concernaient une enquête portant sur une infraction autre que celle examinée dans le dossier français¹⁶⁵. Dans son rapport du 3 octobre 2011, le conseiller auditeur a conclu que le

¹⁶⁵. Les sociétés Henkel ont exercé deux recours devant le Tribunal de l'Union européenne contestant la légalité des décisions de la Commission rejetant, d'une part, la requête de l'Autorité visant à obtenir la communication des pièces du dossier communautaire et, d'autre part, leur demande d'accès au dossier sur le fondement du règlement 1049/2001. Suivant ordonnance rendue le 7 mars 2013, le Tribunal de l'Union européenne a rejeté les recours des sociétés Henkel pour défaut d'intérêt à agir; un appel est pendant devant la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-284/13 P).

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 l'exercer, et qu'il pouvait donc être considéré que toutes les facilités pour préserver l'exercice effectif de leurs droits avaient bien été reconnues aux sociétés Henkel.

Devant la cour d'appel, les sociétés Henkel ont soutenu qu'en rendant sa décision, sans qu'ait pu intervenir au préalable un débat contradictoire sur les pièces du dossier de la Commission, l'Autorité avait violé leurs droits de la défense. Elles ont par ailleurs demandé à la cour d'appel de solliciter auprès de la Commission européenne la communication des pièces en cause, de surseoir à statuer jusqu'à ce que les juridictions européennes se soient prononcées sur la légalité de la décision de la Commission rejetant la demande de transfert de pièces ainsi que de poser à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) des questions préjudicielles portant notamment sur l'atteinte aux droits procéduraux des parties, en particulier l'atteinte aux droits de la défense du chef de la non-communication des pièces sollicitées.

En réponse à ces arguments, la cour d'appel a indiqué que le respect des droits de la défense s'apprécie par rapport aux griefs notifiés. La cour a ainsi relevé qu'en l'espèce les sociétés Henkel avaient été placées en mesure de répondre à la notification des griefs et au rapport leur reprochant d'avoir participé à une entente sur le marché français des lessives. Elle en déduit que, dans ces conditions, l'Autorité était tout à fait fondée à répondre aux sociétés Henkel que leur demande de transfert de pièces se situait au-delà des exigences du débat contradictoire organisé par le Code de commerce. La cour a ainsi écarté les moyens soulevés par les sociétés Henkel au titre du respect des droits de la défense et rejeté leurs demandes.

Décision 13-D-11¹⁶⁶ du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique (affaire n° 09/0117F et 10/0059F)

Dans cette affaire, la notification des griefs est intervenue le 23 novembre 2011. Par lettre du 8 août 2012, la société Sanofi-Aventis France a saisi le conseiller auditeur des difficultés qu'elle estimait rencontrer dans l'exercice de ses droits, notamment au regard du respect des principes d'égalité et d'équité de traitement lors du déroulement de la procédure. Elle a indiqué avoir, par lettre du 12 juillet 2012, sollicité auprès de la rapporteure générale un délai supplémentaire de un mois afin de présenter ses observations en réponse au rapport, notamment « *au regard de la fermeture de ses locaux pendant quinze jours au mois d'août* ». Elle ajoutait n'avoir cependant obtenu qu'un délai supplémentaire de quinze jours, alors que la société BMS France, également partie à la procédure, avait obtenu un délai supplémentaire de trois semaines et estimait cette différence de traitement injustifiée dans la mesure où les deux sociétés étaient, selon elle, dans la même situation. Elle expliquait alors qu'après avoir sollicité une nouvelle fois la rapporteure générale par courrier du 25 juillet 2012 aux fins d'obtenir un délai total de trois

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

semaines, il lui avait été répondu qu'il n'y avait pas lieu de modifier le délai initialement accordé, suivant courrier du 31 juillet 2012.

Au regard des éléments communiqués par la société demanderesse, le conseiller auditeur a rappelé que les dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce, prévoyant que l'octroi d'un délai supplémentaire dépend de la démonstration par chaque partie de circonstances exceptionnelles le justifiant, impliquent nécessairement de traiter les parties de manière individuelle et donc, le cas échéant, de manière différente selon leur situation¹⁶⁷.

Il a également rappelé que la seule coïncidence du délai de réponse à la notification des griefs ou du rapport avec la période estivale ne constitue pas en soi une circonstance exceptionnelle justifiant l'octroi d'un délai supplémentaire¹⁶⁸.

Le conseiller auditeur a ainsi conclu que le refus de la rapporteure générale d'accorder un délai supplémentaire à la société Sanofi-Aventis France ne constituait pas une atteinte aux droits de cette société.

Devant l'Autorité, la société Sanofi-Aventis s'est plainte une nouvelle fois de ce qu'elle s'est vu accorder, pour la réponse à la notification des griefs et au rapport, des délais supplémentaires inférieurs à ceux accordés à la société BMS France.

Dans sa décision, l'Autorité a partagé l'analyse du conseiller auditeur, et repris les termes de la rapporteure générale dans le courrier susvisé du 31 juillet 2012, soulignant que « *la durée du délai supplémentaire éventuellement accordé pour présenter le mémoire en réponse est appréciée individuellement, en fonction des circonstances propres à chacune des parties. Par conséquent, rien n'impose d'accorder systématiquement des délais identiques à l'ensemble des parties à une même affaire* ». Elle a d'autre part indiqué qu'en l'espèce la société BMS France avait fait valoir des problèmes liés à des nécessités de traduction, ce qui a conduit la rapporteure générale à lui accorder un délai supplémentaire pour le dépôt de ses observations à la notification de grief et au rapport. Elle a enfin noté que la société Sanofi-Aventis France avait en tout état de cause bénéficié d'un délai suffisant pour présenter ses observations en réponse au rapport et avait donc pu exercer valablement ses droits de la défense.

Décision 13-D-12¹⁶⁹ du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques (affaire n° 07/0032F)

Dans cette affaire, la notification des griefs est intervenue le 12 juin 2012.

Entre le 6 août 2012 et le 23 janvier 2013, les sociétés Deutsche Bahn (DB), DB Mobility Logistics AG (DBML) et Brenntag ont saisi le conseiller auditeur de leurs observations sur le déroulement de la procédure dans ce dossier.

¹⁶⁷. Voir notamment Cons. conc. 06-D-03 du 9 mars 2006 et Cass. com. du 13 octobre 2009.

¹⁶⁸. Voir arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 janvier 2011.

¹⁶⁹. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

Sur les observations des sociétés DB et DBML

Les observations des sociétés DB et DBML ont porté sur la fixation des délais de réponse à la notification des griefs au regard de leur domiciliation à l'étranger et sur la nécessité de faire procéder à la traduction en langue allemande de la notification des griefs comportant 347 pages.

À la suite de divers courriers échangés, la rapporteure générale, tenant compte des observations développées par les deux sociétés allemandes ainsi que des observations du conseiller auditeur, a accordé aux sociétés DB et DBML un délai supplémentaire couvrant la totalité du délai supplémentaire de un mois prévu par les dispositions de l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Le conseiller auditeur a donc conclu que les droits de la défense des sociétés DB et DBML, tels que la loi en prévoit l'exercice, avaient été respectés.

Devant l'Autorité, les sociétés DB et DBML ont réitéré leurs observations relatives à l'insuffisance du délai accordé pour répondre à la notification de griefs adressée en français alors qu'elles sont de nationalité allemande.

Dans sa décision, l'Autorité a rappelé que toute entreprise est régulièrement informée de l'accusation portée contre elle dès la notification de griefs, acte à compter duquel la procédure devient contradictoire, et que conformément aux exigences issues de l'article 2 de la Constitution, reprises, s'agissant notamment des services publics, à l'article 1^{er} de la loi n° 94-665 du 4 août 1994, relative à l'emploi de la langue française, la langue de procédure devant l'Autorité est le français, comme le rappelle l'article 26 de son règlement intérieur.

Elle a notamment précisé que les sociétés demanderesse avaient été destinataires de la notification de griefs et qu'elles avaient bénéficié, à leur demande, de la totalité du délai supplémentaire de un mois fixé par l'article L. 463-2 du Code de commerce.

Après avoir rappelé les termes du rapport du conseiller auditeur, l'Autorité a souligné que le délai octroyé aux parties leur avait permis de faire procéder à des traductions et de formuler des observations longues et précises, et a ainsi conclu que l'irrégularité alléguée n'était pas fondée.

Sur les observations de la société Brenntag

Les observations de la société Brenntag ont porté sur les difficultés suivantes rencontrées dans l'exercice de ses droits de la défense :

- un accès incomplet aux pièces de la procédure, soit qu'elles ne figurent pas au dossier (rapport sur la demande de clémence de la société Solvadis France et observations de la société Univar en réponse au rapport sur sa demande de clémence), soit qu'elles soient indisponibles en consultation électronique ;
- les conditions de la convocation en séance des membres du collège par le président de l'Autorité pour examiner l'affaire dans un délai rapproché, considéré comme insuffisant pour permettre aux parties et aux membres du collège de prendre connaissance du dossier et d'intégrer de manière effective les observations des parties en réponse au rapport ;

– et la présence au dossier de pièces contenant des allégations considérées comme calomnieuses et injurieuses à l'égard de l'un de ses conseils qui lui apparaissent préjudiciables à l'exercice de sa défense.

S'agissant de l'accès aux pièces de la procédure, le conseiller auditeur a tout d'abord rappelé que la communication des rapports et observations, établis à l'occasion d'une demande de clémence, aux parties à une procédure subséquente de sanction n'est pas envisagée par la loi, le dispositif légal prévu par l'article L. 464-2 du Code de commerce visant au contraire à tenir à l'écart les entreprises concurrentes mises en cause¹⁷⁰. Il a ensuite indiqué, après vérification, que l'ensemble des pièces de la procédure avait été communiqué aux parties dès la notification des griefs, puis au moment du rapport. Il a précisé à cet égard que certaines pièces apparaissant sur le support numérique avaient bien été remises aux parties, mais sous une cotation différente de celle du dossier original, cette différence de cotation n'étant cependant pas susceptible de caractériser un manquement au principe du contradictoire ni une atteinte aux droits de la défense.

Dans ces conditions, le conseiller auditeur a pu conclure que l'accès des parties au dossier, à tous les stades de la procédure, apparaissait avoir été exercé dans des conditions permettant l'exercice de leurs droits.

S'agissant de la fixation de la date de la séance, le conseiller auditeur a rappelé qu'elle relève du collège, sous l'autorité de son président. Il a à ce titre considéré qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier à la place du collège le temps dont ses membres ont besoin pour prendre connaissance de la procédure en vue de la séance.

S'agissant finalement de l'atteinte aux droits de la défense de la société Brenntag susceptible de résulter de la présence de pièces versées au dossier contenant des allégations considérées par la société comme calomnieuses et injurieuses à l'égard de l'un de ses avocats, le conseiller auditeur a noté qu'aucune des allégations incriminées n'avait été retenue par les rapporteurs pour fonder les griefs notifiés aux entreprises.

Devant l'Autorité, la société Brenntag a réitéré ses observations sur ce point.

Dans sa décision, l'Autorité a précisé que les éléments matériels remis aux rapporteurs par le demandeur à la clémence dans le cadre de l'instruction de sa demande le sont sous son entière responsabilité et que le procès-verbal, rédigé conformément aux dispositions de l'article L. 450-2 du Code de commerce, atteste seulement le fait que l'entreprise détentrice des documents les a remis au rapporteur, ce dernier ne disposant d'aucune compétence pour écarter telle ou telle pièce transmise par l'entreprise ou décider de leur nullité.

L'Autorité a par ailleurs partagé l'analyse du conseiller auditeur, soulignant que les propos dénoncés, qualifiés d'injurieux, n'avaient en définitive jamais été utilisés dans le cadre de la procédure.

170. Voir arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 avril 2007.

Textes



Textes

Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations _____	299
I. L'objectif du contrôle des concentrations _____	299
II. Les sources _____	300
III. Le champ d'application du contrôle des concentrations _____	301
A. La notion de concentration _____	302
1. Les notions d'entreprise et de personne _____	303
2. La notion de fusion _____	304
3. La notion de contrôle _____	305
4. Critères d'appréciation d'une influence déterminante _____	308
5. Le cas particulier des entreprises communes _____	311
6. Les opérations interdépendantes _____	313
7. Les opérations transitoires _____	314
B. Seuils de contrôle _____	316
1. Les seuils applicables au contrôle national des concentrations _____	316
2. Modalités de calcul du chiffre d'affaires _____	320
IV. La procédure _____	326
A. L'obligation de notification _____	326
B. L'effet suspensif de la procédure et les dérogations _____	330
1. Dérogation à l'effet suspensif du contrôle prévue à l'article L. 430-4 _____	330
2. Dérogation à l'effet suspensif de la procédure pour les opérations sur marché (article R. 430-5) _____	331
3. La sanction de l'article L. 430-8 II _____	332
C. Les différentes phases de la procédure _____	332

D. La phase de pré-notification	333
E. Les renvois et l'application des législations nationales relatives aux intérêts légitimes	335
1. Renvois aux autorités nationales	335
2. Renvois vers la Commission	338
3. La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires	339
F. Les échanges d'informations relatifs aux notifications multiples entre les autorités en charge du contrôle des concentrations dans les différents États membres de l'Union européenne	340
G. La phase 1	341
1. Le dépôt du dossier de notification	341
2. Le contenu du dossier de notification	342
3. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction	346
4. La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification	347
5. Les délais d'examen	347
6. La conduite de l'examen de phase 1	349
7. Les engagements en phase 1	352
8. La décision de l'Autorité en phase 1	353
9. La publication des décisions	354
H. La phase 2 ou examen approfondi	356
1. Déclenchement de la phase 2	356
2. Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules	357
3. La conduite de l'examen en phase 2	358
4. Décision de l'Autorité en phase 2	360
5. Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'Économie	361
6. Les retraits de notification	362
I. Les recours	362
1. Les délais de recours	363
2. Le recours en annulation	364
3. Les référés	365
4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par le Conseil d'État	366
J. La mise en œuvre des mesures correctives	366
1. Le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives	366
2. La procédure de sanction du non-respect des engagements ou injonctions (article L. 430-8 IV du Code de commerce)	367

3. Le réexamen des mesures correctives	369
K. La mise en œuvre de l'article L. 430-9	371
V. L'examen d'une opération sur le fond	371
A. Principales notions	371
B. La délimitation des marchés pertinents	375
1. L'objectif	375
2. Les critères utilisés	377
3. La prise en compte d'indices qualitatifs et quantitatifs	379
4. Les méthodes quantitatives	385
C. L'appréciation du degré de concentration du marché	387
1. L'objectif	387
2. Les critères utilisés	388
D. Les effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux	389
1. La nature de ces effets	389
2. Les éléments d'analyse	390
E. Les effets non coordonnés dans les concentrations verticales	402
1. La nature de ces effets	402
2. Les critères d'analyse	404
F. Effets non coordonnés dans les concentrations conglomérales	411
1. La nature de ces effets	411
2. Les critères utilisés	412
G. Autre cas d'effets non coordonnés : la disparition d'un concurrent potentiel	414
H. Autre cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat	416
I. Les effets coordonnés	417
1. La nature de ces effets	417
2. Les critères utilisés	418
3. L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales	424
J. Risques de coordination des sociétés mères	425
1. La nature des effets	425

2. Les critères utilisés _____	426
K. Les restrictions accessoires _____	429
L. Les contributions au progrès économique _____	430
1. L'objectif _____	430
2. Les critères utilisés _____	431
3. Exemples de contributions au progrès économique _____	432
M. L'argument de l'entreprise défaillante _____	436
N. Les mesures correctives _____	438
1. La cession d'activité _____	440
2. La suppression de liens structurels entre des concurrents _____	445
3. La création de nouvelles capacités _____	445
4. Les mesures correctives comportementales _____	445
VI. Annexes _____	449
A. Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations _____	449
B. Questions relatives aux réseaux de distribution _____	450
1. Réseaux de distribution et influence déterminante _____	450
2. Le calcul du chiffre d'affaires _____	453
3. L'appréciation du pouvoir de marché _____	453
4. Le contenu du dossier de notification et la procédure simplifiée _____	454
C. Questions spécifiques aux fonds communs de placement _____	456
1. Qualification du contrôle _____	456
2. Le calcul du chiffre d'affaires _____	456
3. Le contenu du dossier de notification _____	456
4. Délai d'instruction du dossier _____	457
5. Renvois à la Commission _____	458
6. Analyse concurrentielle _____	458
D. Questions relatives aux coopératives agricoles _____	459
1. Les coopératives entretiennent avec leurs adhérents des relations spécifiques dont il est tenu compte dans le cadre du contrôle des concentrations _____	460
2. Les diverses formes de regroupements des coopératives _____	462
E. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives _____	464

F. Modèle d'engagements de cession devant l'Autorité de la concurrence	465
1. Définitions	466
2. L'activité cédée	467
3. Engagements liés	468
4. L'acquéreur	470
5. Mandataire	471
6. Remplacement, décharge et renouvellement de la nomination du mandataire	475
7. Clause de réexamen	476
Annexe	477
G. Modèle de contrat-type de mandat	478
1. Définitions	479
2. Désignation du mandataire	479
3. Devoirs et obligations du mandataire	479
4. Devoirs et obligations de l'entreprise mandante	482
5. Stipulations relatives au mandataire	483
6. Cessation du mandat	485
7. Autres dispositions	486

Textes

Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

I. L'objectif du contrôle des concentrations

1. Les concentrations, qu'il s'agisse de fusions, acquisitions ou de création d'entreprises communes, permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur la compétitivité globale de l'économie, sur la capacité d'innovation ainsi que sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs. Ceux-ci peuvent alors bénéficier de prix plus bas, d'une amélioration de la qualité des produits, ou d'un élargissement du choix qui leur est offert. De ce fait, et comme le rappelle le quatrième considérant du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, les concentrations *« doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté »*.

2. Cependant, ce bénéfice n'est pas assuré lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, en France comme dans la grande majorité des pays développés, le législateur a mis en place un dispositif de prévention des atteintes à la concurrence résultant des concentrations. Ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint.

3. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie : les restrictions qu'il impose à cette liberté doivent rester limitées et proportionnées. De 2009 à 2012, environ 96 % des concentrations contrôlées par l'Autorité ont été autorisées sans conditions. Cependant, dans les cas qui le nécessitent, les autorités de concurrence recherchent des mesures correctives aux atteintes à la concurrence, sous forme d'engagements proposés par les

entreprises ou d'injonctions et prescriptions lorsqu'elles disposent de ce pouvoir, comme l'Autorité. Elles peuvent aussi, lorsque aucun remède satisfaisant ne peut être trouvé, interdire une opération.

4. Le contrôle des concentrations a été créé en France par la loi du 19 juillet 1977. Son fonctionnement a été amélioré, successivement, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

5. Depuis le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence met en œuvre le contrôle des concentrations défini par le législateur national.

II. Les sources

6. L'organisation de l'Autorité de la concurrence, ses attributions, les règles générales de procédure, de décision et de recours sont définies par le Titre VI du Livre IV relatif à la liberté des prix et à la concurrence, du Code de commerce. Le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence précise quelques modalités pratiques sur la procédure.

7. Plus spécifiquement, le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les articles L. 430-1 à L. 430-10 du Code de commerce. Sa mise en œuvre est précisée par les articles R. 430-1 à R. 430-10 de la partie réglementaire du Code de commerce.

8. Sont également directement applicables certaines dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, notamment l'article premier qui fixe la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence nationales en fonction des chiffres d'affaires des entreprises concernées par la concentration. De même, l'article L. 430-2 du Code de commerce renvoie pour le mode de calcul des chiffres d'affaires à l'article 5 du règlement, précisé par la communication consolidée sur la compétence de la Commission du 21 février 2009.

9. Le règlement (CE) n° 139/2004 prévoit aussi des mécanismes de renvoi, à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22, entre la Commission européenne et les autorités de concurrence des États membres, dont les modalités d'application sont précisées par la communication de la Commission du 5 mars 2005.

10. Les autres dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 ne sont pas directement applicables au contrôle national des concentrations. Mais dans la pratique décisionnelle, dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec la pratique communautaire, les différentes notions relatives au contrôle des concentrations utilisées dans le Code de commerce sont alignées sur celles utilisées dans le règlement

(CE) n° 139/2004. Les différentes communications publiées par la Commission sur ces sujets constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles.

11. L'application de ces textes a été éclairée par la jurisprudence développée en la matière par le Conseil d'État. L'Autorité se réfère également à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, et à la jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés européennes.

12. En ce qui concerne la procédure suivie devant l'Autorité dans le cadre du contrôle des concentrations, le Conseil d'État a ainsi précisé que les décisions de l'Autorité de la concurrence dans ce cadre, lesquelles ne sont pas des sanctions, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹.

13. Le présent guide, dépourvu en lui-même de toute portée normative, complète ce corpus. Il a pour objectif de fournir aux entreprises une présentation pédagogique sur son champ d'application, sur le déroulement de la procédure devant l'Autorité et sur les objectifs, critères et méthodes employés pour les analyses au fond. Il complète et enrichit les lignes directrices publiées en décembre 2009, en s'appuyant notamment sur trois ans de pratique du contrôle des concentrations par l'Autorité.

14. Ce guide, à vocation pédagogique, ne saurait exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. Il constitue, pour l'Autorité, une directive² opposable aux entreprises et invocable par elles. Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité s'engage à appliquer les lignes directrices chaque fois qu'elle examinera une opération, sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifie qu'il y soit dérogé. Ce guide demeure susceptible d'être mis à jour, au fur et à mesure de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

III. Le champ d'application du contrôle des concentrations

15. Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce. L'article L. 430-1 définit ce qu'est une concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffres d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable.

16. Par exception, il est à noter que ces dispositions, ainsi que l'ensemble du Livre IV du Code de commerce, ne s'appliquent pas à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, comme le précisent les articles L. 930-1 et L. 940-1 du Code de commerce.

1. Décision n° 362347, 363542 et 363703 du Conseil d'État du 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres.

2. Voir la jurisprudence issue de la décision du Crédit foncier du Conseil d'État du 11 décembre 1970.

17. Seul l'article L. 430-2 renvoie explicitement au règlement communautaire n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations, d'une part, avec l'application du principe de subsidiarité (les opérations relèvent du contrôle national des concentrations si les seuils communautaires ne sont pas franchis) et, d'autre part, pour les modalités de calcul de ces seuils de chiffres d'affaires. Cependant, la définition d'une opération de concentration donnée par l'article L. 430-1 ne diffère pas de celle qui prévaut en droit communautaire et les précisions apportées par la communication consolidée publiée par la Commission européenne le 16 avril 2008³ constituent un guide d'analyse utile pour l'Autorité tant pour la notion d'opération de concentration que pour la détermination des entreprises concernées et les modalités de calcul des chiffres d'affaires. Il y est fait largement référence dans les développements ci-dessous mais les entreprises sont également invitées à s'y référer concernant les points non directement mentionnés dans ce document.

A. La notion de concentration

18. L'article L. 430-1 du Code de commerce dispose que

« I. Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. »

19. L'article L. 430-1 III précise que l'Autorité, pour déterminer si une opération est une concentration, considère aussi bien les circonstances de droit que de fait. En effet, le contrôle des concentrations ne pourrait être efficace si l'examen se limitait aux éléments de droit : toute opération, dès l'instant où elle constitue une concentration économique, ayant pour effet de modifier la structure des marchés, doit être soumise au contrôle, quels que soient les montages juridiques retenus.

3. Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:043:0010:0057:FR:PDF>.

20. La détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause est un point essentiel, une opération pouvant s'avérer n'être qu'une restructuration interne d'un groupe, auquel cas elle ne constitue pas une concentration⁴. Cette détermination repose sur la notion de contrôle qui s'apprécie selon les principes exposés ci-après. Si aucune des entreprises impliquées ne subit un changement en ce qui concerne l'identité des entreprises ou personnes qui la contrôlent ou la qualité de ce contrôle (contrôle exclusif ou contrôle conjoint), l'opération n'est pas une concentration.

21. Les principales questions soulevées par cette définition portent sur les notions d'entreprise, de personne, de fusion, de contrôle, et d'entreprise commune, qui sont présentées ci-dessous.

1. Les notions d'entreprise et de personne

22. On entend par « entreprise » *« toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »*⁵, l'activité économique étant entendue comme *« consistant à offrir des biens et des services sur le marché »*⁶. Une concentration peut porter sur l'ensemble de une ou plusieurs entreprises, mais aussi sur des éléments d'actifs constituant une partie d'une entreprise, comme des marques ou des brevets, dès l'instant où ces éléments d'actifs constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté⁷.

23. Par exemple lorsque ces éléments d'actifs sont constitués d'actifs immobiliers, leur acquisition constitue une concentration lorsque ces actifs génèrent, au moment de l'acquisition, un chiffre d'affaires (notamment des loyers) avec un ou plusieurs tiers indépendants des parties. Lorsque l'actif immobilier ne génère pas de chiffre d'affaires au moment de l'acquisition du contrôle, l'opération ne constitue une concentration que lorsque l'existence d'un chiffre d'affaires est rendue certaine à terme⁸ par exemple en raison d'une « précommercialisation », même partielle, du bien auprès d'un ou plusieurs tiers⁹. En revanche, lorsque aucun chiffre d'affaires ne peut être rattaché à l'actif, par exemple dans le cadre d'une vente en l'état de futur achèvement non précommercialisé, cet actif n'est pas une entreprise et l'opération ne constitue pas une concentration notifiable.

4. Voir les lettres d'inapplicabilité du contrôle n° 09-DCC-15 du 30 juin 2009 au conseil des institutions AG2R Prévoyance et Isica Prévoyance (groupe AG2R) et de l'institution de prévoyance Prémalliance Prévoyance (groupe Prémalliance) et n° 09-DCC-44 du 10 septembre 2009 relative au projet de transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union nationale de réassurance de la Mutualité française à la société MutRé SA.

5. CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, point 21.

6. CJCE, 16 juin 1987, Commission européenne c/ Italie, aff. 118/85, Rec. CJCE.2599, point 7.

7. Voir par exemple la décision de la Commission européenne COMP/M. 3867 – Vattenfall/Elsam and E2 Assets du 22 décembre 2005.

8. Dans un délai de trois ans à compter de l'acquisition par exemple.

9. Voir la décision de l'Autorité n° 13-DCC-80 du 4 juillet 2013 relative à la prise de contrôle conjoint du pôle de compétences urbaines de Bordeaux par la société Midi Foncière 2 et la CDC.

24. La notion de « *personne* », évoquée au point I-2 de l'article L. 430-1 comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public¹⁰, y compris l'État lui-même¹¹, et les personnes physiques. Cependant, le même article précisant qu'une opération de concentration est réalisée « *lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins [...]* », les prises de contrôle par des personnes physiques ne sont susceptibles de constituer une concentration que si ces personnes exercent des activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération¹².

25. Dans la suite du présent guide, le terme d'« *entreprise* » sera utilisé de manière générique, qu'il s'agisse d'une entreprise dans son ensemble ou seulement d'éléments d'actifs répondant aux critères ci-dessus, qu'il s'agisse d'une activité économique contrôlée par un organisme de droit privé, de droit public ou une personne physique.

2. La notion de fusion

26. Les fusions de droit peuvent être réalisées soit, par création d'une nouvelle entreprise soit, par absorption d'une entreprise par une autre. Elles entraînent, dans le premier cas, la disparition de la personnalité morale des entreprises qui fusionnent et, dans le second cas, la disparition de la personnalité morale de l'entreprise absorbée.

27. Les fusions de fait sont soumises au contrôle des concentrations comme les fusions de droit, dès l'instant où elles conduisent à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la consolidation de leurs comptes, la compensation des profits et des pertes

10. Voir par exemple le cas de la Commission IV/M.157 – Air France/Sabena du 5 octobre 1992 en ce qui concerne l'État belge; IV/M.308 – Kali et Salz/MDK/Treuhand du 14 décembre 1993 en ce qui concerne d'autres organismes de droit public tels que la Treuhand; voir aussi les décisions de la Commission européenne COMP M.1124 du 6 juillet 1998, Maersk Air/LFV Holdings, COMP/M.5508 du 15 mai 2009 Soffian/Hypo Real Estate et COMP/M.5861 du 4 août 2010 Austria/Hypo Group Alpe Adria.

11. Le point 193 de la communication consolidée de la Commission européenne ne doit pas être lu comme excluant l'État ou les entreprises publiques de la notion d'entreprise ou de personne. En effet, lorsqu'il est précisé que « *les États membres ou d'autres organismes de droit public ne sont pas considérés comme des entreprises, au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4* », ce n'est qu'aux fins du calcul du chiffre d'affaires. Il se poursuit d'ailleurs comme suit : « *Le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome.* »

12. Voir par exemple la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 09-DCC-73 du 9 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Ormoison SAS par la société ITM Alimentaire Est (Groupe ITM Entreprises) en ce qui concerne une prise de contrôle conjoint par un particulier ne détenant aucune autre entreprise au moment de l'opération et les décisions 10-DCC-15 et 10-DCC-16; voir aussi la décision de la Commission européenne COMP/M.6411 du 6 février 2012, Advent/Maxam.

entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire¹³.

28. Par exemple, dans le secteur mutualiste, les structures utilisées pour le rapprochement (Union Mutualiste de groupe ou UMG ; Société de groupe d'assurance Mutuelle ou SGAM) impliquent des liens de solidarité financière importants et durables entre les entités concernées et la combinaison de leurs comptes¹⁴. Leur création est donc analysée comme une fusion.

3. La notion de contrôle

29. Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise, dès l'instant où l'entreprise contrôlante peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée.

30. Ces notions de « *contrôle* » et d'« *influence déterminante* » sont spécifiques au droit national et au droit communautaire du contrôle des concentrations qui se rejoignent sur ce point. Par exemple, la notion de « *contrôle* » en droit national du contrôle des concentrations n'est pas identique à la notion de « *contrôle* » au sens du droit des sociétés. Il convient aussi de noter que la notion d'« *influence déterminante* » n'est pas identique à celle d'« *influence notable* » utilisée en matière de consolidation comptable.

31. Le contrôle peut être exclusif, c'est-à-dire qu'il est acquis par une entreprise agissant seule, ou conjoint, c'est-à-dire qu'il est acquis par plusieurs entreprises associées. La notion de « *contrôle en commun* » est équivalente à celle de « *contrôle conjoint* ».

a) Le contrôle exclusif

32. Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Une entreprise peut détenir un contrôle exclusif sur une autre entreprise dans deux cas :

- lorsqu'elle détient seule le pouvoir de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise concernée ;
- lorsqu'elle est la seule en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (on parle alors de contrôle exclusif « *néгатif* »)¹⁵.

13. Voir par exemple la décision de l'Autorité 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.

14. Voir les décisions 10-DCC-52 du 2 juin 2010 relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT, la décision 11-DCC-12 relative à la création d'une Union Mutualiste de Groupe par les groupes MGEN, MNH, MNT, MGET et la MAAE et la décision 11-DCC-215 relative au rapprochement du groupe Humanis et du groupe Novalis Taitbout. Voir également la décision 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

15. Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS.

33. Il est à noter que, lorsqu'une opération permet au détenteur d'un contrôle exclusif négatif de passer à un contrôle exclusif positif, la qualité du contrôle n'est pas considérée comme étant modifiée par l'opération. Par exemple, lorsqu'un actionnaire minoritaire acquiert le pouvoir de prendre seul les décisions stratégiques de l'entreprise, l'opération n'est pas une concentration s'il détenait déjà un contrôle exclusif « négatif » avant l'opération¹⁶.

34. Comme la notion de fusion, la notion de contrôle exclusif s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. Un contrôle exclusif est normalement acquis de plein droit lorsqu'une entreprise obtient la majorité du capital et des droits de vote d'une société ou de la société mère d'un groupe de sociétés. Un contrôle exclusif peut également découler, de droit, d'une participation minoritaire au capital, lorsque des droits de vote spéciaux sont attachés à cette dernière comme des droits de vote double par exemple ou lorsque l'actionnaire minoritaire dispose, du fait de dispositions inscrites dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, de droits de veto spécifiques, ou lorsque les statuts lui permettent de disposer d'une majorité dans les organes dirigeants de l'entreprise¹⁷. Un actionnaire minoritaire peut également être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait. C'est, par exemple, le cas lorsque celui-ci a la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence effective des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures, généralement au cours des trois années précédant la modification de la participation au capital susceptible de matérialiser l'acquisition du contrôle¹⁸. Symétriquement, une participation majoritaire n'empêche pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint, même si ce cas de figure est rare.

35. Le contrôle exclusif ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.

36. L'acquisition d'un contrôle exclusif alors que l'entreprise était auparavant contrôlée conjointement par plusieurs actionnaires constitue une concentration. En effet, l'entreprise qui acquiert le contrôle exclusif aura à l'issue de l'opération la possibilité de déterminer seule la stratégie de l'entreprise contrôlée alors qu'elle était auparavant tenue de prendre en considération les intérêts des autres actionnaires et de coopérer en permanence avec eux¹⁹.

b) Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

37. Lorsque deux ou plusieurs entreprises ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, le contrôle est conjoint. Chacune des

16. *A fortiori*, le passage d'un contrôle exclusif positif à un contrôle exclusif négatif n'est pas une concentration.

17. Voir par exemple la 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.

18. Voir les décisions de la Commission européenne COMP/M.4994 du 10 juin 2009, Electrabel/Compagnie nationale du Rhône et de l'Autorité 11-DCC-182 du 2 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Rue du Commerce par la société Altarea.

19. Point 86 de la communication consolidée.

entreprises contrôlantes doit avoir la possibilité de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée et est donc appelée à collaborer et s'entendre avec les autres actionnaires sur la stratégie de l'entreprise contrôlée.

38. Comme les notions précédentes, la notion de contrôle conjoint s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. La forme la plus classique du contrôle conjoint est celle où deux entreprises contrôlantes se partagent à parité les droits de vote d'une entreprise contrôlée. Néanmoins, une situation de contrôle conjoint peut advenir alors même qu'il n'existe pas de parité entre les deux entreprises contrôlantes en termes de votes ou de représentation dans les organes de décision²⁰ ou lorsque plus de deux entreprises contrôlantes se partagent ce contrôle.

39. Comme pour le contrôle exclusif, le contrôle conjoint ne suppose pas que les entreprises contrôlantes aient le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, comme le contrôle exclusif (voir paragraphe 35), est leur pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée²¹.

40. L'entrée d'un nouvel actionnaire au capital d'une entreprise, qui faisait auparavant l'objet d'un contrôle exclusif ou conjoint, constitue une concentration si postérieurement à cette opération chacun des actionnaires dispose du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise²².

41. Lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent une entreprise cible en vue d'en répartir immédiatement, et de façon durable, les actifs entre elles, l'opération n'est pas constitutive d'une prise de contrôle conjoint, mais d'une prise de contrôle exclusif par chacune des entreprises contrôlantes sur les actifs qu'elle acquiert. Il s'agit alors de deux opérations distinctes du point de vue du contrôle des concentrations.

c) Absence de contrôle

42. Par ailleurs, il est à noter qu'une entreprise peut ne faire l'objet d'aucun contrôle au sens du droit des concentrations, aucun actionnaire ou aucune autre entreprise ne disposant d'une influence déterminante. Ce cas peut survenir lorsque le capital et les droits de vote d'une entreprise sont répartis entre plusieurs minoritaires, sans qu'aucun élément de droit et de fait impose que se dégage une majorité stable dans la procédure de prise de décision et qu'une majorité peut se dégager au coup par coup suivant les combinaisons possibles des voix des actionnaires minoritaires (majorités fluctuantes)²³.

20. Voir la décision de l'Autorité n° 10-DCC-34 pour un contrôle conjoint à 60%/40%.

21. Voir la décision de l'Autorité n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez et la décision de la Commission européenne COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, Gaz de France/Suez.

22. Voir les points 86 et 87 de la communication consolidée.

23. La Commission européenne a par exemple constaté, dans une décision M.5557, SNCF/CDPO/KEOLIS/EFFIA, que Keolis n'était contrôlée par aucun de ses actionnaires et que la montée au capital de la SNCF Participations, en lui conférant un contrôle conjoint sur l'entreprise, constituait une opération de concentration.

43. L'acquisition d'un contrôle exclusif ou conjoint sur une entreprise non contrôlée constitue une opération de concentration. En revanche, si l'entrée de un ou plusieurs nouveaux actionnaires au capital d'une entreprise se traduit par une situation d'absence de contrôle, cette opération ne constitue pas une concentration.

4. Critères d'appréciation d'une influence déterminante

44. Le plus souvent, ce sont les droits conférés à l'actionnaire majoritaire, voire à un actionnaire minoritaire, qui déterminent l'exercice du contrôle sur une entreprise. Il est très exceptionnel qu'une entreprise puisse disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital²⁴. Cependant, d'autres éléments, tels des relations contractuelles ou des relations financières, ajoutés aux droits conférés à un actionnaire minoritaire, peuvent établir un contrôle de fait.

45. 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.

46. En particulier, il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité que, dans le cas de certains réseaux de distribution, la combinaison de participations très minoritaires au capital des sociétés d'exploitation, des dispositions des statuts-types qui leur sont imposés et de celles des contrats d'enseigne, confère à la tête de réseau un contrôle conjoint sur ces sociétés. Dans le cas du réseau E. Leclerc, une influence déterminante a été constatée alors que la tête de réseau ne détient aucune participation au capital des sociétés d'exploitation mais impose aux adhérents de l'Association des centres distributeurs Leclerc des statuts-types très spécifiques qui se combinent avec les dispositions du contrat d'enseigne²⁵. Outre les précisions apportées ci-dessous, les questions spécifiques aux réseaux de distribution et au contrôle exercé par la tête de réseau sur les magasins indépendants sont abordées à l'annexe C.

24. Dans un avis du 15 octobre 1991, le Conseil de la concurrence a relevé l'existence d'une influence déterminante de Gillette sur Eemland Holdings NV (ci-après « Eemland »), bien que Gillette ne détienne pas d'actions d'Eemland, et n'ait ni droit de vote au conseil d'administration d'Eemland, ni le droit d'être représenté à ce conseil, ni le droit d'assister à l'assemblée générale des actionnaires, ni le droit à des informations sur cette société. Au cas d'espèce, l'influence déterminante était fondée sur un faisceau d'indices convergents. En premier lieu, Gillette était détenteur d'obligations convertibles auxquelles était attaché un droit de préemption sur les actions ordinaires et sur les autres obligations convertibles d'Eemland, permettant à Gillette d'être le seul opérateur industriel et commercial parmi les investisseurs d'Eemland, susceptible d'en prendre, le cas échéant, en partie ou en totalité le contrôle. En deuxième lieu, Eemland était en dépendance financière vis-à-vis de Gillette qui, en tant que prêteur, apportait des capitaux représentant environ 70% du chiffre d'affaires mondial d'Eemland. En troisième lieu, les accords commerciaux passés entre les parties conféraient à Gillette la possibilité de limiter la concurrence d'Eemland sur le segment des produits haut de gamme en France, sur lequel était positionnée la marque Gillette.

25. Voir les décisions 12-DCC-125 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des Coopérateurs d'Alsace et l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc et 13-DCC-12 du 28 janvier 2013 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nobladis et Sodirev par le groupe Cornac et l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc. À la date de la publication des lignes directrices, ces décisions font l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

a) Les droits conférés aux actionnaires

47. C'est généralement la détention d'une majorité des droits de vote qui confère à un actionnaire une influence déterminante sur l'entreprise. Néanmoins, une participation minoritaire peut également permettre à un actionnaire d'exercer une influence déterminante si elle est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers²⁶ ou si ces droits, examinés selon la méthode du faisceau d'indices convergents de nature juridique ou économique, sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante.

48. Pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante, l'Autorité examine, en premier lieu, les droits qui lui sont conférés et leurs modalités d'exercice. Elle tient compte, par exemple :

- des droits de veto, en particulier ceux portant sur le plan stratégique, la nomination des principaux dirigeants, les investissements et le budget ;
- de la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part dans les décisions supérieure à la part dans le capital ;
- de la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise ;
- de la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions, ou encore de l'existence d'options d'achat ; en elles-mêmes, de telles options ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants, mais elles peuvent venir conforter d'autres indices d'une influence déterminante ;
- de la possession de droits de préemption ou de préférence²⁷ ;
- de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées au management ou aux entreprises mères.

49. L'Autorité analyse aussi si l'éparpillement de l'actionnariat n'est pas susceptible de donner à la participation de l'actionnaire minoritaire un impact concret plus important dans les délibérations. En cas de nécessité, cet examen s'appuie sur les procès-verbaux des conseils d'administration sur plusieurs années qui

²⁶. Voir les avis du Conseil de la concurrence n^{os} 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004 et les arrêtés du ministre chargé de l'Économie et du ministre chargé de l'Agriculture C2004-120/C2004-121 du 25 mai 2005 : « En l'espèce, les prises de participation minoritaires réalisées par Kronenbourg dans le capital des sociétés Ferrer, Fewovrier, Murgier et Kibl ont donné lieu à une modification des statuts. Les dispositions de ces statuts, relativement similaires d'une opération à l'autre, conféraient à Kronenbourg un droit de veto sur certaines décisions du conseil d'administration, relatives à des engagements financiers importants et un droit de préférence en cas de cession des actions. Kronenbourg a, de plus, conclu avec les groupes familiaux des sociétés Ferrer, Fewovrier et Kibl, des pactes d'actionnaires, comportant notamment une promesse de vente à échéance indéterminée de la totalité du capital en sa faveur. Dans leurs modalités, aucune de ces dispositions juridiques n'excède ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers et ne permet à Kronenbourg de contrôler la stratégie de l'entreprise. » ; voir également la décision de l'Autorité n^o 11-DCC-10 du 25 janvier 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Pariset par Windhurst Industries et à la prise de contrôle conjoint de Windhurst Industries par le FSI.

²⁷. Voir la décision n^o 11-DCC-07 du 28 janvier 2011 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par La Poste et SFR.

peuvent être utilisés pour déterminer la répartition et l'influence réelle des votes des actionnaires²⁸.

50. Dans certains cas, il est nécessaire d'apprécier si certains actionnaires sont amenés à coordonner leurs décisions :

- en raison d'un pacte d'actionnaires ou de tout autre accord exprimant les conduisant à agir de concert ou à faciliter la coordination de leurs votes²⁹;
- en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits³⁰.

b) Les relations contractuelles

51. À elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Ainsi, le point 18 de la communication consolidée de la Commission rappelle que « *afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels).* »³¹.

52. Comme exemple de contrats pouvant permettre à eux seuls une prise de contrôle, la Commission cite dans le même point les conventions de location-gérance, par lesquelles l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés et renvoie à l'article 3, paragraphe 2, point a), du règlement n° 139/2004 qui précise que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise³².

53. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats de franchise, comme l'indique la Commission, « *les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchiseé. Le franchiseé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments*

28. Voir pour une analyse de participations minoritaires prenant en compte la répartition des votes en assemblée générale l'arrêté du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi du 28 janvier 2008 relatif à l'absence de notification d'une concentration consistant en la prise de contrôle de Novatrans par SNCF Participations; la décision de la Commission européenne n° COMP 4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône du 29 avril 2008 et la décision n° 11-DCC-182 du 2 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Rue du Commerce par la société Altarea.

29. Voir par exemple l'avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006 sur le contrôle conjoint détenu par les sociétés Pan Fish et Wartdal sur la société Aalesundfisk et les décisions 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS et 13-DCC-37 du 26 mars 2013 relative à la création d'une entreprise commune regroupant les activités d'alimentation animale d'Unicor, Qualisol et InVivo dans le sud de la France.

30. Voir par exemple la décision n° 10-DCC-06 du 21 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Thémis Grains par le groupe coopératif Unéal.

31. Voir par exemple la décision n° 10-DCC-61 du 15 juin 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société de la Raffinerie de Dunkerque par la société Colas.

32. Voir la décision n° 09-DCC-46 du 28 septembre 2009 relative à la prise en location-gérance par la société Distribution Casino France d'un hypermarché détenu par la société Doremi.

*d'actifs appartiennent au franchiseur*³³ ». Pour plus de précisions concernant les contrats de franchise, il convient de se rapporter à l'annexe C.

c) Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle

54. L'Autorité tient aussi compte, dans son appréciation, des liens économiques que les actionnaires auront avec la nouvelle entité, par exemple :

- le fait d'être le principal actionnaire industriel de la nouvelle entité, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote;
- l'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec la nouvelle entité;
- la constatation de relations commerciales très privilégiées tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de distribution, d'unités de production;
- le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie;
- le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise³⁴.

5. Le cas particulier des entreprises communes

55. Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1, qu'il s'agisse « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». La création d'une telle entreprise commune peut résulter :

- de la création d'une structure commune totalement nouvelle,
- de l'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, dès l'instant où ces actifs, qu'il

33. Paragraphe 19 de la communication consolidée de la Commission.

34. Dans l'affaire Est républicain/BFCM/Socpresse, le Conseil d'État a considéré que la BFCM exerçait une influence déterminante sur EBRA en tenant compte de ses droits de veto et de son rôle de prêteur : « [...] *qu'en outre, la BFCM a financé seule, pour un montant total de 189 millions d'euros, la reprise de la SA Delaroché par la société EBRA, dont le capital ne dépasse pas 38 000 euros; que cette situation de prêteur confère son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de cette dernière, alors surtout qu'elle est par ailleurs en mesure, compte tenu des règles de vote prévues en la matière par l'article 19 des statuts de la société, de s'opposer, au sein de l'assemblée des actionnaires, à toute augmentation des fonds propres; que la circonstance que, par une convention de compte courant en date du 22 mai 2006, la BFCM s'est engagée à ne pas exiger de remboursement de son prêt avant l'expiration d'une période de trois ans n'est pas de nature à réduire ce pouvoir compte tenu, notamment, de l'ampleur des difficultés financières rencontrées par la SA Delaroché et de l'importance du prêt par rapport au chiffre d'affaires annuel de cette dernière;* ». Dans la décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion des groupes Banque populaire/Caisse d'épargne, l'Autorité n'a pas considéré que l'État exerçait une influence déterminante sur la nouvelle entité en tenant compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État, d'un montant de 5 Mds d'euros, était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées, soit environ 1,5 Md d'euros, pour que l'État perde son droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance.

- s'agisse de contrats, d'un savoir-faire ou d'autres actifs, permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités,
- de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante.

56. En particulier, l'entreprise est de plein exercice si elle bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale). Les moyens nécessaires à son activité peuvent être transférés par les maisons mères notamment en matière de personnels et d'actifs incorporels (marques...) ou encore leur expertise dans le domaine de la conception, de la fabrication et de la commercialisation par transfert de l'ensemble de leurs activités dans ce secteur, des contrats, des salariés ainsi que tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité³⁵.

57. De plus, la structure doit être « une entreprise accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome » (ou encore une entreprise de plein exercice), ce qui signifie qu'elle opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché³⁶.

58. Ce n'est pas le cas, par exemple, des centrales d'achat agissant pour le compte de leurs maisons mères³⁷ ou des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production³⁸. En revanche, le fait que les sociétés mères représentent une part importante des ventes de cette entreprise commune ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse s'agir d'une concentration, sous réserve que l'entreprise commune traite, sur le plan commercial, avec ses sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers, et entretienne avec cette maison mère des relations aux conditions de marché.

59. Comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne au point 93, « le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la

35. Voir les décisions de l'Autorité n^{os} 09-DCC-41, 10-DCC-147, 10-DCC-153 et 11-DCC-171 pour des exemples d'entreprise commune de plein exercice; la lettre d'inapplicabilité du contrôle n^o 10-DCC-49 pour un exemple d'entreprise commune ne disposant pas de ressources propres suffisantes; la lettre d'inapplicabilité du contrôle n^o 12-DCC-13 du 1^{er} février 2012 pour un exemple d'entreprise commune entretenant essentiellement des relations avec ses maisons mères.

36. Voir par exemple, la décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus (sur le fait qu'OCSS n'est pas une entreprise commune de plein exercice).

37. Par exemple, dans sa décision du 31 mai 2000 relative à l'opération Opéra, le Conseil d'État a considéré que la centrale d'achat Opéra, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, n'avait pas les caractéristiques d'une entreprise économique autonome notamment parce que les décisions d'achat continuaient à être prises par les maisons mères et leurs filiales, qui restaient présentes en tant qu'acheteurs sur le marché de l'approvisionnement en produits de grande distribution et que la société Opéra achetait en propre certains produits afin de les revendre à ses mandants, mais pour une part très faible des achats des maisons mères et de leurs filiales, ce qui ne suffisait pas à lui conférer le caractère d'une entité économique autonome.

38. Communication consolidée § 95.

condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie. Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel».

60. De la même façon, la notion de plein exercice ne se confond pas avec celle d'autonomie par rapport à la maison mère telle qu'elle a été définie par l'Autorité en contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

61. La structure doit être « commune », c'est-à-dire qu'elle est contrôlée conjointement par deux ou plusieurs entreprises.

62. La structure doit fonctionner « de manière durable ». Par exemple, la création d'une entreprise commune constituée pour construire un ouvrage d'art et destinée à être dissoute au terme de ce projet, ne réalise pas une concentration. *A contrario*, le fait que l'accord passé entre les sociétés mères prévoit la dissolution de l'entreprise commune en cas d'échec ne fait pas obstacle à sa qualification de concentration.

6. Les opérations interdépendantes

63. Comme le détaille la communication consolidée de la Commission (points 38 et suivants), l'Autorité considère que des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. Le considérant 20 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations précise d'ailleurs qu'il convient de traiter comme une concentration unique les opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel³⁹. En revanche, dès lors que les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire que les parties mèneraient à son terme l'une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, les différentes opérations doivent être évaluées individuellement.

64. Les opérations peuvent être considérées comme liées entre elles en droit, lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque. Mais il ne peut être exclu que soient pris en compte des éléments démontrant que, sur le plan économique, les opérations ne peuvent se faire l'une sans l'autre⁴⁰. Comme le précise le point 43 de la communication consolidée, le fait que les accords soient conclus simultanément est l'un des éléments essentiels à l'interdépendance.

65. Même faisant l'objet d'un lien conditionnel, des opérations ne peuvent cependant être considérées comme une opération de concentration unique que si pour chacune d'elles, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises⁴¹. Par exemple, lorsque plusieurs entreprises se partagent des actifs, l'Autorité considère chaque opération de façon distincte même si chacune de ces acquisitions est conditionnée par la réalisation des autres. Il convient également que chacune des opérations constitue individuellement une concentration. Des opérations qui n'emportent

39. Voir les décisions de l'Autorité n°s 09-DCC-41, 09-DCC-94, 10-DCC-140.

40. Voir les décisions de l'Autorité n°s 11-DCC-117 et 11-DCC-156.

41. Voir la décision de l'Autorité n° 10-DCC-130.

pas une prise de contrôle, telles que par exemple des participations minoritaires non contrôlantes, ne peuvent être considérées comme formant un tout indissociable avec des opérations concernant la prise de contrôle d'entreprises, quand bien même ces deux types d'opérations seraient liées entre elles.

66. Il convient de distinguer de ceux décrits ci-dessus, le cas prévu à l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 139/2004, aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. En application de cet article, des opérations successives (chacune d'elles entraînant une prise de contrôle) effectuées au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont considérées comme une seule concentration même si elles ne sont pas subordonnées l'une à l'autre⁴².

67. Dans le cas d'acquisitions interdépendantes auprès de vendeurs différents, les seuils individuels de chiffres d'affaires sont calculés pour chacune des entreprises cibles. Concrètement, dans le cas d'acquisitions par l'entreprise A des entreprises cibles B et C contrôlées par des sociétés ne faisant pas partie d'un même groupe, qualifiées de « *concentration unique* », les « entreprises concernées » sont A, B et C. En conséquence, dans l'hypothèse où ni le chiffre d'affaires individuel réalisé par B ni celui réalisé par C n'atteint les seuils individuels de chiffre d'affaires prévus par l'article L. 430-2 du Code de commerce, l'opération de « *concentration unique* » en cause n'a pas à faire l'objet d'une notification à l'Autorité dans la mesure où les seuils de chiffre d'affaires individuels ne sont pas atteints par au moins deux des entreprises concernées. En revanche, si soit B, soit C, atteint le seuil individuel, l'opération est notifiable même si la deuxième entreprise cible n'atteint pas ce seuil.

7. Les opérations transitoires

a) L'acquisition par un établissement de crédit ou autre établissement financier aux fins de la revente, dite « opération de portage »

68. L'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations précise qu'une opération de concentration n'est pas réalisée « *lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition ; ce délai peut être prorogé sur demande par la* »

⁴². Voir la décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial.

Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti».

69. La Commission a fait application de cette disposition dans la décision VUP/Lagardère⁴³, décision confirmée par le Tribunal de l'Union européenne⁴⁴.

70. L'Autorité s'inspire de cette disposition du règlement et de la pratique décisionnelle communautaire pour apprécier dans quelle mesure l'acquisition provisoire d'un actif cible par un établissement financier, un établissement de crédit ou une société d'assurance, en vue de sa revente à un tiers, constitue une opération de concentration ou non. Elle vérifie pour cela que l'acquéreur à titre provisoire ne peut exercer, seul ou conjointement, une influence déterminante sur les actifs cibles pendant la durée du portage. Par exemple, soit il n'exerce pas les droits de vote attachés aux titres qu'il a acquis, soit il est représenté par un ou plusieurs administrateurs indépendants. Dans la mesure où il n'acquiert pas une influence déterminante sur les actifs cibles, leur acquisition provisoire ne constitue pas une opération de concentration. Comme la Commission, l'Autorité considère que cette acquisition est provisoire si le portage des actifs ainsi réalisé par l'établissement financier ne dépasse pas un an. Seule l'opération de concentration consistant en la revente de ces actifs à l'acquéreur final est donc susceptible d'être notifiée à l'Autorité si les seuils de chiffres d'affaires mentionnés à l'article L. 430-2 du Code de commerce sont atteints.

71. L'Autorité vérifie également, en application de l'article L. 430-4 du Code de commerce, que l'opération de portage ne confère pas à l'acquéreur final, avant le débouclage final, une influence déterminante sur les actifs cibles⁴⁵, entraînant une réalisation sans autorisation de l'opération. Par ailleurs, le dénouement de l'opération de portage et donc la revente des actifs à l'acquéreur final ne peut intervenir avant que l'Autorité n'ait rendu sa décision. Celle-ci peut être subordonnée à des engagements ou être assortie d'injonctions.

b) Autres cas d'opérations transitoires

72. La Commission européenne indique dans sa communication consolidée⁴⁶ qu'elle retient deux conditions pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle. D'une part le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement

43. Décision de la Commission COMP/M.2978 Lagardère/Natexis/VUP du 7 janvier 2004 : dans cette affaire, Natexis s'est substitué à Lagardère afin d'acquérir à titre provisoire les actifs cibles de VUP et de les lui revendre, une fois obtenue l'autorisation de la Commission. La Commission a néanmoins considéré que, dès lors que ni Lagardère, ni Natexis, n'acquerraient le contrôle exclusif ou conjoint de la cible, l'acquisition provisoire par Natexis des actifs cible relevaient de l'application de l'article 3, paragraphe 5.

44. Arrêt du Tribunal de l'Union européenne T-279-04 et T-452-04, Éditions Odile Jacob SAS/Commission, 13 septembre 2010 : le Tribunal a confirmé que le portage ne donnait pas à Lagardère la possibilité d'exercer, seul ou conjointement avec Natexis, une influence déterminante sur les actifs cibles et qu'en conséquence, le portage ne pouvait être considéré comme une opération de concentration.

45. Dans l'hypothèse où le tiers pressenti pour être l'acquéreur final exerçait déjà un contrôle conjoint sur la cible, l'Autorité veille à ce que le portage ne lui permette pas d'acquérir le contrôle exclusif de ces actifs.

46. Paragraphes 28 et suivants de la communication consolidée de la Commission européenne.

contraignante, et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape.

73. Il est également envisagé le cas où la revente n'est que partielle « [...] dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission »⁴⁷.

74. L'Autorité s'inspire de ces dispositions pour apprécier la contrôlabilité de prises de contrôle d'actifs destinés à être revendus à courte échéance. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'acquisition provisoire par un établissement financier dans le cadre d'une opération de portage, l'opération transitoire confère bien à l'acquéreur provisoire une influence déterminante sur les actifs acquis et le caractère juridiquement contraignant du dénouement du portage ainsi que sa célérité sont des éléments essentiels. L'Autorité considère ainsi que l'acquisition par la tête de réseau d'un groupement de commerçants indépendants d'une société d'exploitation en vue de sa revente à de nouveaux exploitants n'a pas à être notifiée dès lors que l'acquisition par un acquéreur identifié est certaine⁴⁸ et doit intervenir dans un délai inférieur à un an. Seule cette deuxième opération est éventuellement notifiable si elle constitue une opération de concentration et si les seuils de chiffres d'affaires mentionnés à l'article L. 430-2 du Code de commerce sont atteints.

B. Seuils de contrôle

1. Les seuils applicables au contrôle national des concentrations

75. Aux côtés des seuils de chiffres d'affaires applicables à l'ensemble des opérations (a), la LME a introduit des seuils spécifiques (b) pour les opérations impliquant des entreprises exploitant des magasins de commerce de détail et (c) pour les opérations impliquant des entreprises exerçant leur activité dans les DROM.

a) Seuils applicables à l'ensemble des opérations

76. En vertu de l'article L. 430-2 du Code de commerce qui définit les seuils du contrôle national des concentrations et du règlement (CE) n° 139/2004 qui définit les seuils communautaires, les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence si :

47. Paragraphe 47 de la communication consolidée de la Commission européenne.

48. Voir les décisions de l'Autorité n° 09-DCC-04, 09-DCC-73 et 10-DCC-07.

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
 - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
 - l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission européenne (on dit usuellement qu'elle n'est pas de « dimension communautaire »). Comme l'indique l'article premier, paragraphes 2 et 3 du règlement (CE) n° 139/2004, une opération est de dimension communautaire si :
 - « 2. a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et
 - b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.
3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :
- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
 - dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
 - dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et
 - le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »

b) Le commerce de détail

77. Pour le commerce de détail, l'article L. 430-2 II précise les seuils applicables :
- « II. – Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :
- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
 - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;

– l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité».

78. Cette disposition sur le commerce de détail issue de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie vise à prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise, en permettant à l'Autorité d'examiner des opérations qui ne sont pas soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils de l'article L. 430-2 I.

79. Pour vérifier qu'une opération excède le premier seuil de 75 M€, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et non seulement de celles de commerce de détail. En revanche, le second seuil de 15 M€ ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes. Par exemple, une opération impliquant deux entreprises, l'une réalisant 30 M€ de chiffre d'affaires au total, exclusivement dans le commerce de détail, l'autre réalisant 50 M€ de chiffre d'affaires au total, dont 20 M€ dans le commerce de détail, sera soumise au contrôle des concentrations. En effet, l'ensemble des entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires total supérieur à 75 M€. Le premier seuil est donc franchi (même si elles ne réalisent, au total, que 50 M€ de chiffre d'affaires dans le commerce de détail). Chacune réalisant plus de 15 M€ dans le commerce de détail, le second seuil est également franchi.

80. La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôt-vente, etc.). Sont traditionnellement assimilés à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclus les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne ou par correspondance, ou encore *via* des livraisons directes aux consommateurs⁴⁹, l'article L. 430-2 II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.

81. Un exemple peut illustrer le champ défini plus haut. Une entreprise détient un ensemble de magasins réalisant ensemble 17 M€ de chiffre d'affaires, 12 M€ en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, le solde provenant d'activités connexes réalisées sur les mêmes surfaces de vente, telles que des ventes à des clients professionnels ou de la location de matériel. Les magasins de l'entreprise réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires

⁴⁹. Voir la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 10-DCC-141 du 25 octobre 2010 aux conseils de la Compagnie Pétrolière de l'Est.

en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Ces magasins sont donc considérés comme des magasins de commerce de détail. Leur chiffre d'affaires étant supérieur à 15 M€, l'entreprise franchit le second seuil prévu à l'article L. 430-2 II.

82. Autre exemple : un fabricant de produits manufacturés à destination des particuliers vend une partie de ses produits dans des magasins détenus en propre, une autre *via* des distributeurs indépendants. Si ce fabricant réalise un chiffre d'affaires total de 50 M€, dont 10 M€ dans ses propres magasins, l'entreprise ne franchit pas le second seuil prévu à l'article L. 430-2 II. En effet, elle ne réalise que 10 M€ de chiffre d'affaires dans le secteur du commerce de détail.

83. Les seuils prévus à l'article L. 430-2 II ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils de l'article L. 430-2 II. Elle reste, en revanche, soumise aux seuils prévus à l'article L. 430-2 I.

c) Les départements et collectivités d'outre-mer

84. Pour les opérations dans les départements et collectivités d'outre-mer, l'article L. 430-2 III précise :

« III. – Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer dans le Département de Mayotte ou dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;*
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros, ou à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail⁵⁰ ;*
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité. »*

85. Le seuil individuel qui doit être réalisé dans un département ou une collectivité territoriale doit donc être franchi par deux entreprises au moins. Pour apprécier si ce second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans chacun des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer pris isolément. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette

50. Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer.

entreprise ne franchit pas le seuil de 15 millions d'euros. Il en est de même pour le seuil de 5 millions d'euros réalisé avec des activités de commerce de détail définies comme exposé ci-dessus.

2. Modalités de calcul du chiffre d'affaires

86. L'article L. 430-2-V énonce que les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle national des concentrations sont celles de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004. Ces modalités ont été commentées et explicitées par la Commission, dans sa communication consolidée, aux paragraphes 157 à 220.

87. L'ensemble de ces dispositions vise à faire en sorte que les chiffres d'affaires calculés reflètent la force économique réelle et actuelle des entreprises concernées sur le marché, tout en restant de mise en œuvre relativement aisée afin de permettre aux entreprises de déterminer facilement si une opération est contrôlable, et si elle est de dimension communautaire ou nationale.

88. L'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 139/2004 comporte une disposition spécifique permettant d'assurer que des entreprises ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps, afin d'échapper au contrôle des concentrations en passant sous les seuils de contrôlabilité. Aussi, des opérations successives effectuées durant une période de deux années entre les mêmes entreprises sont considérées comme une seule concentration aux fins du calcul des chiffres d'affaires des entreprises concernées⁵¹. Néanmoins, ces opérations doivent être réalisées entre les mêmes acquéreurs et les mêmes vendeurs ou entre des entreprises appartenant respectivement aux mêmes groupes. Si d'autres entreprises se joignent à ces mêmes entreprises pour certaines seulement des opérations considérées, ces opérations successives ne sont alors pas considérées comme une seule opération. L'opération globale sera à notifier à l'Autorité dès que le chiffre d'affaires consolidé de ces opérations successives dépasse les seuils de notification obligatoire, tant en ce qui concerne le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration qu'en ce qui concerne les chiffres d'affaires individuels. La mesure du délai écoulé entre deux opérations successives doit être faite entre les dates de signature des accords juridiquement contraignants relatifs à ces opérations dans la mesure où la date à laquelle la contrôlabilité d'une opération doit être appréciée est celle de la notification à l'Autorité et où une opération peut être notifiée dès lors qu'un accord suffisamment contraignant est conclu⁵².

89. Le présent guide se limitera à rappeler les points clés du calcul des chiffres d'affaires, le lecteur étant invité à se reporter à la communication consolidée de la Commission pour toute question plus spécifique que soulèverait un cas d'espèce.

51. Décision de l'Autorité n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial.

52. Voir décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial.

a) La notion d'entreprise concernée

90. Le règlement (CE) n° 139/2004 utilise l'expression d'« *entreprises concernées* », alors que le Code de commerce utilise celle d'« *entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration* ». Ces deux expressions visent cependant le même objectif, et le terme d'« *entreprise concernée* » sera utilisé dans la suite de ce document indistinctement. L'interprétation de cette notion, développée dans la communication consolidée de la Commission, dépend du type d'opération :

- dans les cas des fusions, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
- dans les cas d'une prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreur et l'entreprise cible ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises prenant le contrôle et l'entreprise préexistante acquise ; toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et que un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun alors que la société mère initiale subsiste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société mère initiale ;
- dans le cas d'une transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises concernées sont les entreprises contrôlantes. L'entreprise nouvellement créée n'est pas considérée comme « concernée », n'ayant pas de chiffre d'affaires qui lui est propre avant l'opération. Si l'une des entreprises contrôlantes apporte à l'entreprise nouvellement créée des actifs, le chiffre d'affaires qui leur est rattaché est pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires de cette entreprise contrôlante.

b) Notion de chiffre d'affaires

91. Le calcul des chiffres d'affaires doit permettre d'apprécier la force économique de l'entreprise concernée dans son ensemble, et pas seulement celles des entités juridiques impliquées dans le montage de l'opération.

92. Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte, le paragraphe 2 de l'article 5 du règlement disposant que « ... *lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants* ».

93. Le paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 précise que le chiffre d'affaires total à prendre en compte pour une entreprise concernée est déterminé comme suit : « *sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires :*

- a) de l'entreprise concernée;*
- b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement;*
- i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation;*
- ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote;*
- iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise;*
- iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise;*
- c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b);*
- d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b);*
- e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b)».*

94. Les critères utilisés pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée sont différents des critères de l'« *influence déterminante* » utilisés pour établir l'exercice d'un contrôle. En effet, une entreprise peut exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, sans disposer de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise (voir le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission à ce sujet).

95. Les aides publiques accordées aux entreprises doivent entrer dans le calcul du chiffre d'affaires, dès l'instant où elles sont directement liées à la vente de produits et de services de cette entreprise, puisqu'elles renforcent le poids économique de l'entreprise sur le marché en lui permettant de vendre à des prix inférieurs à ceux qu'elle pourrait pratiquer en l'absence de ces aides publiques.

c) Traitement du chiffre d'affaires « interne »

96. Le paragraphe 1 de l'article 5 précise que « *le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article* ». Cette exclusion des activités intra-groupe prévue par l'article 5(1) a pour objet d'éviter la double comptabilisation du chiffre d'affaires concerné lorsque l'ensemble des activités du groupe doit être pris en considération. Ne pas exclure les ventes intragroupes reviendrait alors à surévaluer artificiellement le poids économique des entreprises sur les marchés puisque les échanges intra-groupes seraient comptabilisés une première fois au niveau de l'entreprise amont alors que ces produits sont destinés à être revendus

(éventuellement après transformation) et entrent donc aussi dans le calcul du chiffre d'affaires de l'entreprise aval.

97. 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, 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. Le paragraphe 163 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission précise que lorsqu'une entité n'avait que des revenus internes dans le passé, et que son acquisition 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 que ces activités réalisaient en interne sauf si celui-ci ne semble pas correspondre à la valeur de marché des activités en question⁵³. C'est par exemple le cas lorsque certaines activités auparavant assurées en interne sont externalisées, les actifs qui leur sont associés faisant l'objet d'une prise de contrôle par un tiers.

98. Lorsque l'opération se traduit par une transformation du contrôle exercé en commun sur une entreprise en un contrôle exclusif exercé par une des maisons mères, afin d'éviter là aussi une double imputation du chiffre d'affaires de l'entreprise commune, le chiffre d'affaires de l'entreprise acquérant le contrôle exclusif doit être calculé sans prendre en compte le chiffre d'affaires de l'entreprise cible et le chiffre d'affaires de l'entreprise cible doit être calculé sans prendre en compte celui de l'actionnaire acquéreur⁵⁴.

99. Dans le cas particulier d'entreprises communes entre plusieurs entreprises concernées, le règlement précise, au paragraphe 5 de l'article 5, que le chiffre d'affaires des entreprises communes réalisé auprès de tiers est imputé à parts égales aux différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.

d) Ajustement du chiffre d'affaires

100. 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 notification⁵⁵. Tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice clos sur la base des comptes vérifiés. Ils ne peuvent être corrigés, le cas échéant, que pour tenir compte de modifications permanentes de la réalité économique de l'entreprise, suite à des opérations de fusions, de cessions

53. Décision de l'Autorité 11-DCC-214 du 29 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alyzia par G3S, points 6 à 12.

54. Point 188 de la communication consolidée – Voir sur ce point la décision de l'Autorité n° 09-D-18 du 20 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cofel par la société Pikolin.

55. Décision du ministre C2002-64 GOP/Oxford du 9 août 2002, publiée au BOCCRF du 25 novembre 2002.

ou d'acquisitions ou à des fermetures d'activité survenues postérieurement⁵⁶. De même, lorsqu'une entreprise a été créée en cours d'année, la prise en compte du chiffre d'affaires sur une durée de quelques mois ne permet pas de rendre compte de la réalité économique de l'entreprise. Une année complète à cheval sur deux exercices peut alors être prise en compte⁵⁷.

101. En revanche, conformément à la communication consolidée de la Commission, lorsque des accords de vente d'actifs de l'entreprise ont été signés mais que la vente n'a pas encore été réalisée, ils ne sont pas pris en compte à moins que la vente ne soit une condition préalable à l'opération notifiée⁵⁸.

e) Affectation géographique du chiffre d'affaires

102. En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence⁵⁹, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client. En ce qui concerne la vente de biens, le lieu où le contrat a été conclu et le lieu de livraison priment sur l'adresse de facturation. En ce qui concerne les services, c'est le lieu de fourniture de ceux-ci qui est à prendre en compte.

103. En outre, le contrôle des concentrations s'applique à toutes les entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en France, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire national et ce dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les seuils de contrôlabilité⁶⁰.

f) Secteurs d'activités spécifiques

104. Dans le cas particulier des établissements de crédit et des établissements financiers, l'article 5 paragraphe 3 du règlement précise que le chiffre d'affaires est remplacé par la somme des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, revenus de participations, revenus de parts dans des entreprises liées), des commissions perçues, du bénéfice net provenant d'opérations financières, et des autres produits d'exploitation, déduction faite, le cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts liés à ces produits, c'est-à-dire par le produit bancaire brut.

105. Pour les entreprises d'assurance, l'article 5(3), point b du règlement n° 139/2004 précise que la notion de chiffre d'affaires est remplacée par « *la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs* ».

56. Voir la décision de l'Autorité n° 10-DCC-44.

57. Décision de l'Autorité 09-DCC-45 du 28 septembre 2009 relative à l'acquisition de TEXELIS par le groupe REEL SAS.

58. Point 172 de la communication consolidée.

59. Communication consolidée, paragraphes 195 à 203.

60. Voir par exemple la décision n° 12-DCC-83 du 13 juin 2012 relative à la fusion entre Nordmilch eG, Humana Milchunion eG et Molkereigenossenschaft Bad Bibra eG.

et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci».

106. Dans certains secteurs d'activité, tels que les voyages à forfait ou la publicité, où la vente du service peut s'effectuer à travers des intermédiaires, la communication consolidée de la Commission indique que *« même si l'intermédiaire facture la totalité du montant au client final, le chiffre d'affaires de l'entreprise intervenant comme intermédiaire repose uniquement sur le montant de sa commission. En ce qui concerne les voyages à forfait, l'ensemble du montant payé par le client final est attribué au voyageur qui utilise l'agence de voyages comme réseau de distribution. Pour la publicité, seuls les montants reçus (sans la commission) sont considérés comme constituant le chiffre d'affaires de la chaîne de télévision ou du magazine, étant donné que les agences de presse, en leur qualité d'intermédiaires, ne représentent pas le canal de distribution des vendeurs d'espace publicitaire, mais sont choisies par les clients, c'est-à-dire les entreprises désireuses de placer de la publicité»*.⁶¹

107. Dans le cas des réseaux de distribution impliquant des adhérents indépendants coordonnés par une tête de réseau (réseaux de franchise, coopératives...), les modalités générales d'affectation du chiffre d'affaires prévues au paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 s'appliquent. En règle générale, le chiffre d'affaires de la tête de réseau n'inclut donc pas les ventes réalisées par les adhérents auprès du public. Il inclut en revanche les ventes réalisées par la tête de réseau à ses adhérents pour les approvisionner ou la rémunération des prestations de services que la tête de réseau facture à ses adhérents.

g) Cas des entreprises publiques

108. Dans son considérant 22, le règlement n° 139/2004 pose le principe de non-discrimination entre secteurs publics et privé mais, comme le précise la communication consolidée, il ressort de ce considérant 22 que les États membres ne sont pas, en soi, considérés comme des *“entreprises”* au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4 et que, pour les besoins du contrôle des concentrations, *« le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome»*. Il convient donc, pour le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques concernées par une opération de concentration, d'aller au-delà du critère de détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote.

109. Dans les cas où l'entreprise-cible est acquise par une entreprise publique, afin de déterminer quel est le périmètre à prendre en compte pour le calcul du chiffre d'affaires⁶², il convient :

61. Paragraphe 159 de la communication consolidée de la Commission du 21 février 2009.

62. Voir les décisions COMP/M. 1124 du 6 juillet 1998, Maersk Air/LFV Holdings, COMP/M.5508 du 15 mai 2009 Soffian/Hypo Real Estate, COMP/M.5861 du 4 août 2010 Austria/Hypo Group Alpe Adria et COMP/M.5449 du 12 novembre 2009, EDF/Segebel (décision de refus de renvoi en application de l'article 9, notamment le § 174).

- premièrement, de s’interroger sur le fait de savoir si l’entreprise cible aura, après opération, un pouvoir autonome de décision (en cas de réponse positive l’opération ne constitue pas une concentration)⁶³ ;
- deuxièmement, si l’entreprise cible ne constitue pas à elle seule un ensemble économique doté d’un pouvoir de décision autonome, de déterminer quelle sera « l’entité acquérante » qui constituera avec cette entreprise cible un ensemble économique doté d’un pouvoir de décision autonome ;
- troisièmement, de déterminer quelles entreprises ou unités détenues par cette « entité acquérante » doivent être prises en compte pour le calcul du chiffre d’affaires.

110. Le caractère autonome du pouvoir de décision d’une entreprise publique est déterminé par la méthode d’un faisceau prenant en compte divers indices selon le cas d’espèce (analyse de la gouvernance⁶⁴ et des pactes d’actionnaires, présence ou non d’administrateurs communs aux entreprises, mode de gestion des participations par l’État, dispositions régissant la communication d’informations et de documents stratégiques, constatations sur le comportement concurrentiel passé des entreprises concernées, etc.)⁶⁵.

IV. La procédure

A. L’obligation de notification

111. Dès qu’une opération de concentration est contrôlable au sens des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce, elle doit être notifiée auprès de l’Autorité de la concurrence.

112. Cette obligation de notification « *incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d’une entreprise ou, dans le cas d’une fusion ou de la création d’une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement* » (article L. 430-3). Dans le cas particulier de l’entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l’ensemble des parties disposant du contrôle conjoint, même celles qui disposaient déjà d’un contrôle

63. Voir par exemple la décision n° 11-DCC-32 du 22 février 2011 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe La Poste par la Caisse des dépôts et consignations et l’État français.

64. Par exemple, la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public prévoit que les conseils d’administration des entreprises dont l’État détient plus de 80% du capital sont composées pour un tiers de représentants de l’État, pour un tiers de représentants des salariés et pour un tiers de personnalités qualifiées, assimilables à des administrateurs indépendants. En l’absence de pacte d’actionnaires, ce type de gouvernance dérogatoire, propre aux participations de l’État, ne permet pas aux représentants de l’État d’exercer une influence significative sur l’entreprise.

65. Voir la décision du 12 novembre 2009 M.5449 – EDF/Segebel, décision article 9, notamment le § 174 : “ Relevant factors that may be taken into account when assessing the independent power of decision include, but are not necessarily limited to: (i) the existence of interlocking directorships between undertakings owned by the same acquiring entity; and (ii) the existence of adequate safeguards ensuring that commercially sensitive information is not shared between such undertakings. In any event, the exercise of supervisory powers by the State will not exclude the ability of such undertaking to set its strategy independently where such powers are limited to the protection of interests analogous to those of a minority shareholder ”.

avant l'opération, doivent notifier conjointement. Par ailleurs, le renvoi à l'Autorité de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens de l'article L. 430-3.

113. En vertu du premier alinéa de l'article L. 430-3, « l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique ». L'appréciation du caractère d'un projet « suffisamment abouti » se fait au cas par cas. De façon générale, il est possible d'admettre un projet si les parties notifiantes assurent l'Autorité de leur intention de conclure un engagement ferme et en apportent la preuve, indiquent l'objet et les modalités de la concentration envisagée, l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.

114. Si aucune disposition ne limite dans le temps la validité des autorisations accordées par l'Autorité, les opérations doivent néanmoins être réalisées dans un délai raisonnable et en toute hypothèse à circonstances de droit et de fait inchangées. Si un projet est autorisé, mais qu'il subit des modifications significatives avant sa réalisation, la décision d'autorisation n'est plus valable. En effet, dans ce cas, l'Autorité se sera prononcée sur un projet différent de celui qui a été réalisé concrètement. Les parties notifiantes sont donc invitées à notifier à nouveau l'opération, avant sa réalisation, dans ce cas, afin d'obtenir l'autorisation du projet qui sera réellement mis en œuvre. Pour vérifier le respect de ces dispositions, l'Autorité peut demander aux parties ayant bénéficié d'une décision d'autorisation sur la base d'un projet d'accord de lui communiquer les accords irrévocables une fois ceux-ci signés.

115. Des entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée, s'exposent aux sanctions prévues à l'article L. 430-8 I :

« I. – Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable. »

En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros. »

116. Il convient de souligner que ce dispositif sanctionne aussi bien une infraction intentionnelle qu'une omission par simple négligence. L'Autorité de la concurrence tient notamment compte, dans son appréciation, des circonstances ayant mené au défaut de notification et du comportement des entreprises au cours de la procédure.

117. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire devant l'Autorité. En application du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard du I de l'article L. 430-8 dudit code. Un rapport est communiqué aux entreprises concernées auxquelles un délai de deux mois est laissé pour présenter leurs observations en réponse. Les entreprises sont ensuite entendues en séance par le collège de l'Autorité. La décision est notifiée aux parties et publiée sur le site de l'Autorité.

118. La conformité de cette procédure « *aux principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante* » a été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 12 octobre 2012⁶⁶.

119. L'Autorité a sanctionné la société Colruyt pour avoir réalisé sans l'avoir notifiée une opération relevant de l'application des dispositions des articles L. 430-3 et suivants du Code de commerce⁶⁷. Elle a également sanctionné le groupe Réunica pour ne pas avoir notifié son projet de rapprochement avec le groupe Arpège avant la réalisation de l'opération⁶⁸.

120. Dans la décision sanctionnant la société Colruyt, l'Autorité a considéré qu'en l'absence de disposition relative à la prescription spécifique à l'application de l'article L. 430-8 I, l'article L. 462-7 du Code de commerce 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* » visait, sans distinction, l'ensemble des « *faits* » que l'Autorité peut être conduite à sanctionner et qu'en conséquence, il convenait de retenir que la prescription quinquennale est applicable aux faits relevant du I de l'article L. 430-8⁶⁹. S'agissant du point de départ de cette prescription, l'Autorité a considéré que les faits visés au I de l'article L. 430-8 concernent l'omission d'une notification devant intervenir à un moment précis, et que la réalisation d'une opération de concentration économique intervient en un trait de temps, même si ses effets sont appelés à se poursuivre, et qu'en conséquence, la réalisation d'une opération de concentration sans qu'elle ait été notifiée préalablement constitue une infraction permanente dont la prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle. Les faits relatifs à deux opérations d'acquisition réalisées en 2003 et 2004 par la société Colruyt n'ont donc pas été examinés par l'Autorité⁷⁰.

121. Par ailleurs, dans les deux décisions de sanction précitées, l'Autorité a considéré qu'il résultait de l'économie des articles L. 430-1, L. 430-3 et L. 430-8-1

66. Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012.

67. Décision 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État en cours d'examen à la date de publication des présentes lignes directrices.

68. Décision 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

69. Dans une décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article L. 462-7 s'appliquait aux faits relevant du IV de l'article L. 430-8.

70. Décision 12-D-12 précitée.

que le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la ou aux personne(s) physique(s) ou morale(s) sur lesquelles pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle(s) acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition, dans la mesure où cette ou ces personnes dispose(nt), « *directement ou indirectement* », de la « *possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité* » de la cible. Dans le cas du groupe Colruyt, la personne acquérant ultimement le contrôle était la société de droit belge Et. Fr. Colruyt et non sa seule filiale française. Dans le cas de la fusion des groupes Réunica et Arpège, les personnes auxquelles incombait la notification étaient les associations sommitales des deux groupes de protection sociale fusionnant.

122. Sur ce point, le Conseil d'État a rejeté, le 14 décembre 2012, la demande de renvoi devant le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée par la société Colruyt France et la société Et. Fr. Colruyt à l'appui de leur requête en annulation contre la décision n° 12-D-12. Il a en particulier considéré que les articles L. 430-3 et L. 430-8-1 du Code de commerce désignent de façon suffisamment claire l'auteur du manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration, qui est également la personne physique ou morale susceptible d'être sanctionnée⁷¹.

123. S'agissant des déterminants de la sanction, l'autorité prend en compte la gravité des faits eu égard aux circonstances de l'espèce et à la situation individuelle de la personne en cause. Sur la gravité, il convient de noter que le non-respect de l'obligation prévue à l'article L. 430-3 du Code de commerce constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de la concurrence de toute possibilité de contrôler un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce, quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée⁷². L'Autorité n'en tient pas moins compte, dans la détermination du montant de la sanction, des circonstances concrètes du cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, et notamment du caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération, de la taille de l'entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont celle-ci pouvait disposer, du fait que l'entreprise a spontanément porté l'absence de notification à l'attention de l'Autorité ou de l'éventuelle volonté de ses responsables

71. Décision du Conseil d'État n° 360949 du 14 décembre 2012.

72. Cette appréciation est partagée par le Tribunal de l'Union européenne dans l'arrêt rendu le 12 décembre 2012, T-332/09 Electrabel contre Commission européenne : « 235. C'est, dès lors, à juste titre que la Commission précise au considérant 187 de la décision attaquée que, "[e] n subordonnant à une notification et une autorisation préalables les concentrations de dimension communautaire, le législateur communautaire a entendu assurer l'effectivité du contrôle des concentrations de dimension communautaire par la Commission, en permettant à cette dernière, le cas échéant, d'empêcher la réalisation de ces concentrations avant qu'une décision finale n'ait été adoptée et, partant, de prévenir des atteintes irréparables et permanentes à la concurrence". La Commission a donc pu, sans commettre d'erreur, qualifier l'infraction de grave, compte tenu de sa nature. » Le Tribunal précise également : « 238. Par conséquent, la Commission était en droit de considérer que l'infraction était grave par nature sans que cela implique qu'il devrait alors s'agir d'une infraction intentionnelle. »

de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence, ou encore de la coopération apportée par l'entreprise au cours de la procédure.

B. L'effet suspensif de la procédure et les dérogations

124. En vertu de l'article L. 430-4, « *la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article L. 430-7-1, celui du ministre chargé de l'Économie* ». Cette disposition contraint les entreprises à notifier l'opération avant sa réalisation, comme exposé ci-dessus, mais également, une fois que l'opération est notifiée, à ne pas réaliser l'opération avant que l'Autorité ou, le cas échéant le ministre chargé de l'Économie, n'ait rendu une décision.

125. La réalisation d'une opération est effective dès l'instant où le contrôle au sens de l'article L. 430-1 III est constitué. Par exemple, dans une opération où les droits de jouissance sur l'entreprise cible sont transmis avant les droits de propriété, l'opération est réalisée dès le transfert des droits de jouissance.

1. Dérogation à l'effet suspensif du contrôle prévue à l'article L. 430-4

126. Toutefois, le second alinéa de l'article L. 430-4 prévoit qu'« *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci* ». Il appartient aux parties, au moment du dépôt de leur dossier de notification, de préciser les raisons de leur demande de dérogation. Une telle demande peut également être déposée ultérieurement dans le cours de la procédure. Toute demande fait l'objet d'un examen spécifique par l'Autorité.

127. Si l'octroi d'une telle dérogation est, par définition, exceptionnel, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire en bénéficient couramment, car de telles offres peuvent conduire les parties à se retrouver automatiquement en infraction vis-à-vis de l'article L. 430-4 du Code de commerce, par la décision du tribunal de commerce leur attribuant le contrôle de l'entreprise concernée. D'autres circonstances exceptionnelles comme le risque de disparition imminente de l'entreprise cible, l'ouverture d'une procédure collective, la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible, etc. peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins 5 jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, qui inclut, *a minima*, une présentation des parties et de l'opération,

la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

128. L'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge toutefois en rien de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction. L'Autorité pourra imposer des mesures correctives, voire même interdire l'opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence. Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion de manière irréversible.

129. La dérogation porte sur l'interdiction de réaliser l'opération avant qu'elle n'ait été autorisée et n'a pas pour effet de dispenser l'opération de cette autorisation. Les dérogations accordées par l'Autorité sont donc caduques d'office si, dans un délai de trois mois après la réalisation de l'opération, le dossier de notification n'a pas fait l'objet de l'accusé de réception prévu au troisième alinéa de l'article R. 430-2 du Code de commerce, c'est-à-dire n'a pas été complété par les parties, empêchant ainsi son examen par l'Autorité.

2. Dérogation à l'effet suspensif de la procédure pour les opérations sur marché (article R. 430-5)

130. Un second dispositif dérogatoire à l'effet suspensif de la procédure est prévu par l'article R. 430-5 : « *Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres* ». Ainsi, le transfert de propriété des titres ne valant pas réalisation de la concentration, il peut être effectué avant que l'opération ne soit approuvée par l'Autorité. Cette dérogation ne s'applique néanmoins pas à l'usage des droits de vote associés au transfert de titres. Aussi longtemps que l'opération n'a pas été approuvée par l'Autorité, l'exercice de ces droits, sauf en cas de dérogation individuelle prévue au second alinéa de l'article L. 430-4, réalise la concentration et, de ce fait, est passible d'une sanction en vertu de l'article L. 430-8. Ce mécanisme s'applique pour les offres publiques d'achat (OPA), les offres publiques d'échange (OPE), ou l'acquisition d'un contrôle par simple achat de titres sur un marché réglementé sans lancement d'OPA.

131. Dans le cas où le contrôle est obtenu par simple acquisition de titres sur un marché réglementé sans lancement d'une OPA (ou sans que celle-ci, si elle est rendue obligatoire par le droit boursier, soit nécessaire pour l'obtention du contrôle), les entreprises peuvent également bénéficier de la dérogation automatique s'agissant du seul transfert des titres.

132. Un autre cas de figure peut résulter de l'acquisition, par un accord de gré à gré, d'une participation dite « de contrôle » entraînant une obligation de dépôt d'une OPA sur le capital restant. Le caractère indissociable des différentes étapes

de prise de contrôle découle alors de la loi ou des règles de place (en France, le Code monétaire et financier). Le fait générateur du contrôle de la concentration est alors constitué par les deux événements pris ensemble, qui se succèdent d'ailleurs à courte échéance, à savoir la conclusion de l'accord hors marché et le dépôt de l'OPA. De telles opérations de transfert de titres en deux étapes indissociables peuvent être notifiées au stade de la conclusion de l'accord hors marché, si le projet de concentration est suffisamment abouti, ou à l'issue du lancement de l'OPA, lorsque la concentration est engagée de façon irrévocable. Dans ce cas, la suspension de la réalisation effective de l'opération au sens de l'article L. 430-4 s'applique alors aussi bien à l'exercice des droits attachés aux titres acquis hors marché qu'à celui des droits attachés aux titres faisant l'objet de l'offre publique.

133. Dans l'hypothèse d'offres « privées » sur des marchés non soumis aux règles d'OPA relatives aux marchés réglementés (marché libre ou hors cote), aucune dérogation automatique n'est prévue à la suspension de la réalisation de l'opération. En conséquence, contrairement aux opérations en deux étapes donnant lieu à intervention sur un marché réglementé (OPA), les opérations analogues mais dont la seconde étape ne consisterait qu'en une offre dite « privée » de rachat de titres sur un marché hors cote, deviennent soumises à l'obligation de notification dès l'acquisition du contrôle par tout moyen.⁷³

3. La sanction de l'article L. 430-8 II

134. L'article L. 430-8 II dispose que « *si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.* », soit, pour les personnes morales, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, 1,5 million d'euros.

C. Les différentes phases de la procédure

135. Plusieurs phases de la procédure devant l'Autorité peuvent être distinguées.

- La pré-notification : cette phase est facultative, informelle et confidentielle. Elle s'avère néanmoins très importante pour une instruction optimale de l'opération concernée. Elle permet, en amont de la notification, pour les entreprises qui le souhaitent, d'échanger avec le service des concentrations sur les questions que soulève l'opération. Même si la pré-notification n'est pas nécessaire pour toutes les opérations, elle est particulièrement importante lorsque l'opération soulève des

⁷³. Voir, par exemple, les décisions du ministre C2002-39 AtriA Private Equity Fund/Groupe Philippe Bosc du 18 novembre 2002, C2005-97 LogicaCMG/Unilog du 20 octobre 2005, C2007-106 Vinci/Entrepose contracting du 21 août 2007.

questions de contrôlabilité, lorsqu'un renvoi est envisagé ou dans le cas d'opérations complexes susceptibles de nécessiter des mesures correctives.

- Les renvois : les opérations de dimension nationale peuvent être renvoyées à l'initiative des entreprises (Article 4.5 du règlement 139/2004) ou de l'Autorité (Article 22) devant la Commission, ou, inversement, les opérations de dimension communautaire peuvent être renvoyées, à l'initiative des entreprises (Article 4.4) ou de l'Autorité (Article 9), éventuellement sur invitation de la Commission, devant l'Autorité. Ces renvois sont instruits en début de procédure, selon les cas, avant ou après la notification de l'opération objet du renvoi.
- La phase 1 : une fois notifiée (ou renvoyée par la Commission), l'opération est examinée par l'Autorité dans le cadre d'un premier examen dit de « phase 1 ». Au terme de cet examen, qui peut impliquer la consultation de tiers, clients, concurrents ou fournisseurs dans le cadre d'un test de marché, l'Autorité se prononce sur l'opération. Elle peut constater que le contrôle des concentrations ne lui est pas applicable, l'autoriser, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation des engagements pris par les parties lorsque l'opération est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels ou, s'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence qui ne peut être compensé par les engagements éventuellement proposés, engager un examen approfondi, dit « phase 2 ». Le ministre chargé de l'Économie peut aussi demander l'ouverture d'une phase 2.
- La phase 2 : en pratique, les « phases 2 » sont engagées dans des cas plus restreints. Comme en phase 1, l'Autorité peut recevoir des engagements proposés par les parties. L'examen approfondi donne lieu à un rapport adressé aux parties notifiantes et au commissaire du Gouvernement qui peuvent produire leurs observations. L'opération fait l'objet d'une séance devant le collège de l'Autorité. Au terme de cette procédure contradictoire, l'Autorité peut autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation d'engagements pris par les parties ou d'injonctions et prescriptions imposées aux parties, ou l'interdire. Une fois la décision de l'Autorité rendue, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.
- Les recours : enfin, toutes les décisions relatives au contrôle des concentrations, prises par l'Autorité ou, en cas d'évocation, par le ministre, sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État.
- La mise en œuvre des mesures correctives : la mise en œuvre des mesures correctives fait l'objet d'un suivi rigoureux par l'Autorité de la concurrence pour vérifier que les obligations des parties ont bien été respectées.

D. La phase de pré-notification

136. La phase de pré-notification, qui est facultative, est déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération qui souhaiteraient consulter le service des concentrations de l'Autorité lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité

de l'opération, ou, pour des opérations complexes, lorsqu'elles souhaitent se faire une première idée sur l'acceptabilité de leur projet et ainsi anticiper les éventuels aménagements nécessaires. Une pré-notification peut également être faite à l'Autorité lorsque les parties envisagent un renvoi à la Commission européenne.

137. Une prise de contact en amont de la notification permet aux entreprises d'échanger avec les services de l'Autorité pour compléter le dossier de notification, lorsque des questions particulières se posent par exemple en ce qui concerne la délimitation des marchés pertinents pour l'analyse des effets de l'opération les parties ou lorsque les entreprises envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques *ad hoc*. Ces contacts minimisent le risque d'incomplétude lorsque le dossier est notifié formellement et permettent donc d'accélérer l'examen de l'opération par l'Autorité.

138. Pour déclencher cette phase, les parties peuvent adresser une présentation de l'opération, (décrivant les parties, l'opération envisagée, les marchés concernés, les concurrents, et les parts de marché des parties), ou une version préliminaire de leur dossier de notification. Ces documents peuvent être adressés directement par courrier électronique à l'adresse controle.concentrations@autoritedelaconurrence.fr. À la suite de cet envoi, et dans un délai de cinq jours ouvrés, un premier retour portant sur le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification et sur l'état de la complétude du dossier sera fait aux parties. Des réunions informelles peuvent être organisées avec les parties en tant que de besoin.

139. Cette phase peut être initiée par les entreprises quel que soit le degré d'aboutissement du projet de concentration. Elle n'est soumise *a priori* à aucun formalisme quant aux informations qui doivent être fournies à ce stade par les entreprises. Cependant, si le principal objectif poursuivi par les parties est de minimiser le risque d'incomplétude de la notification, il est nécessaire que la consultation du service des concentrations soit engagée suffisamment en amont de la date à laquelle les parties à l'opération ont prévu de notifier l'opération, sur la base d'éléments d'information relatifs à l'opération et aux marchés concernés aussi détaillés que possible, et que le projet de dossier de notification soit effectivement complété sur la base des questions posées par le service des concentrations.

140. Lorsque les interrogations des parties portent sur la contrôlabilité d'une opération, le service des concentrations examine les éléments fournis. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties en sont informées par le service des concentrations par lettre de confort. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises peuvent être invitées à notifier l'opération afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité dans le cadre d'un examen formel.

141. Lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques *ad hoc*, des réunions d'échange peuvent être organisées avec le service des concentrations et le service économique, dès la pré-notification, sur la méthodologie proposée. Plus ces réunions interviennent en amont de la procédure, plus elles sont susceptibles de permettre que les études économiques contribuent

efficacement à l'instruction. Pour de plus amples détails, il convient de se reporter à l'annexe relative aux recommandations pour la soumission d'études économiques.

142. L'ensemble de cette phase de pré-notification est strictement confidentiel : elle ne donne lieu à aucune publicité sur le site Internet de l'Autorité et à aucun contact avec des tiers. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable écrit des parties, une consultation de marché peut être initiée dès cette phase afin de réunir des informations plus précises sans attendre la notification et contribuer ainsi à minimiser le risque d'incomplétude de la notification.

E. Les renvois et l'application des législations nationales relatives aux intérêts légitimes

143. Comme précisé précédemment, le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant, dans certains cas particuliers, l'examen d'opérations de dimension nationale par la Commission et, inversement, l'examen d'opérations de dimension communautaire par les autorités nationales de concurrence. Le bénéfice des articles 4(4) et 4(5) est demandé par les entreprises au stade de la pré-notification. Celui des articles 9 et 22 est demandé par les États membres après réception de la notification.

144. Ces mécanismes répondent à deux objectifs : permettre qu'une concentration soit examinée par l'autorité de concurrence la mieux placée pour mener l'examen, ou permettre aux entreprises de bénéficier d'un « guichet unique », rôle joué par la Commission, dans les opérations impliquant des notifications multiples dans l'Union européenne.

145. Ces mécanismes sont précisés par la communication de la Commission sur le renvoi d'affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

1. Renvois aux autorités nationales

146. Les renvois d'affaires de dimension communautaire vers les autorités nationales de concurrence peuvent être effectués soit à la demande des entreprises, soit à la demande des États membres, éventuellement sur invitation de la Commission.

147. Ainsi, les parties concernées par une opération de concentration entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 peuvent demander à la Commission le renvoi, total ou partiel, de l'opération envisagée aux autorités compétentes d'un État membre, en vertu de l'article 4 paragraphe 4 du règlement. Pour ce faire, avant même de notifier la concentration, les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (dénommé « Formulaire

RS»⁷⁴) « *que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou partie, par cet État membre* ». La Commission transmet alors sans délai le mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Au-delà de ce délai, il est réputé avoir accepté le renvoi. La Commission rend sa décision de renvoyer ou non l'affaire vers les autorités nationales dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date où elle a reçu le mémoire motivé. En cas d'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi d'une opération vers l'Autorité, le droit national des concentrations s'applique⁷⁵. Il appartient dès lors aux parties de déposer un dossier de notification auprès de l'Autorité. En cas de refus par la Commission de la demande, les parties doivent notifier leur opération auprès de la Commission.

148. D'autre part, le renvoi, total ou partiel, d'une opération de concentration notifiée à la Commission peut être demandé par les autorités compétentes d'un État membre en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 lorsque « *la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct* » (article 9.2. a), ou qu'« *une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun* » (article 9.2. b), ce dernier cas visant notamment les marchés de dimension géographique régionale ou locale⁷⁶.

149. Cette demande doit être formulée dans les quinze jours ouvrables qui suivent la réception par l'autorité nationale concernée de la copie de la notification déposée par les parties à la Commission. Elle peut être faite à l'initiative de l'État membre, exercée en France par l'Autorité, ou sur invitation de la Commission. La demande doit être motivée « *selon une analyse préliminaire* »⁷⁷ par l'État membre requérant. La Commission apprécie la pertinence et le bien-fondé de la demande au regard des conditions posées par l'article 9. Toutefois, dans le cas d'une demande fondée sur l'article 9.2. b, si la Commission constate que les conditions sont réunies, elle

74. Paru en annexe III du règlement n° 802/2004 CE du 7 avril 2004 (règlement d'application du règlement CE n° 139/2004), JOUE L 133/31 du 30 avril 2004.

75. Voir les décisions n° 12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P et n° 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations.

76. L'État membre peut décider de demander le renvoi de l'affaire pour examen de la totalité des marchés de produits ou services situés sur son territoire ou d'une partie d'entre eux seulement. La demande ne peut porter sur des marchés pertinents situés hors du territoire national. Néanmoins le renvoi d'affaires affectant des marchés locaux dans les zones frontalières est possible si, pour des raisons liées au fonctionnement du marché, seule la partie nationale doit être incluse dans le marché pertinent (décisions de la Commission M.2898 – Leroy Merlin/Brico du 13 décembre 2002 et M.3373 – Accor/Barrière/Colony du 4 juin 2004).

77. Communication de la Commission sur le renvoi des affaires de concentration, 2005/C 56/02, JOUE du 5 mars 2005, paragraphes 35, 36, 39 et 40.

ne dispose pas de la faculté de refuser le renvoi demandé⁷⁸. En cas d'acceptation par la Commission de la demande de renvoi⁷⁹, la décision de la Commission vaut notification en droit national, les délais du contrôle national commencent donc à courir à partir de la date de la décision de renvoi.

150. Le fait qu'une demande de renvoi selon l'article 9 est fondée sur une menace d'affectation significative de la concurrence, ne préjuge en rien, si le renvoi est accepté, de l'examen mené au fond par l'Autorité de la concurrence. Le TPICE l'a rappelé dans l'affaire Seb/Moulinex⁸⁰. Des concurrents de Seb avaient contesté la décision de renvoi de la Commission vers la France, en invoquant la contradiction existant entre la motivation de la décision de renvoi, fondée sur une atteinte à la concurrence, et la décision du ministre chargé de l'Économie qui a autorisé l'opération sans conditions, considérant que l'argument de l'entreprise défaillante s'appliquait. Les parties soutenaient que les autorités de concurrence françaises étaient liées par les termes de la décision de renvoi et qu'elles ne pouvaient pas approuver l'opération sans demander des engagements. Le tribunal a rejeté ce moyen aux motifs que les deux décisions en cause n'avaient pas le même objet et qu'il n'existait pas de lien entre elles. Il a confirmé que l'examen de la situation concurrentielle, effectué par la Commission à l'occasion du renvoi, était un examen «*prima facie*» qui avait uniquement pour but de déterminer si les conditions du renvoi étaient réunies : «*la Commission ne saurait, sous peine de priver l'article 9, paragraphe 3, premier alinéa sous b de sa substance, se livrer à un examen de la compatibilité de la concentration de nature à lier les autorités nationales concernées quant au fond, mais elle doit se borner à vérifier, au terme d'un examen prima facie, si, sur la base des éléments dont elle dispose au moment de l'appréciation du bien-fondé de la demande de renvoi, la concentration faisant l'objet de la demande de renvoi menace de créer ou de renforcer une position dominante sur les marchés concernés*». Les résultats de cet examen «*prima facie*» ne préjugent donc pas, selon le TPICE, des conclusions des autorités nationales de concurrence à l'issue de l'analyse approfondie qu'elles pourront faire de l'opération.

151. En vertu de l'article L. 430-3 du Code de commerce, le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité de la concurrence. Ces opérations sont publiées sur le site Internet de l'Autorité, sous la rubrique dédiée aux opérations en cours d'examen, au même titre que les opérations notifiées directement à l'Autorité.

78. Voir le paragraphe 41 de la communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

79. Décisions de la Commission COMP/M.5557 SNCF-P/CDPQ/Kéolis/Effia – 29/10/2009; M.3373 Accor/Colony/Barrière-Desseigne/JV – 04/06/2004; M.2978 – Lagardère/Natexis/Vup – 23/07/2003 (refus); M.2898 – Leroy Merlin/Brico – 13/12/2002; M.2621 Seb/Moulinex 08/01/2002; M.1684 – Carrefour/Promodes – 25/01/2000; M.1628 – TotalFina/Elf Aquitaine 23/11/1999 (renvoi partiel des marchés visés par la demande); M.1522 – Csmc/Msca/Rock – 11/06/1999; M.1464 – Total/PétroFina (II) – 26/03/1999; M.1030 – Lafarge/Redland – 16/12/1997; M.1021 – Compagnie Nationale de Navigation/Sogelfa-Cim – 01/12/1997 M.991 – Promodes/Casino – 30/10/1997; M.460 – Holdercim/Cedest – 06/07/1994.

80. Arrêt Philips du TPICE du 3 avril 2003, T-119/02.

2. Renvois vers la Commission

152. Des concentrations de dimension nationale peuvent être renvoyées devant la Commission à la demande des entreprises en vertu du paragraphe 5 de l'article 4 du règlement, ou à la demande des États membres en vertu de l'article 22 du règlement.

a) Renvois à la demande des parties : article 4(5)

153. Lorsqu'une concentration n'est pas de dimension communautaire mais devrait être notifiée dans trois États membres ou plus, le règlement (CE) n° 139/2004, dans le souci de « *garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* »⁸¹, permet aux parties à la concentration de demander un renvoi à la Commission européenne. Cette demande doit être faite avant toute notification aux autorités nationales compétentes. Les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (« formulaire RS ») qu'elles souhaitent lui notifier l'opération. Cette demande peut être adressée à la Commission dès lors que la concentration est susceptible d'être examinée par au moins trois États membres ; aucune autre justification n'est nécessaire. La Commission transmet sans délai le mémoire des parties à tous les États membres. Tout État membre compétent pour examiner la concentration en application de son droit national peut alors, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi. Faute de réponse dans ce délai, l'autorité nationale est réputée avoir donné son accord. Lorsqu'au moins un État membre a exprimé son désaccord dans le délai requis, la Commission en informe les parties et les États membres et l'opération n'est pas renvoyée : les parties doivent alors la notifier auprès de chacune des autorités de concurrence des États membres concernés. Si, en revanche, aucun État membre ne s'oppose au renvoi, les parties notifient l'opération auprès de la Commission. Le droit communautaire du contrôle des concentrations s'applique alors.

b) Renvois à la demande des États membres : article 22

154. L'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004 prévoit la possibilité pour un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui « *affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande* ».

155. Les membres de l'ECA (European Competition Authorities) ont défini comme suit les principaux critères justifiant la mise en œuvre de l'article 22⁸² :

- « *la dimension géographique du (des) marché(s) affecté(s) par la concentration est plus large que nationale, et le principal effet de la concentration sur la concurrence est en rapport avec ce(s) marché(s)* ;

81. Voir règlement (CE) n° 139/2004, considérant n° 14.

82. Principes de mise en œuvre des articles 4(5) et 22 du règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations par les autorités nationales de concurrence au sein de l'ECA.

- les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés dans la collecte des informations en raison de la localisation des parties concernées ou des principales parties tierces en dehors de leur État membre ;
- il existe des risques potentiellement significatifs d'atteinte à la concurrence sur un certain nombre de marchés nationaux ou régionaux de l'EEE, et les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés pour identifier et/ou appliquer si nécessaire les remèdes appropriés et proportionnés, en particulier dans les cas où les remèdes adéquats ne peuvent être mis en œuvre par les autorités nationales de concurrence en application de leur droit national ou en établissant une coopération entre elles».

156. La Commission informe de cette demande les autorités compétentes des États membres mais aussi les entreprises concernées. Les autres États membres disposent alors de 15 jours ouvrables pour se joindre à la demande initiale. Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut mettre en œuvre l'article 22 pour des opérations notifiées en France ou dans un autre État membre⁸³. Au terme de ce délai, la Commission doit décider sous 10 jours ouvrables d'examiner ou non la concentration et en informer les États membres et les entreprises concernées. Par défaut, sans décision formelle, la Commission est réputée avoir accepté la demande. Les délais nationaux sont suspendus jusqu'à cette décision. Dès qu'un État membre informe la Commission et les entreprises concernées qu'il ne souhaite pas se joindre à la demande, la suspension de ses délais nationaux prend fin. Si la Commission accepte le renvoi, tous les États membres ayant demandé ou s'étant joints à la demande n'appliquent plus leur droit national à la concentration concernée. En outre la Commission peut alors demander aux entreprises concernées de lui notifier l'opération.

3. La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires

157. Le règlement (CE) n° 139/2004 rappelle au paragraphe 3 de l'article 21 que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour le contrôle des opérations entrant dans son champ de compétence. Les États membres ne peuvent pas appliquer leur propre législation sur la concurrence à ces opérations, sauf en cas de renvoi par la Commission.

158. Toutefois, pour les concentrations communautaires, en vertu du paragraphe 4 de ce même article 21, les États membres « peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

⁸³. L'Autorité a ainsi demandé en 2010 le renvoi à la Commission européenne de la prise de contrôle par SC Johnson & Son de la branche insecticides ménagers de Sara Lee Corporation, en s'associant à une demande de l'Espagne, et, en 2011, celui de la prise de contrôle par Aditya Birla Group de Columbia Chemicals Acquisition, en s'associant à la demande du Bundeskartellamt.

Sont considérés comme intérêts légitimes [...] la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication. »

159. La Commission a déjà admis que d'autres champs pouvaient légitimement faire l'objet d'une application du paragraphe 4 de l'article 21. Par exemple, dans l'affaire Lyonnaise des eaux/Northumbrian Water⁸⁴, la Commission a qualifié d'intérêt légitime le fait pour la Grande-Bretagne d'invoquer le respect de la réglementation relative au service essentiel de la distribution d'eau et à la protection spécifique des consommateurs en la matière.

F. Les échanges d'informations relatifs aux notifications multiples entre les autorités en charge du contrôle des concentrations dans les différents États membres de l'Union européenne

160. Comme le précise le considérant 14 du règlement 139/2004, afin d'assurer l'examen des opérations par l'autorité la plus appropriée tout en évitant les notifications multiples dans toute la mesure du possible, il est nécessaire de disposer d'un mécanisme efficace d'échanges d'informations et de consultation. Un premier dispositif est mis en place par le règlement : chaque État membre est destinataire de toutes les notifications reçues par la Commission et des dispositions assurent la diffusion de l'information en ce qui concerne la mise en œuvre des mécanismes de renvoi.

161. Pour les opérations faisant l'objet de notifications parallèles dans plusieurs États membres, les États membres réunis au sein de l'ECA ont organisé depuis 2001 un dispositif systématisant l'échange du minimum d'informations destinées à permettre des contacts plus approfondis lorsque cela est nécessaire. Pour toutes les opérations qui sont notifiables dans plusieurs États, les États membres compétents établissent, à la réception de la notification, une fiche qui décrit l'opération et donne un contact utile. Cette fiche est diffusée à l'ensemble des États membres et à la Commission.

162. De plus, un guide des bonnes pratiques sur la coopération entre ANC en matière de contrôle des concentrations a été élaboré dans le cadre de l'European Competition Network (ECN) et publié le 8 novembre 2011. Les ANC peuvent ainsi s'assurer qu'elles disposent d'informations convergentes et échanger leurs points de vue sur les opérations, les caractéristiques et le fonctionnement des marchés concernés ainsi que les remèdes envisagés et limiter ainsi les risques de

⁸⁴. Décision de la Commission COMP. 567 Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water du 23 novembre 1995.

décisions discordantes. La protection des secrets d'affaires communiqués par les entreprises est assurée. En particulier, l'accord des entreprises est demandé pour échanger des informations sur les opérations qui n'ont pas encore été notifiées mais pour lesquelles les entreprises concernées ont pris des contacts dans le cadre d'une pré-notification.

G. La phase 1

1. Le dépôt du dossier de notification

163. Le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires, comme le précise l'article R. 430-2 du Code de commerce. De plus, l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité précise que l'un de ces exemplaires doit être fourni en version numérique au format PDF. Cet exemplaire peut être joint aux exemplaires en version papier, sur un CD-ROM⁸⁵.

164. Le dossier de notification peut être envoyé à l'Autorité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'adresse suivante :

*Autorité de la concurrence
À l'attention du Chef du service des concentrations
11, rue de l'Échelle F-75001 Paris (France)*

165. Il peut aussi être déposé les jours ouvrés entre 9h00 et 19h00 à la réception de l'Autorité de la concurrence, 11, rue de l'Échelle à Paris. Lors de leur réception ou de leur dépôt, les dossiers de notification sont marqués d'un timbre indiquant leur date d'arrivée à l'Autorité.

166. L'article R. 430-2 du Code de commerce précise : « *Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre.* » Un formulaire-type de notification est disponible sur le site Internet de l'Autorité dans la rubrique « Le contrôle des concentrations / À qui adresser sa notification ? ». Le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet ou que les éléments communiqués sont conformes aux spécifications contenues dans les annexes mentionnées ci-dessus. Le cas échéant, il demande que le dossier soit complété ou rectifié.

167. Lorsque la notification est complète, un accusé de réception, mentionnant la date du jour de réception des derniers éléments complétant le dossier, est adressé aux parties en vertu du troisième alinéa de l'article R. 430-2. La comptabilisation des délais d'instruction démarre à 0 heure du jour ouvré suivant celui mentionné sur l'accusé de réception.

168. Dès réception du dossier de notification, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre chargé de l'Économie (article L. 430-3).

⁸⁵. Si elles le souhaitent, les parties peuvent aussi adresser quatre exemplaires en version papier et envoyer un exemplaire en version électronique par courriel à l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr.

2. Le contenu du dossier de notification

169. Comme indiqué ci-dessus, le dossier de notification doit comprendre les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du livre IV de la partie réglementaire du Code de commerce.

170. Il comprend 5 parties :

- une description de l'opération,
- la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent,
- la présentation des marchés concernés (délimitation des marchés, parts de marché des parties),
- une présentation détaillée de chacun des marchés affectés (voir ci-après),
- une déclaration sur l'exactitude et la complétude des informations fournies.

171. Une présentation détaillée des marchés n'est demandée que lorsqu'un marché est affecté (voir ci-dessous), afin d'alléger le dossier de notification pour les opérations les plus simples.

172. La description de l'opération doit inclure un résumé non confidentiel de l'opération, destiné à être publié sur le site Internet de l'Autorité. Ce résumé, qui sera limité à 500 mots, vise essentiellement à expliciter le périmètre de l'opération pour les tiers. Ce résumé ne doit pas contenir d'éléments préliminaires d'appréciation sur les effets de l'opération.

173. Lorsque les marchés pertinents sont délimités en zones de chalandise locales, il convient d'inclure dans le dossier, pour les marchés affectés, des cartes délimitant ces zones, figurant la localisation des magasins des parties et de leurs concurrents et indiquant les courbes isochrones (c'est-à-dire les courbes en temps de trajet autour des points de vente considérés) pertinentes pour le marché considéré.

174. Par ailleurs, il convient de joindre au dossier de notification une copie des actes juridiques importants pour la bonne compréhension de l'opération, par exemple les accords entre les parties, les contrats de distribution, les contrats de franchise, la décision du tribunal de commerce dans le cas des entreprises reprises dans le cadre des procédures collectives, etc.

175. En cas de doute sur le contenu précis du dossier, les parties peuvent contacter le service des concentrations, en pré-notification, afin de préciser les éléments nécessaires. Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se prononcer, dans une décision du 9 avril 1999, *The Coca-Cola Company*, sur l'étendue des informations qui pouvaient être considérées comme nécessaires dans le cadre du dossier de notification et y a notamment inclus les « *informations nécessaires pour identifier les entreprises avec lesquelles la société The Coca Cola Company se trouve économiquement liée ainsi que pour déterminer les marchés à prendre en compte et pour calculer les parts détenues sur ces marchés par les parties à l'opération de concentration* ».

176. Il est également demandé aux parties notifiantes d'indiquer, dans le cadre de la description de l'opération, la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications. Si l'opération est notifiable

dans d'autres États de l'Union européenne, l'Autorité informera rapidement les autorités des autres États membres et la Commission européenne qu'une notification a été déposée et leur précisera le nom et les coordonnées du rapporteur en charge du dossier à l'Autorité. Cet échange peut éventuellement permettre aux autorités en charge du cas de coordonner leurs calendriers, autant qu'il est possible, ainsi que d'échanger un certain nombre d'éléments non confidentiels, par exemple une appréciation sur les définitions des marchés pertinents. Par ailleurs, ce mécanisme peut aussi faciliter la mise en œuvre conjointe de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004.

177. Les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs. Ces informations doivent être soigneusement vérifiées car elles serviront, le cas échéant, de base à l'envoi de questionnaires pour la réalisation d'un test de marché. Les parties sont invitées à fournir, sous la forme d'un fichier informatique dont le modèle peut être téléchargé sur le site de l'Autorité, les coordonnées les plus précises possible.

178. Le dossier de notification est strictement confidentiel à l'égard des tiers. La Commission d'accès aux documents administratifs a estimé dans une décision du 9 juillet 2010 que les éléments du dossier de notification, autres que le résumé dont la publication est prévue à l'article L. 430-3 du Code de commerce, et ses annexes, relèvent soit du secret des informations économiques et financières soit du secret des stratégies commerciales et qu'ils sont à ce titre protégés par le II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs. Par ailleurs, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, a exempté l'ensemble des « 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 » du champ d'application des dispositions organisant l'accès aux documents administratifs.

a) Les marchés concernés

179. Un marché concerné est un « *marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte* ».

180. La notification doit ainsi comprendre une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée, compte tenu notamment de la pratique décisionnelle antérieure. Pour de plus amples informations sur la méthode de délimitation des marchés pertinents, voir le chapitre V. B. du présent guide.

181. Les informations liées à la définition des marchés et aux parts de marché représentent le motif le plus fréquent d'incomplétude d'un dossier et doivent faire l'objet d'une attention particulière. Les parties sont, de ce fait, invitées, à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier lorsqu'elles contestent une segmentation retenue par la pratique décisionnelle antérieure ou font valoir que celle-ci doit être revue compte tenu des évolutions constatées.

b) Les marchés affectés

182. Un marché concerné est considéré comme affecté si l'une au moins des 3 conditions suivantes est vérifiée :

- deux ou plusieurs entreprises concernées ou groupes auxquels elles appartiennent exercent des activités sur ce marché et que leurs parts de marché cumulées atteignent 25 % ou plus ;
- une entreprise concernée au moins exerce des activités sur ce marché et une autre de ces entreprises ou groupes exerce des activités sur un marché situé en amont, en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble de ces entreprises ou groupes atteignent 25 % ou plus en parts de marché ;
- l'opération conduit à la disparition d'un concurrent potentiel sur l'un des marchés sur lesquels les parties sont actives.

183. Pour chacun des marchés affectés, les parties fournissent une présentation détaillée du marché et des entreprises présentes sur ce marché. L'annexe 4-3 énumère les informations devant obligatoirement figurer dans le dossier. Lorsque les parties rencontrent des difficultés pour réunir l'information requise, elles le signalent au moment du dépôt de leur dossier de pré-notification (ou, le cas échéant, lors de contacts préalables à ce dépôt).

c) Calcul des parts de marché

184. Les parties notifiantes sont amenées à calculer les parts de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent sur les marchés concernés. Pour les marchés affectés, la notification doit préciser les parts de marché des entreprises concernées et celles de leurs concurrents. Afin d'écartier rapidement tout doute d'atteinte à la concurrence, les parties sont invitées à présenter leur parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites.

185. En règle générale, la part de marché d'une entreprise se calcule en rapportant son chiffre d'affaires hors taxes au chiffre d'affaires hors taxes du marché. Néanmoins, dans certains cas, il n'est pas possible ou peu pertinent de ne prendre en compte dans l'analyse que la part de marché en valeur calculée à partir des chiffres d'affaires. Des données en volume ou en capacité peuvent parfois offrir une mesure alternative de la position des entreprises. Par exemple, il est usuel, pour le commerce de détail, d'analyser les parts de marché calculées à partir des surfaces de magasin, en plus ou à défaut des parts de marchés en valeur. Les parties sont alors invitées à proposer des modes alternatifs de calcul des parts de marché en justifiant leur proposition. Pour le commerce de détail, les données en termes de surface de magasins doivent être complétées par les chiffres d'affaires moyens par m², constatés par les parties notifiantes.

186. L'appréciation des parts de marché dépend de la fiabilité des données sources utilisées par les parties. Les parties sont invitées à indiquer quelles sont leurs sources, et, le cas échéant, à joindre les données correspondantes, qu'il s'agisse de

données publiques, de statistiques professionnelles, d'études de marché commandées par les parties ou de toute autre source.

187. L'Autorité peut être amenée à confronter les estimations fournies par les parties avec des informations obtenues auprès des concurrents, des fournisseurs et des clients. L'Autorité réalise cette confrontation en protégeant le secret des affaires des parties notifiantes et des tiers interrogés. C'est pourquoi il est important que les entreprises précisent si les sources utilisées sont publiques et disponibles à l'ensemble des acteurs (par exemple les données publiées par l'Arcep dans les télécommunications), ou si elles sont confidentielles.

d) Les dossiers simplifiés

188. Plusieurs cas peuvent conduire au dépôt d'un dossier simplifié.

Premièrement, pour les opérations où aucun marché n'est affecté, le dossier de notification est allégé, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés.

Deuxièmement, les entreprises qui réalisent un nombre important d'opérations contrôlables par an, comme des fonds d'investissement ou des acteurs importants du commerce de détail, peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération.

Troisièmement, lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce mais non du I du même article⁸⁶, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises.

189. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :

- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes⁸⁷; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article⁸⁸ et qu'elle n'entraîne pas un changement d enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés.

86. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

87. L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

88. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

190. Pour les opérations décrites au paragraphe 189, dont il est supposé *a priori* qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du Code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point 2^e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* » ;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

191. Les opérations décrites au paragraphe 189 font, dans la mesure du possible, l'objet d'un traitement accéléré (voir ci-dessous aux paragraphes 204 et suivants).

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

3. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction

193. L'article L. 430-8 III prévoit qu'« *en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire* »⁸⁹. Cette sanction, en vertu de l'article L. 430-8 I, peut s'élever jusqu'à 5% du chiffre d'affaires pour les personnes morales.

194. Pour déterminer le montant de l'amende, l'Autorité tient compte, notamment, des circonstances ayant abouti à l'omission ou à la déclaration inexacte, et du comportement des entreprises en cause vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire.

195. En outre, lorsque l'omission ou l'inexactitude entachant la notification est constatée postérieurement à la décision autorisant la réalisation de l'opération, cette sanction peut s'accompagner du retrait de cette décision (article L. 430-8). En ce cas, « *à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision* », sauf à encourir les sanctions prévues pour réalisation d'une opération sans notification préalable.

196. Le ministre a ainsi sanctionné la société Vico, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie, pour omission. Cette société avait omis de signaler l'acquisition d'une autre société exerçant son activité sur le même

⁸⁹. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 22 novembre 2006, au conseil de la société Vico, relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation (C2006-139).

marché de produits. En outre, les parties avaient déclaré à tort que la cible n'était pas présente sur certains segments d'activité concernés par l'opération. Toutefois, les inexactitudes et omissions ont été relevées à l'initiative des parties, et alors que l'opération n'avait pas encore été réalisée, ce qui témoignait de leur caractère involontaire. De plus, les inexactitudes et omissions n'étaient pas de nature à modifier le sens de la décision. Le ministre chargé de l'Économie a tenu compte de ces circonstances pour le calcul du montant de l'amende. Comme le ministre avait déjà rendu sa décision d'autorisation, en se fondant sur des motifs erronés, il a procédé à son retrait.

4. La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification

197. L'article L. 430-3 prévoit que l'Autorité de la concurrence publie un communiqué lors de la réception de la notification ou lors du renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, dans un délai de 5 jours ouvrés. Ce communiqué est mis en ligne sur le site Internet de l'Autorité sous la rubrique « Le contrôle des concentrations / Les opérations en cours d'examen ».

198. Il contient les éléments prévus à l'article R. 430-4, à savoir : les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, la nature de l'opération (fusion, prise de contrôle, création d'entreprise commune), les secteurs économiques concernés, le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations et le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties, ainsi qu'une mention spécifique s'il s'agit d'un renvoi d'une opération de dimension communautaire. Il est à noter que le délai indiqué pour les tiers intéressés n'est pas impératif : toutes observations parvenues à l'Autorité avant que sa décision ne soit rendue sont susceptibles d'être prises en compte dans l'examen de l'opération.

199. Les entreprises sont invitées à prendre en compte les conséquences de cette publication dans l'organisation de la communication relative à leur opération, en particulier vis-à-vis des représentants du personnel de leur entreprise.

5. Les délais d'examen

a) Procédure normale

200. La phase 1 débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet et dure 25 jours ouvrés (article L. 430-5 I). Cette date est matérialisée par un accusé de réception du dossier complet adressé aux parties notifiantes. Elle est automatiquement prolongée de 15 jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité d'engagements proposés par les parties (article L. 430-5 II)⁹⁰.

⁹⁰. Les délais peuvent aussi être suspendus dans les cas (rares) de mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004. Voir à ce sujet la section sur les renvois.

201. Le délai de 25 jours ouvrés représente un délai maximal qui peut se voir réduit lorsque les circonstances de l'espèce le permettent. Il ne pourra toutefois jamais être inférieur au délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations, délai précisé dans le communiqué de l'Autorité mis en ligne sur son site Internet.

202. Les parties peuvent également demander une suspension des délais d'examen dans la limite de 15 jours ouvrés (L. 430-5 II). Cette demande peut intervenir « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* ». Les parties sont donc invitées à faire parvenir à l'Autorité leur demande de prolongation motivée.

203. Les jours ouvrés ne comprennent ni les samedis et dimanches, ni les jours fériés. La liste des jours fériés est celle donnée par l'article L. 3133-1 du Code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

b) Procédure simplifiée

204. L'Autorité a mis en place depuis janvier 2011 une procédure simplifiée pour les opérations qui ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence⁹¹. Le champ d'application de cette procédure recoupe celui qui est défini ci-dessus aux points 1889 et suivants pour le dépôt de notifications simplifiées. Il s'agit des opérations :

- pour lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes,
- ou qui sont notifiables en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce mais non du I du même article et qui n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés.

205. La première condition englobe la plupart des opérations menées par des fonds d'investissement et pour lesquelles une simplification de la procédure était déjà prévue. Elle est également remplie quand les entreprises concernées ne comptent aucun fonds d'investissement mais ne sont pas présentes simultanément sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes ou reliés verticalement. En revanche, les opérations qui concernent des fonds d'investissement détenant des participations contrôlantes dans des entreprises situées sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes ou reliés verticalement à ceux des actifs cibles ne bénéficient pas de cette procédure simplifiée.

206. La seconde condition couvre essentiellement les nombreuses opérations réalisées par les têtes de réseau des grands groupes de distribution à dominante alimentaire pour la gestion de ces réseaux. En ce qui concerne les opérations concernant des concessions automobiles, les marques de véhicules des concessionnaires automobiles peuvent être considérées comme une enseigne et les opérations relatives

⁹¹. Cette procédure s'est appliquée à environ 40 % des décisions prises en 2011 et 48 % des décisions prises en 2012.

à l'acquisition de concessions automobiles peuvent bénéficier de cette procédure simplifiée lorsque les seuils du I de l'article L. 430-2 ne sont pas franchis.

207. Les opérations concernant les départements d'outre-mer, le département de Mayotte ou les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy bénéficient de cette procédure simplifiée si les conditions exposées ci-dessus sont remplies.

208. Au total, cette procédure simplifiée se caractérise par :

- un raccourcissement significatif des délais dans lesquels l'Autorité rend sa décision (15 jours ouvrés en moyenne) ;
- une décision d'autorisation de l'opération en application du III de l'article L. 430-5 simplifiée : *« L'opération notifiée consiste en la prise de contrôle de la société X par la société Y. Elle constitue une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. Compte tenu des chiffres d'affaires réalisés par les entreprises concernées, l'opération ne revêt pas de dimension communautaire. En revanche, les seuils de contrôle relatifs au commerce de détail mentionnés au point [...] de l'article L. 430-2 du Code de commerce sont franchis. La présente opération est donc soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du Code de commerce relatifs à la concentration économique. Au vu des éléments du dossier, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés ».*

209. Cependant, l'Autorité peut, lorsqu'elle l'estime nécessaire, décider d'établir une décision non simplifiée, dans les délais prévus au II de l'article L. 430-5, même si l'opération remplit les conditions précisées ci-dessus.

6. La conduite de l'examen de phase 1

210. Compte tenu de son caractère très bref, justifié par le souci de ne pas retarder de façon non nécessaire la réalisation d'opérations sur lesquelles pèsent de fortes contraintes économiques, l'examen de phase 1 est nécessairement conduit dans un esprit de coopération entre les parties et l'Autorité afin de réunir les éléments nécessaires à une décision motivée.

211. L'examen de l'opération est conduit par le service des concentrations, un ou plusieurs rapporteurs étant désignés pour chaque opération. Le service des concentrations s'appuie, en tant que de besoin, sur le service économique et le service juridique de l'Autorité.

212. Conformément à l'article L. 450-1, les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions du titre III (concentration économique) du Code de commerce, sur l'ensemble du territoire national. En particulier, l'article L. 450-3 précise que : *« Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent*

demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire».

213. En application des articles L. 450-1 et L. 450-3 du Code de commerce, les rapporteurs peuvent donc demander communication de tous documents professionnels et recueillir les renseignements et justifications qu'ils jugent nécessaires à l'instruction des affaires dont ils ont la charge, aussi bien auprès des parties que des tiers. Les demandes d'information complémentaires faites aux parties ne suspendent pas le délai déclenché à la date mentionnée par l'accusé de réception de complétude, mais les parties sont invitées à y répondre avec toute la diligence requise afin de lever les doutes résultant d'une information incomplète.

214. Le V de l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit que *« lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte dans la limite prévue au II. Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».*

215. Par ailleurs, l'article L. 450-8 du même code précise qu'*« est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre ».*

216. Le service des concentrations vérifie si l'opération est contrôlable en vertu des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce, analyse si la délimitation des marchés pertinents proposée par les parties est adaptée, évalue les effets de l'opération sur la concurrence, et, le cas échéant, la pertinence des engagements proposés. Les objectifs, méthodes et critères utilisés pour les analyses au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.

217. Le président de l'Autorité de la concurrence, qui est compétent en phase 1 pour prendre la décision au nom de l'Autorité, peut déléguer un vice-président pour statuer sur une opération. Il peut également, dans tous les cas, désigner un ou plusieurs référents, choisis parmi les vice-présidents ou les membres du collège, pour l'éclairer par un avis informel.

218. Pour mener l'analyse, le service des concentrations s'appuie sur les données et les arguments fournis par les parties notifiantes. Au cours de l'examen de l'opération, il peut demander aux parties des informations complémentaires nécessaires à l'approfondissement de certains aspects de la concentration. Le service des

concentrations confronte ces informations avec les décisions antérieures prises par les autorités de concurrence, avec toutes les informations publiques disponibles et avec toute information recueillie auprès d'entreprises tierces.

219. L'Autorité de la concurrence considère que le partage rapide du diagnostic concurrentiel et l'échange franc et constructif avec les parties, notamment lorsque des mesures correctives sont envisageables, constituent un gage de succès du contrôle des concentrations. L'organisation de réunions informelles avec les parties, à des points clés de la procédure, peut contribuer à cet objectif. Cette démarche volontaire et facultative peut en effet aider l'Autorité à compléter son information, lui donner l'opportunité de faire le point sur le dossier avec les parties et permettre à ces dernières d'anticiper la préparation des étapes ultérieures de la procédure. L'Autorité pourra donc être amenée à prendre l'initiative d'organiser de telles réunions au cas par cas.

220. Les entreprises actives sur des secteurs sur lesquels une concentration est envisagée sont vivement conviées à communiquer toute information et tout commentaire quant aux risques que pourrait faire courir l'opération à la concurrence. Néanmoins, il convient de rappeler que l'objectif du contrôle des concentrations est de préserver la concurrence et non les concurrents considérés individuellement. Par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir d'un droit à ce que leurs observations soient reprises dans les analyses de l'Autorité, ou d'un droit à obtenir certaines mesures correctives ou certains types de décision.

221. Les tiers intéressés sont invités à transmettre leurs observations par courrier électronique (à controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr) ou par fax au numéro du service des concentrations : +33 1 55 04 01 66 en précisant les références de l'opération sur laquelle ils désirent apporter une contribution. Ils peuvent également contacter le service des concentrations en appelant au +33 1 55 04 01 72. Le délai dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification. Il est généralement de 15 jours ouvrés à compter de la date de cette publication.

222. Lorsque l'opération le nécessite, par exemple lorsqu'elle intervient sur un marché qui n'a jamais été analysé par les autorités de concurrence ou dont l'analyse est ancienne, ou encore lorsqu'il apparaît qu'elle est susceptible de soulever des questions de concurrence, le service des concentrations réalise un test de marché. Pour ce faire, des questionnaires sont adressés aux principaux clients, fournisseurs et aux concurrents des entreprises concernées, et des réunions spécifiques peuvent être organisées. Ce test de marché peut être engagé dès la pré-notification avec l'accord exprès des parties notifiantes.

223. Les questionnaires concernent tous les aspects de la concentration et portent principalement sur les marchés pertinents, leur fonctionnement, l'activité de l'entreprise destinataire sur ces marchés et les effets attendus de l'opération de concentration. Ils peuvent également aborder les mesures correctives envisagées, lorsque l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché.

224. Conformément à l'article L. 430-10, les tiers peuvent demander la confidentialité pour leur réponse aux questionnaires, comme pour leurs observations spontanées envoyées à l'Autorité. En effet, « lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, et rendent publique leur décision dans des conditions fixées par décret, l'Autorité de la concurrence et le ministre chargé de l'Économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ». Par conséquent, les tiers interrogés sont invités à indiquer dans leurs réponses les éléments qu'ils veulent voir demeurer confidentiels. Les tiers peuvent également demander l'anonymat de leurs réponses.

225. En matière de gestion du secret des affaires, un régime particulier est prévu pour le contrôle des concentrations, à l'article R. 463-15-1, différent de celui applicable aux autres procédures de l'Autorité, afin d'éviter des délais préjudiciables pour les entreprises. Cet article dispose que :

« pour l'application de l'article L. 463-4 dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre III, les personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence lui précisent en même temps celles qui constituent des secrets d'affaires. Le rapporteur général veille à ce que ces informations soient réservées à l'Autorité et au commissaire du Gouvernement et à ce que soient constituées, si nécessaire, des versions non confidentielles des documents les contenant.

Les dispositions des articles R. 463-13 à R. 463-15 ne sont pas applicables ».

226. Ainsi, s'il y a lieu de communiquer à des tiers ou aux parties notifiantes des documents ou informations qui, dans une version complète, comporteraient des secrets d'affaires signalés par les personnes ayant apporté ces éléments à l'Autorité, le ou les rapporteurs en charge du dossier peuvent préparer eux-mêmes les versions non confidentielles des documents concernés à soumettre aux tiers ou aux parties notifiantes.

227. À la demande des parties, un résumé des réponses des tiers au test de marché, tenant compte des demandes de confidentialité éventuellement faites, leur est transmis. En toute hypothèse, dès lors que, sur la base du test de marché ou de tout autre élément d'appréciation, l'examen conduit par le service des concentrations laisse subsister des doutes sérieux quant aux effets de l'opération sur la concurrence, le service des concentrations fait part de son analyse aux parties et les met en mesure de donner leur point de vue et éventuellement de le soutenir par la communication d'éléments complémentaires. Les parties sont informées par oral du fait que l'opération soulève des doutes sérieux dans un délai raisonnable avant la fin du délai prévu à l'article L. 430-5 du Code de commerce.

7. Les engagements en phase 1

228. L'article L. 430-5 II du Code de commerce énonce que : « les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours

ouverts à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue».

229. Ces engagements peuvent être proposés par les parties à tout moment au cours de l'examen. Ils peuvent être discutés en pré-notification, joints au dossier de notification ou proposés durant le déroulement de la phase 1.

230. Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposé, l'Autorité les invite à le faire.

231. Comme mentionné précédemment, la proposition par les parties d'engagements à l'Autorité prolonge automatiquement le délai maximal de la phase 1 de quinze jours ouverts. Par ailleurs, les délais d'examen peuvent être suspendus, sur demande des parties, dans la limite de 15 jours ouverts en cas de nécessité particulière telle que la finalisation des engagements.

232. Les engagements proposés par les parties prennent la forme d'une lettre d'engagements. Cette lettre doit comporter une liste précise, détaillée et exhaustive des engagements. Lorsqu'il s'agit d'actifs à céder, les parties doivent prévoir les moyens permettant de garantir, pendant la période transitoire entre l'autorisation de l'opération et la réalisation des cessions, l'indépendance, la viabilité économique, la valeur, et la compétitivité de ces actifs. Pour les engagements comportementaux, les parties s'attacheront à démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification. Quels que soient les engagements proposés, la lettre d'engagements doit explicitement faire référence aux moyens du suivi par l'Autorité de ces engagements. Pour plus de détails sur la nature des engagements, il convient de se reporter à la section sur les mesures correctives du chapitre V ci-après ainsi qu'au modèle de lettre d'engagement figurant à l'annexe G.

233. Le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Pour ce faire, les parties doivent transmettre une proposition de version non confidentielle de leurs engagements. Si la proposition transmise par les parties doit être amendée avant communication aux tiers, les parties reçoivent communication de la version sur la base de laquelle sont interrogés les tiers.

8. La décision de l'Autorité en phase 1

234. En phase 1, en vertu de l'article L. 430-5 III du Code de commerce, *«l'Autorité de la concurrence peut :*

- soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2;*
- soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties;*
- soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6».*

235. Comme le précise le quatrième alinéa de l'article L. 461-3, les décisions prévues à l'article L. 430-5 peuvent être prises par le président ou un vice-président désigné par lui.

236. La décision est notifiée aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie (article R. 430-7). Le ministre peut, en vertu de l'article L. 430-7-1 I, demander à l'Autorité l'ouverture d'une phase 2 dans un délai de 5 jours ouvrés. L'échéance de ce délai est précisée aux parties dans le bordereau de notification adressé par le service des concentrations.

237. En outre, conformément à l'article L. 430-5 IV, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune décision dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'Économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation, au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'Économie par le I de l'article L. 430-7-1 (autorisation dite par « accord tacite »).

238. En vertu de l'article R. 430-6, l'Autorité rend public le sens de la décision dans les 5 jours ouvrables qui la suivent en publiant sur son site Internet l'information selon laquelle l'opération a fait l'objet d'une constatation de l'inapplicabilité du contrôle, d'une autorisation, d'une autorisation sous réserve d'engagements, d'un accord tacite ou d'un examen en phase 2 si celui-ci est engagé.

9. La publication des décisions

239. Après réception d'une décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer au service des concentrations les mentions relevant du secret des affaires (article R. 430-7), par courriel ou télécopie. La publication des décisions se fait, en effet, dans le respect de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. La publication se fait également dans le respect des intérêts légitimes des personnes citées dans la décision (article D. 430-8).

240. La détermination de ce qui relève ou non du secret des affaires est toujours appréciée au cas par cas. Il est par conséquent impératif que les parties qui demandent l'occultation de certaines données le fassent d'une manière précise et circonstanciée. Les éléments pour lesquels l'occultation demandée n'aura pas été justifiée, ou aura été appuyée par des justifications considérées comme insuffisantes, ne seront pas occultés. Lorsque les demandes d'occultation des parties ne sont pas acceptées dans leur intégralité, le service des concentrations leur adresse une version aménagée de la décision, avant sa publication, afin qu'elles puissent faire leurs observations.

241. Certains éléments ne peuvent pas, en principe, être occultés :

- les informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur en France ou dans un autre pays de l'Union européenne. Si une obligation de publicité pèse sur les entreprises en vertu de la réglementation, mais que les entreprises n'ont pas déféré à cette obligation (ex. : dépôt annuel des comptes au registre du commerce et des sociétés), les entreprises

- ne pourront pas alléguer leur manquement pour justifier du caractère confidentiel d'une donnée;
- les informations divulguées par l'entreprise elle-même, au-delà de ses obligations légales et réglementaires : rapports annuels, site Internet;
 - les informations aisément accessibles : les informations issues d'un retraitement des données publiques (informations figurant sur des banques de données Internet, informations accessibles par le biais d'instituts chargés d'études, etc.);
 - les informations ayant perdu leur importance commerciale (par l'écoulement du temps ou pour toute autre raison). En principe, il n'y a pas lieu d'occulter les données datant de cinq ans et plus;
 - les informations faisant partie de l'analyse concurrentielle ou permettant de définir le périmètre des engagements consentis par les parties. En particulier, la publication des engagements comportementaux (description et délais) constitue une garantie de bonne exécution, en favorisant, en complément du suivi effectué par le service des concentrations de l'Autorité, une surveillance par le marché.

242. Les demandes d'occultation peuvent notamment porter sur :

- les informations non chiffrées qui auraient par exemple trait à des secrets de fabrication, des secrets industriels, à l'organisation interne ou à la stratégie commerciale de l'entreprise;
- les données chiffrées : chiffre d'affaires qui ne sont pas publiques, les parts de marché, nombre de salariés, informations financières (coût de production, prix de revient, marges, projets d'investissement, ...), délais de réalisation des engagements structurels; sauf cas particulier, les parts de marché sont remplacées par les fourchettes suivantes :
 - entre 0 et 4,99% : [0-5]%,
 - entre 5,0 et 9,99% : [5-10]%,
 - entre 10,0 et 19,99% : [10-20]%,
 - entre 20,0 et 29,99% : [20-30]%,
 - entre 30,0 et 39,99% : [30-40]%,
 etc.;
- pour tenir compte des intérêts légitimes de tiers à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, le service des concentrations peut également occulter ou remplacer par des fourchettes des mentions qui ne lui auraient pas été signalées par les parties notifiantes.

243. D'autres informations que celles figurant dans la liste précitée sont susceptibles d'être occultées si la demande en est fondée, alors qu'une demande d'occultation portant sur l'un des éléments mentionnés précédemment, mais dénuée de justification, ne pourra être accueillie.

244. En tout état de cause, l'Autorité n'est pas liée par les demandes d'occultation formulées par les parties, et il lui appartient de concilier l'intérêt légitime des parties à protéger leurs secrets d'affaires et l'intérêt des tiers et du marché à être informés correctement de ses décisions. En particulier, il ne pourra pas être déféré aux demandes d'occultation d'éléments qui sont le support nécessaire de la décision et dont l'occultation priverait ladite décision de son sens à l'égard des tiers.

H. La phase 2 ou examen approfondi

1. Déclenchement de la phase 2

245. Le déclenchement de la phase 2 peut intervenir :

- soit à l'initiative de l'Autorité, conformément à l'article L. 430-5 III, lorsque subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence à l'issue de la première phase ;
- soit à la demande du ministre chargé de l'Économie. L'article L. 430-7-1 I énonce en effet que *« dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-5, le ministre chargé de l'Économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7 »*. La décision de l'Autorité prise à l'issue de la phase 1 étant communiquée simultanément par télécopie aux parties et au ministre, la date à laquelle le ministre a reçu la décision est la même que celle de la notification aux parties.

246. S'agissant de la demande d'examen approfondi par le ministre, l'Autorité, qui a le statut d'une autorité administrative indépendante, examinera le bien-fondé d'une telle demande mais n'est pas tenue d'y déférer. L'Autorité se prononcera sur une éventuelle demande dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de sa réception. Elle informera les parties de l'existence de cette demande dès sa réception et leur communiquera sa décision en même temps qu'au ministre. En revanche, il n'est pas prévu d'informer systématiquement les parties sur l'absence de mise en œuvre de cette disposition par le ministre.

247. Un doute sérieux d'atteinte à la concurrence peut, notamment, subsister lorsque :

- la pratique décisionnelle n'est pas suffisamment établie sur les marchés concernés et l'analyse concurrentielle nécessite d'être approfondie, par exemple en ce qui concerne la définition des marchés pertinents, l'importance des barrières à l'entrée, l'existence d'une atteinte à la concurrence ou de gains d'efficacité ;
- des évolutions importantes et récentes sur les marchés concernés sont susceptibles de justifier une modification significative de la pratique décisionnelle ;
- malgré les atteintes à la concurrence identifiées en phase 1, les parties n'ont pas proposé d'engagements, ou proposé des engagements insuffisants ou dont la mise en œuvre opérationnelle est incertaine.

248. L'ouverture d'une phase 2 par l'Autorité peut, dans certains cas, emporter la caducité d'une opération de concentration. En effet, l'article 231-11 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers permet aux entreprises d'introduire dans leurs offres publiques une condition suspensive sur l'obtention d'une autorisation de première phase. Dans l'hypothèse où une telle condition a été stipulée, la décision de passage en phase 2 entraîne automatiquement la caducité de l'offre. Malgré cette caducité, l'instruction de la concentration peut poursuivre son cours lorsque l'offreur fait connaître à l'Autorité son intention de poursuivre son projet.

2. Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules

249. L'article L. 430-7 énonce les règles s'appliquant à la gestion des délais en phase 2 :

« I. – Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci.

II. – Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. S'ils sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.

En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés.

Ces délais peuvent également être suspendus à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension».

250. Comme en phase 1, les parties peuvent donc demander une suspension des délais d'examen. En revanche, pour les phases 2 uniquement, le législateur a introduit, dans le dernier alinéa de l'article cité ci-dessus, une procédure d'arrêt des pendules (« *stop the clock* »), à l'initiative de l'Autorité. Ce mécanisme permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas :

- en premier lieu, les parties sont tenues d'informer l'Autorité de tout fait nouveau dès sa survenance. Lorsque les parties manquent à cette obligation d'information, le délai peut être suspendu à partir de la survenance du fait nouveau et ce jusqu'à la date à laquelle les parties informent l'Autorité. Ce dispositif est proche de celui retenu en droit communautaire. En effet, l'article 9, paragraphe 3, c) du règlement (CE) n° 802/2004 précise que lorsque les parties omettent d'informer la Commission européenne de modifications des faits ou d'informations nouvelles, les délais sont suspendus « *pendant la période comprise entre la modification des faits en question et la réception des informations complètes et exactes* ». L'article 9, paragraphe 4 du même règlement dispose en outre que : « *La suspension des délais commence le jour suivant celui de la survenance du motif de suspension. Elle expire à la fin du jour de la disparition du motif de la suspension. Si ce jour n'est pas un jour ouvrable, la suspension expire à la fin du premier jour ouvrable qui suit* » ;
- en second lieu si les parties ne fournissent pas à l'Autorité, en tout ou en partie, les informations qui leur ont été demandées dans le délai fixé au cours de

l'instruction ou si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d'informations formulées par l'Autorité, les délais peuvent être suspendus pendant la période comprise entre la fin du délai fixé dans la demande d'informations et la réception des informations complètes et exactes requises dans cette demande.

251. Lorsque l'une ou l'autre des situations justifiant la mise en œuvre de la procédure d'arrêt des pendules se présente, les parties sont informées du déclenchement de la suspension des délais.

252. Dans tous les cas, les délais ne courent à nouveau que lorsque la cause génératrice de la suspension aura disparu, des informations complètes et exactes ayant été communiquées à l'Autorité. Les parties sont avisées de la fin de la suspension des délais.

3. La conduite de l'examen en phase 2

253. Le déroulement de la phase 2 est encadré par l'article L. 430-6 qui énonce : *« Lorsque une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. »*

La procédure applicable à cet examen approfondi de l'opération par l'Autorité de la concurrence est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

Avant de statuer, l'Autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par l'Autorité dans les mêmes conditions».

254. Durant cette seconde phase, le service des concentrations approfondit les points clefs de l'analyse concurrentielle sur lesquels la phase 1 n'a pas permis de conclure. Les objectifs, critères et méthodes utilisés pour l'analyse au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.

255. Des engagements peuvent également être proposés par les parties au cours de la phase 2. L'article L. 430-7 II énonce qu'« après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération ».

256. Comme indiqué précédemment, si les parties les transmettent à l'Autorité moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.

257. Le formalisme à respecter et la procédure de test des engagements sont les mêmes qu'en phase 1. Les engagements envisageables sont explicités au chapitre V du présent guide sur les mesures correctives.

258. Les investigations de phase 2 peuvent donner lieu à l'interrogation de tiers, selon les mêmes modalités qu'en phase 1, notamment en ce qui concerne la protection du secret des affaires.

259. L'Autorité de la concurrence recueille en outre l'avis de l'autorité de régulation sectorielle compétente. Cette procédure est spécifiquement prévue pour le secteur audiovisuel (le Conseil supérieur de l'audiovisuel étant consulté en vertu de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986) et le secteur de la banque/assurance (l'Autorité de contrôle prudentiel en vertu de l'article L. 612-22 de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance). L'Autorité de la concurrence saisit ces autorités administratives par l'envoi d'un document présentant l'opération. Cette consultation permet de clarifier certains aspects du fonctionnement des marchés concernés, qui sont soumis à des réglementations particulières, mais aussi de mieux articuler le contrôle des concentrations et les procédures de régulation propres à ces secteurs. L'autorité de régulation sectorielle interrogée dispose alors, pour faire part de ses observations éventuelles, d'un délai réduit à un mois pour cause d'urgence. Les observations sont jointes au dossier. L'Autorité n'est pas tenue d'obtenir cet avis pour rendre sa décision. Cette procédure de consultation n'induit aucune incidence sur les délais impartis à l'Autorité.

260. L'article R. 463-9 prévoit également, en matière contentieuse, que *« le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier »*. L'annexe 4-6 du livre IV du Code de commerce modifiée par l'ordonnance no 2010-76 du 21 janvier 2010 - art. 18 (V), liste les autorités suivantes :

- L'Autorité des marchés financiers (AMF);
- La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL);
- Le Médiateur du cinéma;
- L'Autorité de contrôle prudentiel;
- Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA);
- L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep);
- La Commission de régulation de l'énergie (CRE).

261. Il en est de même pour l'Araf, en application de l'article 27 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports et pour l'Arjel, en application de l'article 39 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. Sous le régime antérieur à la loi LME, les institutions énumérées ci-dessus pouvaient transmettre leur avis à la suite de la communication par

le Conseil de la concurrence de la saisine ministérielle déclenchant une phase 2. Ce mécanisme obligatoire est devenu caduc depuis le 2 mars 2009. Mais l'Autorité se réserve la possibilité de recueillir l'avis des institutions concernées (le cas du CSA relevant d'un régime différent, en application de la loi) chaque fois que cette consultation lui apparaîtra utile.

262. L'examen approfondi par l'Autorité de la concurrence donne lieu à la rédaction d'un rapport qui présente les parties, l'opération, les marchés pertinents, l'analyse concurrentielle de l'opération et, le cas échéant, ses gains d'efficacité économique et une analyse des engagements proposés par les parties et des mesures correctives envisagées par l'Autorité. Le service des concentrations veille, dans la rédaction du rapport, à la protection du secret des affaires des parties comme à celui des tiers conformément aux prescriptions de l'article L. 463-4.

263. Ce rapport est ensuite transmis aux parties notifiantes ainsi qu'au commissaire du Gouvernement qui disposent d'un délai de 15 jours ouvrés pour faire part de leurs observations en réponse. Conformément à l'article L. 463-2, le rapport est accompagné des documents sur lesquels se fonde le service des concentrations.

264. Le président de l'Autorité attribue le cas, lorsqu'il est en état d'être examiné par le collège, à une des formations énumérées au deuxième alinéa de l'article L. 461-3 du Code de commerce⁹². Une séance est ensuite organisée selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du Code de commerce et le titre IV du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence. Au cours de la séance, les rapporteurs exposent tout d'abord les conclusions de leur instruction. Le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ainsi que le commissaire du Gouvernement présentent ensuite leurs observations. Le collège peut également entendre, au cours de la séance, des tiers ainsi que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération. Ces témoins, qui sont invités à répondre aux questions des membres du collège, n'assistent pas à la totalité de la séance. Ces témoins sont entendus en l'absence des parties, invitées à quitter la salle des séances. Le collège entend enfin les parties qui peuvent présenter leur propre analyse et répondre aux questions des membres de la formation.

4. Décision de l'Autorité en phase 2

265. Au terme de l'examen approfondi de phase 2, conformément à l'article L. 430-7,

« III. – L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée :

a) soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;

⁹². Le collège comprend dix-sept membres : outre le président et les quatre vice-présidents exerçant leurs fonctions à temps plein, le collège comporte douze membres non permanents. L'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente. La composition des sections est fixe et déterminée par le président de l'Autorité qui affecte chacun des membres à une ou deux des sections. Chaque section est présidée soit par le président de l'Autorité, soit par l'un des vice-présidents. La commission permanente, quant à elle, est composée du président et des quatre vice-présidents.

- b) soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.
- c) Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.
- d) Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations.

IV. – Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l'opération par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification».

266. La formation de l'Autorité délibère selon les règles définies au titre V du règlement intérieur.

267. L'Autorité transmet le projet de décision aux parties intéressées afin qu'elles puissent faire leurs observations, dans un délai raisonnable. Ce délai est apprécié en tenant compte notamment de la date à laquelle les parties ont transmis les dernières informations nécessaires à la prise de décision de l'Autorité.

268. Puis l'Autorité notifie sa décision aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie. Comme pour les décisions de phase 1, après réception de la décision, les parties disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer les mentions relevant du secret des affaires qu'elles souhaitent voir occultées (article R. 430-7). Comme pour les décisions de phase 1, la publication se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des tiers.

269. En outre, conformément au V, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune des décisions prévues aux III et IV dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'Économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'Économie par le II de l'article L. 430-7-1 (décision dite d'« accord tacite »).

270. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article L. 430-7, l'Autorité en rend public le sens dans les 5 jours ouvrables suivant la décision (article R. 430-6) : autorisation, autorisation sous réserve d'engagements, autorisation sous réserve d'injonctions et prescriptions, interdiction, accord tacite.

271. Enfin, l'Autorité assure la publicité de ses décisions par une mise en ligne de celles-ci sur son site Internet, y compris pour les autorisations tacites.

5. Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'Économie

272. L'article L. 430-7-1 II énonce que, pour les décisions de phase 2 :

« dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'Économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en

cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.

Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'Économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.

Lorsqu'en vertu du présent II le ministre chargé de l'Économie évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements.

Cette décision est transmise sans délai à l'Autorité de la concurrence».

273. La date à laquelle le ministre reçoit la décision de l'Autorité est la même que celle de la notification de la décision aux parties, la décision étant transmise parallèlement au ministre et aux parties.

274. Dans les cinq jours ouvrables suivant sa décision, le ministre chargé de l'Économie en rend public le sens (article R. 430-6).

275. Les décisions motivées du ministre chargé de l'Économie sont également rendues publiques, cette publicité étant assurée par une publication dans l'édition électronique du *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (article D. 430-8). La publication des décisions du ministre se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués (article D. 430-8).

276. Les décisions du ministre chargé de l'Économie prises en application de l'article L. 430-7-1 II sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État. Dans une décision du 21 décembre 2012, celui-ci a confirmé que, dans la mesure où la décision de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012 ne préjudiciait pas à l'intérêt général lié au maintien de l'emploi ou à un intérêt général autre que le maintien de la concurrence, le ministre n'avait commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas faire usage du pouvoir d'évocation dont il dispose en vertu de cet article⁹³.

6. Les retraits de notification

277. À tout moment de la procédure, les parties notifiantes peuvent retirer la notification en transmettant tout document attestant l'abandon du projet.

I. Les recours

278. Le Conseil d'État est la juridiction compétente pour connaître des décisions de l'Autorité de la concurrence au regard de la nature juridique de celle-ci

⁹³. Voir la décision du Conseil d'État, nos 362347, 363542, 363703, Société Groupe Canal Plus et autres, du 21 décembre 2012.

(autorité administrative indépendante) et de l'article R. 311-1 (4^o) du Code de justice administrative. Par exception à cette règle, l'article L. 464-8 du Code de commerce énumère les décisions de l'Autorité de la concurrence relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 du Code de commerce. Le Conseil d'État est aussi compétent pour tout recours relatif à une décision du ministre prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation.

279. Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentration, la sanction de réalisations sans notification, d'omissions ou d'inexactitudes dans la notification ou du non-respect d'engagements mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de recours. Un recours peut être introduit par les parties à l'opération comme par tout tiers ayant un intérêt à agir. Les règles relatives à la recevabilité et à la procédure des recours en matière de décisions de concentration relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État.

1. Les délais de recours

280. Le délai pour former un recours contre une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est de deux mois. Le délai de recours contentieux est un délai franc. Un délai franc se compte en mois de quantième à quantième, le jour de la notification ou de la publication ne compte pas (*dies a quo*) et le jour de l'échéance non plus (*dies ad quem*). Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, le recours peut être déposé le premier jour ouvrable suivant. Par exemple pour une décision notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception le 2 novembre 2012 à 10 h 30, le délai commencera à courir le lundi 5 novembre 2012 à 0 h 00 et expirera le samedi 5 janvier 2013 à 0 h 00, le recours ne pouvant être introduit dans la journée du samedi 5 janvier 2013, il expirera le premier jour ouvrable suivant soit le lundi 7 janvier 2013.

281. Le point de départ du délai de recours varie selon la qualité du requérant, personne visée ou tiers. Une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est un acte individuel; il est donc rendu opposable à celui qu'il concerne par la voie de notification. En conséquence, pour les parties, le délai de recours court à compter du jour de la notification de la décision par l'Autorité à l'intéressé.

282. Pour les tiers, le point de départ du délai opposable correspond à la date de publication de la décision, comme le spécifie l'article R. 464-28 du Code de commerce. Cette publication est assurée par la mise en ligne de la décision de l'Autorité sur son site Internet conformément à l'article D. 430-8 du Code de commerce. La publication du sens de la décision, préalable à la mise en ligne de la décision, ne constitue pas le point de départ du délai de recours contentieux pour les tiers.

2. Le recours en annulation

283. Les recours à l'encontre des décisions en matière de concentrations sont principalement des recours en annulation. Le Conseil d'État y examine la légalité externe (compétence, respect de certaines garanties de forme ou de procédure) et la légalité interne (contrôle de la violation de la loi ou de l'erreur de droit ou de fait, avec examen de la qualification juridique des faits) des décisions.

284. Par exemple, le Conseil d'État a été amené dans ses arrêts précédents à examiner la régularité de la procédure⁹⁴, la contrôlabilité de l'opération⁹⁵, la délimitation des marchés pertinents⁹⁶, l'appréciation des effets concurrentiels de l'opération⁹⁷, la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de compenser les atteintes à la concurrence identifiées⁹⁸, la prise en compte de l'argument de l'entreprise défaillante⁹⁹ ou encore le caractère suffisant des engagements acceptés par l'Autorité de concurrence¹⁰⁰.

285. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur les décisions. Ainsi, dans l'arrêt Fiducial du 13 février 2006, le Conseil d'État a déclaré licite l'autorisation ministérielle contestée après avoir réétudié les parts de marché des parties à la concentration, les obstacles au pouvoir de marché de la future entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération. Cette approche économique dans l'examen de la légalité d'une décision en matière de concentration a conduit le Conseil d'État à apprécier cette légalité non seulement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où la décision a été prise, mais aussi au regard des effets constatés ou potentiels de l'opération autorisée, examen pouvant inclure des faits nouveaux, par exemple l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché¹⁰¹.

286. Le respect des droits des tiers est également contrôlé par le Conseil d'État. Ce dernier a ainsi annulé l'arrêté autorisant l'opération Heineken/Fischer¹⁰² au motif que les droits d'Interbrew, qui n'était pas partie à l'opération, n'avaient pas été respectés. Dans cette affaire, les engagements pris par Heineken prévoyaient la cession d'un nombre significatif d'entrepôts au bénéfice d'acheteurs juridiquement et financièrement indépendants de certains brasseurs importants, dont Interbrew. Cette décision privait donc Interbrew de la possibilité d'acheter les

94. Voir notamment la décision du Conseil d'État 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1/AB/TMC, et la décision 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb/Moulinex.

95. Voir notamment la décision 294896 du 31 janvier 2007 relative à l'acquisition de Delaroché par EBRA, et la décision 201853 Coca-Cola du 9 avril 1999.

96. Voir notamment la décision 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, la décision 283479 Fiducial du 30 juin 2006, et la décision 278796 du 13 février 2006 relative à l'opération Seb/Moulinex.

97. Voir notamment la décision 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, la décision 283479 Fiducial du 30 juin 2006, la décision 278796 du 13 février 2006 sur l'opération Seb/Moulinex, et la décision 201853 Coca-Cola du 9 avril 1999.

98. Voir notamment la décision 201853 Coca-Cola du 9 avril 1999.

99. Voir la décision 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb/Moulinex.

100. Voir les décisions 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1/AB/TMC, 201853 du 9 avril 1999 Coca-Cola, 338197 du 30 décembre 2010 sur l'opération TF1/TMC-NT1.

101. CE, section du contentieux, 13 février 2006, Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise.

102. CE n° 191654, section du contentieux, 9 avril 1999.

entrepôts vendus par Heineken. Le Conseil d'État a annulé la décision, en application du principe général des droits de la défense, la société Interbrew n'ayant pas été mise en mesure de présenter ses observations.

3. Les référés

287. Concomitamment à l'exercice d'un recours au fond, le requérant dispose de la possibilité de former une demande en référé tendant à suspendre la décision en cause. À cet effet, il existe plusieurs procédures de référé. Deux types de référés ont d'ores et déjà été mis en œuvre devant le Conseil d'État en matière de concentrations : le référé « suspension » et le référé « conservatoire » ou « mesures utiles ».

288. Le référé « suspension » est prévu à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (CJA). Pour ce référé, un recours au principal est nécessaire, c'est-à-dire qu'il faut engager une requête en annulation, et y adjoindre une demande de référé. Trois conditions doivent être simultanément remplies par la demande de référé :

Une condition d'urgence. Par exemple, dans l'ordonnance du 19 mai 2005 suspendant la décision d'autorisation de l'acquisition par la société CEGID de la société CCMX Holding, le juge des référés a justifié l'urgence « *eu égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles* » et « *tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une concurrence effective sur le marché [...] qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur le même marché en tant que concurrents ou clients potentiels [...]* ». En revanche, le juge des référés a estimé qu'en ce qui concernait l'acquisition par TF1 des chaînes TMC et NT1 la condition d'urgence n'était pas remplie eu égard aux parts relativement peu élevées des chaînes TMC et NT1 dans l'audience des chaînes de télévision et les recettes publicitaires et au caractère progressif de l'incidence de la concentration sur les marchés concernés¹⁰³.

L'existence « d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Dans l'ordonnance du 19 mai 2005 dans l'affaire CEGID/CCMX Holding précitée, le juge des référés a considéré que l'argumentation du ministre était insuffisante « *au regard du caractère probable, suffisamment rapide et durable, et suffisant, de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer des effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération en cause* », ce qui créait un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Enfin, la décision de l'autorité de concurrence en cause doit encore **produire des effets juridiques** au jour de la demande pour pouvoir être suspendue. Par exemple, dans une ordonnance du 1^{er} juin 2006¹⁰⁴, le juge des référés a rejeté la demande en référé suspension, car irrecevable, considérant que la décision d'autorisation était entièrement exécutée à la date de la requête. De même, dans l'ordonnance du 25 juillet 2006, Société France Antilles, le juge des référés a considéré que cette requête n'était pas recevable, car la décision d'autorisation de l'acquisition par le

103. n° 338198, requête de la société Métropole Télévision.

104. n° 293198, requête de la société Fromaget Vins et de la Société centrale européenne de distribution Groupe C10.

groupe L'Est républicain de la société Delaroche auprès de la société Socpresse était entièrement exécutée à la date à laquelle la société France Antilles avait introduit sa requête tendant à la suspension de cette décision.

289. Le référé « conservatoire » ou « mesures utiles » est prévu à l'article L. 521-3 du Code de justice administrative : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ». Par exemple, dans son ordonnance du 18 février 2008, Fédération nationale des transporteurs routiers, le juge des référés du Conseil d'État a considéré que cette procédure pouvait être utilisée pour enjoindre à une entreprise de notifier une opération qui avait été réalisée sans avoir été notifiée « *cette procédure est susceptible de s'appliquer lorsque, une opération de concentration ayant été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'Économie est tenu, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 430-8 du Code de commerce, d'enjoindre la notification de l'opération* ». Il a cependant estimé que, dans les circonstances de l'espèce, une telle injonction ne se justifiait pas.

4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par le Conseil d'État

290. L'article R. 430-9 du Code de commerce énonce qu'« *en cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre chargé de l'Économie sur le fondement des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9 et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État* ».

291. Ainsi, les entreprises concernées doivent procéder à une nouvelle notification actualisée de l'opération lorsque la décision de l'Autorité ou du ministre a été annulée. Le juge administratif pourrait néanmoins préciser dans sa décision, au titre de ses pouvoirs généraux, qu'en cas d'annulation de la décision ministérielle prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation, une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité de la concurrence à laquelle la décision ministérielle s'était substituée. Dans ce cas, une nouvelle notification ne serait donc pas nécessaire.

J. La mise en œuvre des mesures correctives

1. Le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives

292. Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, le service des concentrations assure un suivi rigoureux de la mise en œuvre des injonctions, prescriptions et engagements figurant dans une décision prise par l'Autorité ou par le ministre chargé de l'Économie antérieurement au transfert de compétences au bénéfice de l'Autorité à compter du 2 mars 2009. Pour les engagements, les modalités du

suivi sont à préciser dans la lettre d'engagements des parties. En annexe G figure un modèle de lettre d'engagements plus particulièrement adapté aux engagements de cession d'actifs. Dans le cas des engagements comportementaux, la rédaction des engagements est spécifique à chaque cas d'espèce. Les stipulations relatives aux conditions de nomination et révocation du mandataire sont toutefois largement communes aux deux types d'engagements.

293. Il est notamment demandé aux parties de prévoir le recours à un mandataire, chargé de surveiller la bonne exécution des engagements et d'en rendre compte à l'Autorité. Pour les cessions d'actifs, le mandataire est généralement chargé dans un premier temps de veiller au maintien de la viabilité et de la capacité compétitive des actifs à céder, puis dans un second temps de procéder directement à la cession. Lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, il peut aussi être d'emblée chargé de procéder à la cession. Pour les engagements comportementaux, le rôle du mandataire est précisé dans les engagements ou les injonctions, ainsi que dans le contrat de mandat. Un modèle de contrat de mandat figure en annexe H. Il est plus particulièrement adapté aux engagements de cession d'actifs mais les stipulations relatives au mandataire et à la cessation du mandat peuvent être reprises pour les contrats de mandat dans le cas d'engagements comportementaux. Le mandataire doit répondre à deux conditions pour être agréé par l'Autorité. Il doit être indépendant des parties et avoir les compétences requises pour mener à bien sa mission.

294. Afin de vérifier le respect de l'exécution des injonctions, prescriptions et engagements, les services d'instruction de l'Autorité peuvent également adresser des demandes d'informations aux parties comme aux tiers, et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers.

2. La procédure de sanction du non-respect des engagements ou injonctions (article L. 430-8 IV du Code de commerce)

295. Si le suivi des mesures correctives fait apparaître un doute sérieux sur l'inexécution des engagements, injonctions ou prescriptions, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'ouvrir une procédure de non-respect des obligations imposées aux parties. Une telle procédure peut être engagée aussi bien pour des opérations autorisées par l'Autorité de la concurrence que des opérations autorisées sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce intervenue le 2 mars 2009.

296. En vertu des derniers alinéas de l'article L. 430-8 IV, la procédure applicable est *« celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés. L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés »*.

297. Pour instruire la procédure de non-respect des obligations qui incombaient aux parties, un ou plusieurs rapporteurs sont désignés par le rapporteur général.

Un rapport est rédigé conformément au deuxième alinéa de l'article L. 463-2. Ce rapport est notifié aux parties, au commissaire du gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné de l'ensemble des éléments sur lesquels se sont fondés les rapporteurs. Les parties et le commissaire du gouvernement disposent de quinze jours ouvrés pour présenter un mémoire en réponse. Une séance contradictoire est ensuite organisée devant le collège de l'Autorité selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du Code de commerce et celles du règlement intérieur de l'Autorité.

298. Au terme de cette procédure, l'Autorité prend une décision en vertu de l'article L. 430-8 IV : *« Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :*

1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I;

2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.»

299. La sanction pécuniaire s'élève au maximum, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise.

300. Le montant des astreintes qui peuvent être infligées ne peut dépasser la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date fixée par l'Autorité.

301. La conformité de ces dispositions législatives à la Constitution a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 12 octobre 2012, relevant en particulier qu'elles visent à garantir le respect effectif des mesures correctives et ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans les secteurs affectés par l'opération de concentration¹⁰⁵.

302. Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce intervenue le 2 mars 2009, l'Autorité a sanctionné à deux reprises des entreprises pour le non-respect des engagements qu'elles avaient pris devant le ministre. Une sanction pécuniaire de 1 million d'euros a ainsi été prononcée à l'encontre de la société Bigard qui, alors qu'elle s'était engagée à

¹⁰⁵. Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal.

signer un contrat de licence portant sur l'utilisation de la marque Valtero pour les produits de viande bovine vendus en grandes surfaces, a tenté de reporter la notoriété de cette marque vers une autre marque, ce qui était de nature à décourager les candidats susceptibles d'être intéressés par la licence de marque¹⁰⁶.

303. Le 20 septembre 2011, l'Autorité a constaté le non-respect par Groupe Canal Plus des engagements qu'il avait pris dans le cadre de la fusion de son bouquet satellite de télévision payante avec celui de la société TPS. Elle a en conséquence retiré la décision du 30 août 2006 par laquelle le ministre avait autorisé cette opération¹. Dans la mesure où le bouquet satellite TPS avait disparu et où ses abonnés avaient été transférés sur les offres du Groupe Canal Plus, il n'était plus possible de revenir à l'état antérieur à la concentration et l'opération de 2006 a été notifiée à nouveau le 24 octobre 2011 et autorisée, sous réserve d'injonctions, par une décision du 23 juillet 2012. En outre, l'Autorité a sanctionné ce non-respect d'engagement à hauteur de 30 millions d'euros¹⁰⁷.

304. Cette décision de sanction a été confirmée pour l'essentiel par le Conseil d'État¹⁰⁸. Cette décision précise notamment la portée du principe de l'interprétation stricte des engagements en relevant que *« l'Autorité de la concurrence est en droit de rechercher si, alors même que serait assuré le respect formel des critères expressément prévus par un engagement que l'évolution du marché n'a pas privé de son objet, les parties ayant pris cet engagement auraient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir ; »*.

305. Le Conseil d'État a, dans la même décision, confirmé que la décision de retrait devait être proportionnée à la gravité des manquements constatés, et notamment à l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées, aux effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, à l'ampleur des manquements, ainsi qu'à la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. Il a, en l'espèce, constaté que Groupe Canal Plus avait manqué à des engagements qui se trouvaient au cœur du dispositif des mesures correctives prévues par la décision d'autorisation et dont la méconnaissance a eu des effets majeurs sur l'équilibre concurrentiel des marchés concernés et a donc confirmé la légalité du retrait de l'autorisation de 2006.

3. *Le réexamen des mesures correctives*

306. Dans des circonstances exceptionnelles, les parties qui ont souscrit des engagements peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité.

¹⁰⁶. Décision 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard (lettre du ministre de l'Économie C2008-100 du 2 février 2009).

¹⁰⁷. Décision de l'Autorité de la concurrence 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

¹⁰⁸. Décision du Conseil d'État du 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société Vivendi Universal, n° 353856.

307. Si des parties, qui s'étaient engagées à céder une activité dans un délai imparti, envisagent de demander une prolongation de ce délai, il leur appartient de démontrer que le non-respect de cet engagement résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté, et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide. Dans le cas inverse, elles sont passibles d'une sanction pour non-respect de leurs obligations.

308. Dans le cas de mesures correctives comportementales s'étendant sur une longue durée, les parties peuvent être amenées, après les avoir mises en œuvre pendant plusieurs années, à considérer que les objectifs poursuivis par ces mesures pourraient être mieux satisfaits par des mesures différentes, ou que l'évolution de la concurrence sur les marchés les rend obsolètes. Il leur appartient alors de démontrer à l'Autorité le bien-fondé de leur demande de réexamen des mesures correctives et de proposer des mesures alternatives.

309. Les demandes de réexamen peuvent porter aussi bien sur des engagements pris devant l'Autorité de la concurrence que sur des engagements pris devant le ministre chargé de l'Économie antérieurement au transfert de compétences. Une lettre motivée doit être adressée à cet effet au président de l'Autorité.

310. Les décisions de révision des engagements sont *a priori* publiées sur le site de l'Autorité à l'exception des modifications mineures ou de celles qui ne modifient pas les engagements sur le fond, par exemple les décisions relatives à une demande de prolongation des délais de cession. Avant la publication, les entreprises sont mises en mesure d'indiquer les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires dans les conditions prévues à l'article R. 430-7.

311. Par exemple, s'agissant d'engagements pris vis-à-vis du ministre avant le 2 mars 2009, le président de l'Autorité a ainsi accepté, par lettre du 23 mai 2011, que la société Bigard modifie l'engagement de signature d'un contrat de licence portant sur l'utilisation de la marque Valtero pour les produits de viande bovine vendus en grandes surfaces qu'elle avait pris dans le cadre de l'opération relative à l'acquisition de Socopa Viandes. En application de l'engagement ainsi modifié, la société Bigard a cédé la marque Valtero pour tous ses usages à l'un de ses concurrents, la société Montfort¹⁰⁹. Autre exemple, le président de l'Autorité a accepté par un courrier du 19 juillet 2012, qu'il soit mis un terme aux engagements pris par le groupe LVMH à l'occasion de l'acquisition du groupe Les Échos, en raison des profonds bouleversements constatés sur le marché de la presse quotidienne économique et financière et notamment de la disparition de la version imprimée quotidienne de *La Tribune*¹¹⁰.

312. S'agissant d'engagements pris dans le cadre d'opérations autorisées depuis le 2 mars 2009, le président de l'Autorité a, par exemple, autorisé la suspension de l'engagement relatif à la création de sociétés par actions simplifiées dans les terminaux de transport combiné, souscrit dans le cadre de l'autorisation de la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans par la SNCF. L'exécution de cet

109. http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/C2008-100-version_occultation2.pdf

110. http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/lettre_revision levee_engagements_lvmh_version_publication.pdf

engagement a ainsi été une première fois suspendue jusqu'au 30 juin 2012 puis jusqu'au 31 décembre 2012¹¹¹.

K. La mise en œuvre de l'article L. 430-9

313. L'article L. 430-9 dispose que : « *L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre* ».

314. Cet article est applicable pour tout abus ayant été rendu possible par une opération de concentration, qu'elle ait fait, ou non, l'objet d'une procédure d'autorisation devant l'Autorité de la concurrence ou, antérieurement, le ministre.

315. L'article L. 430-9 a été mis en œuvre dans une seule affaire à ce jour, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence, après s'être saisi d'office, dans le cadre de ses attributions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, de la situation des marchés de l'eau et de l'assainissement, a, dans sa décision 02-D-44 du 11 juillet 2002, établi que la Compagnie générale des eaux (CGE) et la société Lyonnaise des eaux (SLDE) détenaient une position dominante collective sur ces marchés¹¹² et qu'elles en avaient abusé¹¹³. Le Conseil a alors demandé au ministre chargé de l'Économie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-9 dans sa version antérieure à la loi de modernisation de l'économie, d'enjoindre aux sociétés intéressées de modifier, compléter ou résilier les accords qui les avaient conduites à associer leurs moyens dans le cadre de filiales communes.

V. L'examen d'une opération sur le fond

A. Principales notions

316. Le test appliqué par l'Autorité pour l'appréciation des effets d'une opération de concentration sur la concurrence est celui défini à l'article L. 430-6 du Code de commerce, selon lequel l'Autorité examine si l'opération « *est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position* ».

¹¹¹. Décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

¹¹². La CGE et la SLDE détenaient environ 85 % de ces marchés et ces deux groupes avaient créé au fil du temps, à la demande des collectivités concernées, sept filiales communes. Dans le courant de l'année 2009, le processus de décroisement de l'ensemble de ces filiales communes a été mis en œuvre.

¹¹³. Lors de plusieurs appels d'offres publics lancés par des collectivités, à partir de juin 1997, les sociétés mères s'étaient abstenues de présenter leur candidature et donc de se positionner en concurrence avec leurs filiales communes, limitant ainsi l'intensité de la concurrence.

dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique». Le caractère significatif de cette atteinte n'est pas mentionné en droit français mais le traitement proportionné de toute réduction de concurrence s'impose.

317. Le contrôle des concentrations poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur la compétitivité globale de l'économie, l'innovation et le bien-être des consommateurs. Comme cela a déjà été signalé ci-dessus au § 2, le contrôle des concentrations n'a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties, mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s'avère utile au maintien d'une concurrence effective sur les différents marchés concernés.

318. L'Autorité doit caractériser les risques concurrentiels d'une opération à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible¹¹⁴. En effet, seule la situation antérieure à l'opération est observable et les effets probables de l'opération doivent être présumés. Cette analyse s'appuie sur les caractéristiques du marché et du fonctionnement de la concurrence sur celui-ci, telles qu'elles existent au moment du contrôle mais aussi compte tenu des évolutions envisageables.

319. L'examen d'une opération de concentration débute par la délimitation des marchés pertinents, sur lesquels l'entreprise résultant de la concentration est active ou peut avoir une influence.

320. Une concentration peut avoir des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux :

- horizontaux, lorsque les parties à l'opération sont des concurrents actuels ou potentiels sur un ou plusieurs marchés pertinents ;
- verticaux, lorsque les parties sont actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur, par exemple lorsqu'un fabricant fusionne avec l'un de ses distributeurs ;
- congloméraux, lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés différents mais dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché.

321. Lorsqu'elle implique des groupes aux activités multiples, une même concentration peut avoir des effets à la fois horizontaux, verticaux et congloméraux.

322. Une opération de concentration peut porter significativement atteinte à la concurrence sur les marchés affectés de deux manières :

- par des effets non coordonnés, c'est-à-dire des effets résultant de comportements des acteurs du marché, agissant indépendamment les uns des autres ;
- par des effets coordonnés lorsqu'elle est de nature à modifier le jeu de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient désormais en mesure de le faire ou, si elles

¹¹⁴. Décision n° 362347, 363542 et 363703 du Conseil d'État du 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres.

coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors de création ou renforcement d'une position dominante collective.

323. Du côté des effets non coordonnés, une concentration horizontale produit des effets unilatéraux lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de constituer ou de renforcer son pouvoir de marché. Comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, par pouvoir de marché, « *il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence* ». Des effets unilatéraux peuvent aller jusqu'à la constitution ou le renforcement d'une position dominante, permettant à l'entreprise d'avoir un comportement indépendant, dans une mesure appréciable, vis-à-vis de toute pression concurrentielle. Plus rarement, des effets unilatéraux peuvent être considérés comme portant atteinte à la concurrence même en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante.

324. Une concentration verticale ou conglomérale produit des effets non coordonnés lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés. Dans une concentration verticale, l'entreprise résultant de l'opération est présente à différents stades de la chaîne de valeur. Dans certains cas, cette position peut lui permettre d'empêcher (totalement ou partiellement) des concurrents situés en aval de la chaîne de la valeur d'accéder à une ressource essentielle qu'elle contrôle en amont, ou, à l'inverse, de bloquer (au moins partiellement) les débouchés commerciaux de concurrents situés en amont, du fait de sa position en aval. Dans une concentration conglomérale, une entreprise qui bénéficie à l'issue de l'opération d'une position forte sur un marché peut être en mesure de verrouiller l'accès à un ou plusieurs marchés connexes en exploitant un effet de levier¹¹⁵.

325. Pour apprécier si une opération porte significativement atteinte à la concurrence, par ses effets non coordonnés (horizontaux, verticaux ou congloméraux), l'Autorité est amenée à analyser la capacité des clients à se reporter sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents. Pour ce faire, elle conduit une analyse prospective de la demande et de l'offre, et étudie quels seront les comportements probables des clients et des concurrents, à brève échéance, après l'opération. La concurrence peut provenir d'entreprises déjà présentes sur le marché, mais aussi de concurrents potentiels pouvant entrer sur le marché rapidement. Leur capacité à le faire dépend des barrières à l'entrée, c'est-à-dire des obstacles à franchir pour pénétrer le marché. Ces obstacles peuvent, par exemple, être de nature réglementaire ou financière, ou encore liés à des droits de la propriété intellectuelle, à la difficulté d'acquérir un savoir-faire ou à l'attachement des clients à certaines offres.

115. L'effet de levier se comprend comme la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit sur un marché en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit auquel le premier produit est lié ou groupé.

326. Dans certains cas particuliers, une opération peut porter significativement atteinte à la concurrence par la disparition d'un concurrent potentiel. Il s'agit de cas, en pratique rares, où l'une des entreprises acquises exerce une pression concurrentielle potentielle sur un ou plusieurs marchés concernés.

327. Une opération peut aussi porter significativement atteinte à la concurrence par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat de nature à fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement.

328. Du côté des effets coordonnés, une opération de concentration peut également créer ou renforcer les incitations des entreprises présentes sur le marché à coordonner leur comportement, sans qu'il leur soit nécessaire de procéder à la conclusion d'un accord explicite.

329. Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, l'Autorité analyse aussi les risques de coordination des sociétés mères, la création d'une entreprise commune pouvant inciter ses coactionnaires à coordonner leur comportement concurrentiel.

330. Des gains d'efficacité économique sont généralement attendus d'une concentration. Lorsque, dans une première partie de l'analyse, l'Autorité constate que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché, elle évalue alors dans quelle mesure les gains d'efficacité attendus pourront bénéficier aux consommateurs et s'ils sont suffisants pour compenser l'atteinte à la concurrence identifiée.

331. Dans des cas exceptionnels, une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte peut être tout de même autorisée, parce que l'entreprise rachetée est une entreprise défaillante, qu'il n'y a pas de meilleur acquéreur du point de vue de l'analyse concurrentielle et que l'atteinte à la concurrence ne serait pas moins grave si l'entreprise avait disparu.

332. Lorsque le bilan concurrentiel d'une opération est négatif, que les gains d'efficacité économique ne compensent pas les atteintes à la concurrence identifiées, que l'argument de l'entreprise défaillante n'est pas retenu, les entreprises notificantes sont invitées à proposer des mesures correctives.

333. Les mesures correctives recherchées sont prioritairement des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessations d'activité ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Il peut s'agir, par exemple, de l'obligation d'octroyer l'accès à des infrastructures à des concurrents de manière transparente et non discriminatoire, ou de la résiliation de contrats d'exclusivité. Dans des cas particuliers, des mesures comportementales seules peuvent permettre de résoudre les problèmes de concurrence soulevés.

334. Ces mesures correctives peuvent faire l'objet d'engagements proposés par les parties. L'autorisation de réalisation de l'opération n'est alors donnée que sous réserve de la mise en œuvre des engagements pris. Elles peuvent également faire l'objet d'injonctions et de prescriptions imposées par l'Autorité. Celles-ci conditionnent alors son autorisation. Si aucune mesure corrective ne peut être trouvée, l'Autorité interdit l'opération.

335. Pour mener son examen sur le fond, l'Autorité suit une démarche systématique qui commence par la délimitation des marchés pertinents (B). Elle apprécie ensuite la probabilité que l'opération porte atteinte à la concurrence compte tenu du degré de concentration sur les marchés pertinents (C). Puis elle approfondit son analyse en caractérisant ses effets non coordonnés, qu'ils soient horizontaux (D), verticaux (E) ou congloméraux (F). Dans les cas qui le justifient, l'Autorité analyse les risques de disparition d'un concurrent potentiel (G) ou les risques de création ou renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs dans une situation de dépendance économique (H). L'Autorité analyse aussi les effets coordonnés de l'opération (I). Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, elle analyse le risque de coordination entre les sociétés mères (J). Elle peut être amenée à se prononcer sur les restrictions accessoires à une opération (K). Elle tient compte des gains d'efficacité économique prouvés qu'apporte l'opération aux consommateurs (L) et, le cas échéant, de l'argument de l'entreprise défaillante lorsqu'il est applicable (M). Si, au terme de cette analyse, le bilan concurrentiel reste négatif, l'Autorité examine les mesures correctives proposées par les parties (N).

B. La délimitation des marchés pertinents

1. L'objectif

336. La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps, leur pouvoir de marché. Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives mais elle peut également s'étendre aux marchés ayant un lien de connexité susceptible de renforcer le pouvoir de marché de la nouvelle entité.

337. Si les clients de l'entreprise résultant de l'opération ne peuvent pas se reporter, pour une partie suffisante de leur demande, sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents, l'opération peut porter significativement atteinte à la concurrence. Il est donc nécessaire, pour établir le bilan concurrentiel d'une opération, de délimiter des marchés pertinents, qui englobent les produits ou services offerts par l'entreprise résultant de la concentration et ceux de ses concurrents, considérés comme suffisamment substituables par les clients pour exercer sur eux une pression concurrentielle significative.

338. Le Conseil de la concurrence a donné la définition suivante d'un marché pertinent : « *Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »¹¹⁶.

339. Sur un tel ensemble de produits et services, une entreprise qui serait seule à les offrir ou en offrirait une part conséquente serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, par exemple en augmentant ses prix au-dessus du niveau concurrentiel indépendamment de ses clients et concurrents. Le raisonnement est celui tenu dans le test du monopoleur hypothétique¹¹⁷. Dans ce test, la question est de savoir « *si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits et la zone géographique retenus soient tels qu'il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs* »¹¹⁸. En d'autres termes, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix d'un produit qui n'est proposé que par un seul offreur (monopoleur) serait profitable pour celui-ci compte tenu des réactions de ses clients à cette hausse de prix. Si une part suffisante des clients opte pour un substitut, alors la hausse de prix ne sera pas profitable¹¹⁹.

340. La délimitation d'un marché de produits ou services comprend également l'identification de la zone géographique sur laquelle une entreprise qui y serait en monopole pourrait y exercer son pouvoir de marché sans être exposée à une concurrence significative d'autres entreprises situées dans d'autres zones géographiques. De la même manière que pour les produits et services, l'identification de cette zone géographique repose sur le raisonnement tenu dans le test du

116. Rapports annuels du Conseil de la concurrence, notamment pour l'année 2001.

117. Le test est également appelé « SSNIP » (Small but Significant Non-transitory Increase in Price : augmentation faible mais significative et non transitoire de prix).

118. Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C372 du 9 décembre 1997.

119. Il convient cependant de tenir compte également de l'effet sur la profitabilité du monopoleur de la baisse des coûts induite par la baisse d'activité liée au report d'une partie de la demande sur des produits concurrents.

monopoleur hypothétique : lorsque, sur une zone géographique donnée, un monopoleur hypothétique verrait ses profits diminuer s'il augmentait ses prix en raison de l'importance des reports de demande vers des zones géographiques mitoyennes, alors il convient d'élargir le marché pertinent à ces autres zones géographiques.

341. Le test du monopoleur hypothétique est un test quantitatif dont la mise en œuvre peut exiger un grand nombre de données. Souvent, ces données ne sont pas disponibles ou ne peuvent être rassemblées et traitées dans les délais imposés par le contrôle des concentrations. Néanmoins, ce test fournit le cadre conceptuel d'analyse dans lequel il convient de structurer le raisonnement relatif à la délimitation des marchés pertinents et d'interpréter les divers indices qualitatifs et quantitatifs disponibles. En particulier, le raisonnement tenu permet de comprendre que la délimitation des marchés pertinents est une affaire de degré. Pour appartenir au même marché pertinent, deux produits doivent être considérés comme suffisamment substituables par un nombre suffisant d'acheteurs.

342. Il convient toutefois de noter que, pour apprécier l'impact d'une concentration sur la concurrence, l'Autorité peut utiliser des outils analytiques ne nécessitant pas de définir précisément des marchés pertinents¹²⁰. Une telle approche peut s'avérer particulièrement justifiée lorsque les produits concernés par l'opération ne sont pas homogènes, ce qui rend difficile la fixation *a priori* de la limite entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres. Cependant, l'identification de biens ou services substituables à ceux vendus par les entreprises concernées par l'opération constitue toujours une étape nécessaire au raisonnement de l'Autorité.

343. Lorsque la délimitation des marchés pertinents n'est pas indispensable à la décision de l'Autorité, par exemple lorsque, quelle que soit la délimitation retenue, il apparaît que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence, l'Autorité peut, dans sa décision, laisser ouvertes les questions de délimitation des marchés.

2. Les critères utilisés

344. Pour la délimitation des marchés pertinents, l'analyse est prospective : les évolutions en cours ou anticipées à un horizon raisonnable sont prises en compte ; alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles l'analyse est rétroactive : elle s'attache à décrire un marché contemporain des pratiques.

345. Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent ci-dessus, la substituabilité entre différents produits ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant de délimitation¹²¹.

¹²⁰. Voir au point 409 pour des précisions relatives à ces outils.

¹²¹. L'analyse de la substituabilité des produits du point de vue de la demande n'exclut pas la prise en compte des caractéristiques de l'offre, dans la mesure où elles peuvent expliquer le comportement de la demande. Par exemple, les stratégies de commercialisation mises en place par les entreprises, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité du point de vue des clients, et, donc, fonder une distinction des marchés.

346. Dans des cas particuliers, l'Autorité peut cependant prendre en compte la substituabilité de l'offre pour délimiter les marchés pertinents. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir à deux segments A et B un marché qui, défini du seul point de vue de la demande, se limiterait au seul segment A se justifie dans la mesure où elle peut faire obstacle à l'exercice d'un pouvoir de marché par un monopole limité au segment A. Le fait que la plupart des offreurs sur un marché sont déjà présents sur les deux segments A et B peut suggérer que cette substituabilité de l'offre est suffisante pour les regrouper dans un même marché pertinent¹²². Plus rarement, la possibilité qu'auraient les offreurs présents sur le seul segment A d'adapter rapidement facilement leur offre aux produits ou services du segment B, en raison de la proximité des segments A et B, peut également être prise en compte pour conclure que la substituabilité du point de vue de l'offre justifie d'élargir le marché aux deux segments A et B. Cette proximité peut être prise en compte soit au stade de la délimitation des marchés soit au stade de l'analyse de la concurrence potentielle exercée sur les offreurs du segment A par ceux du segment B¹²³.

347. L'Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures des autorités de concurrence communautaire et nationales portant sur les marchés concernés, ou des délimitations de marché pertinentes développées dans les avis des autorités nationales de régulation sectorielle. Toutefois, l'évolution des marchés peut rendre obsolète une délimitation antérieure, par exemple lorsque de nouveaux produits sont apparus, ou que les marchés se sont internationalisés ou sous l'effet d'évolutions technologiques majeures. C'est pourquoi l'Autorité vérifie si les décisions et analyses antérieures restent pertinentes et peut être amenée à délimiter les marchés pertinents d'une manière différente. Dans de nombreux cas, la pratique décisionnelle antérieure a laissé la question de la délimitation précise des marchés ouverte, dans la mesure où, même en retenant la délimitation la plus étroite, l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence. La délimitation proposée n'est alors qu'une première approximation qui doit être précisée si cela s'avère nécessaire au vu des problèmes posés dans le cas d'espèce.

348. La mise en œuvre du test SSNIP nécessite de connaître l'élasticité-prix simple de la demande¹²⁴ ainsi que les marges sur coûts variables du monopoleur hypothétique considéré à chaque stade de l'analyse, et éventuellement les élasticités-prix croisées avec d'autres produits ou services¹²⁵ s'il y a lieu d'élargir à ceux-ci le marché pertinent. Lorsque les données permettant la mise en œuvre

122. À l'inverse, le fait que la plupart des producteurs de champignons en conserve ne fabriquent aucune autre conserve de légumes constitue un indice de la spécificité de ce type de production : voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-21 du 15 mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Champiloire SA par la société Bonduelle SA, § 8. Voir aussi la décision n° 11-DCC-141 du 21 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de certains actifs du groupe Gergonne par le groupe 3M, § 21.

123. Voir la décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles : les fabricants de produits panés à base de volaille fournissant la RHD pouvaient facilement reporter leur offre vers les produits MDD à destination des GMS.

124. L'élasticité simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

125. L'élasticité croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

rigoureuse de ce test ne sont pas disponibles, l'Autorité apprécie la substituabilité des produits et services en analysant l'ensemble des indices quantitatifs et qualitatifs disponibles. Dans certains cas cependant, il est possible de s'appuyer également sur des méthodes quantitatives permettant d'éclairer la délimitation des marchés pertinents.

3. La prise en compte d'indices qualitatifs et quantitatifs

349. Pour réunir ces indices, l'Autorité s'appuie sur :

- les études et analyses internes transmises par les parties,
- celles obtenues auprès d'autres entreprises dans le cadre d'un test de marché,
- toutes informations publiques, ou études de marché et analyses disponibles.

a) Pour la délimitation des marchés en termes de produits et de services

350. Compte tenu de la diversité des marchés, il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des indices que l'Autorité est susceptible de prendre en compte pour délimiter les marchés pertinents. Cependant, les caractéristiques les plus couramment utilisées pour conduire cette analyse sont présentées ci-dessous.

351. **Les caractéristiques physiques des produits et services** : les caractéristiques d'un produit constituent des éléments essentiels dans le choix des clients et, à ce titre, sont analysées pour comprendre leur comportement.

352. Cependant, des produits différents d'un point de vue physique ou technique, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables par les clients¹²⁶. À l'inverse, des produits présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, peuvent ne pas appartenir au même marché¹²⁷.

353. **Les besoins ou les préférences des clients** : lorsque les produits sont commercialisés à des clientèles dont les besoins ou les préférences diffèrent, les autorités de concurrence peuvent être amenées à considérer des marchés distincts par type de clientèle. Parfois, ce sont certaines caractéristiques mêmes du produit qui sont différentes en fonction du type de clients auxquels il est destiné, mais les spécificités peuvent aussi ne porter que sur le mode de commercialisation, de livraison, de conditionnement du produit, et justifier des prix différents. Par exemple, s'agissant de la fabrication des produits alimentaires, une distinction est généralement faite selon que les produits sont destinés aux grandes et moyennes surfaces,

¹²⁶. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia, § 8 à 19 : les granulats alluvionnaires et les granulats issus de roches massives ont été considérés comme appartenant au même marché, car ils sont employés pour les mêmes usages.

¹²⁷. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal, § 19 à 25 : le fromage à raclette a été considéré comme appartenant à un marché distinct des autres pâtes pressées non cuites en raison de l'usage spécifique qui en est fait.

à la restauration hors foyer ou aux industries agroalimentaires¹²⁸. L'Autorité peut aussi prendre en compte les préférences subjectives des clients, y compris lorsque les caractéristiques des produits sont relativement similaires.

354. Ainsi, dans le cas de l'acquisition de Milan par Bayard¹²⁹, le ministre a tenu compte de la nature différenciée et hétérogène des titres de presse jeunesse et de la structure oligopolistique de l'offre. Il a été procédé à un inventaire des titres de presse édités par les opérateurs concurrents et constituant des substituts proches ou éloignés de ceux des parties. Ce mode d'analyse a permis de regrouper des titres de presse jeunesse selon les critères de l'âge du public visé et de la thématique du magazine. Les catégories ainsi identifiées ne correspondent pas à des marchés pertinents de produits mais à des modalités de regroupement des magazines selon leur degré de substituabilité (apprécié selon le prix, le format, le contenu éditorial, le positionnement, l'ancienneté sur le marché et la diffusion payée qui permettent de mesurer la notoriété du titre, le réseau de distribution, etc.) afin de déterminer vers quels magazines intervient le report de demande en cas d'augmentation unilatérale du prix d'une catégorie par la nouvelle entité.

355. **Les différences de prix** : un écart de prix substantiel durable entre différents produits peut constituer un indice de substituabilité imparfaite entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché.

Les niveaux de prix ne constituent cependant qu'un indice, à corroborer avec les autres caractéristiques des marchés. En effet, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des produits sont perçues par les consommateurs comme équivalentes. Ainsi, des produits peuvent avoir des prix différents et appartenir au même marché notamment lorsqu'ils sont verticalement différenciés. Dans un avis relatif à une acquisition sur le marché de la production, de la transformation et de la vente de saumons¹³⁰, le Conseil a noté que « *le saumon d'Écosse bénéficie d'une meilleure image et d'une appréciation de qualité plus grande que le saumon de Norvège auprès des consommateurs, prêts à payer un supplément de prix pour ce surplus de qualité perçue* » mais a conclu, après avoir analysé et pondéré l'ensemble des critères susceptibles de fonder une distinction de marché que « *le fait qu'un groupe de consommateurs puisse ne pas considérer l'ensemble de produits répondant aux mêmes besoins comme substituables n'exclut cependant pas que ces produits puissent appartenir au même marché pertinent. Compte tenu de la stabilité et de l'interdépendance des prix relatifs, de l'absence de véritable différence objective ainsi que de la possibilité pour une proportion suffisante des acheteurs de reporter tout ou partie de leur demande d'une origine à une autre, le Conseil est d'avis que les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage appartiennent au même marché pertinent* ».

128. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-48 du 22 septembre 2009, LDC/Marie; n° 11-DCC-137 du 15 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lenôtre SA par la société Sodexo SA, § 11. Pour un exemple d'application de ce critère de segmentation sur des marchés autres qu'alimentaires voir notamment la décision n° 10-DCC-76 du 9 juillet 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sin&Stes par le groupe Elior § 16 à 22.

129. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 11 février 2004, aux conseils de la société Bayard Presse, relative à une concentration dans le secteur de la presse pour la jeunesse.

130. Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

Enfin, les entreprises qui disposent d'informations sur la disponibilité à payer de leurs clients peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.

356. Les canaux de distribution : les stratégies de distribution des entreprises peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité des produits, du point de vue de leurs clients, et peuvent ainsi fonder une distinction des marchés¹³¹. Ce critère de segmentation peut notamment s'avérer pertinent dans un contexte de dématérialisation progressive des transactions au profit de la vente à distance¹³². L'Autorité analyse au cas par cas la pertinence d'une segmentation entre ventes à distance et ventes en magasin physique.

357. Le positionnement commercial : les produits, notamment alimentaires, vendus par les acteurs de la grande distribution 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.

358. Dans le secteur de la grande distribution, la chaîne d'approvisionnement allant du fournisseur vers le client final comprend généralement deux niveaux : un niveau amont mettant en relation les fournisseurs et les distributeurs, et un niveau aval mettant en relation les distributeurs et le consommateur final. Afin de déterminer dans quelle mesure le marché amont de l'approvisionnement doit être segmenté suivant le positionnement commercial des produits étudiés, l'Autorité prend en compte le processus d'approvisionnement lui-même et les caractéristiques de l'offre. Ainsi, l'achat des MDD fait l'objet d'appels d'offres spécifiques sur la base de cahiers des charges maîtrisés par les distributeurs, ce qui tend à les distinguer des MDF. Mais, sur certains marchés, ce sont les fabricants de MDF qui fabriquent également les MDD tandis que, sur d'autres, l'offre de MDD et l'offre de MDF sont distinctes. Lorsque les mêmes fournisseurs fabriquent à la fois des produits MDF et des produits MDD, cette substituabilité de l'offre est également prise en compte dans la délimitation de ces marchés. L'Autorité tient également compte du fait 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 par la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. En effet, les négociations entre les distributeurs et leurs fournisseurs MDF et MDD prennent place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de

¹³¹. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-62 du 4 mai 2011 relative à la prise de contrôle conjoint de La Boite à outils SAS, filiale du groupe SAMSE, d'un actif de la société Mr. Bricolage SA, § 10 à 14.

¹³². Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-42 du 25 mai 2010 relative à l'acquisition par la société 3 Suisses International SA de certains actifs de la société La Source, § 18 à 23.

qualité ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants¹³³. Le taux de pénétration des MDD pour une gamme de produits, l'ampleur des investissements des MDF dans la publicité, sont ainsi des indicateurs utiles pour évaluer le caractère distinctif des marques de fabricants.

359. L'environnement juridique : l'existence d'une norme légale ou d'une réglementation spécifique est également susceptible d'influencer le comportement de la demande, dans la mesure où elle peut influencer les prix des produits, leur qualité ou la perception que les demandeurs en ont¹³⁴.

b) Pour la délimitation géographique des marchés

360. Comme pour la définition des marchés de produits, le cadre d'analyse applicable à la délimitation géographique des marchés est celui du test du monopoleur hypothétique, qui vise à apprécier la pression concurrentielle exercée par des offreurs situés dans des zones géographiques plus ou moins éloignées. C'est dans ce cadre conceptuel que l'Autorité analyse les différents éléments qualitatifs ou quantitatifs de nature à indiquer la propension des clients à se tourner vers des offreurs situés dans d'autres zones géographiques.

361. La réalité des flux d'échanges, de la distance effectivement parcourue par les offreurs ou par les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, de la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, ou encore les écarts de prix d'une zone à l'autre, peuvent fonder des distinctions de marché en termes géographiques. Pour délimiter géographiquement les marchés, différentes caractéristiques peuvent être prises en compte par l'Autorité.

362. Les coûts de transport : les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas pour les produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 1993, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant « *que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne* » ne sont pas substituables aux autres « *du fait de* » l'incidence contraignante du coût du transport « *sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur* ».

363. La distance ou le temps de parcours des consommateurs ou des acheteurs peuvent constituer un élément important de délimitation des marchés géographiques, notamment lorsque ces marchés sont limités à une zone locale. La définition des marchés pertinents peut alors s'appuyer sur la « zone de chalandise » des magasins (notamment pour les secteurs de la distribution au détail ou

¹³³. Voir sur ce point les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial, § 50 à 54; n° 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, § 73 à 86 et n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 50 à 71.

¹³⁴. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 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, § 9 à 37 et la décision n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe Quartier français par Tereos, § 7 à 16.

de la livraison de matériaux pondéreux), c'est-à-dire la zone d'où provient l'essentiel de leur clientèle, même s'il n'est pas exclu que des offreurs situés à l'extérieur de cette zone de chalandise, s'ils exercent une contrainte concurrentielle suffisamment importante, puissent être intégrés au marché pertinent.

364. Pour la distribution de détail à dominante alimentaire, les conditions de la concurrence sont successivement analysées sur deux zones différentes¹³⁵ :

- un marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et formes de commerce équivalentes situés à moins de 15 min de temps de déplacement en voiture du magasin cible. Ces dernières formes de commerce peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs et les magasins discompteurs ;
- un second marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des hypermarchés situés à moins de 30 min de déplacement en voiture du magasin cible.

Lorsque le magasin cible est un supermarché, et non un hypermarché, l'analyse concurrentielle ne porte que sur le premier marché.

365. L'évaluation de la distance ou du temps de parcours peut être pondérée en fonction de la qualité du réseau routier, de la fréquence des déplacements nécessaires, de l'attractivité que présente un point de vente, à travers la taille de ce dernier, de l'étendue des différentes gammes proposées et de la qualité des infrastructures qui lui sont attachées (autres services à proximité du lieu de vente, parking). L'étendue des zones de chalandise à Paris *intra-muros* est ainsi limitée à un rayon de 300 à 500 m compte tenu des contraintes de déplacement et des caractéristiques des magasins¹³⁶. Les spécificités topographiques des zones étudiées peuvent également être prises en compte dans l'analyse, par exemple lorsque ces zones sont situées dans les départements et collectivités d'outre-mer¹³⁷.

366. Ce temps de parcours peut aussi être apprécié sur la base du comportement réel des consommateurs sur une zone donnée à travers les informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients. La zone de chalandise réelle d'un point de vente peut ainsi être assimilée à celle qui regroupe les consommateurs représentant un certain pourcentage¹³⁸ du chiffre d'affaires de ce point de vente ou, à défaut, un certain pourcentage de l'ensemble des clients de ce point de

¹³⁵. Voir par exemple la décision n° 12-DCC-48 du 6 avril 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sofides par la société ITM Entreprises.

¹³⁶. Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

¹³⁷. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence 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, § 13 à 17 et la décision n° 12-DCC-59 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolam, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait).

¹³⁸. La pratique décisionnelle de l'Autorité retient généralement que la zone de chalandise du magasin peut être limitée à celle où résident les clients à l'origine de 80% des ventes du magasin ou, à défaut, celle où résident 80% de ses clients. Le pourcentage de consommateurs non retenu pour l'analyse est assimilé à une clientèle ponctuelle et non significative, parfois très éloignée du point de vente : il peut notamment s'agir de clients « de passage » et non réguliers (voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P, § 50, et n° 12-DCC-46 du 3 août 2012 relative à la prise de contrôle des fonds de commerce de la société SCT Toutelectric par le groupe Rexel, § 50).

vente. L'application de cette méthode d' « empreinte réelle » permet d'obtenir une photographie précise des clients sur lesquels le magasin exerce une attraction¹³⁹.

367. Enfin, le calcul des parts de marché sur des zones de chalandise locales peut être sensible à des effets de seuil. L'Autorité vérifie s'il convient d'intégrer des concurrents situés au-delà de la zone de chalandise mais dont il peut être démontré qu'ils exercent une pression concurrentielle importante sur la zone. Elle peut aussi avoir recours à des méthodes plus sophistiquées susceptibles de répondre à ce problème, et qui apportent un éclairage complémentaire. Ainsi, il est possible de calculer les parts de marché du point de vue de chacun des clients, réels ou hypothétiques, de la zone de chalandise analysée (c'est-à-dire dans une zone centrée sur ce client et de rayon identique à celui de la zone de chalandise), puis d'agréger ces parts de marché avec une pondération appropriée¹⁴⁰.

368. L'étendue du marché géographique peut être différente **selon les catégories de demandeurs**. La demande des entreprises pourra ainsi s'adresser à des offreurs situés sur une zone géographique plus large que celle déterminée par la demande des particuliers. De la même façon, le ministre a considéré, dans le secteur des voyages d'affaires, que, si le marché géographique demeure national pour les PME-PMI, il convient de s'interroger sur une dimension plus large du marché pour les entreprises multinationales dans la mesure où elles cherchent à avoir un fournisseur unique pour l'ensemble de leur groupe, capable de couvrir, par sa prestation, plusieurs pays européens (« one stop shopping »).¹⁴¹

369. **Les contraintes légales, réglementaires** : certains marchés sont par ailleurs géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires¹⁴². Les normes nationales en vigueur peuvent ainsi constituer un critère de délimitation des marchés¹⁴³.

370. **Les préférences subjectives des clients** : des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales ou l'attachement aux marques expliquent par ailleurs que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut ainsi être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales¹⁴⁴.

139. Pour des exemples d'application de cette méthode, voir également les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 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 ; n° 11-DCC-78 du 18 mai 2011 relative à l'acquisition du groupe Titouan par le groupe Conforama et n° 11-DCC-157 du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Guillemet par la société Chausson Matériaux SA.

140. Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, § 95 et suivants et plus particulièrement § 122.

141. Décision du ministre C2004-05 SEAVT/Protravel, du 29 mars 2005 publiée au BOCCRF du 16 décembre 2005.

142. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 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, § 38 à 46.

143. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA, § 55 à 58.

144. Avis du Conseil de la concurrence n° 99-A-09 du 1^{er} juin 1999 ; voir également la décision de l'Autorité de la concurrence n° 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, § 90 à 93.

371. Les marchés ainsi définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux; 30 min de trajet en voiture pour les zones de chalandise des hypermarchés; la ville de Paris pour l'exploitation des films en salles de cinéma). *A contrario*, les effets de l'harmonisation européenne, de la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges conduisent de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux.

372. Certains marchés peuvent faire l'objet d'une analyse à plusieurs niveaux. Ainsi, à l'occasion de l'examen de la fusion des groupes Banque populaire et Caisse d'épargne¹⁴⁵, l'Autorité a confirmé que l'analyse concurrentielle des marchés de la banque de détail et de certains marchés de la banque commerciale, s'agissant des PME, pouvait être effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. Elle a en effet considéré que le pouvoir de marché des banques s'appuyait, d'une part, sur la taille des groupes, de nombreux services bancaires étant caractérisés par des économies d'échelle et de gamme qui favorisent les banques disposant d'une très large base de clientèle, et, d'autre part, sur leur proximité et la qualité de leur relation avec le client. De plus, l'Autorité a noté que, contrairement à ce qui a été constaté par la Commission européenne sur d'autres marchés nationaux, ces marchés présentent, en France, un certain degré d'hétérogénéité géographique, en ce qui concerne tant l'implantation des différents groupes que les conditions tarifaires pratiquées au sein d'un même groupe.

4. Les méthodes quantitatives

373. Au-delà de la prise en compte des différents indices qualitatifs et quantitatifs évoqués ci-dessus, la délimitation des marchés de produit et des marchés géographiques pertinents peut aussi s'appuyer sur des méthodes quantitatives permettant de mesurer le degré de substituabilité entre différents produits ou services ou le pouvoir de marché détenu par un offreur sur un ensemble de produits ou services sur un territoire donné.

374. Le test du monopoleur hypothétique, déjà évoqué ci-dessus, renseigne directement sur le caractère pertinent du marché considéré. À chaque étape du raisonnement, pour le marché candidat analysé, il consiste à calculer la rentabilité d'une hausse de prix du point de vue d'un monopoleur hypothétique sur ce marché, à partir de l'élasticité-prix simple¹⁴⁶ de sa demande (qui doit parfois être calculée à partir des élasticités-prix croisées¹⁴⁷ entre les biens regroupés dans le marché candidat) et de sa marge sur coûts variables. L'absence de rentabilité d'une telle hausse de prix indique que des produits extérieurs au marché candidat sont suffisamment substituables avec ceux étudiés pour que les consommateurs préfèrent reporter leur consommation vers ces produits plutôt que de subir la hausse de

145. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009.

146. L'élasticité-prix simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

147. L'élasticité croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

prix. Le marché pertinent doit alors être élargi et il convient d'identifier les substituts les plus proches, qui seront inclus dans le nouveau marché candidat à l'étape suivante du test. Cette sélection peut se faire en comparant les élasticités croisées ou les ratios de diversion vers d'autres produits ou services. Le ratio de diversion d'un produit A vers un produit B indique la fraction des ventes perdues par le produit A à la suite d'une hausse de son prix qui se reportent vers le produit B en cas de hausse de prix légère mais permanente. Plus ce ratio de diversion est élevé, plus les produits sont des substituts proches.

375. Le test SSNIP peut nécessiter la collecte d'une grande quantité de données. Les élasticités-prix peuvent être estimées économétriquement ou, à défaut, être évaluées à partir de la littérature économique ou des études de marché existantes, ou plus approximativement sur la base de questions posées aux acheteurs.

376. Par ailleurs, il convient de préciser que la méthode du test du monopoleur hypothétique est adaptée lorsque les prix observés, à partir desquels sont réalisées les simulations de hausses des prix, sont des prix suffisamment concurrentiels. En revanche, elle devient d'autant plus délicate à mettre en œuvre que les prix observés s'éloignent des prix concurrentiels. L'exemple typique (dit « *cellophane fallacy* ») est celui d'un monopole – ou d'un oligopole parfaitement collusif – sur le produit dont on cherche à vérifier s'il constitue ou non un marché pertinent distinct. Un monopole est capable de pratiquer son prix de monopole c'est-à-dire le prix qui maximise son profit. À ce prix, toute augmentation de prix est susceptible de réduire le profit. Le test amène automatiquement à élargir le marché au-delà de sa véritable dimension et, donc, à sous-estimer le pouvoir de marché de l'entreprise et les effets de l'opération de concentration. En contrôle des concentrations, le risque de « *cellophane fallacy* » peut être particulièrement problématique dans le cas où le niveau de prix *supra* concurrentiel résulte d'une collusion tacite ou explicite qui, suite à l'opération, ferait place à une intégration effective, ce qui atténuerait encore le degré de concurrence sur le marché. Le niveau de prix observé actuellement pourrait aussi être supérieur au niveau de prix attendu en l'absence de fusion (qui constitue le contrefactuel adapté), par exemple du fait de l'entrée prochaine de concurrents sur un marché récemment libéralisé ; dans ce cas, la baisse de prix sur ce marché pourrait conduire les consommateurs à ne plus considérer comme des alternatives pertinentes les substituts plus éloignés, et ceux-ci ne doivent donc pas être inclus dans le marché, contrairement à ce que préconiserait un test SSNIP effectué à partir du niveau de prix actuel¹⁴⁸. Enfin, la « *cellophane fallacy* », en poussant à élargir à tort le marché pertinent et à minimiser le pouvoir de marché des parties sur celui-ci, pourrait conduire à sous-estimer les effets verticaux ou congloméraux liés à l'opération.

377. À défaut de pouvoir mettre en œuvre rigoureusement le test SSNIP, d'autres méthodes quantitatives peuvent être utilisées pour éclairer la délimitation des marchés pertinents. Dans certains cas, le degré de substituabilité (ou la proximité

148. Voir notamment la décision de la Commission COMP/M.5096 RCA/MAV Cargo, § 29-31, sur la question de l'inclusion dans un même marché du fret ferroviaire et routier.

des produits) peut être évalué directement à partir du calcul de ratios de diversion (voir § 374)¹⁴⁹.

378. Par ailleurs, l'observation des évolutions des prix peut fournir des indications précieuses sur la substituabilité des produits, car des produits différents qui répondent à une même demande peuvent présenter des écarts de prix, mais ceux-ci doivent en théorie évoluer de façon similaire dans le temps (études de corrélation). Les données utilisées doivent s'étendre sur une période suffisamment longue (par exemple, au moins deux ans pour des données mensuelles). Elles doivent être corrigées des variations saisonnières qui peuvent affecter l'offre ou la demande sur certains marchés (par exemple, les changements de température pour certains marchés de l'énergie, ou les périodes de vacances pour les marchés du tourisme) ainsi que des évolutions des facteurs de coûts communs.

379. Des indications sur le degré de substituabilité des produits peuvent aussi être obtenues en analysant l'impact de chocs qui ont affecté le marché, tels que l'entrée d'un nouveau concurrent, le lancement d'un nouveau produit, une variation des taux de change ou une augmentation ou diminution soudaine de la capacité de production d'un acteur. Toutefois, un choc qui conduit l'essentiel ou la totalité de la demande à se reporter vers d'autres produits pourra engendrer des ratios de diversion différents de ceux qui résulteraient du report de la demande des consommateurs les plus sensibles aux prix suite à une hausse de prix de 5 à 10%.

380. Pour toutes les modélisations quantitatives proposées par les parties à l'appui d'une notification, elles sont invitées à détailler la méthodologie suivie ainsi qu'à joindre les données utilisées. Les éléments fournis font l'objet d'une analyse par le service économique de l'Autorité. Un communiqué sur les recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité sera publié par l'Autorité.

C. L'appréciation du degré de concentration du marché

1. L'objectif

381. Après avoir délimité les marchés pertinents, l'Autorité conduit une analyse préliminaire sur les parts de marché et le degré de concentration du marché. Cette première estimation très utile de la structure du marché et de l'importance des parties à la concentration et de leurs concurrents ne limite toutefois pas l'analyse concurrentielle, ne serait-ce que parce qu'elle ne permet pas d'appréhender l'existence d'une pression concurrentielle provenant de l'absence de barrières à l'entrée et de l'existence de concurrents potentiels qui ne sont pas effectivement présents sur les marchés concernés. Cette analyse préliminaire ne prend pas non plus en compte des éléments tels que la capacité de la demande à exercer, *via* sa puissance d'achat, un contre-pouvoir à la puissance de marché des parties.

¹⁴⁹. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 40 à 48.

2. Les critères utilisés

382. Deux critères sont examinés par l'Autorité :

- **les parts de marché** : plus la part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est élevée par rapport à celles de ses concurrents, plus la probabilité qu'elle confère ou renforce un pouvoir de marché est forte ;
- **le degré de concentration** : plus le marché est concentré, plus les risques d'atteintes à la concurrence, par effets coordonnés ou non coordonnés, sont importants.

383. En pratique, l'Autorité utilise les mêmes seuils que la Commission européenne pour déterminer si une opération justifie une analyse approfondie.

384. Lorsque la part de marché de l'entité résultant de l'opération est inférieure à 25 % dans une concentration horizontale et à 30 % dans une concentration verticale ou conglomérale, l'Autorité considère qu'une atteinte à la concurrence est peu probable, sauf cas particulier.

385. Pour apprécier le degré de concentration du marché, un indice Herfindahl-Hirschman (IHH) peut être calculé. Cet indice est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché. Lorsqu'il n'est pas possible, faute d'information disponible, d'intégrer dans le calcul toutes les entreprises présentes, il convient de se limiter aux principaux opérateurs dont les parts de marché peuvent être identifiées, l'impact des petits acteurs sur la valeur de l'IHH étant réduit. Le niveau de l'indice après l'opération et sa variation par rapport à la situation antérieure (appelée delta) sont pris en compte.

386. Pour les concentrations horizontales, comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150. Pour les concentrations verticales ou conglomérales, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence si l'IHH après l'opération est inférieur à 2 000.

387. Cependant, l'Autorité réserve la possibilité qu'une opération puisse porter atteinte à la concurrence, même en deçà de ces seuils, dans des cas exceptionnels tels que :

- l'une des parties à l'opération est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible mais est susceptible de croître rapidement ;
- une ou plusieurs parties à l'opération sont des entreprises innovantes importantes, ce que ne révèle pas leur part de marché ;
- il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché ;

- l'une des parties à la concentration est un « franc-tireur » (« maverick ») qui, très probablement, ferait échouer la coordination des comportements ;
- il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle, ou de pratiques facilitant la coordination ;
- l'une des parties à l'opération détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50 %.

388. L'Autorité se réfère aux parts de marché les plus récentes disponibles. Elle peut éventuellement prendre en considération les parts de marché au cours des deux années précédentes, si elles ont fortement évolué. La part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est calculée en additionnant celles des parties à la concentration. Elle peut éventuellement être corrigée d'estimations d'évolution de marché, en particulier lorsque celui-ci est en développement rapide.

389. Les parts de marché sont analysées en valeur et en volume. L'Autorité utilise les indicateurs de volume usuels dans les métiers de l'entreprise résultant de l'opération, comme les surfaces en m² dans la distribution, ou le nombre de véhicules immatriculés dans la vente de véhicules neufs. Dans les secteurs bancaire et immobilier, l'Autorité a également assis l'analyse de la position des entreprises au niveau local sur le nombre d'agences, faute de données permettant d'évaluer plus finement l'activité de ces agences.

390. L'Autorité s'appuie sur les parts de marché fournies par les parties dans leur dossier de notification. Elle peut remettre en cause les estimations fournies en s'appuyant sur des sources tierces.

D. Les effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux

1. La nature de ces effets

391. Un risque d'atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce, peut être constaté, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreur 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 dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs¹⁵⁰. Cette entreprise serait par exemple en mesure d'augmenter significativement ses prix, de réduire la diversité des produits ou services disponibles sur le marché ou son rythme d'innovation. Sur la période récente, les autorités de concurrence ont examiné

¹⁵⁰. TPICE, T-102-96, Gencor contre Commission, 25 mars 1999.

plusieurs opérations se traduisant par la constitution de monopoles, c'est-à-dire un cas extrême de renforcement d'une position dominante. Ces opérations n'ont été autorisées que sous réserve d'engagements visant à limiter leurs effets sur les prix ou sur les conditions d'accès de nouveaux acteurs aux marchés concernés¹⁵¹.

392. Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante au profit de l'entité issue de l'opération, une concentration entre deux entreprises présentes sur un même marché peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles. Il est en effet possible qu'après l'opération la nouvelle entité puisse de façon profitable augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs. Un tel effet a, par exemple, été mis en relief à plusieurs reprises dans le secteur de la distribution¹⁵². En retour, la réaction des autres entreprises présentes sur le même marché et qui ne sont pas parties à la concentration est susceptible, indépendamment de tout phénomène de coordination des comportements, de contribuer à affaiblir l'intensité de la concurrence. La disparition d'un concurrent peut en effet déplacer significativement le point d'équilibre concurrentiel sur tout ou partie du marché considéré, l'ensemble des entreprises présentes étant alors en mesure de bénéficier de prix plus élevés. Cet effet pourra être particulièrement sensible dans le cas où l'une des parties à la concentration était un franc-tireur. La perte de bien-être qui en résulte pour les consommateurs peut être prise en compte par les autorités de concurrence, même si l'opération ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante au profit de l'entité issue de la fusion. Le Conseil de la concurrence a, par exemple, estimé qu'une concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage était de nature à avoir un effet dommageable sur les prix et les quantités du saumon produit en Écosse¹⁵³.

2. Les éléments d'analyse

393. La probabilité qu'une opération de concentration entraîne les effets unilatéraux décrits ci-dessus est fonction des caractéristiques présentées par le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés et, particulièrement, de l'analyse du pouvoir de marché déjà détenu par les entreprises antérieurement à l'opération. Tous les facteurs susceptibles de contribuer à un tel pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte : les résultats de l'addition des parts de marché des parties à la concentration ; le degré de concentration du marché ; le niveau de différenciation des produits des parties ; la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ; la probabilité que d'autres offreurs, non

151. Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

152. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 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 ; 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 et n° 12-DCC-57 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Tilguit, Ludivan et Vanlube par la société ITM Alimentaire Nord.

153. Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ; la puissance d'achat des clients.

394. Ces effets s'apprécient, dans une première étape de l'analyse, indépendamment¹⁵⁴ des gains d'efficacité que l'opération est, parallèlement, susceptible de générer (voir ci-dessous partie 0).

a) Le résultat de l'addition des parts de marché des parties à la concentration

395. L'addition des parts de marché sur les marchés sur lesquels les parties à la concentration sont simultanément présentes donne une première indication sur les effets d'une concentration horizontale.

396. En première approche, cette addition des parts de marché des parties avant l'opération ne tient pas compte des phénomènes de report, sur les concurrents, de la demande qui s'adressait auparavant aux parties. En effet, si l'importance de ce report peut être qualifiée, en fonction du type de concurrence que se livraient les entreprises avant l'opération, l'estimation chiffrée de l'effet de ce report nécessite des travaux quantitatifs plus sophistiqués (voir ci-dessous).

397. L'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Des parts de marché post opération élevées, de l'ordre de 50% et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important. Une telle présomption est toutefois réfutable. En examinant les effets de l'acquisition par Seb de certains actifs de Moulinex¹⁵⁵, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que *« les parts de marché désormais détenues par Seb sur certains marchés sont importantes, mais la part de marché n'est cependant que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante [...] D'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché. En particulier, la pression concurrentielle à laquelle sera soumis le groupe Seb après la réalisation de l'opération ne dépendra pas seulement de l'état actuel des marchés mais aussi des possibilités de développement des autres opérateurs, et donc des facilités d'accès aux marchés concernés »*.

398. Dans le cas où l'une des parties à l'opération détient des parts de marché extrêmement faibles (moins de 2%), l'opération, *a priori*, n'emporte pas d'atteinte à la concurrence, à moins que ces parts ne viennent conforter une position déjà très forte.

399. Lorsque l'addition des parts de marché des parties à la concentration sur les marchés concernés aboutit à des parts de marché inférieures à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.

Le cas particulier des marchés d'appel d'offres

400. Dans un certain nombre de secteurs, notamment ceux relatifs à la production de produits intermédiaires, la confrontation de l'offre et de la demande prend

154. Cependant, certains modèles visant à quantifier ce type d'effets peuvent, compte tenu de la forme de la fonction de production retenue, prendre en compte directement les gains d'efficacité.

155. Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002.

place dans le cadre de procédures d'adjudication par lesquelles les demandeurs mettent en concurrence différents offreurs.

401. Dans un tel environnement, un opérateur qui n'a pas été sélectionné lors d'une procédure mais qui demeure capable de présenter une candidature crédible continue d'exercer une pression concurrentielle sur le vainqueur. L'analyse du positionnement de chaque offreur doit donc tenir compte de cette dynamique, puisque l'opérateur perdant aujourd'hui est le concurrent de demain. Or les parts de marché des offreurs ne permettent pas de mesurer correctement cet aspect du fonctionnement concurrentiel : même si la part de marché d'un opérateur perdant à l'issue d'une procédure d'appel d'offres demeure modeste, celui-ci reste susceptible d'exercer une pression concurrentielle significative sur le titulaire du contrat lors de son renouvellement.

402. Selon la nature des procédures d'appel d'offres et des produits qui en font l'objet¹⁵⁶, des indicateurs supplémentaires peuvent donc être utilisés. L'analyse concurrentielle pourra notamment porter sur la fréquence de rencontre des parties à l'opération au cours d'un même appel d'offres, la probabilité que l'une des parties remporte l'appel d'offres selon que l'autre partie est candidate ou non, la crédibilité des concurrents demeurant sur le marché après l'opération ou encore l'existence de facteurs susceptibles de restreindre leur capacité à animer la concurrence¹⁵⁷. L'analyse du classement des offres, lorsque celui-ci est disponible, peut apporter un éclairage utile sur le degré de pression concurrentielle qu'exercent l'une sur l'autre les parties à la concentration. Toutefois, ces indicateurs additionnels n'ont pas vocation à se substituer automatiquement aux indices structurels classiquement utilisés (type parts de marché), dont la pertinence ne saurait être écartée au seul motif que l'on se trouve face à des mécanismes d'adjudication.

b) Le degré de concentration du marché

403. La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché ou les marchés sur lesquels les parties à l'opération sont simultanément présentes est également un facteur important dans l'analyse des effets unilatéraux d'une concentration.

404. Le caractère oligopolistique du marché est par exemple de nature à soulever des préoccupations de concurrence alors même que l'entité issue de la fusion n'occupera pas une position dominante. Dans une telle configuration, les parts de marché de chacun des acteurs sont élevées et la fusion de deux d'entre eux est susceptible de réduire de façon significative les pressions concurrentielles subies tant par l'entité issue de la fusion que par les entreprises subsistant sur le marché. De façon plus générale, le degré de concentration du marché et l'effet du cumul de parts de marché sur ce degré de concentration, de nature à influencer significativement

¹⁵⁶. Pour une discussion de la pertinence des indices structurels traditionnels en fonction de la nature des appels d'offres voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 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, § 75 à 119.

¹⁵⁷. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 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, § 127 à 146, et n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez, § 64 à 96.

sur ce type d'effets, est un facteur important (voir ci-dessus les calculs de l'IHH, paragraphes 386 et suivants).

c) Le niveau de différenciation des produits

405. Lorsque le ou les marchés concernés par la concentration sont des marchés de produits ou de services différenciés, la proximité des offres des parties à l'opération constitue l'un des facteurs susceptibles d'influer sur la probabilité qu'une opération entraîne un risque d'atteinte à la concurrence. Une concentration sera d'autant plus susceptible d'emporter des effets unilatéraux que les produits des entreprises concernées sont des substituts proches.

406. Dans une telle configuration de marché, afin d'apprécier le risque d'une atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux, l'Autorité étudie les incitations des entreprises fusionnées à pratiquer des hausses tarifaires consécutives au regroupement de la production de biens et services différenciés au sein d'un même ensemble économique.

407. À l'issue d'une concentration, la nouvelle entité va en effet prendre en compte le fait qu'une fraction des ventes perdues sur le produit sur lequel elle augmenterait son prix se reporte sur des produits qu'elle détient maintenant du fait de l'opération. Ainsi, une hausse de prix qui n'était pas profitable avant l'opération peut le devenir puisque les pertes liées à la diminution des ventes du produit dont le prix augmente sont compensées par la hausse de marge sur ce produit (comme avant l'opération) mais aussi par la hausse des ventes – et donc des profits – sur les produits acquis du fait de l'opération de concentration. Cette internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération devrait donc générer, pour la nouvelle entité, une incitation à augmenter ses prix.

408. Dans un tel contexte, afin d'évaluer la vraisemblance d'un risque d'effet unilatéral sur un marché de produits différenciés, l'Autorité considère notamment les éléments suivants :

- **La proximité concurrentielle des entreprises concernées par la concentration.** En cas de hausse de prix, plus les produits des parties sont substituables, plus la part des ventes perdues que sera en mesure de recouvrer la nouvelle entité sera importante. L'Autorité peut quantifier le niveau de pression concurrentielle qu'exerce un produit vendu par l'une des parties à la fusion sur un produit vendu par une autre partie, en estimant le ratio de diversion du premier produit vers le second. Plus ce ratio de diversion est élevé, plus le risque d'effet unilatéral est fort ;
- **Les marges unitaires**¹⁵⁸ (sur coûts variables) des entreprises parties à la fusion vers lesquelles se reporte une fraction de la demande suite à la hausse des prix d'une autre partie.

409. Lorsque les données le permettent, une première évaluation du risque d'effet unilatéral emporté par l'opération peut être obtenue en procédant à des tests

¹⁵⁸. La marge unitaire réalisée grâce la vente d'un produit A correspond à la différence entre le prix du produit A et son coût marginal de production.

quantitatifs tels que les tests «UPP» («*upward pricing pressure*»)¹⁵⁹, «GUPPI» («*gross upward pricing pressure index*») ou «IPR» («*illustrative price rise*»). Ces tests ne permettent pas de mesurer précisément l'ampleur de la hausse de prix qui pourrait résulter de l'opération, puisqu'ils reposent sur des modèles simplifiés qui n'intègrent pas l'ensemble des interactions concurrentielles, et notamment la réaction des concurrents. Toutefois, ces différents indicateurs présentent l'avantage de pouvoir être calculés sans qu'il soit besoin de définir précisément le marché pertinent, ce qui est particulièrement utile lorsque les produits sont différenciés et qu'il n'est pas évident *a priori* de fixer la limite entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres.

410. Le test «UPP» consiste à prendre en compte les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix du fait de l'internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération, mais aussi les incitations à la baisse des prix qui pourraient résulter des gains d'efficacité (i.e. baisse des coûts variables) générés par l'opération. Le test consiste simplement à analyser le signe de l'effet net : si ce dernier est positif, alors on pourra craindre que l'opération conduise à une hausse des prix ; si l'effet net est négatif, l'opération devrait plutôt être favorable aux consommateurs.

411. Dans la version la plus simple du test¹⁶⁰ (i.e. fusion entre deux entreprises monoproduit A et B), les incitations nettes à augmenter le prix du produit A dépendent du signe de l'expression $(p_B - (1-E) c_B) RD_{A/B} - E c_A$, où c_B et p_B sont respectivement le coût (marginal) et le prix du produit B (avant l'opération), c_A est le coût marginal du produit A, $RD_{A/B}$ mesure le ratio de diversion de A vers B (i.e. la proportion des ventes perdues par A à la suite de la hausse du prix du produit A qui se reporte sur le produit B) et E correspond au «crédit» de gains d'efficacité retenu par l'Autorité. L'idée est ici que, lorsque, à la suite d'une hausse de son prix, le produit A génère des ventes en moins, une fraction $RD_{A/B}$ de ces ventes se reporte sur le produit B qui génère maintenant une marge pour la nouvelle entité. Comme cette marge n'était pas internalisée par l'entreprise A avant l'opération, et qu'elle est maintenant plus élevée du fait de la prise en compte des gains d'efficacité abaissant le coût du produit B, cette marge additionnelle crée une incitation à augmenter le prix du produit A. Cette incitation à la hausse est toutefois contrebalancée par le fait que, en raison des gains d'efficacité abaissant le coût du produit A (et donc augmentant la marge sur ce produit), les ventes perdues sur le produit A sont maintenant plus coûteuses.

412. Le test «UPP» ne mesure donc pas l'amplitude de la hausse des prix possible, mais se contente d'indiquer si une hausse des prix est à craindre ou non. Par ailleurs, si le test tient compte de gains d'efficacité, il ne s'agit pas d'estimer précisément les gains d'efficacité que l'opération est susceptible de générer mais

159. Pour la mise en œuvre du test UPP, voir notamment la décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 103 à 125.

160. Voir Schmalensee (2009), « Should new merger guidelines give UPP market definition? », *GCP: Antitrust Chronicle*, December 2009 (Release 1). Pour une mise en œuvre du test dans un cadre multi-produit, voir la décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 103 à 125.

simplement d'accorder un « crédit » (par exemple une baisse des coûts marginaux de 5 à 10%)¹⁶¹ et de vérifier si, malgré ce « crédit », la concentration est susceptible de nuire aux consommateurs ou non.

413. Contrairement au test « UPP », l'indice « GUPPI »¹⁶² ne prend pas en compte de gains d'efficacité mais constitue seulement un indice de pression à la hausse des prix. Dans le cas simple d'une concentration entre deux entreprises monoproduit présenté au paragraphe 411, l'indice GUPPI pour le produit A s'écrit simplement $(p_B - c_B) RD_{A/B} / p_A$. Il s'agit donc, à la suite de la hausse du prix du produit A, du ratio entre le profit généré par les ventes perdues par le produit qui se reportent sur le produit B et le chiffre d'affaires perdu sur le produit A. Un indice GUPPI élevé indique ainsi une forte propension de la nouvelle entité à augmenter ses prix à la suite de l'opération. Par ailleurs, cet indice peut permettre de mesurer l'amplitude de la hausse de prix à condition de disposer de données précises sur le taux de répercussion des variations de coûts (i.e. taux de *pass-on*) par les entreprises avant l'opération. En effet, le produit de ce taux de répercussion et de l'indice GUPPI donne une estimation directe de la hausse de prix que l'opération est susceptible d'engendrer en l'absence de tout gain d'efficacité. Cette mesure du taux de répercussion peut par exemple être obtenue à partir de données historiques de coûts variables et de prix des entreprises parties à l'opération. En l'absence d'une telle mesure, l'indice pourra servir de filtre afin de vérifier si l'opération est susceptible de générer des effets importants. Une valeur limite de 5 à 10 % pourrait ainsi être retenue pour un tel filtre.

414. Le test « IPR » permet une première estimation de la hausse de prix anticipée (en l'absence de gains d'efficacité) à partir des mêmes données que celles utilisées pour un test « UPP ». Toutefois, cela n'est possible qu'en retenant une formulation spécifique pour la demande des consommateurs pour un produit donné. Ainsi, il est possible d'obtenir des formules explicites donnant la hausse de prix en fonction des ratios de diversion et des marges des parties à l'opération, en supposant que les demandes sont des fonctions linéaires des prix (i.e. pour une hausse de prix donnée, la variation des demandes ne dépend pas des niveaux de prix initiaux) ou que les élasticités-prix des fonctions de demande ne dépendent pas des niveaux de prix (i.e. demandes iso-élastiques). Les formules des tests « IPR » doivent être adaptées au cas par cas pour tenir compte du caractère multiproduit des entreprises ou prendre en compte des gains d'efficacité engendrant des baisses de coûts variables mais ne nécessitent pas de données additionnelles. Enfin, comme les autres tests, le test « IPR » ne prend pas en compte la réaction des concurrents et ne constitue donc pas une simulation des effets globaux de l'opération.

415. Ces tests présentent l'avantage de ne nécessiter que des données concernant l'offre des parties à l'opération. Il faut ainsi disposer des prix et des coûts

161. Voir Farrell et Shapiro (2010), « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers : An Economic Alternative to Market Definition », *B.E. Journal of Theoretical Economics : Policies and Perspectives*, 10(1) : Article 9.

162. Voir Salop et Moresi (2009), « Updating the merger guidelines : Comments », Public comment to the Horizontal Merger Guidelines review project (nov. 2009); et Salop et Moresi (2010), « The use of Upward Pricing Pressure indices in merger control », *The Antitrust Source*, février 2010.

(variables) unitaires de l'ensemble des produits des parties à l'opération, ainsi que des ratios de diversion entre ces différents produits.

416. Si les prix sont en général faciles à obtenir, il n'en va pas nécessairement de même pour les coûts. Il s'agit en effet de disposer d'informations sur les coûts variables unitaires (i.e. des coûts qui dépendent des quantités produites) pour chacun des produits. Cela est souvent complexe pour les entreprises multiproduit, car posant la question de l'allocation des coûts communs.

417. Enfin, les ratios de diversion peuvent être obtenus de différentes manières. Les méthodes d'estimation des ratios de diversion peuvent prendre beaucoup de temps et être difficilement compatibles avec les délais restreints du contrôle des concentrations, à moins d'être préparées très en amont (notamment lors de la phase de pré-notification). Ils peuvent être calculés à partir des élasticités-prix et élasticités-prix croisées de la demande des différents produits. Ces élasticités peuvent elles-mêmes être estimées économétriquement à partir de données type « sortie de caisse ». Les ratios de diversion peuvent aussi être obtenus directement au travers de sondages réalisés auprès des consommateurs. Toutefois les résultats de tels sondages peuvent être très sensibles à la rédaction des questions posées. Enfin, les ratios de diversion peuvent parfois être estimés à partir du suivi d'un panel de consommateurs dans le temps. Toutefois, ce type de données ne permet généralement pas de s'assurer que les modifications d'habitudes de consommation sont réellement dues à des variations de prix et ne donnent donc qu'une mesure relativement imprécise des vrais ratios de diversion¹⁶³.

418. Lorsque les résultats de tests cités aux paragraphes précédents sont présentés par les parties au soutien de leur analyse concurrentielle, l'Autorité considère comme indispensable que ces derniers fournissent également les intervalles de confiance associés aux ratios de diversion de façon que l'Autorité puisse apprécier la précision des résultats¹⁶⁴.

419. Enfin, lorsque des données suffisamment détaillées sont disponibles, et si les délais le permettent, il est possible de recourir, à titre complémentaire, à des outils d'analyse approfondie tels que les modèles de simulation, reposant sur l'estimation de la fonction de demande, qui visent à estimer les effets de l'opération grâce à une modélisation plus sophistiquée des interactions concurrentielles sur le marché.

420. En tout état de cause, compte tenu des limites méthodologiques tenant principalement à la qualité des données disponibles mais aussi à la nature même de ces tests, ces résultats quantitatifs ne peuvent à eux seuls permettre à l'Autorité de conclure sur les effets de l'opération et ne sont pas utilisés de façon mécanique pour exclure ou retenir l'existence de problèmes concurrentiels. Ils peuvent, lorsqu'ils sont utilisés, fournir une indication sur les interactions concurrentielles auxquelles devra faire face l'entité issue de la concentration mais doivent être mis

163. Pour une discussion des limites de telles données pour estimer les ratios de diversion, voir la décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

164. Les ratios de diversion étant généralement estimés sur la base d'un échantillon de la population, les intervalles de confiance correspondants sont donc nécessaires à la parfaite information de l'Autorité.

en regard d'autres éléments d'analyse, tels que la puissance d'achat des clients et l'importance des barrières à l'entrée.

d) Le caractère biface (« two sided ») des marchés

421. Dans le cas de marchés bifaces¹⁶⁵, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Les deux marchés, bien que distincts, fonctionnent en effet de façon interdépendante, spécificité qui peut être prise en compte aussi bien au stade de la délimitation du marché que de l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence et des gains d'efficacité. Dans un tel contexte, le renforcement d'un acteur à l'issue d'une opération de concentration horizontale sur l'un des marchés est susceptible de se transmettre à l'autre marché amorçant ainsi un processus dynamique pouvant conduire à l'exclusion de ses concurrents¹⁶⁶.

e) La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché

422. Le nombre, les parts de marché et les atouts concurrentiels des concurrents de l'entité fusionnée sont également des facteurs essentiels dans l'analyse des effets horizontaux d'une concentration. En particulier, l'Autorité évalue la capacité des concurrents actuels à réagir face à la nouvelle situation créée par l'opération. La taille des concurrents, leurs capacités de production, l'écart entre leurs parts de marché et celles de l'entreprise issue de l'opération constituent des indices importants pour apprécier si les concurrents pourront absorber la demande dans l'hypothèse où la nouvelle entreprise augmenterait ses prix (ou si les concurrents pourront mettre sur le marché des quantités supérieures dans l'hypothèse où elle réduirait sa production).

423. L'Autorité tient compte non seulement de la capacité des concurrents à réagir, mais également de leur incitation et donc de leur intérêt à le faire. En effet, les concurrents qui bénéficient d'une hausse de la demande qui leur est adressée du fait de la hausse du prix de la nouvelle entité peuvent trouver eux-mêmes intérêt, même en l'absence de comportement coordonné, à procéder à leur tour à des hausses de prix et suivre ainsi, tout au moins partiellement, les hausses de prix de la nouvelle entité.

424. La Commission européenne a ainsi noté que *« même si les producteurs européens auront des capacités disponibles suffisantes pour réagir à une hausse de prix de la nouvelle entité, il n'est pas certain que les concurrents européens restants seront incités à*

¹⁶⁵. Ce type de marché se caractérise par une forme particulière d'externalité de réseau : les externalités de réseau croisées, par lesquelles l'utilité procurée par un bien ne dépend pas seulement du niveau de consommation des agents sur une face du marché, mais aussi de la consommation des agents sur l'autre face du marché. Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires.

¹⁶⁶. Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), § 555 à 566 ; ainsi que la décision n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 367 à 378.

le faire en baissant leurs prix. En effet, les concurrents aussi pourront bénéficier d'une réduction de la pression concurrentielle qui résulterait de l'opération, puisque une hausse de prix de la nouvelle entité entraînerait un report d'une partie de la demande vers les concurrents qui pourraient de ce fait trouver profitable d'augmenter leurs prix. Cette hypothèse est particulièrement crédible sur un marché où la demande est particulièrement inélastique comme le marché du CR»¹⁶⁷. Les mêmes incitations peuvent être observées sur des marchés sur lesquels la concurrence s'exerce en quantités¹⁶⁸.

425. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent aussi être freinées par l'entreprise créée, qui contrôlerait, par exemple, des ressources nécessaires à la production, l'accès à des contenus dans le secteur des médias, des brevets ou des droits de propriété intellectuelle essentiels pour les concurrents, ou encore d'importantes capacités de distribution des biens ou services concernés. Le fait que les parties à la concentration soient des entreprises verticalement intégrées sur des marchés amont et aval est de nature à renforcer les effets horizontaux des cumuls de parts de marché¹⁶⁹ (voir ci-dessous partie E sur les effets verticaux des concentrations).

426. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent par ailleurs être contraintes par des coûts de changement de fournisseur («*switching costs*») importants pour les clients. Ces coûts de sortie peuvent être liés à l'existence d'abonnements ou autres types de contrats dont la rupture est coûteuse pour les clients. La contrainte sur l'intensité concurrentielle du marché est cependant particulièrement forte en présence de coûts favorisant la reconduction de ces contrats à leur terme¹⁷⁰.

427. La capacité de réaction des concurrents peut également être limitée par un environnement réglementaire particulier qui contraint leurs capacités de production¹⁷¹ ou par la faible disponibilité d'intrants nécessaires au développement de leur activité.

f) La puissance d'achat des clients

428. Le pouvoir de marché d'une entreprise peut être efficacement limité par la puissance d'achat ou contre-pouvoir des acheteurs. Les effets d'une concentration pourront donc être appréciés différemment selon que les clients des parties sont des particuliers ou d'autres entreprises, ou selon que le marché est un marché de

167. Décision de la Commission européenne COMP/M.6471 Outokumpu/Inoxum du 7 novembre 2012, point 146.

168. S'agissant de la concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage déjà mentionnée ci-dessus, le Conseil de la concurrence a ainsi noté sur ce sujet : «*En théorie, leur intérêt est de produire plus que ce qu'ils n'auraient fait dans l'état antérieur du marché afin de profiter du déficit d'offre par rapport à une situation sans fusion. Les concurrents n'ont toutefois pas non plus intérêt à compenser totalement ce déficit. L'effet cumulé de l'opération, prenant en compte une production inférieure des parties ainsi qu'une production supérieure des concurrents, est donc toujours négatif : à la suite d'une opération de concentration, la quantité totale offerte est inférieure à ce qu'elle aurait été sans l'opération et par conséquent, le prix de marché est supérieur à ce qu'il aurait été sans l'opération. Encore faut-il que les concurrents aient la capacité de réagir. S'ils sont contraints en capacités disponibles, le déficit d'offre et les tensions sur les prix seront plus importants.*»

169. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus et n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

170. Voir par exemple l'avis du Conseil de la concurrence du 28 septembre 1999 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque «*Orangina*».

171. Dans l'affaire Cofepp/QFS (décision n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011) relative au secteur du rhum, l'Autorité a ainsi considéré que le système de contingentement du rhum des DOM limitait la capacité des opérateurs alternatifs à exporter plus de rhum des départements d'outre-mer vers la métropole.

détail ou un marché de gros. Lorsqu'il s'agit d'entreprises, la concentration des acheteurs, leur taille, la diversité de leurs achats, sont des facteurs susceptibles de leur conférer une puissance d'achat compensatrice. En revanche, lorsque les prix sont négociés avec chaque client, la puissance d'achat de certains clients ne limite pas le pouvoir de marché de l'entreprise vis-à-vis de clients moins puissants.

429. Dans le secteur de l'impression de magazines, le Conseil a relevé que les éditeurs détenaient un pouvoir de marché non négligeable, pour plusieurs raisons : l'édition est concentrée entre un petit nombre d'acteurs puissants, les éditeurs ont la possibilité de fragmenter l'impression d'un même magazine entre plusieurs imprimeurs, il existait d'importantes capacités de production excédentaires chez les imprimeurs¹⁷². Le Conseil a considéré que ce pouvoir de marché était susceptible de contrebalancer celui dont pourrait disposer la nouvelle entité sur un segment de marché de l'impression des magazines limités aux cahiers « chauds ».

430. De même, l'Autorité de la concurrence a estimé, dans la décision n° 10-DCC-110 relative au secteur des fromages¹⁷³, que, si les parties à l'opération, les groupes Entremont et Sodiaal, représentaient l'essentiel des volumes de vente du fromage à raclette vendu sous marque de fabricant (ci-après « MDF »), leur position devait être relativisée compte tenu de la puissance d'achat de la grande distribution sur ces marchés (les contrats sont généralement de courte durée avec recours à des appels d'offres ; la demande de la grande distribution n'est pas contrainte par celle des consommateurs finals, comme cela peut être le cas s'agissant de marques notoires ; le fait qu'un même acheteur répartit souvent ses achats entre plusieurs fournisseurs pour le même produit apparaît comme un moyen de pression sur les prix).

431. 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-pouvoir¹⁷⁴.

g) La concurrence potentielle

432. Le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une part de marché élevée, peut être également efficacement limité non seulement par les réactions des concurrents déjà présents sur le marché, mais également par le fait que

172. Avis du Conseil de la concurrence n° 09-A-01 du 6 février 2009 (Circle Printers/Quebecor).

173. Décision n° 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal.

174. Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 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 et n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial.

le marché est contestable, c'est-à-dire qu'il est relativement facile pour de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché en cause. Lorsque c'est le cas, toute dégradation des conditions initiales de marché liée à la concentration sera regardée comme une opportunité pour de nouveaux entrants et ces nouvelles entrées permettront de rétablir les conditions initiales de concurrence. La concurrence, même potentielle, exerce donc une pression sur les comportements des acteurs en place.

433. De ce fait, lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence. Les barrières à l'entrée sur le marché en cause sont donc un facteur important de l'analyse. Il convient toutefois de s'assurer que ces entrées sont possibles dans des délais et sur une échelle suffisants pour exercer une réelle contrainte.

434. Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses¹⁷⁵. En premier lieu, l'entrée des concurrents sur le marché peut être rendue difficile par des barrières liées à la réglementation ou à la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, l'Autorité a relevé que la chronologie des médias ainsi que les règles relatives au financement de la production cinématographique constituaient d'importants obstacles à l'entrée d'acteurs étrangers sur les marchés de la vidéo à la demande et de la vidéo à la demande par abonnement¹⁷⁶.

435. En deuxième lieu, de nouvelles entrées seront d'autant moins probables qu'elles sont risquées. Or, le risque associé à l'entrée croît avec la part des coûts engagés pour l'entrée qui ne pourra être récupérée en cas d'échec. Les dépenses de publicité constituent par exemple des coûts irrécupérables. Le fait qu'un nouvel entrant sur le marché ne puisse y exercer une concurrence significative sans engager d'importantes dépenses publicitaires pour soutenir sa marque est donc considéré comme un frein à l'entrée¹⁷⁷.

436. L'Autorité évalue également l'importance des coûts fixes et les conditions dans lesquelles ils peuvent être récupérés, c'est-à-dire la combinaison de part de marché et de temps nécessaire à l'amortissement de l'investissement initial. Plus la production implique d'importants coûts fixes, plus l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle. L'intensité capitalistique d'un métier, en raison de ses coûts fixes de recherche et développement, de production ou de marketing, l'impossibilité de bénéficier d'économies d'échelle suffisantes pour être concurrentiel, ou les désavantages liés à l'inexpérience et aux manques de savoir-faire peuvent conduire des nouveaux entrants potentiels à considérer que

175. Voir la typologie proposée dans l'étude thématique sur les barrières à l'entrée du Rapport annuel 2006.

176. Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

177. Par exemple, la Commission dans une décision du 11 septembre 1997 relative à la concentration The Coca-Cola Company/Carlsberg SA Coca-Cola/Carlsberg a relevé que « l'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le domaine des BGSAs, et des sociétés comme TCCC et Pepsico ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leurs marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché ».

les coûts irrécupérables en cas d'échec constituent des barrières impossibles à franchir. Par exemple, dans son avis relatif à l'acquisition de la société Atos par la société Experian, le Conseil a estimé que l'investissement nécessaire pour entrer sur le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des perspectives de rentabilité¹⁷⁸. Le Conseil a par ailleurs tenu compte, dans son analyse prospective des marchés, de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur : la dématérialisation des opérations de compensation de chèques apparue avec la mise en place de l'Échange image chèque (EIC). Il a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale ; d'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre, en rendant les trieuses inutiles. Le Conseil a conclu qu'au total, « *si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché* ».

437. L'existence d'effets de réseau peut aussi constituer un obstacle difficile à franchir pour un nouvel entrant. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les consommateurs qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel qu'ils en font, mais également du nombre des autres consommateurs utilisant ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires augmentent. De tels effets jouent par exemple un rôle important dans le transport aérien : « *Le fait pour une compagnie de disposer d'un réseau étendu, offrant des fréquences élevées et des connexions rapides structurées autour d'un "hub", peut constituer une barrière à l'entrée importante pour des compagnies concurrentes qui ne bénéficieraient pas d'un réseau aussi attractif* ».¹⁷⁹

438. Par ailleurs, certains avantages, dont bénéficient des acteurs en place sur le marché, sont difficilement reproductibles par de nouveaux entrants. Par exemple, dans sa décision n° 10-DCC-198 relative à l'opération Veolia/Transdev, l'Autorité a considéré que le marché du transport urbain était caractérisé par la présence d'effets d'expérience et de réputation qui rendait plus difficile l'entrée de nouveaux opérateurs.

439. D'une façon plus générale, l'existence de switching costs, tels que déjà décrits ci-dessus au paragraphe 426, empêche non seulement le report des clients vers d'autres concurrents déjà présents sur le marché, mais *a fortiori* vers de nouveaux entrants.

¹⁷⁸. Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-15 du 25 juillet 2003 : « *Tant la société Experian, que son principal concurrent, la société Safiq, estiment la taille minimale d'un centre de traitement de chèques compétitif à environ 100 000/150 000 chèques par jour, soit, sur 250 jours, 0,74 % à 1,11 % des volumes traités sur ce marché en 2002. Malgré de légères divergences d'appréciation sur le coût d'achat des matériels dans le secteur du traitement des chèques (entre 20 000 et 150 000 euros selon la capacité des lecteurs trieurs notamment), les opérateurs se rejoignent pour estimer que l'investissement initial nécessaire pour un centre de cette capacité peut être amorti sur un seul contrat de trois ans dans des conditions normales d'activité. Les coûts fixes sont en effet relativement peu importants, le traitement de chèques étant essentiellement une activité de main-d'œuvre (70 % des coûts totaux).* »

¹⁷⁹. Lettre du ministre de l'Économie du 27 avril 2000 au conseil de la société Air France.

440. Les barrières à l'entrée peuvent également résulter de la capacité de certains acteurs à maintenir des contrats d'approvisionnement ou de distribution de très longue durée. Dans sa décision n° 12-DCC-100, l'Autorité a ainsi observé que : *« compte tenu de la puissance d'achat de GCP et de la faculté que lui conférerait la concentration de rentabiliser les coûts élevés d'acquisition de droits sur la plus large base d'abonnés du secteur, la nouvelle entité serait en position de restreindre la concurrence d'opérateurs alternatifs en incitant les détenteurs de droits à conclure des contrats de longue durée »*¹⁸⁰.

441. Il faut enfin noter que la constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières de même que les entrées récentes ne suffisent pas, en elles-mêmes à démontrer l'absence de barrière, dans la mesure où tant l'absence d'entrées que la constatation d'entrées peuvent revêtir un caractère exceptionnel¹⁸¹. L'observation des entrées passées peut tout au plus constituer un indice qui doit être confronté aux éléments de l'analyse.

442. Certaines de ces barrières à l'entrée peuvent être plus franchissables pour certains concurrents potentiels que pour d'autres. De ce fait, l'identification précise de candidats potentiels à l'entrée sur le marché accroît la vraisemblance de ces entrées.

443. Enfin, la dimension temporelle est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi, les lignes directrices sur les concentrations horizontales de la Commission indiquent que celle-ci *« examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans »*¹⁸².

E. Les effets non coordonnés dans les concentrations verticales

1. La nature de ces effets

444. Les effets verticaux d'une opération de concentration sont étudiés lorsque l'opération réunit des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur. Ce peut être l'acquisition par un producteur de moyens de distribution (ou l'inverse) ou encore l'acquisition, par une entreprise déjà active en amont et en aval, de capacités supplémentaires situées sur l'un de ces niveaux, ou sur les deux.

180. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 357.

181. Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-15 du 25 juillet 2003, Experian/Atos.

182. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil de la concurrence relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 5 février 2004, § 74.

445. Une concentration verticale est susceptible de générer des gains d'efficacité et de favoriser la concurrence (intégration d'activités complémentaires, internalisation des doubles marges, réduction des coûts de transaction, meilleure organisation du processus de production, etc.)¹⁸³.

446. Mais une concentration verticale peut également restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. On parle alors de «verrouillage» ou de «forclusion» des marchés. Une telle situation accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ses prix ou de réduire les quantités offertes.

447. C'est ce type d'effet qui a, par exemple, été relevé par l'Autorité de la concurrence dans les affaires SNCF/Novatrans¹⁸⁴, Eurovia/Tarmac¹⁸⁵ ou encore Canal Plus/TPS¹⁸⁶ et Canal Plus/Direct 8-Direct Star¹⁸⁷. Le renforcement des barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels est particulièrement dommageable lorsque l'intégration verticale de la nouvelle entité leur impose d'entrer eux aussi à la fois sur les marchés aval et amont. L'Autorité indique ainsi dans l'affaire Canal Plus/TPS précitée que *«l'entrée sur le marché de l'acquisition de droits portant sur des films EOF [expression originale française] pour une diffusion en télévision payante nécessite d'éditer une chaîne thématique cinéma pour exploiter et rentabiliser les contenus acquis. Or les investissements dans l'achat de droits sont très importants et interviennent, pour tout éventuel nouvel entrant, avant même de pouvoir bénéficier de la base d'abonnés nécessaire à leur amortissement»*¹⁸⁸.

448. Dans les lignes directrices de la Commission européenne¹⁸⁹ sur l'appréciation des concentrations non horizontales, deux types de verrouillages sont clairement distingués. Dans le premier cas, l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournit à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage du marché des intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents. Dans le second cas, la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les

183. Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-20 du 22 octobre 2004 relatif à l'acquisition par la société Arc international des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage.

184. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

185. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

186. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

187. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus.

188. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100, § 216.

189. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C265/07).

produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle)¹⁹⁰.

2. Les critères d'analyse

449. Dans ses décisions les plus récentes¹⁹¹ ainsi que dans les lignes directrices citées au paragraphe précédent, la Commission européenne évalue la probabilité d'un scénario de verrouillage des intrants, d'une part, et celle du verrouillage de l'accès à la clientèle, d'autre part, en examinant, premièrement, si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou à la clientèle de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire sont suffisantes et, troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

450. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées et sont examinées ensemble. Elles sont déterminées par la plupart des paramètres également pris en compte dans l'analyse des concentrations horizontales et déjà développés ci-dessus, comme l'a résumé le Conseil de la concurrence dans l'affaire Kronenbourg/CHR¹⁹² : « *La faisabilité et l'intérêt de pratiques de forclusion dépendent [...], en premier lieu, du pouvoir de marché de l'entreprise intégrée. De même, la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. En second lieu, pour que ces pratiques aient pour effet de fermer l'accès d'un concurrent au marché aval, il faut que l'entrée sur celui-ci soit difficile et qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes à la distribution par l'entreprise intégrée. Les critiques qui mettent en doute l'intérêt de ces pratiques pour l'entreprise intégrée observent, certes, que, dans l'hypothèse où des pratiques de forclusion existeraient, les entreprises non intégrées peuvent se protéger en contractant avec d'autres firmes indépendantes ou en en prenant le contrôle. Encore faut-il que ces entreprises indépendantes existent ou puissent être créées. La Commission insiste de même sur l'importance des barrières à l'entrée : "Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, le verrouillage ne devrait pas poser de réel problème" (point 144 des lignes directrices). Elle insiste également sur la capacité de faire contrepoids dont disposent les acheteurs qui, s'ils sont suffisamment puissants, ne laisseront pas facilement écarter l'offre de biens ou de services concurrents.* »

451. L'application spécifique de ces critères à l'analyse des risques, tant de verrouillage des intrants que de verrouillage de la clientèle, sera examinée ci-dessous (le

190. D'autres risques liés aux concentrations verticales ont été identifiés par les autorités de concurrence. Par exemple, un opérateur dominant sur un marché aval peut obtenir, à travers l'acquisition d'une entreprise fournissant un intrant important pour ses concurrents sur ledit marché aval, la possibilité d'avoir une connaissance précise des coûts et des consommations desdits concurrents, ce qui peut constituer un avantage concurrentiel décisif, en lui permettant d'adapter sa politique tarifaire en aval et ainsi d'évincer ses rivaux. Ce type de risque de « forclusion » ou de « verrouillage » indirect a été relevé en particulier dans l'affaire ENI/EDP/GDP : à travers l'acquisition de GDP, EDP, principal producteur d'électricité au Portugal, était en mesure de connaître les coûts de fourniture en gaz (et les consommations) de son principal concurrent sur le marché de l'électricité.

191. Cas COMP/M.4854 – TomTom/Tele Atlas du 14 mai 2008.

192. Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

pouvoir de marché de la nouvelle entité (a), les capacités de réaction des concurrents (b), les barrières à l'entrée sur le marché (c), la puissance d'achat des clients (d). Les autres critères qui déterminent éventuellement la probabilité des scénarios de verrouillage seront exposés ensuite (e).

a) Le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée

452. L'intégration verticale d'une entreprise ou son renforcement peuvent porter atteinte à la concurrence lorsque celle-ci détient, sur un ou plusieurs des marchés concernés, un pouvoir de marché substantiel qui peut servir de point d'appui à un effet de levier (soit sur le marché amont pour un verrouillage par les intrants et sur le marché aval pour un verrouillage de la clientèle).

453. L'Autorité considère qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30% sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci. En effet, le Conseil de la concurrence a indiqué dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée que « *l'intégration verticale produit [...] les mêmes effets que les clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs* ». Or, « *le règlement CE [n° 2790/99 relatif à l'application de l'article 81/3 du Traité CE] ne retient pas qu'il y ait de risque concurrentiel si la part de marché du fournisseur n'excède pas 30%* ». Ainsi, à l'occasion de l'examen de la concentration Coopagri Bretagne/CAM 56/Union Eolys¹⁹³, l'Autorité a considéré que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux eu égard à la part de marché modérée de la nouvelle entité sur les différents segments concernés.

454. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité dans le cadre de fusions verticales, l'autoconsommation peut être prise en considération. Ainsi dans l'affaire Canal Plus/TPS¹⁹⁴, le Conseil de la concurrence a considéré que la relation entre Canal Plus et son partenaire de distribution ne relevait pas de l'autoconsommation, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre consommation : « *En tout état de cause, si la distribution de la chaîne Canal Plus devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité* ». En effet, la production interne peut revêtir une très grande importance dans une analyse concurrentielle en tant que contrainte concurrentielle ou facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché.

455. Outre la part de marché détenue, le pouvoir de marché peut être renforcé par les caractéristiques du produit concerné. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un verrouillage par les intrants, il est nécessaire que l'intrant concerné par le verrouillage soit important pour les entreprises situées en aval. C'est le cas par exemple lorsque l'intrant est un élément critique rentrant dans la composition des produits

¹⁹³. Décision n° 10-DCC-107 du 9 septembre 2010 relative à l'apport partiel d'actifs de CAM 56 à Coopagri Bretagne, et à la fusion entre Coopagri Bretagne et Union Eolys.

¹⁹⁴. Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

ou services des acteurs en aval. Ainsi, dans l'affaire Canal Plus/Direct 8-Direct Star, l'Autorité a considéré que « *la mise en œuvre par GCP d'une stratégie de verrouillage verticale pourrait avoir un impact significatif sur l'audience des nouvelles chaînes indépendantes de la TNT. D'après les données communiquées par les chaînes au cours de l'instruction, les contenus cinématographiques représentent en effet entre 30 et 60 % des 100 meilleures audiences réalisées par les chaînes de la TNT en 2011* »¹⁹⁵.

456. Symétriquement, pour un verrouillage de la clientèle, l'entreprise issue de l'opération doit pouvoir contrôler des débouchés essentiels pour les acteurs en amont. En examinant les effets de l'acquisition par la société Arc International de plusieurs grossistes actifs sur les marchés de gros de la distribution de produits d'arts de la table¹⁹⁶, le Conseil a ainsi rappelé que « *pour s'imposer comme point de passage obligé entre fournisseurs et client final, et être en mesure de fermer l'accès des fabricants concurrents aux marchés aval, l'entreprise intégrée doit disposer d'un pouvoir de marché sur les marchés de la distribution* »¹⁹⁷.

b) Les capacités de réaction des concurrents

457. S'agissant de concentrations verticales, les capacités de réaction des concurrents dépendent de leur propre intégration verticale, de leur capacité de production, de leur efficacité, des contre-stratégies qu'ils peuvent élaborer, des alternatives qu'ils peuvent proposer, des débouchés alternatifs qu'ils peuvent trouver mais aussi des contrats d'exclusivité ou de long terme noués entre les différents acteurs du marché.

458. La présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. Le verrouillage sera peu probable si les concurrents de la nouvelle entité sont eux-mêmes verticalement intégrés et s'ils disposent de capacités de production ou de débouchés en interne qui leur permettent de subvenir à leurs besoins¹⁹⁸.

459. Lorsque les concurrents situés en aval dépendent des parties pour leur approvisionnement, il est nécessaire de déterminer s'ils pourront disposer d'une source alternative d'intrants c'est-à-dire si les concurrents amont de la nouvelle entité ont la capacité d'augmenter leur production ou au contraire s'ils sont soumis à des contraintes de capacité ou à un risque de diminution de leurs rendements d'échelle¹⁹⁹. Il est de plus nécessaire de prendre en compte les éventuelles capacités des concurrents amont rendues disponibles par l'intégration de la nouvelle

¹⁹⁵. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 329.

¹⁹⁶. Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-20 du 22 octobre 2004 précité.

¹⁹⁷. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-65 du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited et n° 09-DCC-35 du 6 août 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR.

¹⁹⁸. Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 315.

¹⁹⁹. Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia, § 61 à 65.

entité. En effet, la division aval, en s'approvisionnant à l'issue de l'opération exclusivement auprès de sa division amont, est susceptible de libérer des capacités du côté des autres fournisseurs de l'intrant.

460. Dans le cas du verrouillage de la clientèle, il s'agit de déterminer si les concurrents situés en amont pourront disposer de débouchés alternatifs²⁰⁰.

461. Enfin, l'analyse des contrats d'exclusivité ou de long terme peut être essentielle pour caractériser le fonctionnement du marché. Ils peuvent renforcer la dépendance des concurrents s'ils sont liés par de tels contrats à l'entreprise intégrée issue de l'opération ou au contraire limiter le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée et protéger les concurrents en leur assurant des approvisionnements/débouchés alternatifs crédibles. Par exemple, dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée, le Conseil a indiqué qu'« *au surplus, les barrières à l'entrée de l'activité de grossiste en arts de la table sont faibles. Les contrats entre fournisseurs et distributeurs sont renégociés annuellement, ce qui assure une certaine fluidité au marché* ». Dans l'affaire TomTom/Tele Atlas²⁰¹, la Commission note que l'existence de contrats à long terme protège le principal concurrent de la nouvelle entité : « *Garmin, qui est le concurrent le plus important de TomTom dans le marché des appareils de navigation portables, est largement protégé des augmentations de prix des bases de données grâce à son contrat à long terme avec NAVTEQ, [...] Cette protection de Garmin contre un refus d'approvisionnement limitera les profits que TomTom pourrait capturer dans le marché en aval si elle s'engageait dans une stratégie de refus d'approvisionnement d'intrants* ».

c) La concurrence potentielle

462. Comme dans l'analyse des effets unilatéraux, le rôle des barrières à l'entrée est également primordial dans le bilan concurrentiel. En effet, si les barrières à l'entrée sont faibles et si l'entrée de nouveaux fournisseurs concurrents en amont et/ou de nouveaux acheteurs en aval est relativement facile, le verrouillage des marchés concernés est peu probable. L'Autorité tient donc compte de la possibilité que des concurrents potentiels viennent remettre en cause le pouvoir de marché de l'entreprise résultant de l'opération. Pour que la pression exercée par des concurrents potentiels soit jugée suffisante, il faut que leur entrée soit vraisemblable, qu'elle puisse se produire dans un délai court et que ces concurrents soient en mesure d'exercer une réelle pression. Les barrières à l'entrée sont analysées selon les principes développés aux paragraphes 432 et suivants, ci-dessus²⁰².

463. Notamment, l'existence de coûts de transfert (*switching costs*) peut jouer un rôle important dans la mesure où ces coûts de transfert conditionnent la capacité des concurrents à changer de fournisseur ou de distributeur. Ainsi, dans l'affaire

200. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-35 du 6 août 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR et n° 09-DCC-65 du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited.

201. Cas COMP/M.4854 – TomTom/Tele Atlas du 14 mai 2008.

202. Pour des exemples de barrières réglementaires ou techniques, voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA, § 108 et suivants.

Kronenbourg/CHR, de tels coûts de transfert ont été mis en évidence par le Conseil : « *Le poids des contrats de bière limite, par ailleurs, la capacité des détaillants CHR à changer de distributeur et de fournisseur rapidement. La forte proportion des CHR liées par un contrat de bière d'une durée de cinq ans, à un brasseur, a été soulignée [...] (environ 70 à 80%).* » D'une manière générale, le degré de fluidité du marché est un facteur important. Cette fluidité peut notamment être appréciée en observant la durée des contrats dans le secteur concerné, le mode de renouvellement de ces contrats (reconduction tacite ou non), les éventuelles pénalités en cas de rupture anticipée, etc.

d) Le contre-pouvoir des acheteurs

464. L'Autorité tient également compte du contre-pouvoir des acheteurs dans l'analyse des effets verticaux d'une opération. En effet, si les acheteurs sont puissants, ils seront en mesure de contrer les effets d'une éventuelle stratégie de verrouillage de l'entreprise intégrée issue de l'opération, par exemple, en encourageant le développement de nouveaux concurrents. Par exemple, si la clientèle d'une entreprise située en aval valorise l'offre d'une gamme de produits (de marques différentes notamment), cette entreprise devra conserver un approvisionnement diversifié auprès des différents fournisseurs en amont.

465. Par exemple, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB²⁰³, la Commission a considéré que les réseaux de distribution tel Point P devaient offrir à leur clientèle une gamme très étendue de produits et que, de ce fait, Point P ne pourrait pas limiter son offre de produits à base de plâtre à ceux de BPB. Dans la décision, Colas/Spie Rail²⁰⁴, l'activité de Emofer, filiale de Spie Rail active sur le marché de la production et de la commercialisation de traverses en béton, était dépendante des achats du principal donneur d'ordres du marché, RFF/SNCF, qui n'avait pas d'intérêt à perdre les avantages de sa position de monopsonne et à ne dépendre que d'un seul fournisseur.

e) Les scénarios de verrouillage

466. Par ailleurs, au-delà de ces caractéristiques du marché, l'Autorité analyse de façon concrète la probabilité de l'adoption de stratégies de verrouillage par la nouvelle entité en prenant en considération tant les incitations à adopter de tels comportements que les facteurs de nature à diminuer, voire à éliminer, de telles incitations, y compris le caractère éventuellement illégal de ces comportements. Il s'agit de démontrer dans un premier temps que l'entreprise verticalement intégrée issue de l'opération sera incitée à verrouiller le marché. Cette incitation dépend de la rentabilité du verrouillage.

467. Ainsi dans le cas d'un verrouillage par les intrants, la baisse des ventes d'intrants aux concurrents situés en aval a, dans un premier temps, des effets négatifs

²⁰³. Cas COMP/M.3943 – Saint-Gobain/BPB du 9 novembre 2005.

²⁰⁴. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C2007-22 / du 14 mai 2007, aux conseils de la société Colas, relative à une concentration dans le secteur de la pose et de la maintenance de voies ferrées.

sur la rentabilité de la nouvelle entité. Cependant, dans un second temps, la nouvelle entité peut bénéficier du recul des ventes de ses concurrents en aval, du fait du manque de disponibilité d'intrants et de ses effets sur la qualité de leurs produits et leurs coûts, et augmenter le prix facturé aux consommateurs ou développer sa part de marché aval. Ainsi, dans sa décision relative à l'affaire Eurovia/Tarmac, l'Autorité a souligné que, dans les zones sur lesquelles la nouvelle entité détenait des positions fortes sur les marchés des granulats, et dans la mesure où les sources d'approvisionnement alternatives étaient insuffisantes, une augmentation de ses prix ou une limitation des quantités de granulats offertes ne se traduiraient pas par une baisse de la marge réalisée en amont par la nouvelle entité mais porteraient atteinte à la concurrence sur les marchés aval des enrobés bitumineux et des travaux routiers en réduisant ou renchérissant leur approvisionnement en granulats²⁰⁵.

468. Dans le cas d'un verrouillage de l'accès aux débouchés ou verrouillage de la clientèle, le fait de cesser de se fournir auprès de ses concurrents en amont peut entraîner pour la nouvelle entité des surcoûts ou une baisse de ses ventes en aval, qui doivent être mis en regard des gains attendus en amont. Ces gains seront d'autant plus élevés que les concurrents sur le marché amont seront conduits à proposer une offre moins attractive, par exemple parce qu'ils doivent recouvrer des coûts fixes élevés sur un plus petit nombre de clients, voire, à l'extrême, que ces concurrents seront contraints de sortir du marché concerné.

469. Divers facteurs peuvent ainsi limiter les incitations de la nouvelle entité. En particulier, le niveau des bénéfices et donc des marges réalisés en amont et en aval est un élément important. En effet, il est peu probable qu'une entreprise consente des pertes importantes sur un marché sur lequel elle réalise des marges élevées pour développer sa part de marché sur un marché sur lequel les marges sont faibles.

470. Par ailleurs, lorsque la demande se détourne des concurrents situés en aval, il est nécessaire de déterminer quelle part de cette demande la nouvelle entité pourra attirer. Cette part dépendra notamment des capacités disponibles de la nouvelle entité, du degré de substituabilité existant entre les produits de la nouvelle entité et ceux de ses concurrents, etc. Ainsi, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB précitée, dans la mesure où l'expansion des capacités de distribution de Saint-Gobain aurait été difficile, il a été considéré comme peu improbable que BPB, principal fournisseur de plaques de plâtre au Royaume-Uni, réduise ses livraisons aux distributeurs concurrents de Saint-Gobain.

471. La diversité des gammes de produits offerts est également susceptible d'avoir un impact sur la rentabilité de la stratégie de la nouvelle entité.

472. En outre, l'entité verticalement intégrée issue de l'opération se heurte également à la nécessité d'écouler sa production. Ainsi, dans l'affaire Lafarge/Blue Circle²⁰⁶, la Commission a considéré qu'il ne serait pas possible pour Lafarge,

205. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

206. Cas COMP/M.1874 – Lafarge/Blue Circle du 7 avril 2000.

acteur majeur du marché aval du béton en Angleterre, de se réserver l'intégralité de la production très importante de Blue Circle, au détriment de ses concurrents²⁰⁷.

473. L'Autorité peut également prendre en compte, au support de son analyse, le type de stratégie et les comportements adoptés dans le passé par la nouvelle entité. Les documents stratégiques internes peuvent également fournir un éclairage sur les stratégies envisagées. Dans son arrêt GE/Commission²⁰⁸, le TUE a indiqué que : « *cela étant, des preuves solides pouvaient, en principe, être constituées soit par des documents attestant l'intention ferme de la direction de la requérante et/ou de celle d'Honeywell de poursuivre l'exploitation commerciale, sur les marchés des produits avioniques et non avioniques, de la puissance de GECAS et de GE Capital de la façon décrite ci-dessus sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille à la suite de la concentration, soit par une analyse économique démontrant qu'un tel comportement aurait été objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée* ». Ainsi, dans l'affaire Havas/Compagnie générale des eaux²⁰⁹, le Conseil a appuyé son analyse sur un procès-verbal d'un conseil d'administration.

474. Enfin, le Tribunal de l'Union européenne, dans les affaires Tetra Laval/Commission²¹⁰ et GE/Commission précitée, a rappelé qu'il appartient à l'autorité de concurrence, dans le cadre de son appréciation, de prendre en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir l'éventuel caractère clairement ou très probablement illicite, au regard du droit tant communautaire que national, des pratiques mises en œuvre par l'entreprise intégrée : « *la Commission doit, en principe, prendre en considération le caractère éventuellement illégal, et, partant, susceptible d'être sanctionné, d'un comportement en tant que facteur de nature à diminuer, voire à éliminer, les incitations pour une entreprise à adopter un comportement donné*²¹¹ ». Toutefois, cette jurisprudence sera mise en regard par l'Autorité avec les bénéfices attendus du caractère préventif du contrôle des concentrations.

475. Les gains d'efficacité qui résultent de la concentration verticale doivent également être pris en compte dans l'analyse globale des effets de la concentration dès lors qu'ils sont à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiables. Les gains d'efficacité sont analysés selon les principes développés à la section L ci-dessous.

207. Voir également la lettre du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi C2008-103 / du 28 octobre 2008, aux conseils de la société Compagnie fruitière de Paris SAS., relative à une concentration dans le secteur des fruits et légumes.

208. Arrêt du tribunal de première instance des Communautés européennes T-210/01, General Electric/Commission du 14 décembre 2005.

209. Avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-14 du 31 août 1998 relatif à la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie générale des eaux.

210. Arrêt du tribunal de première instance des Communautés européennes T-05/02, Tetra Laval/Commission.

211. T-210-01, arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric/Commission. Cette jurisprudence faisait suite à l'arrêt Commission/Tetra Laval du TPICE et au pourvoi auprès de la CJCE sur cette même affaire.

F. Effets non coordonnés dans les concentrations conglomérales

1. La nature de ces effets

476. Une concentration a des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'exploiter un effet de levier²¹² (hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, voir effets verticaux). Le lien de connexité entre les marchés concernés peut notamment découler de l'appartenance des produits à une même gamme ou de l'existence de marques générant un certain degré de différenciation entre les produits des parties à l'opération.

477. De façon générale, une concentration conglomérale ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement. Certaines de ces synergies peuvent être proconcurrentielles au sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale²¹³. La nouvelle entité peut bénéficier de coûts fixes communs importants ou de la complémentarité de plusieurs produits et services. Les concentrations conglomérales peuvent aussi générer des économies d'envergure, permettre une plus grande compatibilité des composants complémentaires, ou encore conduire à une internalisation des effets positifs d'une baisse de prix sur un produit sur la vente d'un produit complémentaire (« effet Cournot ») (voir notamment la section du présent document sur les contributions au progrès économique).

478. Certaines concentrations conglomérales peuvent néanmoins produire des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elles permettent de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou les achats des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.

479. Les offres liant ou groupant des biens ou services produits sur des marchés distincts peuvent être de différentes natures. Comme l'a rappelé le TPICE²¹⁴, il convient de distinguer : i) les offres groupées pures (*pure bundling*), c'est-à-dire les offres liées du fait de l'imposition exclusivement commerciale d'une obligation d'acheter ou de vendre deux ou plusieurs produits ensemble ; ii) les offres groupées techniques (*technical bundling*), c'est-à-dire les offres liées du fait de l'imposition par une intégration technique des produits ; et iii) les offres groupées mixtes (*mixed bundling*), c'est-à-dire le fait de vendre ou d'acheter plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions que celles proposées si les produits sont vendus ou achetés séparément.

²¹². La notion d'« exploitation par effet de levier » est couramment utilisée en droit de la concurrence pour désigner la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit sur un marché (le « marché lié » ou « marché groupé ») en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit auquel le premier produit est lié ou groupé (le « marché liant » ou « marché exerçant un effet de levier »).

²¹³. Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volets roulants.

²¹⁴. T-210/01 General Electric Company contre Commission.

480. Le recours à des offres liées ou groupées peut conférer à une entreprise la capacité et la motivation d'exploiter, par un effet de levier, la forte position qu'elle occupe sur un marché et d'évincer ses concurrents. De plus, il convient d'examiner si un tel comportement aurait une incidence négative significative sur la concurrence, par exemple en évinçant du marché les concurrents ou en les marginalisant.

2. Les critères utilisés

481. Les lignes directrices sur les concentrations non horizontales²¹⁵ publiées récemment par la Commission européenne donnent, pour les risques de verrouillage dans les concentrations conglomerales, le même schéma d'analyse que pour les effets verticaux. L'Autorité de la concurrence examine si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause. En pratique, ces trois conditions sont étroitement liées.

482. Les facteurs déjà évoqués dans les sections précédentes (pouvoir de marché de la nouvelle entité, capacités de réaction des concurrents, barrières à l'entrée sur le marché et contre-pouvoir des acheteurs) font l'objet d'une adaptation spécifique aux effets conglomeraux.

483. Comme pour les concentrations verticales, il est en particulier peu probable qu'une concentration emporte un risque d'effet conglomeral si la nouvelle entité ne bénéficie pas d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier. Les lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales suggèrent des « *safe harbors* » en deçà de 30% de parts de marché et d'un IHH à l'issue de l'opération inférieur à 2 000²¹⁶.

484. Mais, pour l'analyse d'effets conglomeraux, le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables, et qui ne possèdent que peu de substituts acceptables en raison, par exemple, de la différenciation des produits ou des contraintes de capacité auxquelles sont soumis les concurrents²¹⁷.

485. En outre, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause²¹⁸.

215. C2008/265/07 précité.

216. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet ainsi que la section III. B de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

217. Voir notamment l'avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-09 du 29 juillet 1998 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina et l'avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires pour volets roulants.

218. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel, § 73 et suivants.

486. L'Autorité étudie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Dans sa décision *General Electric contre Commission*²¹⁹, le TUE a évoqué trois types de preuves susceptibles d'appuyer la probabilité d'un scénario de ventes liées :

- les comportements passés pouvant indiquer que l'entreprise a déjà trouvé intérêt à des ventes groupées. Il est cependant généralement probable que ces comportements passés ont été constatés sur des marchés différents de ceux qui pourraient faire l'objet de telles ventes postérieurement à l'opération, ce qui en relativise la portée;
- des documents attestant l'intention de la société acquérante d'adopter de tels comportements;
- une analyse économique démontrant qu'un tel comportement serait objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée.

487. Cette dernière preuve repose sur une étude de la profitabilité d'une stratégie d'offres liées. Du côté des gains, une telle stratégie peut permettre de protéger les ventes sur le marché liant, comme de développer les ventes sur le marché lié. Les gains peuvent provenir de l'augmentation des parts de marché ou de l'augmentation des prix²²⁰. Du côté des coûts, il convient de prendre en compte les remises destinées à favoriser les ventes groupées ou, éventuellement, la baisse des ventes due à la perte des clients non intéressés par l'offre liée. La mise en place d'une intégration technique des produits (ventes groupées techniques) suscite quant à elle des coûts de développement.

488. Comme dans le cas des effets verticaux, il est peu probable que la nouvelle entité coure le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer sa position sur un marché moins rentable. Par exemple, dans l'avis *Somfy/Zurflüh-Feller* précité, le Conseil a indiqué que les stratégies de verrouillage qui conduiraient à la baisse des ventes de moteurs seraient peu crédibles compte tenu des prix relatifs des moteurs et des autres composants.

489. L'Autorité examine également dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir une gamme aussi complète de produits ou un éventail de marques aussi attractif²²¹.

490. L'Autorité analyse aussi les stratégies mises en œuvre par les clients pour diversifier et sécuriser leurs approvisionnements. Ainsi, dans son premier avis sur la concentration *Seb/Moulinex*²²², le Conseil a analysé en détail le contrepoint que représentait la grande distribution face à ses fournisseurs, insistant notamment sur la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle conférerait aux enseignes, ce qui se traduisait par un fort pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que sur la volonté

219. T-210-01, arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*.

220. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés *Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédiaire* par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 220 à 262.

221. Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-104 du 4 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société *FIMA* par la Société financière de Turenne Lafayette, § 23 et 24 ainsi que la lettre du ministre n° C2003-41, *Johnson/Bayer*, du 11 mars 2003.

222. Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002.

des distributeurs de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur.

491. Enfin, comme évoqué dans la section précédente sur les effets verticaux, l'Autorité de la concurrence prend en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir le caractère clairement ou très probablement illicite d'une stratégie de l'entité fusionnée pour apprécier sa probabilité.

G. Autre cas d'effets non coordonnés : la disparition d'un concurrent potentiel

492. Même lorsqu'une concentration n'emporte aucun cumul de parts de marché, elle peut avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés dans la mesure où la cible, bien que non présente sur les mêmes marchés que l'acquéreur, était susceptible d'y entrer facilement et exerçait ainsi une pression concurrentielle sur le ou les marchés concernés.

493. Pour que la disparition d'un concurrent potentiel soit considérée par l'Autorité comme une atteinte à la concurrence, il faut que :

- le concurrent potentiel pèse déjà sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou qu'il existe une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur important de la concurrence ;
- le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant.

494. La caractérisation de cette atteinte à la concurrence est, en pratique, relativement rare. Par exemple, dans l'avis relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par L'Est républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel²²³, le Conseil a rejeté l'hypothèse que la disparition de Delaroche constituait une atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel : « *Plusieurs éléments conduisent toutefois à estimer que la société Delaroche n'était pas un concurrent potentiel des titres de L'Est républicain ou de la BFCM sur les marchés de presse quotidienne régionale. En premier lieu, le Conseil relève, comme il l'avait fait dans l'avis n° 05-A-18, SIPA/Socpresse, déjà cité, la crise que traverse le secteur de la presse, et en particulier de la presse quotidienne régionale. La "gravité de la crise que subit la presse d'information générale" a depuis été également soulignée dans le rapport Lancelot. Cette crise trouve en partie son origine dans des mutations de société profondes et dans l'apparition de nouveaux médias en phase avec ces mutations. Dans ces conditions, les efforts de la presse quotidienne régionale ont plus été consacrés à l'endigement du recul de son lectorat qu'à la conquête de nouveaux territoires de diffusion. D'ailleurs, pour l'ensemble de la presse quotidienne régionale, on n'observe pas dans la période récente de tentative d'incursion d'un titre hors de son marché historique : au contraire, la tendance est à la concentration, pour répondre au besoin de restructuration du secteur. Les groupes*

²²³. Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-09 du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est républicain et la Banque fédérative du Crédit mutuel, filiale du Crédit mutuel Centre Est Europe.

privilégient également la diversification de leurs activités. En second lieu, le Conseil a noté dans son avis SIPA/Socpresse l'attachement du lecteur à "son" titre de presse quotidienne régionale en particulier. La pénétration d'un nouveau titre nécessiterait donc des investissements importants en matière de communication. Enfin, dans le cas d'es-pèce, la dégradation de la situation financière de la société Delaroché ne lui aurait pas permis une telle stratégie d'expansion.»

495. En revanche, l'atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel a été caractérisée dans plusieurs décisions de la Commission. Par exemple, dans le cas *Air Liquide/BOC*²²⁴, l'analyse de la Commission s'est concentrée sur l'élimination d'un concurrent potentiel résultant de la concentration entre BOC, présent sur les marchés des gaz en vrac et des gaz en bouteille au Royaume-Uni et en Irlande, et Air liquide, qui fournissait les mêmes produits dans d'autres pays européens mais n'était pas actif au Royaume-Uni et en Irlande. La Commission a considéré qu'Air liquide était le seul grand producteur de gaz industriels susceptible de pénétrer ces marchés. Elle a attribué l'absence d'Air liquide sur le marché britannique à une décision stratégique pouvant être inversée à tout moment plutôt qu'à un facteur objectif qui aurait pu limiter la capacité d'Air liquide à fournir ces pays en gaz vrac et bouteille. En outre, la Commission a également considéré que BOC était un concurrent potentiel d'Air liquide en Europe continentale quand bien même BOC avait récemment vendu ses activités en Europe continentale à Air liquide.

496. Dans sa décision *Telia/Telenor*²²⁵, la Commission a considéré que chacune des parties à l'opération représentait le concurrent potentiel le plus crédible et le plus significatif sur le marché national des télécommunications de l'autre partie à l'opération, Telia étant présent en Suède et Telenor en Norvège. Et bien que d'autres entreprises aient eu les capacités techniques pour entrer sur les marchés suédois et norvégiens, la Commission a considéré qu'aucune d'entre elles n'était aussi bien placée que Telia et Telenor.

497. Dans sa décision *EDF/EnBW*²²⁶, la Commission a considéré qu'EnBW était l'une des entreprises les mieux placées sur le plan stratégique pour pénétrer le marché français de l'électricité, et qu'elle aurait été fortement incitée à entrer sur le marché français nonobstant la concentration. La Commission a aussi considéré que la concentration ouvrait à EDF la possibilité de contrer la pénétration sur le marché français d'entreprises d'interconnexion allemandes par le lancement de campagnes de représailles sur le marché allemand, et donc de diminuer la pression concurrentielle exercée par les entreprises allemandes, autres que EnBW, sur le marché français.

498. Dans les trois décisions précitées, les opérations ont finalement été autorisées par la Commission, sous réserve de l'exécution d'engagements visant à renforcer la crédibilité des concurrents potentiels restant sur le marché. Ces engagements

²²⁴. Décision de la Commission dans l'affaire IV/M.1630 – Air Liquide/BOC, considérants 201 et suivants.

²²⁵. Décision 2001/98/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.1439 – Telia/Telenor.

²²⁶. Décision 2002/164/CE de la Commission dans l'affaire COMP/M.1853 – EDF/EnBW.

ont porté sur des cessions d'actifs ou sur des obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles aux concurrents qui le souhaitent.

H. Autre cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat

499. Une opération de concentration peut renforcer la puissance d'achat de l'entreprise créée au point de mettre en situation de dépendance économique ses fournisseurs. Ce cas d'atteinte à la concurrence est spécifiquement visé par l'article L. 430-6 du Code de commerce.

500. Ce type d'examen est effectué en particulier pour les opérations intervenant dans les secteurs de la grande distribution. La Commission européenne a ainsi analysé, dans l'affaire Rewe/Meinl²²⁷, la dépendance des fournisseurs vis-à-vis de la centrale d'achat de Rewe/Meinl. Certains modèles économiques montrent en effet qu'au-delà d'un certain « seuil de menace », fonction de la part que représente ce débouché dans l'ensemble des ventes du fournisseur, le distributeur peut, en stoppant ses achats, pousser son fournisseur plus ou moins rapidement vers une situation financière très difficile, voire vers une faillite. Le niveau de ce seuil n'est pas fixe et dépend d'un grand nombre de paramètres spécifiques aux secteurs concernés, à la structure et à la situation financière des entreprises, et surtout à l'existence ou au coût d'éventuelles solutions alternatives.

501. Le ministre chargé de l'Économie a également mis en évidence un risque de création d'une puissance d'achat du fait d'une concentration dans le secteur de la viande : *« À l'issue de l'opération, la nouvelle entité disposera de fortes positions concernant l'achat de bovins vivifs (hors veaux) sur une zone nord de la France, quels que soient l'abattoir et la taille de la zone de chalandise considérés. L'offre alternative d'abattage dans cette zone étant limitée et les coûts ainsi que les délais de construction d'un abattoir très importants (estimés à plus de deux ans et à environ 40 millions d'euros), les risques de création d'une puissance d'achat à l'issue de l'opération plaçant les fournisseurs de bovins en situation de dépendance économique ne peuvent être écartés. »* Des engagements de cession d'abattoirs ont donc été négociés²²⁸.

502. En soi, la dépendance économique ne constitue cependant une atteinte à la concurrence que si elle a un effet sur la concurrence sur un marché et, finalement, sur le surplus du consommateur, et non simplement sur un fournisseur, dans la mesure où l'objectif des autorités de concurrence n'est pas de protéger une entreprise en tant que telle, qu'elle soit concurrente, cliente ou fournisseur. Or, le renforcement de la puissance d'achat a en règle générale tendance à s'exercer au bénéfice des consommateurs, dès lors que celle-ci n'affecte pas les structures des marchés amont et aval.

227. Décision de la Commission COMP/M.1221 – Rewe/Meinl du 3 février 1999.

228. Décision du ministre C2008-100 du 17 février 2009.

503. Mais, dans la mesure où elle peut diminuer les capacités financières, ou les capacités d'innovation et de recherche de certains acteurs, et les amener à terme à sortir d'un marché, ce qui est réducteur de concurrence, le renforcement à une dépendance peut porter atteinte à la concurrence sur un marché. En particulier, lorsqu'elle a pour corollaire ou pour origine un accroissement du pouvoir de marché sur le marché aval, il est peu probable que la puissance d'achat accrue dont bénéficie la nouvelle entité puisse compenser la réduction de la concurrence constatée sur le marché aval. Elle peut même encore réduire l'intensité de la concurrence en aval.

504. Ces effets doivent être appréciés au cas par cas, en fonction des caractéristiques de chaque filière, pour préciser l'impact d'une éventuelle dépendance économique. Une application trop générale pourrait amener certains acheteurs ou utilisateurs de sous-traitance à renoncer *ex ante* à certaines relations économiques, ce qui pourrait aussi générer des problèmes en empêchant certaines petites entreprises d'accéder soit aux marchés amont de la grande distribution soit à la sous-traitance de grands fabricants.

I. Les effets coordonnés

1. La nature de ces effets

505. L'opération peut aussi modifier la nature de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors d'effets coordonnés, création ou renforcement d'une position dominante collective ou d'un oligopole collusif, l'opération augmentant les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif. La coordination dont il s'agit ici est « tacite » et non « expresse », chaque entreprise étant supposée continuer à se comporter d'une manière indépendante, en fonction de ses intérêts propres.

506. De tels effets sont possibles lorsque, sur un marché oligopolistique ou sur un marché fortement concentré, une opération de concentration a comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait comme possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens des articles L. 420-1 du Code de commerce ou 101 TFUE²²⁹ et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

229. Voir CJCE, arrêt du 31 mars 1998, France e. a./Commission, dit « Kali & Salz », C-68/94 et C-30/95.

2. Les critères utilisés

507. Dans l'arrêt *Airtours*²³⁰, le TPICE a identifié trois conditions nécessaires aux fins d'appréciation des effets coordonnés lors d'une opération de concentration :

- « *en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres ;* » (condition de détection) ;
- « *en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt *Gencor/Commission*, précité, point 276) ;* » (condition de dissuasion) ;
- « *en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune* » (condition de non-contestation).

508. Ces trois critères ont été repris par le Conseil d'État dans sa décision *Fiducial* du 31 juillet 2009²³¹ : « *Considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs ; que l'identification d'une telle position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparaisse que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles*

230. TPICE, T-342/99, *Airtours plc. contre Commission*, 6 juin 2002, point 62.

231. Décision du Conseil d'État *Fiducial Audit et Fiducial Expertise* n° 305903 du 31 juillet 2009.

en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous et que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite».

509. La CJCE a confirmé l'analyse de l'arrêt *Airtours* dans l'arrêt *Impala*²³² en soulignant de plus qu'une telle coordination n'était possible que si les entreprises étaient en mesure de comprendre l'objectif commun et les moyens d'y parvenir et en précisant le lien entre cette « condition de compréhension » et les trois conditions rappelées ci-dessus : *« La probabilité d'une telle coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée. En effet, sans pouvoir arriver tacitement à une compréhension partagée des modalités de la coordination, les concurrents devraient éventuellement recourir à des pratiques prohibées par l'article 81 CE pour pouvoir adopter une ligne commune d'action sur le marché. En outre, compte tenu notamment de l'éventuelle tentation qui peut exister pour chaque participant à une coordination tacite d'en dévier afin d'augmenter son profit à court terme, il convient d'apprécier si une telle coordination est susceptible d'être durable. À cet égard, les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être capables de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre, notamment, à chaque entreprise concernée de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à la coordination. De plus, la discipline impose qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion crédible qui puisse être mise en œuvre si un comportement déviant est détecté. En outre, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les réactions des clients, ne devraient pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination. »*

510. L'arrêt de la Cour ajoute également une mise en garde : *« dans le cadre de l'application de tels critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite »*. Une approche cohérente des critères concernés peut être favorisée par l'identification d'un scénario de coordination tacite (ligne d'action commune portant sur des écarts de prix ou sur leur évolution, sur le niveau des capacités de production ou des parts de marché ou encore sur la répartition des types de clientèle, des zones géographiques ou des appels d'offres).

511. Dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité s'appuie sur tous les éléments susceptibles de l'éclairer sur les effets de l'opération sur le fonctionnement des marchés.

²³². CJCE, C-430-06, *Impala*, 10 juillet 2008.

a) La nécessité d'une compréhension commune du modèle de coordination

512. Il est d'autant plus raisonnable d'anticiper une coordination des comportements sur un marché, qu'il est simple pour les entreprises concernées de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination. Pour cela, ces entreprises doivent partager une même vision s'agissant des stratégies qui peuvent être considérées comme conformes à la ligne de conduite commune, ainsi que de celles qui ne le sont pas. La probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle est donc d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, sont stables et peu complexes. Aussi, dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants :

- le nombre d'opérateurs sur le marché : il est plus simple de s'entendre sur les modalités d'une coordination lorsque les participants potentiels sont peu nombreux ;
- la symétrie des entreprises : une définition commune de la manière dont doit fonctionner la coordination est d'autant plus facile à obtenir que les entreprises concernées sont semblables. La symétrie peut exister notamment au niveau de la structure des coûts, des parts de marché, des capacités de production ou du degré d'intégration verticale²³³ ;
- l'homogénéité du produit : un accord de coordination sur les prix est plus aisé à mettre en place si celui-ci concerne des produits homogènes. Lorsqu'il existe une forte différenciation des produits, la coordination est rendue périlleuse par la dispersion des niveaux de prix qui en découle²³⁴ ;
- la stabilité de la demande : de fortes fluctuations de la demande modifient constamment l'ampleur des incitations à la déviation et contraignent les oligopoleurs à un ajustement permanent des modalités de la coordination. *A contrario*, une demande stable facilite l'émergence d'une ligne de conduite commune et pérenne ;
- l'importance de l'innovation : l'innovation étant source d'instabilité, un marché sur lequel celle-ci est peu présente constitue un terrain favorable à l'émergence d'une vision commune s'agissant des conditions de coordination. Dans sa décision *Alcoa/British Aluminium*²³⁵ la Commission constate que l'important degré d'innovation technologique sur le marché de l'aluminium plat roulé utilisé dans l'industrie aérospatiale, contribue à rendre peu probable l'apparition d'effets coordonnés.

233. À titre d'exemple, dans la décision n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel, l'Autorité a considéré que l'asymétrie des parts de marché et des structures de coût rendaient peu probable l'apparition de comportements coordonnés à l'issue de l'opération, § 108 à 111.

234. Par exemple, dans la décision du 29 septembre 1999, n° IV/M1383, Exxon/Mobil, la Commission a noté que le degré d'homogénéité élevé des carburants était susceptible de simplifier la coordination tacite des politiques de prix.

235. Décision de la Commission COMP/M.2111 – Alcoa/British Aluminium du 27 octobre 2000.

513. La complexité ainsi que l'instabilité du cadre économique dans lequel prend place la coordination peuvent toutefois être surmontées par les entreprises concernées notamment grâce à :

- l'existence de liens structurels : de tels liens fédèrent les intérêts des oligopoleurs et favorisent ainsi la convergence de leur vision respective quant aux modalités de coordination. Par ailleurs, ces liens facilitent l'échange d'informations. Dans le secteur de l'électricité, la Commission a ainsi estimé, dans sa décision VEBA/VIAG²³⁶, que la présence de participations croisées pouvait favoriser l'adoption de comportements coordonnés ;
- l'existence de règles de tarification communes : ces règles (qui peuvent par exemple prendre la forme de prix de référence) constituent un ensemble de points focaux qui facilitent l'adoption de stratégies coordonnées ;
- l'accès aux données de marché : les différentes informations que peuvent obtenir et échanger les oligopoleurs, notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, *via* par exemple les observatoires ou les associations professionnelles, favorisent l'émergence d'une ligne de conduite commune. La publication des prix des carburants au départ des raffineries (par des organisations telle que Platt's) mais également à tous les autres stades de la chaîne de distribution jusqu'à la commercialisation « à la pompe », est considérée par la Commission dans sa décision Exxon/Mobil²³⁷ comme un facteur favorisant la coordination.

b) Condition de détection

514. Afin que les entreprises puissent coordonner efficacement leurs comportements, elles doivent être en mesure de surveiller le fonctionnement du marché sur lequel elles opèrent. La transparence de ce dernier doit en effet être suffisante pour que chacun des membres de l'oligopole collusif puisse, dans des délais utiles :

- observer la stratégie suivie par ses partenaires ;
- apprécier si un comportement imprévu constitue effectivement une violation de la ligne de conduite commune.

515. La transparence du marché s'apprécie par rapport au scénario de coordination identifié. Les éléments suivants peuvent notamment être pris en compte :

- l'homogénéité des produits : une variation dans la stratégie de prix suivie par une entreprise membre d'un oligopole collusif peut se justifier par le degré de différenciation des produits qu'elle distribue, par rapport aux autres membres de l'oligopole. Dès lors, il est plus difficile de détecter efficacement une éventuelle déviation. Par ailleurs, en cas de forte différenciation, la violation de la ligne de conduite commune est moins profitable : l'entreprise déviante ne peut espérer gagner une part de marché très importante à moins de baisser considérablement ses prix. Par exemple, dans son analyse parallèle des cas Shell/DEA et BP/E. ON²³⁸, la Commission a souligné le caractère homogène que revêtait l'éthylène transporté *via* un pipeline ;

²³⁶. Décision de la Commission COMP/M.1673 – VEBA/VIAG du 13 juin 2000.

²³⁷. Décision de la Commission précitée.

²³⁸. Décisions de la Commission COMP/M.2389 – Shell/DEA et COMP/M.2533 BP/E. ON du 20 décembre 2001.

- l'accès aux données de marché : les informations à disposition des oligopoleurs (notamment par l'intermédiaire des associations de professionnels), portant notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, facilitent la détection d'un comportement déviant. La Commission, dans l'affaire UPM-Kymmene/Haindl²³⁹, a ainsi précisé que, sur les marchés du papier journal et du papier pour magazines avec bois, les associations de professionnels, tels que la CEPIPRINT, contribuaient à la transparence des marchés précités;
- liens structurels : parce qu'ils facilitent les échanges informationnels (qui peuvent concerner par exemple les politiques tarifaires ou d'investissement), les liens structurels que peuvent partager les oligopoleurs améliorent la contrôlabilité, par chacun d'entre eux, de leurs comportements. À titre d'exemple, dans sa décision n° 07-D-13²⁴⁰ relative au secteur du transport maritime, le Conseil de la concurrence a souligné, lors de son analyse d'une possible position dominante collective, l'existence de « liens ou facteurs de corrélation structurels »;
- l'existence d'une clientèle réduite : celle-ci peut constituer un vecteur de transmission d'informations d'un concurrent à l'autre.

c) Condition de dissuasion

516. Pour qu'une coordination soit stable, il est nécessaire de punir sévèrement les éventuelles déviations. Les menaces de représailles en cas de comportement déviant doivent être crédibles (la déviation détectée, leur mise en œuvre ne doit faire aucun doute) et suffisamment importantes pour qu'il soit dans l'intérêt de chaque oligopoleur de se conformer à la ligne de conduite commune.

517. Quel que soit l'environnement dans lequel s'inscrit la coordination, l'existence d'un mécanisme punitif crédible est toujours garantie par le simple retour à l'équilibre concurrentiel. Dès lors, la question posée par la condition de dissuasion ne porte pas tant sur l'existence de représailles que sur leur puissance dissuasive. En effet, si dans certains cas la reprise de comportements concurrentiels constitue une menace suffisante, dans d'autres cas, des punitions plus sévères sont nécessaires pour assurer la stabilité de la coordination. La théorie économique²⁴¹ a ainsi montré que des mesures punitives extrêmement fortes, entraînant pour les entreprises concernées des profits négatifs, appliquées sur une période de temps finie, qui sont donc plus dissuasives que le simple retour à l'équilibre concurrentiel, pouvaient s'avérer crédibles.

²³⁹. Décision de la Commission COMP/M. 2498 – UPM-Kymmene/Haindl du 21 novembre 2001.

²⁴⁰. Décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-13 du 6 avril 2007.

²⁴¹. Voir sur ce point les articles : Abreu, (1986), « Extremal Equilibria of Oligopolistic Supergames », *Journal of Economic Theory*, 39 :191-225 ; Abreu, (1988), « On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting », *Econometrica*, 56: 383-96 et Abreu, Pearce and Stacchetti (1986), « Optimal Cartel Equilibria with Monitoring », *Journal of Economic Theory*, 39:251-69.

518. L'étude des effets coordonnés s'intéresse donc aux différents éléments permettant d'apprécier le pouvoir dissuasif d'éventuelles représailles. Sont ainsi pris en compte notamment :

- les capacités de production des oligopoleurs : une capacité de production excédentaire (ou, dans certains cas, des stocks importants) confère aux oligopoleurs les moyens nécessaires à la mise en œuvre de punitions sévères et constitue, par conséquent, un puissant outil de dissuasion. Cependant, la présence de surcapacités au sein des entreprises peut témoigner d'une asymétrie susceptible de nuire à la stabilité de la coordination. En effet, l'opérateur disposant d'un excédent de capacité est incité à dévier, ce qui sera d'autant plus profitable pour lui que les autres oligopoleurs, n'ayant pas une puissance productive comparable, auront des difficultés à le punir²⁴² ;
- l'existence de contacts multimarchés : lorsque les entreprises sont simultanément présentes sur plusieurs marchés, une déviation sur l'un d'entre eux peut entraîner des représailles sur d'autres. Dès lors, les contacts multimarchés sont susceptibles d'augmenter la sévérité des punitions et avec elle la stabilité de la coordination. Dans les affaires UPM-Kymmene/Haindl et Norske Skog/Parenco/Walsum²⁴³, la Commission a ainsi estimé que les contacts multimarchés des parties pouvaient sensiblement améliorer la stabilité d'une coordination. Il convient cependant de souligner que dans le cas de contacts multiples, si un oligopoleur peut dévier sur un marché, il peut également dévier sur l'ensemble des marchés, réalisant ainsi un profit instantané beaucoup plus important. Les contacts multimarchés sont, par conséquent, également susceptibles d'accroître les incitations à la déviation au détriment de la coordination. La probabilité d'adoption d'une ligne de conduite commune qui découle de contacts multiples doit donc faire l'objet d'une appréciation au cas par cas ;
- le délai dans lequel la dissuasion peut intervenir : une punition est d'autant plus efficace qu'elle intervient rapidement après la déviation. À cet égard, un marché sur lequel les transactions sont peu nombreuses et espacées dans le temps présente une structure incitative particulièrement favorable aux comportements déviants, la punition ne prenant effet que très longtemps après. Un tel marché est donc peu favorable à l'adoption de stratégies communes.

d) Condition de non-contestation

Pour que la coordination soit profitable aux entreprises qui y prennent part, elle ne doit pas être perturbée par les autres acteurs présents, ou potentiellement présents, sur le marché. L'émergence ou le renforcement d'effets coordonnés dépendent donc de l'efficacité avec laquelle la ligne de conduite commune peut être remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents. Ainsi, pour apprécier

242. Voir notamment l'article de Compte, Jenny et Rey (2002), « Capacity Constraints, Mergers and Collusion », *European Economic Review*, 46 : 1-29.

243. Décisions de la Commission COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl et COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum du 21 novembre 2001.

une possible position dominante collective, l'Autorité de la concurrence considère notamment :

- la concurrence actuelle : la présence, après réalisation de la concentration, d'opérateurs de la frange concurrentielle (qualifiés de « mavericks » ou « francs-tireurs ») capables de modifier significativement la position des membres de l'oligopole peut nuire fortement à la stabilité de la coordination. Dans sa décision Veolia/Transdev, l'Autorité a estimé que la présence de la RATP, nouvel entrant sur les marchés du transport hors Île-de-France, déstabiliserait une éventuelle coordination entre Keolis et la nouvelle entité à l'issue de la fusion²⁴⁴;
- la concurrence potentielle : des concurrents potentiels peuvent également déstabiliser la coordination. La capacité de ces francs-tireurs d'entrer sur les marchés concernés est cependant conditionnée par le niveau des barrières à l'entrée ;
- l'existence d'une puissance d'achat compensatrice : des acheteurs suffisamment importants peuvent perturber la coordination des oligopoleurs en persuadant l'un d'entre eux de dévier. Dans l'affaire VENA/VIAG, la Commission a ainsi indiqué que l'absence de puissance d'achat suffisamment importante était susceptible de favoriser l'émergence de comportements coordonnés. Les critères d'appréciation de la puissance d'achat sont les mêmes que s'agissant des effets non coordonnés (voir § 428 ci-dessus).

3. L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomerales

519. Les lignes directrices publiées par la Commission relatives aux concentrations non horizontales soulignent que, lorsque la Commission démontre qu'une telle opération peut entraîner un verrouillage des marchés, celui-ci peut se traduire par une réduction du nombre de concurrents susceptible de créer des conditions plus favorables à une coordination. Par ailleurs, l'intégration verticale peut modifier les conditions de transparence du marché et les incitations de l'entreprise fusionnée et de ses concurrents. Elle peut aussi avoir un effet sur l'efficacité des mécanismes de surveillance et de représailles. Ces effets sont cependant ambigus.

520. Par exemple, un fournisseur non intégré est moins incité à baisser ses prix lorsqu'il fait face à des concurrents intégrés. En effet, les distributeurs intégrés continueront vraisemblablement à s'approvisionner en interne (au moins partiellement) même si un fournisseur non intégré propose des conditions plus avantageuses. Ainsi, une fusion verticale réduit les débouchés des fournisseurs non intégrés, ce qui diminue d'autant leurs profits de déviation, et, par voie de conséquence, leurs incitations à dévier. Cet effet de baisse des débouchés favorise la collusion tacite.

521. D'un autre côté, les entreprises intégrées réalisent généralement, dans les phases de punition, plus de profit que les entreprises non intégrées. En effet, même si, lors d'une telle phase, les prix sont très proches des coûts à l'un des niveaux de

²⁴⁴. Décision de l'Autorité de la concurrence n° 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, § 224 à 228.

la chaîne verticale, une entreprise intégrée peut réaliser des profits positifs à l'autre niveau de la chaîne. Une telle entreprise est donc moins vulnérable aux punitions qu'une entreprise non intégrée. De ce point de vue, l'intégration verticale réduit les possibilités de collusion tacite.

J. Risques de coordination des sociétés mères

1. La nature des effets

522. Lorsque deux entreprises indépendantes créent une entreprise commune, les liens ainsi institués entre elles risquent de les inciter à coordonner leur comportement non seulement au sein de l'entreprise commune, mais, de façon plus large, sur l'ensemble des marchés sur lesquels mères et filiales sont présentes, en renforçant les échanges d'informations entre elles ou en facilitant la compréhension d'objectifs communs. Le contrôle des concentrations permet d'appréhender ces risques lorsque l'entreprise commune est de plein exercice (voir ci-dessus aux paragraphes 55 et suivants). Lorsque ce n'est pas le cas, le comportement des entreprises ressortit à l'application des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 TFUE. Le ministre a ainsi vérifié, lorsque le groupe Banque populaire et le groupe Caisse d'épargne ont créé une filiale commune, Natixis, dans le secteur de la banque d'investissement et de financement, que cette opération ne risquait pas d'entraîner une coordination des comportements des deux groupes bancaires sur les marchés de la banque de détail et sur ceux de la banque commerciale, y compris au niveau local²⁴⁵.

523. Les modalités d'analyse des effets sur la concurrence d'une opération de concentration résultant de la création d'une entreprise commune par deux sociétés mères ont été précisées dans le cadre de l'opération Est républicain/BFCM/Socpresse²⁴⁶, tant par le ministre que par le Conseil de la concurrence. Comme le rappelle l'avis du Conseil dans cette affaire, aucun test spécifique à cette analyse n'est prévu en droit national. Le test applicable est donc le test général de l'article L. 430-6 du Code de commerce, visant à identifier les opérations « *de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* » et qui n'apportent pas « *au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».

524. La situation dans laquelle la création d'une entreprise commune inciterait les sociétés mères à coordonner leurs comportements sur les marchés où elles sont toutes deux actives pourrait conduire à constater que l'atteinte à la concurrence en résultant serait incompatible avec les dispositions de l'article L. 430-6, quelle

²⁴⁵. Décision du ministre de l'Économie C2006-45 du 10 août 2006.

²⁴⁶. Voir tout particulièrement la décision du ministre C2007-27 du 28 août 2007 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-09 du 2 août 2007. Sur cette opération, une première décision d'autorisation de l'opération rendue par le ministre le 17 mai 2006 (référence C2006-52) a été annulée par le Conseil d'État par sa décision du 31 janvier 2007 (décision n° 294896 France Antilles).

que soit la forme de cette coordination : expresse, au sens qui lui est donné dans le droit des ententes, ou tacite, dans l'acception retenue par la pratique décisionnelle relative à la position dominante collective. En effet, il ne peut être exclu *a priori* que la création d'une entreprise commune renforce les liens structurels entre les maisons mères qui seraient unies par une relation d'interdépendance leur permettant d'anticiper leurs comportements, d'aligner leurs stratégies et de faire converger leurs objectifs, sans pour autant qu'elles adoptent des comportements prohibés par le droit des ententes. Les caractéristiques structurelles des marchés qui sont de nature à favoriser une entente expresse recouvrent d'ailleurs en partie les critères permettant d'apprécier la vraisemblance de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. L'analyse de ce dernier risque implique toutefois que soit prise en compte la réaction des autres concurrents actifs.

525. Une telle atteinte peut être envisagée si les maisons mères restent simultanément présentes sur les mêmes marchés ou sur des marchés verticalement reliés à ceux sur lesquels l'entreprise commune opère. Elle ne peut être exclue *a priori* lorsque les maisons mères sont simultanément présentes sur un marché distinct de celui de leur filiale commune, le contact multimarché entre des entreprises étant également susceptible de faciliter la coordination de leurs comportements. Ce risque de coordination des maisons mères lié à la création d'une entreprise commune doit être distingué des effets non coordonnés d'une telle opération, liés au cumul d'activités au sein de l'entreprise commune elle-même et au cumul d'activités entre cette entreprise commune et chacune des maisons mères qui exercent sur elle une influence déterminante²⁴⁷.

2. Les critères utilisés

526. Conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, reprise par les autorités nationales, les risques de coordination entre maisons mères à l'occasion de la création d'une entreprise commune sont analysés au regard de trois critères cumulatifs :

- il faut qu'il existe un lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et l'apparition de risques de coordination des sociétés mères ou son renforcement;
- la coordination doit revêtir un certain degré de vraisemblance, c'est-à-dire doit être possible et présenter un intérêt économique pour les maisons mères;
- cette coordination doit avoir un effet sensible sur la concurrence.

a) Le lien de causalité

527. Le lien causal peut être établi si l'activité de l'entreprise commune revêt une importance essentielle pour les marchés sur lesquels les sociétés mères sont actives. Cependant, il ne peut être exclu que, dans certains cas, d'autres facteurs puissent être à l'origine d'une interdépendance accrue entre les maisons mères.

²⁴⁷. Voir par exemple la décision n° 09-DCC-91 du 24 décembre 2009 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nutréa, Peigne, UCA, Couvoirs de Cléden et Univol par les groupes Coopagri Bretagne et Terrena, et notamment les points 30 à 32.

528. Par exemple, dans la décision précitée relative à la création de Natixis²⁴⁸, le ministre a considéré que la création de Natixis était de nature à créer les conditions d'une coordination entre ses sociétés mères sur certains marchés. L'analyse a souligné le fait que les produits de Natixis étaient un facteur de production essentiel dans l'activité des sociétés mères sur plusieurs de leurs marchés. Mais le ministre a aussi relevé que, « *concernant l'organisation générale de l'entité composée de Natixis et de ses sociétés mères, il ressort de l'instruction que les réseaux interviendront généralement comme apporteurs d'affaires pour les produits et services bancaires dont la production sera centralisée au niveau de Natixis. À ce titre, leur rémunération prendra la forme de commissions. Par conséquent, le fait que les deux réseaux partagent la même plate-forme de production et se voient proposer les mêmes modes de rémunération pour les affaires apportées à Natixis peut être de nature à faire converger leurs comportements sur le marché* ».

529. *A contrario*, dans le second examen de l'opération Est républicain/BFCM/Sopresse, le ministre et le Conseil de la concurrence ont considéré que le lien causal n'était pas établi, après avoir relevé que l'interaction entre les marchés sur lesquels l'entreprise commune EBRA était active et ceux sur lesquels les deux sociétés mères étaient en concurrence était faible, qu'il était peu probable, pour cette raison, qu'EBRA soit le vecteur d'échanges d'informations entre les deux actionnaires sur leurs activités respectives. Ils ont ajouté que les liens financiers existant entre EBRA et ses sociétés mères n'étaient pas de nature à accroître l'interdépendance entre ses sociétés mères.

b) Les conditions de vraisemblance et d'effet sensible

530. Les critères de vraisemblance et d'effet sensible sont étroitement liés : la coordination des politiques sera d'autant plus vraisemblable qu'elle sera rentable et donc qu'elle aura un effet sensible sur les marchés. Leur appréciation repose sur une analyse du fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels les sociétés mères sont en compétition et sur lesquels elles pourraient coordonner leurs comportements.

531. La coordination des sociétés mères d'une entreprise commune sera d'autant plus vraisemblable si les sociétés mères peuvent facilement parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination, et si l'existence de l'entreprise commune leur permet aisément de se surveiller mutuellement. Son effet sera d'autant plus sensible que les sociétés mères occupent des positions fortes sur les marchés concernés et que la ligne de conduite commune ne peut être efficacement remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents.

532. Ces critères rejoignent ceux utilisés pour apprécier la probabilité de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. Le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement, dans la décision du 27 juin 2007, rendue sur la requête de la société M6 qui soutenait que la création d'une entreprise commune par les sociétés TF1 et AB portait atteinte à la concurrence, dans laquelle il assimile le

248. Voir la décision du ministre de l'Économie C2006-45 du 10 août 2006.

risque de coordination à celui de création ou renforcement d'une position dominante collective :

« Sur les risques de coordination entre les sociétés TF1 et AB

Considérant que s'il appartenait au ministre d'examiner, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce, si l'opération conjointe de rachat de la société TMC qui lui était soumise était de nature à faire naître un risque de coordination des comportements des sociétés mères sur les marchés concernés, il ressort des pièces du dossier qu'à la date à laquelle le ministre a pris la décision attaquée et compte tenu, d'une part de la concurrence très vive existant sur les marchés de l'exploitation et de la commercialisation des chaînes thématiques et de l'achat des droits de diffusion, d'autre part des engagements pris par les sociétés TF1 et AB en ce qui concerne la publicité télévisée, l'opération considérée n'était pas par elle-même de nature à créer ou renforcer une position dominante collective de ces sociétés; que, si le comportement des deux sociétés fait ultérieurement apparaître de tels risques, il appartiendra aux autorités de concurrence de mettre en œuvre, le cas échéant, les procédures adéquates » (soulignements ajoutés).

533. L'examen porte, en premier lieu, sur les parts de marché des sociétés mères, les risques d'atteinte à la concurrence pouvant, dans de nombreux cas, être écartés en raison de la faiblesse de la position des sociétés mères²⁴⁹. Les risques d'atteinte à la concurrence ne peuvent toutefois pas être écartés *a priori* sur un marché donné au motif que les sociétés mères (ou l'une d'entre elles seulement) ont des parts de marché faibles ou nulles, dès lors que les sociétés mères ont des projets de pénétrer ce marché²⁵⁰.

534. Si les positions des sociétés mères ne sont pas suffisamment faibles pour que le risque d'atteinte à la concurrence par coordination de leur comportement puisse être écarté, l'Autorité prend en compte, dans son analyse, tous les éléments de fait et de droit susceptibles de déterminer si la coordination des sociétés mères est vraisemblable et aura un effet sensible. En particulier, l'Autorité peut tenir compte de la symétrie des parts de marché des sociétés mères, de l'homogénéité de leurs produits, de la stabilité de la demande, du rythme d'innovation dans le secteur, de l'existence de règles de tarification commune ou encore de la possibilité pour chaque société mère d'accéder à des informations concernant l'autre société mère, notamment du fait de la création ou du renforcement de l'entreprise commune. De plus, l'Autorité apprécie si la pression des concurrents actuels ou potentiels sur les sociétés mères et la puissance d'achat de ses clients sont susceptibles d'empêcher que la coordination soit vraisemblable ou qu'elle ait un effet sensible.

249. Voir, par exemple, les décisions du ministre suivantes : décision C2006-49 du 10 mai 2006 relative à l'opération AP Moller Maersk/Perrigault, décision C2008-94 du 2 janvier 2009 relative à la création d'une entreprise commune entre les groupes coopératifs Agralys et Épis-Centre.

250. Voir la décision du ministre C2006-06 du 17 février 2006 relative à la création d'une entreprise commune entre Natexis Banques populaires et Banque postale.

K. Les restrictions accessoires

535. Le règlement n° 139/2004 dispose à son article 6, paragraphe 1, point b), deuxième alinéa, ainsi qu'à son article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa, et à son article 8, paragraphe 2, troisième alinéa, que toute décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun « est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration ». Dans sa communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration publiée le 5 mars 2005, la Commission explicite cette notion de la façon suivante : « Une opération de concentration comprend des arrangements contractuels et des accords établissant un contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement CE sur les concentrations. Tous les accords qui exécutent l'objet principal de la concentration, tels que ceux relatifs à la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise, font partie intégrante de la concentration. Outre ces arrangements et ces accords, les parties à la concentration peuvent conclure d'autres accords qui ne font pas partie intégrante de la concentration mais qui peuvent limiter la liberté d'action des parties sur le marché. Si ces accords comportent des restrictions accessoires, celles-ci sont automatiquement couvertes par la décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun. » Dans la mesure où les restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, le règlement n° 139/2004 est applicable. En revanche, pour les restrictions qui ne peuvent être considérées comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, les articles 101 et 102 du TFUE restent potentiellement applicables.

536. Ce règlement ne s'applique qu'aux opérations relevant du contrôle communautaire : il ne vise pas celles soumises au droit national. Néanmoins, la réunion, à compter du 2 mars 2009, au sein d'une même Autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit communautaire et national des pratiques anti-concurrentielles et, d'autre part, au contrôle des concentrations, réforme qui s'inspire du modèle communautaire dans lequel le contrôle des structures du marché et la surveillance des comportements sur ce même marché sont confiés à la même institution, permet aujourd'hui à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du Code de commerce. La communication précitée constitue pour ce faire un guide d'analyse pour l'Autorité.

537. Les entreprises notifiantes n'ont pas l'obligation de porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité. Néanmoins, elles peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au contexte concurrentiel du ou des marchés concernés.

538. Lorsque de telles restrictions sont portées à sa connaissance, et qu'il y a lieu de les examiner, l'Autorité apprécie elle-même si elles sont directement liées et

nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties²⁵¹. Des restrictions sont considérées comme directement liées et nécessaires parce que, en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou sa viabilité serait remise en cause. Dans la mesure où les restrictions de concurrence excéderaient ce qui est directement lié et nécessaire, la mise en œuvre par le rapporteur général de l'Autorité des dispositions du III de l'article L. 462-5 du Code de commerce, qui lui permettent de proposer à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles mentionnées à l'article L. 420-1, pourrait être envisagée, faute pour les entreprises d'y renoncer.

L. Les contributions au progrès économique

1. L'objectif

539. L'article L. 430-6 du Code de commerce précise que, en phase d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence « apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». L'Autorité apprécie, en particulier, si les gains d'efficacité économique de l'opération peuvent accroître l'incitation de l'entreprise résultant de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence.

540. Il incombe aux parties qui le souhaitent de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration. À titre indicatif, la Commission indique dans ses lignes directrices²⁵² que « les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer ».

541. Au-delà de la description précise des gains d'efficacité économique attendus, les parties doivent s'attacher à démontrer dans quelle mesure les critères d'appréciation de ces gains, présentés ci-dessous, sont remplis. Les développements consacrés par les entreprises aux gains d'efficacité apportés par l'opération sont

251. Décisions n° 09-DCC-79 du 16 décembre 2009 relative à l'acquisition de la société SAS Carte bleue par la société Visa Europe Limited et n° 09-DCC-74 du 14 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lovefrance SAS par la société Groupe Berto.

252. Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004, § 88.

généralement très limités²⁵³ alors qu'elles sont les seules à maîtriser l'ensemble des éléments nécessaires à leur évaluation et qu'il y a de bonnes raisons de penser que certaines opérations de concentration peuvent générer des gains d'efficacité susceptibles de profiter aux consommateurs. Il y a donc un intérêt à engager des discussions approfondies sur les gains d'efficacité avec les parties très en amont et non pas uniquement lorsque l'Autorité estime que l'opération – en l'absence de tels gains d'efficacité – serait susceptible d'engendrer des effets néfastes pour la concurrence.

2. Les critères utilisés

542. La jurisprudence du Conseil d'État et la pratique décisionnelle permettent de dégager trois critères applicables à la prise en compte des gains d'efficacité économique :

- ces gains doivent être quantifiables et vérifiables ;
- ils doivent être spécifiques à la concentration ;
- une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs.

543. Ce troisième critère exclut les avantages ne bénéficiant qu'aux parties à l'opération, comme l'a indiqué le Conseil d'État, dans sa décision Pernod Ricard²⁵⁴ : *« si le développement de la société Pernod Ricard serait susceptible d'être favorisé grâce aux disponibilités financières dégagées par l'opération de cession envisagée, un tel développement ne constitue pas en tant que tel, et n'apporte pas à lui seul, une contribution au progrès économique et social de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée »*. Le Conseil d'État a, de plus, précisé *« qu'une telle compensation ne peut davantage être regardée comme constituée par le produit fiscal susceptible d'être encaissé par le Trésor public si l'opération se réalise ou par les investissements dont la réalisation serait rendue possible dans cette hypothèse »*.

544. Pour apprécier dans quelle mesure les gains d'efficacité économique répondant aux trois critères ci-dessus contrebalancent les effets anticoncurrentiels de l'opération, l'Autorité tient notamment compte de leur ampleur comparative à l'importance des effets anticoncurrentiels de l'opération, et de la vitesse à laquelle ils sont susceptibles de se réaliser.

545. En ce qui concerne l'ampleur des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices²⁵⁵ que *« l'incitation de la nouvelle entité issue de l'opération à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à*

253. Le Conseil d'État, dans une décision relative à la concentration Coca-Cola/Orangina (Conseil d'État, Section, du 9 avril 1999, 201853) indiquait également que *« l'imprécision des données fournies ne permet pas d'établir que les effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée pourraient être compensés par une contribution suffisante au progrès économique et social »*. De même, dans son avis relatif à l'opération Pan Fish/Marine Harvest, le Conseil de la concurrence a relevé que, bien que les parties aient bien décrit les gains d'efficacité attendus, aucun de ces critères n'était satisfait : *« ... les gains d'efficacité avancés, lorsqu'ils sont décrits avec précision, ne sont que rarement vérifiables et encore moins quantifiables. Il n'est, en outre, pas démontré que des résultats similaires ne pourraient pas être obtenus autrement que par l'opération de concentration. Enfin et surtout, rien ne permet d'estimer avec vraisemblance qu'ils pourraient être transférés pour partie aux consommateurs, par une baisse de prix ou une augmentation de la qualité »*.

254. Conseil d'État, Section, 6 octobre 2000, n° 216645.

255. Lignes directrices sur les concentrations horizontales du 5 février 2004, § 84.

l'existence de pressions concurrentielles exercées par les autres entreprises présentes sur le marché et par les concurrents potentiels. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus la Commission doit s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. Il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels».

546. En ce qui concerne la vitesse de réalisation des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices que, « *d'une manière générale, plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contrepois, les gains d'efficacité doivent intervenir en temps utile*²⁵⁶ ».

547. Cette évaluation peut se faire dans le cadre de la construction de scénarios prospectifs, tenant compte à la fois des effets anticoncurrentiels et proconcurrentiels de l'opération²⁵⁷.

3. Exemples de contributions au progrès économique

548. L'Autorité est susceptible de prendre en compte dans son analyse toutes les contributions au progrès économique répondant aux critères ci-dessus, dès l'instant où elles sont démontrées par les parties. Sont illustrées, ci-dessous, les contributions les plus souvent invoquées par les parties.

549. Les gains de coût : de nombreuses concentrations conduisent à la réalisation, au sein de l'entreprise résultant de l'opération, de gains de coût, qu'il s'agisse de gains par effet d'échelle ou de gains de productivité. Il appartient aux parties qui le souhaitent de démontrer que les gains de coût envisagés répondent aux critères ci-dessus, en particulier qu'ils seront transférés, au moins en partie, à la collectivité dans son ensemble ou aux consommateurs, sous forme de baisse de prix, de l'amélioration de la qualité de l'offre ou de l'enrichissement du choix proposé au consommateur.

550. L'opération Ouest-France/Socpresse²⁵⁸ fournit un exemple de cas où les synergies de coût envisagées étaient effectivement transférables, pour partie, aux consommateurs. Le ministre a relevé dans sa décision qu'« *au plan économique, il ressort des éléments du dossier que l'opération va entraîner des économies de coûts substantielles. Ces économies résulteront de la mutualisation des informations par nature indifférenciées, de la mise en commun des régies publicitaires, des réseaux de distribution*

256. Par exemple, en 2007, pour l'opération CCIP/Unibail dans le secteur de l'organisation des foires et salons, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont relevé que l'opération était susceptible de contribuer au progrès économique, mais que l'horizon de temps envisagé pour la réalisation de cette contribution, 2021, rendait son évaluation quantitative relativement aléatoire.

257. Voir par exemple la décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), points 576 et suivants.

258. Décision du ministre C2005-18 du 28 octobre 2005, avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-18 du 11 octobre 2005.

et des prestations de préresse et du transfert de l'impression de Presse Océan sur l'outil industriel de Ouest-France». Le transfert aux consommateurs des gains réalisés résultait du fait que, comme l'a indiqué le Conseil dans son avis, «les économies réalisées apparaissent de nature à replacer les trois titres acquis dans une situation durablement viable». En effet, «la nouvelle entité a économiquement tout intérêt à amortir les coûts fixes de son activité sur un volume maximum de ventes. En outre, compte tenu du fort attachement des lecteurs de PQR [presse quotidienne régionale] à leur titre de prédilection, le groupe Ouest-France tirera avantage à poursuivre l'édition des titres acquis. Cette double incitation est donc de nature à garantir à tout le moins le maintien du tirage actuel. Il s'ensuit que les annonceurs locaux et les particuliers continueront d'avoir accès à plusieurs supports différenciés largement diffusés. La distribution du titre Presse Océan, qui est irrégulière aujourd'hui en raison de sa situation financière très fragile sera également pérennisée et rationalisée. Les annonceurs locaux et les particuliers profiteront donc de cette nouvelle régularité dans la diffusion du journal. Enfin, les annonceurs des titres du pôle Ouest bénéficieront d'une amélioration de la qualité des journaux (augmentation du nombre de pages couleurs), et de l'élargissement de l'audience (possibilité de consulter les petites annonces sur Internet; rationalisation de la distribution des titres, mettant fin aux incertitudes actuelles quant à la livraison des titres de PQR le matin dans certains départements). L'ensemble de ces éléments, participant à l'amélioration de la qualité des titres de la nouvelle entité, accroissent l'attractivité de ces derniers. Ainsi, sur les marchés de la publicité et des petites annonces, cette attractivité est en mesure de compenser, pour les annonceurs locaux et les particuliers, une éventuelle augmentation des prix des espaces publicitaires».

551. L'opération Alliance Santé Distribution/Ouest Répartition pharmaceutique²⁵⁹ fournit un exemple où, en revanche, le transfert à la collectivité des gains de coût espérés n'a pas été démontré. En l'espèce, compte tenu de la prédominance des coûts fixes dans l'économie du secteur, de la faible incitation qu'auraient les parties à répercuter des gains éventuels à leurs clients compte tenu du caractère oligopolistique du marché et de sa faible pression concurrentielle, de la faible élasticité-prix de la demande finale et des contraintes réglementaires sur les prix finaux, le ministre a considéré que des gains d'efficacité éventuels ne seraient pas transférés aux consommateurs.

552. Il convient de noter, comme l'illustre notamment ce dernier exemple, qu'il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions des coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes, le rapport entre les coûts fixes et les prix à la consommation étant habituellement moins direct, au moins à court terme. Néanmoins, et comme le montrent les exemples suivants, il est possible de prendre en compte l'effet de l'opération sur les coûts fixes même s'il est moins aisé de démontrer que ces gains de coûts fixes seront transmis aux consommateurs.

553. L'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs constituent une autre source de contribution au progrès

259. Voir la décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003.

économique susceptible d'être retenue dans le bilan d'une opération, en particulier dans les opérations conglomerées. L'opération Ouest-France/Socpresse ci-dessus fournit un exemple où cet argument a été retenu. En revanche, les gains d'efficacité mis en avant lors de l'acquisition par TF1 des chaînes TMC et NT1, liés à la possibilité de diffuser sur TMC et NT1 des programmes qui ne pouvaient être valorisés sur TF1 parce qu'ils n'étaient pas susceptibles d'atteindre des scores d'audience suffisants pour la chaîne historique, n'ont pas été jugés suffisants pour compenser les effets de l'opération sur la concurrence, d'une part, parce que leur redistribution aux annonceurs sur les marchés de la publicité était peu compatible avec les objectifs de restauration des marges de TF1 présentés comme l'un des objectifs majeurs de l'opération et, d'autre part, parce qu'il n'était pas démontré que l'opération était le seul moyen pour valoriser les droits de diffusion concernés²⁶⁰.

554. Les retombées économiques pour la collectivité : par exemple, dans l'opération CCIP/Unibail mentionnée ci-dessus, le ministre et le Conseil de la concurrence ont apprécié les retombées économiques pour la collectivité que pouvait permettre le rapprochement des sites de foires et salons des entreprises concernées : *« il paraît bien établi que les activités de foires, salons et congrès créent des externalités positives pour les marchés géographiques où elles se tiennent, ce qui explique d'ailleurs pourquoi les collectivités locales potentiellement bénéficiaires acceptent assez souvent de contribuer à l'effort d'investissement pour la création ou la modernisation des sites »*. Autre exemple, dans son avis relatif à l'opération TDF/Bouygtel²⁶¹ consistant en l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom, le Conseil a noté qu'*« une mutualisation accrue des pylônes cédés contribue au développement des marchés de la téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs concernés »*, qu'*« un partage des sites et des éléments passifs permettrait de réaliser, en moyenne, une économie de 20 à 30 % sur les coûts d'investissements du réseau »* et que *« la mutualisation [pouvait] donc être considérée comme un objectif d'intérêt général »*. Toutefois, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont indiqué que cette mutualisation ne pouvait être acceptée du point de vue du droit de la concurrence que si elle s'exerçait de manière complète, transparente et non discriminatoire, ce qui a conduit à une autorisation de l'opération sous réserve d'engagements.

555. L'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens de recherche et développement : par exemple, dans l'opération Dolisos/Boiron²⁶², les parties ont développé un argumentaire reposant sur le fait que l'opération permettrait de dégager des ressources financières pour la R&D, que le développement de l'homéopathie contribuerait à la réduction du déficit de la Sécurité sociale, que les progrès scientifiques attendus des investissements de R&D profiteraient aux

260. Voir la décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

261. Avis du Conseil de la concurrence n° 2002-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom.

262. Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron.

consommateurs et contribueraient à la promotion de l'homéopathie en général et, donc, à l'entité fusionnée aussi bien qu'à ses concurrents actuels et potentiels. Le Conseil a considéré que l'augmentation des moyens financiers consacrés à la R&D était effectivement « *de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs* », même si, par nature, la contribution au progrès économique des investissements de R&D est toujours difficile à évaluer compte tenu des aléas inhérents à la recherche. Par ailleurs, les enseignements de la littérature économique démontrent que concentration des marchés et innovation ne vont pas toujours de pair²⁶³. Ainsi, les entreprises les plus innovantes ne sont pas forcément celles qui interviennent dans les marchés les plus concentrés, ni même les plus grosses entreprises. Aussi, le simple fait que les parties à l'opération soient actives dans des secteurs dans lesquels les investissements en R&D sont parfois très importants ne peut suffire à démontrer que l'opération est susceptible d'engendrer des gains d'efficacité importants qui permettraient de compenser les effets anticoncurrentiels potentiels qui auraient pu être identifiés par l'Autorité.

556. L'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises peut aussi constituer une contribution au progrès économique si elle est susceptible de bénéficier aux consommateurs français. Par exemple, sur le rachat par Coca-Cola des actifs relatifs à la marque Orangina du groupe Pernod Ricard, le Conseil d'État a indiqué que « *la société requérante fait état des perspectives de développement qui seraient ouvertes à la marque "Orangina" à l'étranger grâce à l'opération projetée, des possibilités de développement qu'offrirait au groupe Pernod Ricard le produit de la cession de ses actifs relatifs aux boissons "Orangina" et des effets bénéfiques de cette cession pour la collectivité; que, toutefois, dès lors que cette cession des actifs relatifs aux boissons "Orangina" pour ce qui concerne les activités internationales n'est pas interdite, le développement à l'étranger de cette marque, qui au demeurant ne bénéficierait que de manière limitée à l'économie française, peut être assuré sans que soient cédés les actifs concernant le marché national*²⁶⁴ ».

557. Les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales : les concentrations verticales, en permettant une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, peuvent générer des gains d'efficacité qui leur sont spécifiques. En effet, les relations entre fournisseurs et distributeurs peuvent être sujettes à des externalités que l'intégration permet d'internaliser. En particulier, lorsqu'un fournisseur choisit son prix de gros, il tient compte de sa propre marge (marge de gros), mais ne prend pas en compte celle du ou des distributeurs non intégrés (marge de détail). En choisissant un prix de gros plus élevé, le fabricant réduit, toutes choses égales par ailleurs, la marge de détail des distributeurs, exerçant ainsi sur eux une externalité négative. L'addition des deux marges, de gros et de détail, conduit à des prix plus élevés que ceux que

263. À cet égard, voir notamment Gilbert et Newbery (1982), « Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly », *American Economic Review*, 72(2): 514-526 ; Aghion, Bloom, Blundell, Griffith, et Howitt (2005), « Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship », *Quarterly Journal of Economics*, 120(2): 701-728.

264. Décision du Conseil d'État du 6 octobre 2000 n° 216645.

choisirait la structure intégrée. Cette dernière prend en effet en compte la marge totale, somme des marges de gros et de détail, ce que ne fait pas le fournisseur non intégré. L'intégration verticale permet de supprimer l'inefficacité de double marginalisation, ce qui, dans certains cas, peut profiter aux consommateurs.

558. De la même façon, une entreprise intégrée est *a priori* plus encline à investir en amont dans des dépenses dont les bénéfices sont surtout attendus en aval, par exemple à adopter des *designs*, des processus de production ou des *packagings* qui favorisent les économies de coût de distribution. Symétriquement, les branches aval sont plus fortement incitées à assurer la promotion des produits.

559. Par exemple, dans l'affaire relative à l'acquisition de plusieurs entrepôts par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg²⁶⁵, le Conseil a examiné les gains d'efficacité que l'intégration entre un brasseur et la distribution de boissons aux CHR est susceptible de générer. Selon Kronenbourg, une telle intégration permettrait de supprimer la double marginalisation mais également de mieux coordonner les efforts du brasseur et du distributeur en ce qui concerne la qualité et la promotion des produits vendus. Néanmoins, dans ce cas, le Conseil a constaté que les relations tarifaires entre le brasseur et les entrepositaires présentaient certaines spécificités qui ne favorisaient pas la suppression de la double marge et que, de ce fait, les gains d'efficacité allégués ne pouvaient être attendus de l'opération.

560. Dans les concentrations conglomerales, des économies de gamme sont généralement attendues et les consommateurs peuvent directement bénéficier du regroupement de leurs achats auprès d'un seul interlocuteur (« *one stop shopping* »)²⁶⁶.

M. L'argument de l'entreprise défaillante

561. Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité de la concurrence peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt « Kali et Salz » du 31 mars 1998²⁶⁷) selon laquelle, en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de prescriptions lorsqu'il apparaît que les effets de l'opération ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté. Les trois critères cumulatifs définis par la Cour dans cet arrêt ont été repris par le Conseil d'État, dans une décision du 6 février 2004²⁶⁸. Il peut être considéré que les effets d'une opération ne seraient pas plus dommageables pour la concurrence que la disparition de l'entreprise en difficulté lorsque :

265. Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004.

266. Lignes directrices de la Commission européenne sur les concentrations non horizontales du 18 octobre 2008 précitées.

267. Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, « Kali et Salz », aff. 68/94 et 30/95, Rec. p. I-1375.

268. Arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 relatif à la concentration Seb/Moulinex (Société Royal Philips Electronic et autres c/ ministre de l'Économie), n° 249267.

- ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise ;
- il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise ;
- la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

562. Le Conseil d'État a, dans cette décision, précisé comme suit ces critères d'application : « ... s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, [le ministre] doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée ».

563. L'argument de l'entreprise défaillante a fait l'objet d'un examen dans un petit nombre de décisions²⁶⁹, qui permettent d'illustrer comment les trois critères énoncés par le Conseil d'État sont susceptibles d'être analysés.

564. La disparition rapide de la société en l'absence de reprise : dans les opérations Seb/Moulinex et ASD/ORP, la satisfaction de ce critère s'appuyait sur le fait que les sociétés cibles étaient en cessation de paiement et avaient fait l'objet d'une procédure collective devant le tribunal de commerce.

565. Absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence : dans les opérations Seb/Moulinex et ASD/ORP, la démonstration du deuxième critère s'est aussi appuyée sur la décision du tribunal de commerce montrant l'absence d'offres alternatives sérieuses.

566. En revanche, dans l'opération Boiron/Dolisos, le ministre comme le Conseil de la concurrence ont considéré que ce deuxième critère n'était pas rempli. Le Conseil a rappelé dans son avis qu'« en l'absence de procédure collective, avec appel public à repreneur, il appartient aux parties de démontrer, par tous moyens, qu'il n'existait pas d'autre alternative d'achat des laboratoires Dolisos ». Les éléments fournis par les parties se sont cependant avérés insuffisants pour démontrer la satisfaction de cette condition. De plus, une société étrangère avait déclaré son intérêt à pénétrer le marché français, Dolisos constituant une cible d'acquisition possible.

²⁶⁹. La décision du ministre C2004-114 du 21 février 2005 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005 sur l'opération Boiron/Dolisos; la décision C2002-2 du 5 juillet 2002 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002 sur l'opération Seb/Moulinex; la décision C2004-40 du 6 février 2004 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-16 du 28 juillet 2004 sur l'opération Seb/Moulinex; les décisions du Conseil d'État du 6 février 2004 n° 249267 et 13 février 2006 n° 278796 sur l'opération Seb/Moulinex; la décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-15 du 23 décembre 2002 sur l'opération ORP/ASD; la décision n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

Enfin, il existait de nombreux concurrents étrangers susceptibles d'être intéressés, même s'ils ne s'étaient pas déclarés.

567. Neutralité pour les consommateurs : dans l'opération ASD/ORP, qui intervenait sur un marché oligopolistique, différents scénarios prospectifs ont été examinés, tant par le ministre que par le Conseil de la concurrence, pour déterminer si la reprise d'ORP par ASD était moins dommageable que sa disparition pour la concurrence et les consommateurs. Les scénarios établis ont pris en compte la possible création d'une position dominante collective qu'ORP disparaîsse ou soit racheté, les stratégies non coordonnées qu'ASD pouvait envisager, le fait que la reprise d'ORP par ASD créait une asymétrie dans l'oligopole susceptible de le déstabiliser, le fait que les concurrents d'ASD étaient cependant à même de recréer la symétrie en élargissant leurs offres, et les risques d'éviction des acteurs de la frange concurrentielle. Il est ressorti de cette analyse que la disparition d'ORP « *serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par ASD* ». En conséquence, le troisième critère a été considéré comme rempli, et l'opération autorisée.

568. En revanche, dans l'affaire Seb/Moulinex, le Conseil d'État a considéré que la satisfaction du troisième critère n'avait pas été démontrée par le ministre qui avait autorisé l'opération. Le Conseil d'État a notamment souligné qu'« *en estimant qu'une éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex, sans reprise des actifs industriels, ne modifiait pas l'analyse, le ministre a méconnu les possibilités offertes par une telle acquisition à un opérateur désireux de pénétrer le marché français du petit électroménager, sur lequel, d'après le ministre lui-même, la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques* ». Ainsi, un scénario éventuellement moins dommageable pour la concurrence, et plus favorable aux consommateurs, que la reprise projetée pouvait être envisagé.

N. Les mesures correctives

569. Lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte, et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence.

570. Ces mesures peuvent prendre la forme, soit d'engagements pris par les parties au titre de l'article L. 430-5 II en phase 1 ou de l'article L. 430-7 II en phase 2, soit d'injonctions et de prescriptions imposées au titre de l'article L. 430-7 III. Cet article précise que l'Autorité peut autoriser l'opération « *en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».

571. Le recours aux injonctions et prescriptions est rare. De 2000 à 2012, sur 93 opérations de concentration autorisées en France sous conditions, 89 l'ont

été sous réserve d'exécution d'engagements pris par les parties et seulement 4 sous réserve d'exécution d'injonctions ou prescriptions imposées par l'autorité de concurrence²⁷⁰. En effet, les autorités de concurrence n'envisagent d'imposer des injonctions ou prescriptions que lorsque les parties refusent de proposer des engagements alors que l'opération porte significativement atteinte à la concurrence, ou que les engagements proposés sont insuffisants.

572. Ce sont les parties qui sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence et de fournir les informations nécessaires aux fins de l'appréciation de ces engagements. L'Autorité peut toutefois estimer que les engagements proposés sont insuffisants et ne permettent pas de supprimer les atteintes à la concurrence identifiées.

573. De façon plus précise, pour être acceptés, les engagements doivent répondre à plusieurs critères :

- ils doivent être efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées²⁷¹ ;
- leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière précise, sans ambiguïté, et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées ;
- leur mise en œuvre doit être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'ils ne sont pas réalisés ;
- ils doivent être contrôlables. Pour ce faire, les parties doivent prévoir un dispositif de contrôle permettant à l'Autorité de s'assurer de leur réalisation effective dans leur lettre d'engagement.

574. Par ailleurs, l'Autorité veille, particulièrement pour les injonctions, à ce que :

- les mesures correctives soient neutres : leur objectif est de protéger la concurrence en tant que telle, et non des concurrents spécifiques. En particulier, le pouvoir d'injonction de l'Autorité n'est pas un outil protectionniste visant à protéger des acteurs économiques nationaux ;
- les mesures correctives soient nécessaires et proportionnées, c'est-à-dire que les charges imposées aux entreprises, qui vont à l'encontre du principe de liberté d'entreprendre, soient strictement nécessaires pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante et que le même résultat ne peut pas être obtenu par d'autres mesures moins contraignantes²⁷². Ce critère de proportionnalité n'impose pas qu'il soit remédié aux atteintes à la concurrence nettes des gains d'efficacité éventuellement liés à l'opération. Néanmoins, dès lors qu'il est possible de remédier tout aussi efficacement aux effets anticoncurrentiels de l'opération

²⁷⁰. Voir notamment la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

²⁷¹. Voir en particulier l'arrêt de Section du 9 avril 1999 du Conseil d'État, Société The Coca-Cola Company (AJDA, 1999, p. 611) qui a confirmé le caractère insuffisant des engagements proposés par la partie notificante.

²⁷². Le Conseil d'État a par exemple considéré que le fait que CanalSat risque de ne plus pouvoir communiquer sur son offre de façon uniforme au niveau national du fait des remèdes risquant de lui faire perdre l'exclusivité de distribution de certaines chaînes au profit de l'un ou l'autre des FAI n'était pas suffisant pour considérer que l'injonction concernée était disproportionnée (voir la décision de l'Autorité n° 12-DCC-100 et la décision du Conseil d'État du 21 décembre 2013, précitées).

tout en préservant ces gains d'efficacité, les mesures correctives correspondantes ont *a priori* la préférence de l'Autorité²⁷³.

575. L'Autorité de la concurrence recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activité ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents²⁷⁴. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Dans certains cas, des mesures comportementales seules peuvent être retenues, par exemple lorsque aucun repreneur ne peut être trouvé pour les actifs qui pourraient être cédés pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés.

576. Le choix du type de mesure corrective le plus adapté est également fonction des effets de l'opération. Lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence essentiellement en raison du chevauchement horizontal des activités des parties, les cessions d'actifs sont les remèdes les plus efficaces. En revanche, lorsqu'il faut remédier à des risques de verrouillage de marchés en amont ou en aval, des remèdes comportementaux visant à garantir l'accès des concurrents aux intrants ou à la clientèle peuvent s'avérer suffisants tout en préservant les gains d'efficacité liés à l'intégration verticale. Il en va de même pour les concentrations conglomerales.

577. Quel que soit le type de mesure corrective retenu, et sauf en cas de circonstances exceptionnelles, les engagements doivent prévoir la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi de leur mise en œuvre. Son rôle, les dispositions de nature à garantir son indépendance vis-à-vis des parties et les modalités selon lesquelles il rend compte de sa mission à l'Autorité sont spécifiés dans les engagements souscrits.

578. Les principales mesures correctives sont détaillées ci-dessous.

1. La cession d'activité

a) Les caractéristiques de l'activité cédée

579. Pour qu'une cession d'activité puisse efficacement remédier aux atteintes à la concurrence, il est indispensable que l'activité cédée soit viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement.

580. Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté, dans la proposition d'engagements des parties. Les parties veilleront à détailler les immobilisations

²⁷³. Voir notamment la décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), § 611 pour un exemple de prise en compte des gains d'efficacité dans la conception des mesures correctives.

²⁷⁴. Voir, à titre d'exemple, la décision de l'Autorité n° 12-DCC-100 précitée enjoignant la cession ou la neutralisation de la participation minoritaire détenue par GCP dans le capital de son concurrent sur le marché de la télévision payante, Orange Cinéma Séries.

corporelles et incorporelles (marques, droits de propriété intellectuelle, savoir-faire et fonds de commerce) cédées. Elles doivent préciser quelles sont les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics, nécessaires au développement de l'activité cédée, et les inclure explicitement dans le périmètre de cession. Elles doivent expliciter quels sont les contrats clients transmis. Elles doivent aussi indiquer, de manière générale, quel est le personnel transféré, y compris le personnel détaché, et mentionner les équipes ou les membres essentiels à la viabilité et la compétitivité de l'activité qu'elles s'engagent à transférer avec la propriété de l'activité et à ne pas débaucher postérieurement à la réalisation de la cession, cet engagement étant généralement pris pour une période de deux ans. Enfin, elles doivent mentionner la détention par des tiers de droits leur permettant de s'opposer à la cession ou d'en contraindre les termes (associés, bailleurs, partenaires dans l'exécution d'un contrat important pour la viabilité de l'entreprise...) et, de façon plus générale, tout risque avéré ou potentiel, de nature à mettre en cause la viabilité, la compétitivité ou la cessibilité des actifs (procédures contentieuses en cours, changements de réglementation, mise aux normes, etc.).

581. Il est demandé aux cédants de s'engager à préserver, jusqu'à la réalisation de la cession, la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des actifs cédés, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant préjudice à leur périmètre d'activité. Les engagements des parties doivent inclure la description des modalités de transition, et démontrer qu'elles sont suffisantes pour préserver la viabilité et la compétitivité de l'activité.

582. Sur les marchés sur lesquels la concurrence s'organise essentiellement autour d'appels d'offres, les cessions peuvent comprendre à titre essentiel, avec l'accord des autorités organisatrices, les contrats détenus par les opérateurs, éventuellement accompagnés des actifs nécessaires à leur mise en œuvre²⁷⁵.

583. La cession peut aussi porter sur des actifs incorporels comme des brevets, des licences ou des marques, de façon autonome si cette cession est suffisante pour remédier aux atteintes à la concurrence identifiées ou en complément de la cession d'autres types d'actifs.

584. Il peut également être demandé aux parties de s'engager à céder des actifs alternatifs (« *crown jewels* »), par exemple lorsqu'il existe des incertitudes sur la cessibilité, la viabilité ou la compétitivité des cessions proposées par les parties.

585. Enfin, les cédants doivent s'engager à ne pas faire l'acquisition des actifs qu'ils ont cédés pendant une période généralement fixée à dix ans à compter de la décision de l'Autorité.

²⁷⁵. Décisions n° 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 et n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez.

b) Les caractéristiques de l'acquéreur approprié

586. Une cession d'activité n'est efficace que si l'acquéreur est approprié, c'est-à-dire si :

- il est indépendant des parties, d'un point de vue capitalistique et contractuel ;
- il possède les compétences et la capacité financière adéquates pour développer l'activité et concurrencer efficacement les parties ;
- l'acquisition n'est pas susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence.

587. L'identification de l'acquéreur peut se faire selon trois modalités : dans un délai fixé après l'adoption de la décision par l'Autorité et la réalisation de l'opération ; après l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité mais avant la réalisation de l'opération (« *up-front buyer* ») ; avant l'adoption de la décision (« *fix it first* »).

Après l'adoption de la décision et la réalisation de l'opération, dans un délai fixé par les engagements

588. Dans ce cas, les parties, une fois l'acquéreur identifié, doivent en informer l'Autorité qui donne son agrément si cet acquéreur répond aux conditions ci-dessus. Cette modalité a été la plus couramment utilisée jusqu'à présent mais l'expérience de l'Autorité en la matière montre que les incitations des parties à proposer de céder des actifs, libres de toute contrainte quant à leur cessibilité et suffisamment viables et compétitifs pour intéresser d'éventuels repreneurs, sont alors faibles. Les délais encadrant la décision de l'Autorité et les fortes asymétries d'information qui existent entre l'Autorité et les parties font qu'il est difficile de compenser cette faible incitation par l'analyse de la viabilité et de la compétitivité des actifs proposés à laquelle procèdent les services d'instruction de l'Autorité, même en s'appuyant sur une consultation des acteurs du marché. De ce fait, un nombre trop important d'engagements de cession sont difficilement réalisés, dans des délais trop longs, ou doivent faire l'objet de demandes de révision, aucun repreneur ne pouvant être trouvé pour les cessions prévues par les engagements initiaux. Or, la cession permet de remédier aux effets de l'opération et ceux-ci perdurent tant qu'elle n'a pas été réalisée. De plus, le maintien de la viabilité des actifs dépend souvent de la rapidité avec laquelle la cession est exécutée. Un engagement alternatif, portant sur des actifs dont la cessibilité et la viabilité posent *a priori* moins de difficultés (« *crown jewels* »), peut constituer une solution de second rang, dans la mesure où elle suppose l'échec dans un premier temps de la cession d'un premier ensemble d'actifs.

589. Les deux solutions ci-dessous (« *fix it first* » ou « *up-front buyer* ») pourront donc être favorisées lorsque les circonstances le justifient, notamment lorsque aucun acquéreur potentiel n'a pu être identifié pendant l'instruction, ou lorsqu'il existe des incertitudes liées à des droits de préemption détenus par des tiers ou à la possibilité de transférer des contrats clés ou des droits de propriété intellectuelle, ou encore lorsqu'il existe de sérieux doutes sur la viabilité des actifs ou des risques de dégradation de la valeur de l'activité.

Après l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité mais avant la réalisation de l'opération (« up-front buyer »)

590. La décision d'autorisation peut être donnée sous réserve que les parties s'engagent à ne pas procéder à la réalisation effective de l'opération avant que l'Autorité n'ait agréé un acquéreur approprié pour les actifs concernés²⁷⁶. Cette modalité modifie les incitations des parties et limite le risque qu'elles s'engagent à céder des actifs lorsqu'elles ont connaissance de difficultés particulières susceptibles de s'opposer à la cession alors que ces difficultés n'ont pas été explicitement portées à la connaissance de l'Autorité.

Avant l'adoption de la décision (« fix it first »)

591. Les parties peuvent notifier l'opération en présentant d'emblée un acquéreur pour l'activité ou la partie de l'activité dont l'acquisition pose des problèmes de concurrence (« fix it first »). Dans ce cas, l'Autorité apprécie les effets de l'opération en tenant compte de la cession prévue. Par exemple, dans la décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, l'opération a été analysée en tenant compte du fait qu'une partie des actifs serait en tout état de cause cédée à la société Fermiers landais.

592. La cession peut ne pas être encore réalisée, voire être conditionnée à la réalisation de l'opération notifiée, mais elle ne doit pas être une simple hypothèse et doit avoir fait l'objet d'accords contraignants. En fonction de l'état d'avancement de la réalisation de cette cession, elle peut soit faire partie des éléments notifiés, tout retour en arrière mettant alors en cause la sincérité de la notification elle-même, soit faire explicitement l'objet d'engagements.

593. La solution du « fix it first » présente pour les entreprises l'avantage de pouvoir négocier la cession des actifs concernés en dehors de la contrainte liée à l'existence d'engagements pris devant l'Autorité de la concurrence qui peuvent encourager des comportements attentistes ou opportunistes de la part d'acquéreurs potentiels. L'Autorité sera cependant attentive à ce que cette solution ne favorise pas une coordination des comportements sur les marchés en cause.

c) Les délais de cession

594. Les délais de cession, dans le cas où ils sont fixés par les engagements sans que la réalisation effective de l'opération soit conditionnée à l'agrément d'un acquéreur, doivent être le plus brefs possible. En effet, la concurrence n'est pas préservée tant que la cession n'est pas réalisée et l'efficacité de mesures de transition visant à maintenir la viabilité et la compétitivité des actifs ne peut être assurée que pendant une période limitée. Pour apprécier le délai de cession proposé, l'Autorité

²⁷⁶. Ce dispositif a, par exemple, été retenu par le ministre de l'Économie dans la décision Panzani/Lustucru (lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie C2002-14, en date du 17 mai 2002, aux conseils de la société Panzani, relative à une concentration dans les secteurs de la semoulerie, des pâtes alimentaires sèches et fraîches, du couscous et des sauces ambiantes).

de concurrence tient compte des circonstances de l'espèce et de l'intérêt légitime des parties à protéger la valeur de leurs actifs.

595. Ce délai varie selon la complexité de la mise en œuvre de l'opération mais est généralement inférieur à un an.

d) La nomination d'un mandataire chargé de la cession et du maintien de la viabilité des actifs

596. Un ou plusieurs mandataires sont chargés de suivre le bon déroulement des engagements de cession, notamment en veillant au maintien de la viabilité des actifs à céder et en menant la cession à bien le cas échéant.

597. Pour favoriser la réalisation rapide de la cession, ce ou ces mandataires doivent être nommés le plus rapidement possible. Lorsque des risques particuliers pèsent sur le maintien de la viabilité et de la cessibilité des actifs à céder, il peut être souhaitable de réduire la durée de la phase qui s'ouvre à l'issue de la décision jusqu'à l'agrément du mandataire par l'Autorité. Il peut alors être demandé aux parties de ne pas réaliser l'opération avant qu'un délai raisonnable ne se soit écoulé pour permettre la désignation du mandataire²⁷⁷.

598. Le mandataire chargé du suivi de l'engagement portant sur la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité des actifs à céder veille en particulier à minimiser, autant que possible, le risque de perte de compétitivité des actifs du fait d'un changement dans la gestion courante, la stratégie industrielle ou commerciale, la politique d'investissement ou la disponibilité des ressources nécessaires, notamment en personnel clé. Il s'assure aussi que les actifs cédés sont gérés de façon indépendante, distincte et séparée des activités non cédées. Il peut à cet effet être amené à représenter les intérêts de la partie cédante dans les organes de direction des activités à céder. Ce mandataire établit régulièrement des rapports de suivi à l'intention de l'Autorité.

599. Lorsque les engagements prévoient qu'une première période est laissée à la partie notifiante pour trouver elle-même un acquéreur, un mandataire contrôle l'état d'avancement du processus de cession et de la recherche d'acquéreurs potentiels en veillant notamment à ce que ceux-ci reçoivent une information suffisante. Il établit un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l'acquéreur proposé pour agrément à l'Autorité.

600. Dans les cas où la cession est directement confiée à un mandataire, ou lorsque la partie notifiante n'a pas réussi à céder les actifs concernés au cours d'une première période, un mandataire est chargé de vendre les actifs à un acquéreur approuvé par l'Autorité. Il établit de même un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l'acquéreur proposé pour agrément à l'Autorité.

601. D'une façon générale, le mandataire signale à l'Autorité toute difficulté rencontrée dans la mise en œuvre des engagements.

²⁷⁷. Voir la décision de la Commission COMP/M.5984 Intel/Mcafee du 26 janvier 2011, point 344.

602. Un modèle d'engagements de cession et de contrat de mission pour le ou les mandataires chargés du suivi des cessions et du maintien de la viabilité des actifs figure dans les annexes G et H.

2. La suppression de liens structurels entre des concurrents

603. Dans certains cas, pour trancher le lien avec un concurrent important, les parties peuvent proposer la cession de participations minoritaires chez ce concurrent ou dans une entreprise détenue en commun, afin de réduire ou supprimer les effets d'un chevauchement de parts de marché ou les effets de la présence des parties sur un marché verticalement relié ou connexe.

604. Les parties peuvent aussi, à titre exceptionnel, proposer de renoncer aux droits liés à des parts minoritaires, sans céder ces parts. Le renoncement doit avoir les mêmes effets concurrentiels qu'une cession de parts. Il doit être permanent et couvrir tous les droits susceptibles d'avoir une influence sur les comportements concurrentiels, tels que la représentation à un conseil d'administration, des droits de veto et des droits à l'information.

605. Des mesures correctives visant à supprimer les liens structurels entre des concurrents ont été mis en œuvre dans différentes opérations, par exemple dans l'affaire Solvay/Montedison-Ausimont²⁷⁸ où un engagement de sortie d'une entreprise commune visait à rompre certains liens structurels susceptibles de favoriser l'adoption et la stabilité d'un comportement coordonné, ou encore dans l'affaire Nordbanken/Postgirot²⁷⁹ avec, notamment, la suppression de représentants au conseil d'administration d'une entreprise concurrente. Une telle mesure a également fait l'objet d'une injonction de l'Autorité dans l'affaire Canal Plus TPS s'agissant de la participation minoritaire détenue par GCP dans Orange Cinéma Séries²⁸⁰.

3. La création de nouvelles capacités

606. Dans l'affaire CCIP/Unibail précitée²⁸¹, les parties notifiantes se sont engagées à pallier les effets de la création d'une situation de monopole en créant de nouvelles surfaces d'exposition en région parisienne.

4. Les mesures correctives comportementales

a) Objectif et typologie des mesures comportementales

607. Les mesures correctives comportementales ont généralement pour objectif de préserver ou de favoriser l'accès des concurrents actuels ou potentiels au marché.

²⁷⁸. Décision de la Commission du 9 avril 2002, affaire COMP/M.2690 – Solvay/Montedison-Ausimont.

²⁷⁹. Décision de la Commission du 8 novembre 2001, affaire COMP/M.2567 – Nordbanken/Postgirot.

²⁸⁰. Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

²⁸¹. Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007/14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail.

Cet accès des concurrents au marché est généralement menacé par des risques de verrouillage des marchés amont ou aval, directement liés aux effets verticaux de l'opération, ou par l'exercice d'un effet de levier lié aux effets congloméraux de l'opération. Plus rarement, des mesures visant à abaisser les barrières à l'entrée sur un marché peuvent permettre de remédier aux effets d'une addition de parts de marché en l'absence de mesures structurelles adaptées.

608. L'ensemble des mesures suivantes peut répondre à ce type d'objectif en fonction des circonstances de l'espèce :

- l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente ;
- l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies ;
- la résiliation ou la modification de contrats d'exclusivité ;
- l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit ;
- l'encadrement de comportements commerciaux ;
- la divulgation d'informations sur une base non exclusive.

Cette liste et les exemples qui suivent ne sont pas limitatifs, des mesures correctives spécifiques pouvant être adaptées à chaque cas d'espèce.

609. En ce qui concerne l'accès des concurrents aux intrants, les mesures peuvent par exemple porter sur l'accès à des infrastructures, à des informations ou à tout autre type d'intrant, directement ou *via* la limitation des exclusivités dont peut bénéficier la nouvelle entité. Par exemple, lors de la prise de contrôle conjoint, puis exclusif de Keolis, la SNCF s'est engagée à garantir aux concurrents de l'opérateur de transport de personnes urbain et interurbain un accès non discriminatoire aux informations et services propres à favoriser l'intermodalité entre transport routier et transport ferroviaire²⁸². Dans l'affaire Groupe Bernard Hayot/Cora Cluny, la position du Groupe Bernard Hayot sur les marchés de l'approvisionnement en produits de grande consommation à la Martinique a justifié des engagements visant à préserver l'accès de ses concurrents sur les marchés de la distribution à dominante alimentaire aux produits et aux budgets de coopération commerciale²⁸³. Sur les marchés de la télévision payante, les injonctions prononcées à l'encontre de Groupe Canal Plus ont visé à garantir aux distributeurs concurrents un accès aux intrants que constituent les chaînes de télévision payante²⁸⁴.

610. En ce qui concerne l'accès à la clientèle, les engagements pris par la SNCF à l'occasion de sa prise de contrôle de Novatrans concernaient l'organisation d'une mise en concurrence par voie d'appel d'offres entre les différentes entreprises ferroviaires pour la traction des trains²⁸⁵.

282. Décisions n° 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 et n° 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF Participations.

283. 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.

284. Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la fusion CanalSatellite/TPS.

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

611. En ce qui concerne les mesures comportementales visant à empêcher l'exercice d'un effet de levier, elles consistent souvent en un encadrement des pratiques commerciales des entreprises concernées. Par exemple, dans l'affaire TF1/TMC-NT1, une commercialisation séparée des espaces publicitaires sur TF1, d'une part, et TMC-NT1, d'autre part, *via* des régies distinctes, a été jugée nécessaire au maintien d'une concurrence suffisante sur le marché de la publicité télévisée²⁸⁶. De même, Électricité de Strasbourg s'est engagée à ne pas commercialiser d'offres couplées s'appuyant sur sa capacité à offrir des tarifs réglementés en gaz ou en électricité²⁸⁷. Sur les marchés de la télévision payante et gratuite, les mesures correctives ont encadré l'exercice par Groupe Canal Plus d'un effet de levier entre sa puissance d'achat sur les marchés de la télévision payante et ses acquisitions de droits de diffusion pour la télévision gratuite²⁸⁸.

612. Des mesures correctives comportementales visant à limiter les barrières à l'entrée pour de nouveaux entrants ont été mises en œuvre pour les opérations CCIP/Unibail et TPS/CanalPlus concernant des fusions sur des marchés en duopole²⁸⁹.

613. De même, les effets horizontaux d'opérations sur les marchés du sucre ou du rhum ont rendu nécessaires, en complément d'engagements de cessions d'actifs, des engagements visant à assurer l'accès des repreneurs à des intrants essentiels pour leur activité tels que le sucre ou le rhum²⁹⁰.

614. Dans certains cas, des atteintes à la concurrence par effets coordonnés ont été corrigées par l'octroi d'une garantie d'accès, visant à renforcer des opérateurs rivaux. De telles mesures ont, par exemple, été proposées lors de l'affaire communautaire Sell/DEA²⁹¹.

b) Les mesures comportementales en complément des mesures structurelles

615. Les mesures comportementales peuvent être envisagées en complément de mesures structurelles. Par exemple, pour plusieurs opérations sur lesquelles la Commission a conclu qu'elles portaient atteinte à la concurrence du fait de la disparition d'un concurrent potentiel, des engagements combinant cessions d'actifs et obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles ont été pris afin de renforcer la crédibilité des concurrents restant sur le marché²⁹².

²⁸⁶. Décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

²⁸⁷. Décision n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Énerest par Électricité de Strasbourg.

²⁸⁸. Décision n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à l'acquisition par GCP de Direct 8 et Direct Star.

²⁸⁹. Avis du Conseil de la concurrence no 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007/14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail et décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

²⁹⁰. Décisions n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe Quartier français par Tereos et n° 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.

²⁹¹. Décision de la Commission du 20 décembre 2001, affaire COMP/M.2389 – Sell/DEA.

²⁹². Voir les décisions Air liquide/BOC, Telia/Telenor et EDF/EnBW citées au chapitre sur la disparition d'un concurrent potentiel.

616. Les mesures comportementales peuvent aussi être envisagées comme un substitut – temporaire ou non – à des mesures structurelles, en particulier lorsqu’une cession est difficilement envisageable. Par exemple, dans la décision rendue sur la fusion des groupes Banque populaire et Caisse d’épargne, l’Autorité a constaté que la cession d’une partie des actifs détenus par le nouveau groupe à la Réunion serait difficile au regard de la crise que connaît actuellement le secteur financier et de la gravité particulière qu’elle revêt outre-mer. Des mesures visant à maintenir l’autonomie de gestion et l’indépendance juridique des trois réseaux d’agence du nouveau groupe à la Réunion ont été préférées sachant que, dans l’hypothèse où leur non-respect ou leur inefficacité serait constaté, un engagement de cession d’actifs leur serait substitué de plein droit.

c) La durée des mesures comportementales

617. Les mesures correctives comportementales sont toujours prévues pour une durée déterminée. Sauf circonstances exceptionnelles, une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable, est généralement jugée nécessaire pour compenser les effets sur la structure des marchés d’une opération de concentration.

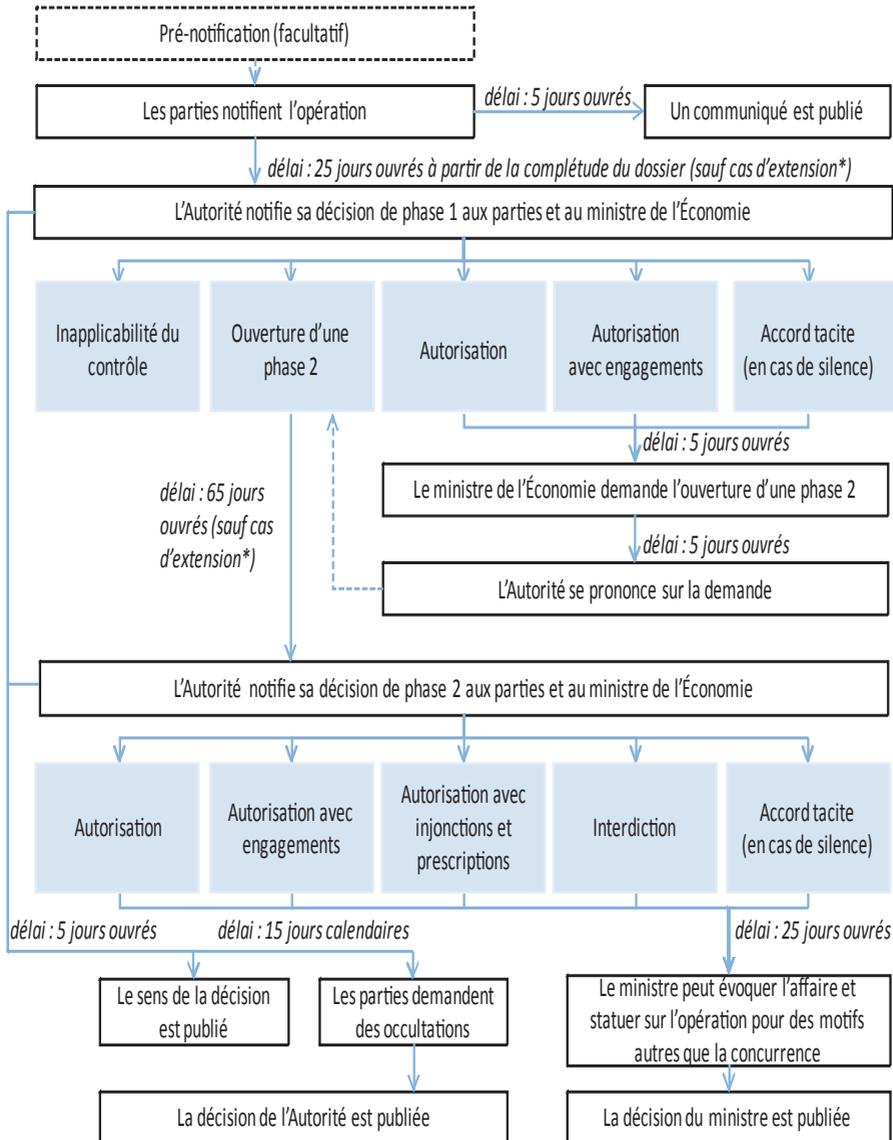
d) Le mandataire chargé du suivi de la mise en œuvre des mesures comportementales

618. Comme pour les mesures correctives structurelles, l’Autorité en contrôle la bonne exécution. Un mandataire est, sauf circonstances exceptionnelles, désigné pour surveiller la réalisation de ces engagements et en rendre compte auprès de l’Autorité. Sa mission est précisée dans un contrat de mandat dont les dispositions sont en partie communes au contrat de mandat relatif aux cessions, hormis en ce qui concerne les mesures de suivi elles-mêmes, spécifiques aux engagements concernés et qui varient au cas par cas. Il établit régulièrement des rapports sur le suivi des engagements à l’intention de l’Autorité et, d’une façon générale, signale à l’Autorité toute difficulté rencontrée dans leur mise en œuvre. L’Autorité reste cependant seule responsable de la constatation d’un éventuel manquement aux engagements pris ou d’un non-respect des injonctions prononcées.

619. Le contrôle de l’Autorité s’appuie aussi sur la surveillance opérée par le marché, les acteurs pouvant informer le mandataire ou l’Autorité de la non-exécution d’un engagement. C’est pourquoi les engagements comportementaux sont toujours publiés, et les occultations limitées au strict nécessaire.

VI. Annexes

A. Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations



* En phase 1, le délai est prolongé à 40 jours ouvrés lorsque des engagements sont déposés. Les parties peuvent aussi demander une prolongation dans la limite de 15 jours ouvrés. En phase 2, les délais sont prolongés de 20 jours ouvrés en cas de dépôt d'engagements moins de 20 jours avant le délai initialement prévu; les parties peuvent demander une prolongation (jusqu'à 20 jours); l'Autorité peut arrêter les délais lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées.

B. Questions relatives aux réseaux de distribution

620. L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail²⁹³ entraîne un accroissement du nombre de notifications qui mettent en cause des questions spécifiques aux réseaux de distribution. En particulier, plusieurs grands réseaux, qu'il s'agisse de la grande distribution alimentaire ou spécialisée, ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des « adhérents du réseau » (concessionnaires, franchisés, coopérateurs, etc.) à une « tête de réseau » (qui peut être un concédant, un franchiseur ou une coopérative de commerçants par exemple).

621. L'application du droit commun des concentrations aux relations existant au sein d'un tel réseau de distribution invite à s'intéresser à différentes questions (nature du contrôle, calcul du chiffre d'affaires, évaluation du pouvoir de marché, etc.). La présente annexe a donc pour objet de clarifier ces questions.

1. Réseaux de distribution et influence déterminante

a) Les contrats de distribution, contrats de franchise ou contrats d'enseigne

622. La seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce, que dans des cas très particuliers. La communication consolidée de la Commission rappelle à ce sujet que, « afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels)²⁹⁴ ». Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne²⁹⁵.

623. La Commission a affirmé ce principe s'agissant plus particulièrement des contrats de franchise : « les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs

293. II de l'article L. 430-2 du Code de commerce.

294. Paragraphe 18 de la communication consolidée de la Commission.

295. Lettre 09-DCC-23 du 23 juillet 2009 relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Vêti vers l'enseigne Kiabi : « Au cas d'espèce, les contrats de commission affiliation prévoient que les sociétés d'exploitation concernées seront libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer leurs tarifs, AFFIPART ayant cependant la possibilité d'indiquer à ces dernières un prix maximum conseillé. Par ailleurs, les sociétés d'exploitation assumeront les risques financiers et commerciaux liés à leur activité et devront ainsi supporter, notamment, le coût des invendus. KLABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées. »

*appartiennent au franchiseur*²⁹⁶». Dans sa décision M. 940 UBS/Mister Minit du 9 juillet 1997, la Commission a estimé que les dispositions « typiques » (obligation pour le franchisé de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, préservation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, etc.) d'un accord de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix).

624. D'autres éléments de droit ou de fait, pris conjointement avec les divers contrats de franchise, d'adhésion, d'enseigne ou de panonceau, sont cependant susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine tous les éléments de droit ou de fait qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent tout ou partie du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine s'ils sont suffisants pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son « adhérent »²⁹⁷.

b) Les prises de participation et les statuts des sociétés d'exploitation

625. La tête du réseau de distribution peut notamment prendre une participation au capital de la société d'exploitation du point de vente de l'adhérent. Combinées aux dispositions des contrats d'enseigne, ces participations peuvent conférer à la tête de réseau une influence déterminante même si elles restent très minoritaires. De façon plus exceptionnelle, la tête de réseau peut, par la combinaison d'un système de gouvernance de ces sociétés d'exploitation très dérogatoire et des dispositions du contrat d'enseigne, détenir sur ces sociétés une influence déterminante sans aucune participation au capital.

626. En effet, si les droits conférés aux actionnaires minoritaires ont généralement pour objectif de protéger leurs intérêts financiers en tant qu'investisseurs et ne suffisent pas *a priori* à conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur l'adhérent, dans certains réseaux de distribution, les sociétés d'exploitation sont tenues d'adopter des statuts-types spécifiques. L'Autorité apprécie dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent.

627. Par exemple, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère alors que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence

²⁹⁶. Paragraphe 19 de la communication consolidée de la Commission.

²⁹⁷. Voir par exemple la décision France Telecom/CET du 4 janvier 2008 sur les accords de distribution exclusive joints à des relations de prêteurs et à la conclusion de baux commerciaux.

déterminante²⁹⁸. Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence²⁹⁹.

628. Dans un autre cas de figure, l'Autorité a constaté que les statuts-types des sociétés d'exploitation prévoient que ces sociétés comptent, parmi leurs associés, les membres d'un « conseil de parrainage », titulaires du contrat d'enseigne, et confèrent dans la plupart des cas à ce conseil de parrainage un pouvoir de nomination et de révocation du président de la société. Les statuts-types prévoient aussi qu'un associé peut être exclu par un vote à la majorité des trois quarts du nombre d'associés. La perte du droit d'usage de l'enseigne est un motif de révocation du président et d'exclusion de l'associé. En cas d'exclusion, l'associé exclu est tenu de céder ses actions aux autres associés. Le président de la société, même détenant une très large majorité du capital, peut être exclu en application de cette disposition. L'Autorité a considéré que ces statuts-types, associés aux dispositions du contrat d'enseigne, permettent à la tête de réseau d'exercer une influence déterminante sur les sociétés d'exploitation, car celle-ci dispose ainsi à la fois du pouvoir d'accorder et de retirer le droit d'usage de l'enseigne et de déterminer les termes du contrat d'enseigne qui définit la stratégie du réseau et encadre la politique commerciale des adhérents³⁰⁰.

c) Prise de contrôle exclusif et prise de contrôle conjoint

629. En fonction des prérogatives sur la gestion de l'entreprise éventuellement conférées par les statuts à l'actionnaire minoritaire et des stipulations du contrat d'enseigne, le contrôle exercé par la tête de réseau sur l'adhérent peut être conjoint, les deux devant nécessairement s'entendre sur la politique commerciale du ou des points de vente, ou exclusif, la tête de réseau détenant seule la possibilité de déterminer cette politique. Lorsque la tête de réseau exerce déjà un contrôle conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent.

²⁹⁸. Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis.

²⁹⁹. Voir la décision de l'autorité n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 : « *ITM détenait une seule action de préférence de la société Mikery exploitant un point de vente à l'enseigne Intermarché mais les statuts de l'entreprise avaient été modifiés et conféraient à ITM Entreprises, pendant une durée de [supérieure à 10 ans], la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fonds de commerce similaire sous une enseigne concurrente; un droit de préférence en cas de cession du fonds de commerce à un prix calculé selon une formule prédéterminée. Enfin, après [supérieur à 10 ans], si ITM Entreprises n'a plus la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne ou de s'opposer à toute mutation d'actions, ITM Entreprises conservait un droit de préférence sur toute vente de titres pendant 5 années supplémentaires.* »

³⁰⁰. Voir la décision n° 12-DCC-125 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des coopérateurs d'Alsace et l'Association des centres distributeurs E. Leclerc. Cette décision n'est pas définitive, car elle a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

d) Les opérations transitoires

630. Certaines prises de contrôle par la tête de réseau de sociétés exploitant des magasins de commerce de détail affiliés au réseau sont faites à titre transitoire, la tête de réseau prévoyant, à plus ou moins courte échéance, de céder tout ou partie du contrôle acquis à un repreneur indépendant. Deux cas de figure sont alors envisageables :

- lorsque ce repreneur est connu, que des actes juridiques contraignants ont été signés entre le repreneur et la tête de réseau et que la revente doit intervenir à courte échéance (moins de un an), alors les deux opérations, celle par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif et celle par laquelle elle cède tout ou partie de ce contrôle à un tiers, peuvent être considérées comme une opération unique. Dans ce cas, les deux opérations peuvent être notifiées conjointement à l'Autorité. La première opération à caractère transitoire est dans ce cas considérée comme n'ayant pas d'effets sur la structure de la concurrence, seuls les effets de la deuxième opération faisant alors l'objet d'une analyse concurrentielle ;
- dans les autres cas, l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif du ou des points de vente doit être notifiée de façon isolée à l'Autorité qui en appréciera les effets sur la structure concurrentielle du marché.

2. Le calcul du chiffre d'affaires

631. Le chiffre d'affaires d'une tête de réseau (franchiseur, concédant, coopérative, etc.) comprend les ventes de ses succursales, les ventes à ses adhérents indépendants afin de les approvisionner et la rémunération versée par les adhérents indépendants pour toutes les prestations de services fournies par la tête de réseau. Ces services, rémunérés par une redevance ou d'autres dispositifs, peuvent prendre plusieurs formes : savoir-faire, marque, assistance, études de marché et d'assortiments, actions de formation, séminaires, etc.

632. En revanche, le chiffre d'affaires de la tête de réseau ne comprend pas les ventes au public réalisées par les adhérents indépendants dans la mesure où la tête de réseau ne dispose pas du droit de gérer les affaires de l'adhérent au sens de l'article 5 du règlement communautaire (CE) n° 139/2004 auquel renvoie explicitement l'article L. 430-2 du Code de commerce. Ce point a été établi dans la décision M940 UBS/Mister Minit précitée.

3. L'appréciation du pouvoir de marché

633. Les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisé, concessionnaire, adhérent coopérateur...), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle³⁰¹, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau.

³⁰¹. Décisions M. 1221 Rewe/Meinl et M. 1684 Carrefour/Promodès ; avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-06 et lettre du ministre C2000-03, Carrefour Promodès.

634. L'Autorité examine au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres.

635. Une telle analyse a, par exemple, été menée par l'Autorité dans l'affaire Mr. Bricolage/société Passerelle et confirmée par le Conseil d'État³⁰², qui a relevé que l'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante, aux fins d'identifier une opération de concentration, et exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome. Le Conseil d'État a estimé que l'Autorité n'avait pas commis une erreur de droit en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximal, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé.

4. Le contenu du dossier de notification et la procédure simplifiée

636. Comme indiqué ci-dessus aux paragraphes 188 et suivants, le contenu du dossier de notification est allégé pour les opérations qui *a priori* ne soulèvent pas de problèmes de concurrence :

- pour les opérations qui ne soulèvent aucune question de concurrence, l'absence de marchés affectés conduit à une notification simplifiée, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés ;
- les entreprises peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Elles peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération ;

³⁰². Décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle et décision du Conseil d'État du 23 décembre 2010 n° 337533.

- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce mais non du I du même article³⁰³, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises.

637. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :

- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes³⁰⁴; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article³⁰⁵ et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concerné.

638. Pour ces opérations, qui sont supposées *a priori* non susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du Code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos;
- au point 2^e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* »;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

639. En revanche, les éléments suivants (dans le tronc commun ou, en cas de modification de ces éléments, dans chaque dossier de notification) sont indispensables pour permettre un examen rapide et complet du dossier :

- une étude détaillée des zones de chalandise affectées par l'opération. Cette étude doit être accompagnée d'une carte sur laquelle figurent la localisation et l'enseigne de chacun des magasins concurrents mais également des magasins liés (indépendants ou succursales) au réseau de distribution concerné par l'opération;
- copie des contrats de distribution (de franchise, de concession, d'adhésion à une coopérative, etc.);
- copie des statuts et du règlement intérieur de la tête du réseau de distribution (franchiseur, concédant, coopérative, etc.);
- nom des adhérents sortis du réseau de distribution et raison de leur sortie sur les trois années précédant la date de l'opération notifiée.

303. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

304. L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

305. Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

640. Les opérations pour lesquelles un dossier de notification simplifié peut être déposé en application du § 204 font l'objet d'un examen selon une procédure simplifiée. La décision simplifiée est en principe notifiée aux parties dans un délai de quinze jours ouvrés.

C. Questions spécifiques aux fonds communs de placement

641. Le droit commun des concentrations est pleinement applicable aux opérations impliquant des fonds communs de placement (FCP), mais l'expérience acquise par l'Autorité de la concurrence permet de dégager un certain nombre de caractéristiques spécifiques qui sont présentées ci-après.

1. Qualification du contrôle

642. Les FCP sont souvent constitués sous la forme de sociétés en commandite qui réunissent des investisseurs porteurs de parts (commandités) qui, en principe, n'exercent aucun contrôle, ni à titre personnel ni à titre collectif sur le fonds. Les FCP acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille, le contrôle étant, en règle générale, exercé par la société d'investissement qui a créé le fonds, par le biais de sa structure organisationnelle (contrôle du principal associé des fonds en commandite et/ou contrats de conseil par exemple).

643. Exceptionnellement, le contrôle peut être exercé par le fonds lui-même.

2. Le calcul du chiffre d'affaires

644. Pour déterminer le chiffre d'affaires d'un fonds acquéreur, il convient d'appliquer l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 et notamment l'article 5(4), en considérant, en règle générale, que l'entreprise concernée est la société de gestion de portefeuille gérant le fonds acquéreur qui acquiert un contrôle direct ou indirect sur une ou plusieurs entreprises.

645. Lorsqu'un actionnaire de la société de gestion de portefeuille répond aux critères prévus aux points b), c) ou e) de l'article 5 (4), quelle que soit l'autonomie de gestion de la société de portefeuille vis-à-vis de lui, son chiffre d'affaires sera pris en compte. Lorsqu'une société de gestion de portefeuille appartient à un groupe bancaire, le chiffre d'affaires de l'ensemble du groupe doit donc être pris en compte.

3. Le contenu du dossier de notification

646. Les dispositions prévues par les présentes lignes directrices relatives aux dossiers simplifiés s'appliquent aux opérations de FCP.

647. Une attention particulière doit être portée au point 2 (b) du dossier de notification, qui requiert de fournir « *la liste des principaux actionnaires, les pactes*

d'actionnaire, ainsi que la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration», de même qu'au point 1 (b), qui demande « une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, mentionnant, le cas échéant, le montant de l'acquisition ».

648. Ces informations sont particulièrement importantes pour l'examen des opérations impliquant un FCP dans la mesure où elles doivent permettre de déterminer le périmètre de la nouvelle entité qui sera pris en compte dans l'analyse concurrentielle.

649. Au titre des informations fournies au point 2 (b), doivent ainsi figurer dans le dossier de notification :

- la composition de l'actionnariat de la société de gestion de portefeuille ;
- les documents déterminant les règles de gouvernance de la société de gestion de portefeuille, tels que les statuts, pactes éventuels ou règlements intérieurs ;
- l'identité des principaux investisseurs du fonds avec le montant investi par chaque investisseur dans le fonds ;
- le règlement intérieur du fonds ainsi que tout document contractuel régissant les relations entre la société de gestion et les investisseurs dans le fonds. Toute forme d'accord, y compris tacite, entre la société de gestion du fonds et les investisseurs, doit être mentionné dans le dossier de notification³⁰⁶ ;
- la liste des participations détenues par l'ensemble des fonds gérés par la société d'investissement concernée, en précisant la part du capital détenue, le type de contrôle (exclusif, conjoint, absence de contrôle), le chiffre d'affaires et le secteur d'activité des entreprises dans lesquelles la société d'investissement concernée détient une participation directe ou indirecte.

650. En ce qui concerne le point 1 (b) du dossier de notification, il convient notamment de préciser si le montage financier de l'opération comporte des crédits accordés par une banque ou si l'entreprise objet de l'opération a ou aura recours à des crédits accordés par une banque. La participation d'une banque à un montage de type LBO, ou un passif significatif de l'entreprise objet de l'opération vis-à-vis de cette banque, pourront en effet être considérés comme des éléments constitutifs d'une influence déterminante de la banque sur l'entreprise qui fait l'objet de l'opération.

4. Délai d'instruction du dossier

651. Les FCP sont particulièrement soucieux de pouvoir réaliser leur opération rapidement. Lorsque l'opération en cause ne soulève aucun enjeu concurrentiel, il est souhaitable de pouvoir rendre une décision sans retarder inutilement l'opération.

652. D'une part, l'article L. 430-3 du Code de commerce prévoit ainsi la possibilité de notifier des accords « *suffisamment aboutis* ». Les parties sont donc invitées

³⁰⁶. Voir la décision M. 1357 de la Commission Nordic Capital/Hilding Anders.

à se servir de cette faculté sans attendre la signature d'accords irrévocables avant de soumettre l'examen de leur opération au contrôle des concentrations.

653. D'autre part, lorsqu'une analyse *prima facie* permet d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, les parties peuvent demander le bénéfice d'une autorisation dans un délai raccourci de quinze jours ouvrés au lieu des vingt-cinq jours ouvrés habituels. Lorsque le ou les fonds acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes, l'opération bénéficie de la procédure simplifiée décrite aux § 204 et suivants.

654. Dans tous les cas, il appartient aux parties soucieuses de réaliser leur opération dans des délais courts de transmettre à l'Autorité un dossier de notification complet dès son dépôt.

5. Renvois à la Commission

655. Lorsqu'un FCP souhaite, au titre de l'article 4-5 du règlement n° 139/2004 sur les concentrations, bénéficier d'un guichet unique d'examen au niveau européen, il doit en faire la demande auprès de la Commission européenne selon les modalités décrites au paragraphe 153.

6. Analyse concurrentielle

656. L'analyse concurrentielle d'une opération impliquant une société de gestion de portefeuille soulève des questions particulières relatives à l'appréciation de son autonomie de gestion tant vis-à-vis de ses actionnaires que des commandités qui investissent dans les fonds qu'elle gère.

657. Les sociétés de gestion de portefeuille, soumises à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers³⁰⁷, ont obligation de maintenir une politique de gestion efficace des conflits d'intérêts en vertu de différentes dispositions du Code monétaire et financier, du règlement général de l'AMF, et du Code de déontologie de l'Association française de la gestion financière (AFG-ASFFI) et/ou de l'Association française des investisseurs en capital (AFIC). De nombreuses réglementations étrangères prévoient en outre des dispositions similaires sur la prévention des conflits d'intérêts. Il en résulte que les sociétés de gestion de portefeuille sont supposées disposer, le plus souvent, d'une autonomie de gestion vis-à-vis de leurs actionnaires, même majoritaires, et des investisseurs dans les fonds qu'elles gèrent.

658. Toutefois, dans le cadre de l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité, l'autonomie de gestion doit être démontrée par les parties sur la base des informations fournies au point 2 (b) du dossier de notification.

659. Dans le cas de prise de contrôle par une société de gestion de portefeuille dont l'autonomie de gestion vis-à-vis de ses actionnaires ou des investisseurs aura été démontrée, l'entité fusionnée sur laquelle porte l'analyse concurrentielle est

³⁰⁷. En application de l'article L. 532-9 du Code monétaire et financier.

constituée de la société de gestion et de l'ensemble des entreprises sur lesquelles elle dispose d'une influence déterminante *via* ses fonds gérés. Si la société de gestion de portefeuille ne détient aucune participation contrôlante sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse concurrentielle n'a pas besoin d'être plus poussée : l'opération sera considérée comme ne posant pas de problème de concurrence et fera l'objet d'une décision simplifiée. Lorsque la société de gestion détient des participations sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse fournie par les parties doit permettre d'apprécier l'impact de l'opération sur les marchés concernés. Il arrive ainsi que des opérations impliquant des FCP portent atteinte à la concurrence, notamment dans des cas de « *build-up* » ou acquisitions réalisées par des sociétés détenues dans les fonds³⁰⁸.

660. Dans les cas où l'autonomie de la société de gestion vis-à-vis de ses actionnaires ou des investisseurs n'aura pas été démontrée, l'analyse sera étendue aux participations détenues par le groupe auquel elle appartient ou par le ou les investisseurs exerçant une influence déterminante sur la société de gestion. Une telle analyse sera ainsi menée dans les cas de « fonds captifs » pour lesquels une majorité des capitaux investis provient de la maison mère de la société de gestion.

D. Questions relatives aux coopératives agricoles

661. Les coopératives agricoles, dotées d'un régime juridique particulier codifié dans le livre V, titre II du Code rural sont, d'une manière générale, considérées comme des sociétés *sui generis*, ni civiles, ni commerciales : « *Les sociétés coopératives agricoles et leurs unions forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Elles ont la personnalité morale et la pleine capacité*³⁰⁹. »

662. L'article L. 521-1 du Code rural et de la pêche maritime définit l'objet des coopératives agricoles comme « *l'utilisation en commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité* ». Elles sont détenues par des agriculteurs (associés coopérateurs) qui en sont à la fois les principaux fournisseurs et les actionnaires. Il sont tenus d'utiliser les services de la coopérative « *pour une durée déterminée et corrélativement, de souscrire une quote-part du capital en fonction de cet engagement d'activité* »³¹⁰. Les excédents annuels des coopératives sont répartis entre les associés coopérateurs proportionnellement aux opérations qu'ils ont réalisées avec la coopérative au cours de l'exercice mais chaque coopérateur a un droit de vote égal en assemblée générale³¹¹. Les agriculteurs tiers peuvent également avoir recours

³⁰⁸. On peut se reporter à plusieurs décisions du ministre rendues sous condition d'engagements et impliquant des fonds : C2002-14 PAI LBO (Panzani)/Lustucru, du 17 mai 2002; C2008-4 Vivarte SA/Defi Mode du 16 janvier 2008 et C2008-16 Vivarte/Super Sport du 30 avril 2008.

³⁰⁹. Article L. 521-1 du Code rural et de la pêche maritime.

³¹⁰. Article L. 521-3 a) du même code.

³¹¹. Article L. 522-3 d) du même code.

au service de la coopérative, mais ces services ne peuvent représenter plus de 20 % du chiffre d'affaires total de la coopérative³¹². Les statuts de chaque société coopérative agricole fixent la circonscription territoriale de cette société³¹³.

663. Ces spécificités justifient sur certains points une analyse spécifique en droit de la concurrence. Elles se situent en effet entre les deux formes polaires que sont les marchés et les organisations. En particulier, il est considéré que les coopératives ne sont pas contrôlées par leurs adhérents mais les relations entre les coopératives et leurs adhérents ne sont pas totalement assimilées à celles entretenues par une entreprise commerciale avec ses fournisseurs ou ses clients (1).

664. Pour le reste, l'analyse des opérations de concentration impliquant des coopératives, ou des unions de coopératives, reposent sur les principes et critères généraux du contrôle des concentrations. Elles doivent ainsi notifier leurs opérations d'acquisition de sociétés commerciales, effectuées seules³¹⁴ ou conjointement avec d'autres coopératives ou d'autres sociétés commerciales. Les coopératives agricoles sont concernées par le contrôle des concentrations au titre des regroupements de coopératives qui peuvent prendre la forme de fusions, de créations d'unions de coopératives ou d'entreprises communes si celles-ci sont de plein exercice (2).

1. Les coopératives entretiennent avec leurs adhérents des relations spécifiques dont il est tenu compte dans le cadre du contrôle des concentrations

a) Les coopératives et leurs adhérents tendent à constituer des entités économiques distinctes malgré l'existence de liens étroits entre eux

665. Les agriculteurs sont, d'une part, associés de la coopérative en tant qu'apporteurs de capital social (souscrit en fonction de leurs apports) et, d'autre part, fournisseurs de matières premières et/ou acquéreurs de produits et services en fonction de l'objet social de la coopérative. La coopérative et ses adhérents entretiennent donc une double relation, capitalistique et économique.

666. L'adhérent à la coopérative est tout d'abord un associé de la coopérative, dont l'engagement est conclu pour une durée limitée, variant, dans les faits, de trois à quinze ans, selon les cycles des productions traitées par la coopérative³¹⁵. Les adhérents, qui sont propriétaires de la coopérative, ne bénéficient cependant, juridiquement, d'aucun pouvoir de blocage sur ses décisions stratégiques. Les coopératives fonctionnent en effet selon le principe « une personne : une voix », avec une pondération possible des voix. Cette pondération est cependant plafonnée :

312. Article L. 522-5 du même code.

313. Article L. 522-2 du même code.

314. Voir par exemple la décision n° 12-DCC-06 du 20 janvier 2012 relative à l'acquisition du groupe Vermandoise par la société coopérative Cristal Union et la décision n° 11-DCC-80 du 23 mai 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de Groupe Défi Viandes par le groupe Cooperl Arc Atlantique.

315. Rappelons qu'il n'existe aucune obligation juridique d'adhérer à une coopérative. De même, lorsqu'un exploitant agricole adhère à une coopérative, il n'est pas tenu de le faire pour l'ensemble de ses productions ni des besoins de son exploitation.

un même associé ne peut ainsi disposer de plus du vingtième des voix présentes ou représentées. Dans la pratique, ces pondérations sont peu utilisées dans les coopératives mais le sont plus fréquemment dans les unions. Compte tenu de ces éléments, on peut constater qu'aucun adhérent ne bénéficie, à lui seul, d'un pouvoir de blocage de droit sur les décisions stratégiques de la coopérative.

667. Ainsi, en règle générale, aucun adhérent ou groupe d'adhérents n'exerce d'influence déterminante sur une coopérative. Cette dernière ne peut donc être considérée comme une entreprise commune et l'existence de marchés amont de l'approvisionnement des coopératives en matières premières (céréales, sucre, animaux vivants destinés à l'abattage, etc.) en découle logiquement³¹⁶.

b) Les relations entre les coopératives et leurs adhérents ne sont pour autant pas totalement assimilées à celles entretenues par les coopératives avec des agriculteurs tiers

668. Pour le calcul du chiffre d'affaires, les adhérents des coopératives agricoles sont généralement considérés comme des tiers et le chiffre d'affaires de ces coopératives (ou unions) doit donc comprendre les ventes de la coopérative (ou l'union) à des tiers et les ventes de la coopérative (ou l'union) à ses adhérents, mais pas les ventes réalisées par les adhérents auprès de tiers³¹⁷.

669. Cependant, les spécificités des liens unissant les coopératives à leurs adhérents sont prises en compte pour l'analyse concurrentielle des marchés les mettant en présence, par exemple les marchés amont sur lesquels les coopératives collectent les produits (céréales, fruits, légumes, lait, animaux destinés à l'abattage) ou les marchés de l'agrofourriture sur lesquels les adhérents s'approvisionnent en intrants (semences, engrais...) auprès des coopératives. Il peut ainsi être noté que les bénéfices des opérations réalisées par les coopératives avec leurs adhérents leur sont redistribués³¹⁸. L'Autorité examine cependant de façon concrète et au cas par cas les incitations des coopératives à répercuter sur leurs bénéfices

316. Décision de la Commission européenne n° IV/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier du 9 mars 1999. Les coopératives et leurs adhérents y ont été analysés comme deux entités distinctes dans la mesure où :

- les coopératives concernées regroupant un grand nombre d'adhérents, aucun d'entre eux ne peut exercer une influence directe sur la politique commerciale de ces dernières et, inversement, les coopératives ne contrôlent pas leurs membres. En l'espèce, ce raisonnement est transposable au cas français où chaque adhérent ne dispose que d'une voix;
- il est difficile pour un adhérent de sortir d'une coopérative (le préavis étant en l'espèce d'au moins un an), alors que tout agriculteur peut sur une simple demande devenir associé coopérateur;
- le plus important fournisseur de la coopérative représente moins de 1% de l'approvisionnement total de la coopérative;
- les coopérateurs sont tenus d'approvisionner de manière exclusive leur coopérative qui en contrepartie est obligée d'acheter la totalité de leur production;
- tous les coopérateurs sont rémunérés au même prix.

317. Pour la partie de leur production que les adhérents ne vendent pas à la coopérative.

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

d'éventuelles baisses de coûts d'approvisionnement ou hausses de prix des produits qu'elles commercialisent³¹⁹.

670. Est également pris en compte le fait que la coopérative ne peut choisir sa zone de collecte qui est déterminée par ses statuts, que les adhérents ont droit au renouvellement de leur adhésion, que la coopérative est tenue de faire l'acquisition de la production de ses adhérents et que ceux-ci sont ainsi assurés d'avoir des débouchés pour leurs produits³²⁰.

671. Pour autant, l'Autorité veille à ce qu'une opération de concentration n'ait pas pour effet de supprimer, pour les agriculteurs d'un marché géographique donné, toute possibilité de choix pour l'écoulement de leurs produits ou leur approvisionnement en produits d'agrofourniture³²¹. Il convient que les adhérents puissent trouver d'autres débouchés pour leurs produits ou d'autres sources d'approvisionnement en intrants. Cette analyse est faite au cas par cas et de façon concrète en fonction des caractéristiques des marchés en cause.

672. Cependant, à la date du 22 février 2013, un seul rapprochement avait été considéré comme posant des risques d'atteinte à la concurrence dans la mesure où la collecte par la coopérative du lait auprès des adhérents était conditionnée à l'engagement de s'approvisionner en intrants auprès de la coopérative, ce qui, dans le contexte concurrentiel de l'espèce, réduisait significativement la concurrence sur les divers marchés de fourniture d'intrants aux éleveurs³²².

2. Les diverses formes de regroupements des coopératives

673. La fusion de deux coopératives ou plus ou la fusion par absorption par l'une des coopératives est la forme de regroupement la plus simple. Une seule coopérative subsiste à la suite de l'opération³²³.

319. Voir par exemple la décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle & Vire par le groupe coopératif Agrial (points 169 à 176).

320. Voir par exemple la décision n° 11-DCC-150 précitée (points 64 à 69), la décision n° 10-DCC-122 du 17 septembre 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Gastronomes Condom par les sociétés Euralis COOP, SCA Vivadour, Terrena et Maisadour (point 51) et la décision n° 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal (point 84).

321. Voir par exemple la décision n° 12-DCC-02 du 12 janvier 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Hubau et Sicapa par le groupe coopératif Unéal (point 26 : analyse du marché des produits d'agrofourniture dans le Pas-de-Calais) et la décision n° 12-DCC-42 du 26 mars 2012 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia (analyse du marché des produits d'agrofourniture dans la Haute-Marne).

322. Dans la décision n° 11-DCC-150 précitée, l'Autorité a ainsi estimé que, sur les marchés de la collecte de lait, la fusion d'Agrial et Elle & Vire ne posait pas de problèmes de concurrence bien qu'elle ne laisse d'autre choix aux producteurs de lait des départements concernés que l'adhésion à Agrial. En revanche, elle a considéré que le fait de lier l'adhésion à Agrial pour la collecte de lait à l'approvisionnement auprès de cette coopérative en produits d'agrofourniture, pour la totalité des besoins des producteurs, ou pour 80% de leurs besoins, portait atteinte à la concurrence sur les marchés de l'agrofourniture. Agrial s'est donc engagée à ramener à 50% les obligations d'achat en produits d'agrofourniture et à ne pas lier l'approvisionnement en produits d'agrofourniture à la collecte de lait.

323. Voir par exemple la décision n° 12-DCC-49 du 10 avril 2012 relative à la fusion entre les coopératives Charente Coop et Charentes Alliance, la décision n° 12-DCC-42 du 26 mars 2012 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia, la décision n° 10-DCC-137 du 18 octobre 2010 relative à la fusion entre les coopératives Coop Pigalys, PSB, PBO, LT, l'union de coopératives Union Pigalys et la branche d'activité porcine de Terrena et la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 10-DCC-104 du 24 août 2010 à la coopérative Capel relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Bevicor pour un exemple d'opération sous les seuils de notification.

674. Le regroupement peut aussi prendre la forme de la création d'une union de coopératives. La majorité des éléments relevés ci-dessus décrivant les coopératives agricoles, leurs statuts, leur fonctionnement et les relations qu'elles entretiennent avec leurs adhérents est largement applicable aux unions de coopératives. Celles-ci fonctionnent selon les mêmes principes³²⁴ (personnalité juridique, agrément du Haut Conseil de la coopération agricole³²⁵, modalités de prise de décision).

675. En application des principes généraux du contrôle des concentrations, la création d'une union de coopératives constitue une concentration au sens de l'article L. 430-1 II du Code de commerce si, d'une part, plusieurs des coopératives ainsi regroupées exercent une influence déterminante sur cette union et, d'autre part, si elle est bien de plein exercice.

676. Pour que la création de l'union de coopératives soit considérée comme une opération de concentration, cette union doit être contrôlée conjointement par plusieurs des coopératives associées. Si une des coopératives associées est seule en mesure d'exercer une influence significative sur la politique commerciale de l'union, il ne s'agit pas d'une opération de concentration. Cependant, si l'une des coopératives associées acquiert le contrôle exclusif d'une union de coopératives existante à la suite du retrait d'une ou plusieurs autres coopératives associées, cette prise de contrôle exclusif constitue une opération de concentration³²⁶. Si aucune des coopératives associées dans l'union ne peut exercer une influence déterminante sur l'union, il ne s'agit pas d'une opération de concentration.

677. Pour que la création d'une union contrôlée conjointement par deux au moins des coopératives adhérentes constitue une opération de concentration, il faut aussi que l'union soit une entreprise de plein exercice. Les critères présentés aux points 55 et suivants ci-dessus s'appliquent. En particulier, il convient de vérifier si l'union disposera des ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché.

678. De la même façon, la création d'une entreprise commune par deux coopératives ou plus, quelle que soit la forme sociale de cette entreprise, constitue une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce si cette entreprise commune est de plein exercice. Une société commune chargée d'acheter des intrants qui sont revendus aux coopératives mères n'est généralement pas considérée comme une société de plein exercice sauf si elle a vocation à commercialiser les produits en cause auprès de tiers pour une partie significative de son chiffre d'affaires. De même, une entreprise commune créée en vue de commercialiser, pour le compte de ses mères, des produits fournis par elles, n'est généralement pas de plein exercice³²⁷ sauf s'il est prévu qu'elle puisse aussi

324. À noter toutefois que les unions n'ont pas de circonscription territoriale.

325. Le Haut Conseil de la coopération agricole (HCCA) agréé les coopératives en vertu de la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006.

326. Voir la décision n° 12-DCC-75 du 18 juin 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de Seveal Union par le groupe Vivescia pour un exemple d'union non contrôlée et l'acquisition d'un contrôle exclusif par l'une des coopératives associées du fait du retrait de l'une des trois associées.

327. L'entreprise commune s'apparente alors à un comptoir de vente commun, comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne précitée au point 95.

s'approvisionner sur le marché pour une part significative de ses achats. L'Autorité examine au cas par cas si, au vu de ses statuts, de ses ressources et de l'état du marché, l'entreprise commune aura la possibilité d'intervenir de façon indépendante des maisons mères sur ce marché³²⁸.

679. Dans certaines conditions, la création d'un groupement d'intérêt économique (GIE) par plusieurs coopératives peut également constituer une concentration s'il en résulte des liens de solidarité financière importants et durables ainsi qu'une gestion économique commune³²⁹.

E. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives

680. Le fait qu'une opération de concentration se déroule dans le cadre d'une décision de justice, telle que l'adoption d'un plan de reprise d'une entreprise par le tribunal de commerce, ne fait pas obstacle aux compétences respectives de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la compatibilité d'une telle reprise avec le droit de la concurrence, et plus particulièrement les dispositions applicables au contrôle des concentrations. C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision du 6 février 2004 annulant au fond la décision du ministre de l'Économie autorisant la reprise de Moulinex par Seb.

681. L'expérience montre qu'une grande partie des entreprises qui se portent candidates à la reprise d'actifs dans le cadre d'une procédure collective ne découvrent que tardivement leurs obligations au titre du contrôle des concentrations. Celui-ci a cependant des conséquences importantes : cette procédure est en principe suspensive (si aucune dérogation n'a été explicitement demandée), et, si elle aboutit à l'identification d'une atteinte à la concurrence découlant d'un plan de reprise, des cessions peuvent être nécessaires, portant éventuellement sur le périmètre des actifs repris.

682. Il est donc très important que les candidats à la reprise d'entreprises en difficulté prennent en compte, dès le début de leur réflexion, les conséquences procédurales et de fond du contrôle des concentrations.

683. Les administrateurs judiciaires n'ont pas d'obligation légale ou réglementaire de saisir l'Autorité ou la Commission européenne si l'opération est notifiable. Cette obligation de notification incombe aux repreneurs de tout ou partie de l'entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire et faisant l'objet d'un plan de cession. Les administrateurs judiciaires peuvent cependant jouer un rôle proactif très utile pour informer les candidats repreneurs de leurs obligations,

³²⁸. Voir par exemple la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 12-DCC-13 du 1^{er} février 2012 relative à la création d'une entreprise commune Axso par les sociétés Euralis Coop, SAS Aramis et Agro Participations AB.

³²⁹. Voir la décision n° 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 pour un exemple de GIE concentratif.

par exemple en précisant lesdites obligations dans le cahier des charges de l'appel d'offres remis aux candidats à la reprise.

684. Le choix d'une offre de reprise par jugement du tribunal de commerce peut entraîner son exécution immédiate. Afin d'éviter que l'acceptation d'une offre par le tribunal n'entraîne automatiquement une infraction aux dispositions applicables au contrôle des concentrations, les repreneurs concernés doivent demander une dérogation à l'effet suspensif de ce contrôle au titre de l'article L. 430-4 du Code de commerce³³⁰.

685. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation d'en faire la demande au moins cinq jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, incluant, *a minima*, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

686. L'octroi d'une telle dérogation par l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un examen rapide et bénéficie d'un *a priori* favorable. La dérogation est cependant accordée sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à faire obstacle à la prise de mesures visant à remédier à un risque d'atteinte à la concurrence qui serait détecté au cours de l'instruction.

687. En outre, son octroi ne préjuge en rien de la suite donnée au contrôle de l'opération : l'Autorité conserve une pleine compétence au fond, et peut imposer des mesures correctives, c'est-à-dire des rétrocessions pouvant porter sur des actifs de la cible acquise ou, si le jugement l'interdit, sur des actifs du repreneur, voire interdire une opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence.

688. Les repreneurs potentiels peuvent également venir présenter au service des concentrations leur offre, en pré-notification. Cet examen informel est particulièrement utile pour faciliter le déroulement de l'examen de l'opération et éviter une suspension des délais pour insuffisance d'informations dans le dossier déposé ; elle permet également d'identifier, très tôt, le cas échéant, les types de problèmes de concurrence qui pourraient résulter de la reprise. Dans ces conditions, le candidat à la reprise de l'entreprise sera en mesure d'en tirer les conséquences pour établir le périmètre de son offre de reprise.

F. Modèle d'engagements de cession devant l'Autorité de la concurrence

Conformément à [l'article L. 430-5 II *en cas d'engagements en phase I*] [l'article L. 430-7 II *en cas d'engagements en phase II*] du Code de commerce, [*indiquer le nom des entreprises qui ont offert les engagements*] (ci-après « les **parties** ») soumet/soumettent par la présente les engagements suivants (ci-après « les **engagements** ») en vue de permettre à l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'**Autorité** ») d'autoriser

³³⁰. Voir détail dans la partie procédure de ces lignes directrices.

[description de l'opération : par exemple l'acquisition de ..., la création d'une entreprise commune entre... et ...] par une décision fondée sur [l'article L. 430-5, III en cas d'engagements en phase I] [l'article L. 430-7 III en cas d'engagements en phase II] du Code de commerce (ci-après « la **décision** »).

Les engagements prendront effet à la date d'adoption de la décision.

Ce texte sera interprété à la lumière de la décision, pour autant que les engagements constituent des conditions et obligations qui y sont attachées, du cadre général du droit français, et en particulier le Code de commerce, et en référence aux lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations.

1. Définitions

1. Dans le cadre de ces engagements, les termes ci-dessous auront les significations suivantes :

[X] : [indiquer le nom abrégé de l'entreprise qui désinvestit son/ses activité(s)] société de droit [•], dont le siège social est situé à [•], immatriculée au [•] sous le numéro [•].

Acquéreur : l'entité approuvée par l'Autorité en tant qu'acquéreur de l'activité cédée conformément aux critères définis au titre 4.

Activité cédée : la ou les activités telles que définies au titre 2 et dans les annexes aux engagements, que les parties s'engagent à désinvestir.

Gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités : la personne désignée par [X], responsable de la gestion quotidienne de l'activité cédée sous la supervision du mandataire chargé de la cession.

Closing : le transfert à l'acquéreur du titre légal de l'activité cédée.

Date d'effet : la date d'adoption de la décision.

Filiales : entreprises contrôlées par les parties et/ou par les sociétés qui contrôlent les parties, y compris l'entreprise commune [uniquement si l'opération est la création d'une entreprise commune] conformément à l'article L. 430-1 du Code de commerce et à la lumière des lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations.

Mandataire(s) : le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession.

Mandataire chargé de la cession : une ou plusieurs personnes physiques ou morales, indépendantes des parties, approuvées par l'Autorité et désignées par [X] et qui ont reçu de [X] le mandat exclusif de mener à bien la cession de l'activité cédée.

Mandataire chargé du contrôle : une ou plusieurs personnes physiques ou morales, indépendantes des parties, approuvés par l'Autorité et désignés par [X] et qui sont chargés de vérifier le respect par [X] des conditions et obligations annexées à la décision.

Phase d'intervention du mandataire chargé de la cession : période de [•] mois commençant à la date d'expiration de la première période de cession.

Première période de cession : période de [*] mois à partir de la date d'effet.

Personnel : l'ensemble du personnel actuellement employé par l'activité cédée, y compris le personnel essentiel, le personnel détaché à l'activité cédée, le personnel partagé et le personnel additionnel, tels que définis dans les annexes aux engagements.

Personnel essentiel : l'ensemble du personnel nécessaire au maintien de la viabilité et de la compétitivité de l'activité cédée.

2. L'activité cédée

a) Engagement de cession

2. Afin de restaurer une situation de concurrence effective, [X] s'engage à céder, ou à faire en sorte que l'activité cédée, en activité, soit cédée avant la fin de la première période de cession, à un acquéreur et aux termes d'un contrat de vente approuvé par l'Autorité, conformément à la procédure décrite aux paragraphes 15 et 16. Afin de mener à bien la cession, [X] s'engage à trouver un acquéreur et à conclure avec lui, au cours de la première période de cession, un contrat de vente contraignant et définitif pour la vente de l'activité cédée. Dans le cas où [X] n'aurait pas conclu un tel contrat au terme de la première période de cession, [X] donnera au mandataire chargé de la cession, au cours de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, un mandat exclusif pour la vente de l'activité cédée conformément à la procédure décrite au paragraphe 25. *[La phrase suivante devra être insérée en cas de «fix it first» : L'opération de concentration en cause ne doit pas être exécutée tant que [X] ou le mandataire chargé de la cession n'a pas conclu un contrat de vente de l'activité cédée contraignant et définitif et que l'Autorité n'a pas approuvé l'acquéreur et les conditions de vente conformément au paragraphe 16.]*

3. [X] sera réputée avoir respecté cet engagement si, à la fin de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, [X] a conclu un contrat de vente de l'activité cédée, si l'Autorité approuve l'acquéreur et les termes de l'accord en question, conformément à la procédure décrite au paragraphe 16, et si le *closing* a eu lieu dans les trois (3) mois après l'approbation de l'acquéreur et des termes de l'accord par l'Autorité.

4. Afin de préserver l'effet structurel des engagements, les parties ne pourront, pendant une période de dix (10) ans à partir de la date d'effet, acquérir une influence directe ou indirecte sur tout ou partie des sociétés et actifs composant l'activité cédée, sauf si l'Autorité a préalablement trouvé que la structure du marché a entre-temps évolué d'une façon telle que l'absence d'influence des parties sur l'activité cédée n'est plus nécessaire pour éliminer tout doute sérieux quant aux effets de la concentration sur la concurrence.

b) Structure et définition de l'activité cédée

5. L'activité cédée est constituée de : [*Description sommaire de l'activité cédée*]. La structure juridique et fonctionnelle actuelle de l'activité cédée, telle qu'elle a fonctionné jusqu'à présent, est décrite dans l'annexe. L'activité cédée, décrite en détail dans l'annexe, inclut :

- a) toutes les immobilisations corporelles et incorporelles (y compris les droits de propriété intellectuelle), qui contribuent au fonctionnement actuel ou sont nécessaires pour garantir la viabilité et la compétitivité de l'activité cédée ;
- b) tous les permis, licences et autorisations délivrés par les organismes publics au bénéfice de l'activité cédée ;
- c) tous les contrats, baux, engagements et commandes de clients de l'activité cédée, ainsi que tous les fichiers de clients et de crédits ;
- d) le personnel.

3. Engagements liés

a) Préservation de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée

6. À partir de la date d'effet et jusqu'au *closing*, [X] préservera la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'activité cédée, conformément aux bonnes pratiques commerciales et minimisera autant que possible tout risque de perte de compétitivité de l'activité cédée. En particulier, [X] s'engage à :

- a) ne pas mener d'actions sous sa propre responsabilité qui produiraient un effet négatif significatif sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'activité cédée, ou qui pourraient altérer la nature et le périmètre de l'activité cédée, ou la stratégie commerciale ou industrielle ainsi que la politique d'investissement de l'activité cédée ;
- b) mettre à disposition de l'activité cédée les ressources suffisantes nécessaires à son développement, sur la base et dans la continuité des plans d'entreprise existants ;
- c) entreprendre toutes les actions nécessaires, notamment des systèmes d'incitation adéquats (conformes aux pratiques du secteur concerné), pour encourager l'ensemble du personnel essentiel à rester avec l'activité cédée.

b) Obligation des parties en matière de séparation

7. Dès la date d'effet et jusqu'au *closing*, [X] s'engage à préserver la séparation de l'activité cédée des activités qu'elle conservera à l'issue de l'opération et à veiller à ce que le personnel essentiel de l'activité cédée, en ce compris le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, n'ait aucun lien avec les activités conservées par [X] et inversement. [X] s'assurera également que le personnel ne fasse de rapport à aucune personne extérieure à l'activité cédée.

8. Jusqu'au *closing*, [X] assistera le mandataire chargé du contrôle afin de s'assurer que l'activité cédée est gérée comme une entité distincte et cessible, par rapport aux activités conservées par les parties. [X] désignera un gestionnaire chargé de

garantir la séparation des activités qui sera responsable de la gestion de l'activité cédée, sous le contrôle du mandataire chargé du contrôle. Le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités devra gérer l'activité cédée de façon indépendante et dans le meilleur intérêt de celle-ci en vue de garantir la préservation de sa viabilité économique, sa valeur marchande, sa compétitivité et son indépendance par rapport aux activités conservées par les parties.

9. [À mentionner dans les affaires où une société ou une partie d'une société doit être désinvestie et qu'une dissociation stricte au niveau de la structure de l'entreprise est nécessaire : Afin d'assurer que l'activité cédée est détenue et gérée comme une entité indépendante, le mandataire chargé du contrôle exercera les droits de [X] en tant qu'associé de l'activité cédée (excepté pour les droits aux dividendes qui sont dus avant le *closing*). Il aura comme objectif d'agir dans le meilleur intérêt de l'activité, en considérant l'entité de manière autonome, en tant qu'investisseur financier indépendant et afin de remplir les obligations des conditions et obligations de [X]. De plus, le mandataire chargé du contrôle doit pouvoir remplacer les membres du conseil de surveillance ou les membres non exécutifs du conseil d'administration qui ont été désignés par [X]. À la demande du mandataire chargé du contrôle, [X] devra démissionner de ses fonctions de membre des conseils, ou provoquer la démission de ces membres des conseils.]

c) Séparation de l'activité cédée des activités conservées par [X] (« ring-fencing »)

10. [X] prendra toutes les mesures nécessaires afin de garantir que les parties ne pourront pas, après la date d'effet, recueillir des secrets d'affaires, savoir-faire, informations commerciales ou toute autre information de nature confidentielle ou protégée concernant l'activité cédée. En particulier, la participation de l'activité cédée à un réseau informatique central devra être arrêtée dans la mesure du possible sans compromettre la viabilité de l'activité cédée. [X] pourra obtenir des informations relatives à l'activité cédée qui sont raisonnablement nécessaires pour en assurer la cession ou dont la divulgation à [X] est requise par la loi.

d) Non-sollicitation du personnel essentiel

11. Les parties s'engagent à ne pas solliciter et à s'assurer que leurs filiales ne sollicitent pas le personnel essentiel transféré avec l'activité cédée, pendant un délai de [•] après le *closing*.

e) Examen préalable (« due diligence »)

12. Afin de permettre aux acquéreurs potentiels de se livrer à un examen préalable de l'activité cédée, sous réserve des précautions d'usage en matière de confidentialité et en fonction de l'avancement du processus de cession, [X] doit :

- fournir aux acquéreurs potentiels des informations suffisantes concernant l'activité cédée ;
- fournir aux acquéreurs potentiels des informations suffisantes sur le personnel et leur offrir un accès adéquat au personnel.

f) Établissement de rapports

13. [X] soumettra à l'Autorité et au mandataire chargé du contrôle des rapports écrits en français concernant les acquéreurs potentiels de l'activité cédée ainsi que des informations sur l'évolution des négociations avec ces acquéreurs potentiels, au plus tard quinze (15) jours après la fin de chaque mois suivant la date d'effet (ou, le cas échéant, à la demande de l'Autorité).

14. [X] informera l'Autorité et le mandataire chargé du contrôle de la préparation de la documentation de « *data room* » ainsi que de l'état d'avancement de la procédure d'examen préalable et soumettra une copie des memorandums d'information à l'Autorité et au mandataire chargé du contrôle avant leur transmission aux acquéreurs potentiels.

4. L'acquéreur

15. Le contrat de cession de l'activité cédée contraignant et définitif sera conditionné à l'approbation de l'Autorité. Afin d'assurer la restauration immédiate d'une concurrence effective, l'acquéreur, pour être approuvé par l'Autorité, devra :

- a) être indépendant des parties et sans aucun lien avec elles ;
- b) posséder les ressources financières, les compétences adéquates confirmées, la motivation nécessaire pour pouvoir préserver et développer de manière viable la capacité de l'activité cédée à concurrencer activement les parties et les autres concurrents ;
- c) ne pas être susceptible, à la lumière des informations à la disposition de l'Autorité, de donner lieu à des problèmes de concurrence ni entraîner de risque de retard dans la mise en œuvre des engagements ; être en particulier raisonnablement susceptible d'obtenir toutes les approbations nécessaires des autorités réglementaires compétentes pour l'acquisition de l'activité cédée (les critères mentionnés aux points (a) à (c) ci-dessus concernant l'acquéreur sont ci-après dénommés « **exigences requises de l'acquéreur** »).

16. Lorsque [X] est parvenu à un accord avec un acquéreur potentiel, il doit soumettre à l'Autorité et au mandataire chargé du contrôle une proposition motivée et documentée accompagnée d'une copie de l'accord final. [X] est tenu de démontrer à l'Autorité que l'acquéreur potentiel satisfait aux exigences requises de l'acquéreur et que l'activité est cédée de façon conforme aux engagements. Aux fins de cette approbation, l'Autorité doit vérifier que l'acquéreur proposé remplit les exigences requises de l'acquéreur et que l'activité est cédée de façon conforme aux engagements. L'Autorité pourra approuver la vente partielle de l'activité cédée, c'est-à-dire le transfert d'une partie des actifs ou du personnel, à condition que cela n'affecte pas la viabilité et la compétitivité de l'activité cédée après sa cession, en tenant compte de l'acquéreur proposé.

5. Mandataire

a) Procédure de désignation

17. [X] désignera un mandataire chargé du contrôle pour accomplir les fonctions précisées dans les engagements. Si [X] n'a pas conclu un contrat contraignant dans un délai de un (1) mois avant le terme de la première période de cession ou si l'Autorité a rejeté un acquéreur proposé par [X] à cette date ou par la suite, [X] désignera un mandataire chargé de la cession pour accomplir les fonctions précisées dans les engagements. La désignation du mandataire chargé de la cession prendra effet au début de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession.

18. Le mandataire (le mandataire chargé du contrôle tout comme le mandataire chargé de la cession) devra être indépendant des parties, posséder les qualifications requises pour remplir son mandat (par exemple en tant que banque d'affaires, consultant ou société d'audit) et ne devra pas faire ou devenir l'objet d'un conflit d'intérêts. Chaque mandataire sera rémunéré par les parties selon des modalités qui ne porteront pas atteinte à l'accomplissement indépendant et effectif de ses missions. En particulier, lorsque la rémunération du mandataire chargé de la cession inclut une prime de résultat liée à la valeur de vente finale de l'activité cédée, la prime devra aussi être liée à la réalisation de la cession durant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession.

Proposition par les parties

19. Au plus tard deux (2) semaines après la date d'effet, [X] soumettra à l'Autorité, pour approbation, une liste d'une ou plusieurs personnes que [X] propose de désigner comme mandataire chargé du contrôle. Le cas échéant au plus tard un (1) mois avant la fin de la première période de cession, [X] soumettra à l'Autorité, pour approbation, une liste de une ou plusieurs personnes que [X] propose de désigner comme mandataire chargé de la cession, étant entendu que le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession pourront être les mêmes.

20. La proposition devra comprendre les informations suffisantes pour permettre à l'Autorité de vérifier que le mandataire proposé remplit les conditions détaillées au paragraphe 18 et devra inclure :

- a) le texte intégral du projet de mandat, comprenant toutes les dispositions nécessaires pour permettre au mandataire d'accomplir ses fonctions au titre des engagements ;
- b) l'ébauche de plan de travail décrivant la façon dont le mandataire entend mener sa mission ;
- c) une indication sur le point de savoir si le mandataire proposé est destiné à agir comme mandataire chargé du contrôle et comme mandataire chargé de la cession ou si deux mandataires distincts sont proposés pour les deux fonctions.

Approbation ou rejet par l'Autorité

21. L'Autorité disposera d'un pouvoir d'appréciation pour l'approbation ou le rejet du mandataire proposé et pour l'approbation du mandat proposé, sous réserve de toutes modifications qu'elle estime nécessaires pour l'accomplissement de ses obligations. Si un seul nom est approuvé, [X] devra désigner ou faire désigner la personne ou l'institution concernée comme mandataire, selon les termes du mandat approuvé par l'Autorité. Si plusieurs noms sont approuvés, [X] sera libre de choisir le mandataire à désigner parmi les noms approuvés. Le mandataire sera désigné dans un délai de une (1) semaine suivant l'approbation de l'Autorité selon les termes du mandat approuvé par l'Autorité.

Nouvelle proposition par les parties

22. Si tous les mandataires proposés sont rejetés, [X] soumettra les noms d'au moins deux (2) autres personnes ou institutions dans un délai de une (1) semaine à compter de la date à laquelle elle est informée du rejet par l'Autorité, selon les conditions et la procédure décrites aux paragraphes 18 et 20.

Mandataire(s) désigné(s) par l'Autorité

23. Si tous les mandataires proposés dans cette nouvelle proposition sont rejetés par l'Autorité, cette dernière désignera elle-même un ou plusieurs mandataires que [X] nommera ou fera nommer selon les termes d'un mandat approuvé par l'Autorité.

b) Missions du mandataire

24. Le mandataire assumera ses obligations spécifiques afin d'assurer le respect des engagements. L'Autorité peut, de sa propre initiative ou à la demande du mandataire ou de [X], donner tout ordre ou instruction au mandataire afin d'assurer le respect des conditions et obligations découlant de la décision.

Devoirs et obligations du mandataire chargé du contrôle

25. Le mandataire chargé du contrôle devra :

(i) proposer dans son premier rapport à l'Autorité un plan de travail détaillé décrivant comment il prévoit de vérifier le respect des obligations et conditions résultant de la décision.

(ii) Superviser la gestion courante de l'activité cédée afin de s'assurer de la préservation de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée, et de contrôler le respect par [X] des conditions et obligations résultant de la décision. À cette fin, le mandataire chargé du contrôle devra :

a) s'assurer de la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée, ainsi que de la séparation de celle-ci des activités conservées par [X] conformément aux paragraphes 5 et 6 des engagements ;

- b) contrôler la gestion de l'activité cédée en tant qu'entité distincte et susceptible d'être cédée conformément au paragraphe 8 des engagements ;
 - c) (i) en consultation avec [X], déterminer toutes les mesures nécessaires pour garantir que [X] ne pourra pas, après la date d'effet, obtenir de quelconques secrets d'affaires, savoir-faire, informations commerciales ou toute autre information de nature confidentielle ou protégée concernant l'activité cédée, en particulier s'efforcer dans la mesure du possible de séparer l'activité cédée du réseau informatique central auquel elle serait intégrée, sans compromettre sa viabilité ; et (ii) décider si de telles informations peuvent être divulguées à [X] dans la mesure où elles seraient nécessaires pour permettre à [X] de mettre en œuvre la cession ou dans la mesure où cette divulgation serait requise par la loi ;
 - d) contrôler la séparation des actifs et l'allocation du personnel entre l'activité cédée et [X] ou ses filiales.
- (iii) Assumer les autres missions données au mandataire chargé du contrôle conformément aux conditions et obligations de la décision ;
- (iv) Proposer à [X] les mesures que le mandataire chargé du contrôle juge nécessaires afin d'assurer le respect par [X] des conditions et obligations qui résultent de la décision, en particulier le maintien de la viabilité, de la valeur marchande ou de la compétitivité de l'activité cédée, la séparation de l'activité cédée et l'absence de divulgation d'informations sensibles ;
- (v) Examiner et évaluer les acquéreurs potentiels ainsi que l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement et vérifier, en fonction de l'état d'avancement de cette procédure de désinvestissement :
- a) que les acquéreurs potentiels reçoivent des informations suffisantes sur l'activité cédée et le personnel, en particulier en examinant, si ces documents sont disponibles, la documentation contenue en *data room*, les notes d'information et le processus d'examen préalable, et
 - b) que les acquéreurs potentiels aient un accès adéquat au personnel ;
- (vi) Fournir, dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque mois, un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à [X]. Ce rapport couvrira l'exploitation et la gestion de l'activité cédée de telle sorte que l'Autorité pourra examiner si cette activité est gérée conformément aux engagements, l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement, ainsi que les principales caractéristiques des acquéreurs potentiels. En plus de ces rapports, le mandataire chargé du contrôle informera l'autorité, par écrit et sans délai, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais à [X] une version non confidentielle des documents transmis à l'Autorité, s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que [X] manque au respect des engagements ; et
- (vii) dans le délai de une (1) semaine à compter de la réception de la proposition documentée d'acquéreur potentiel mentionnée au paragraphe 16, remettre à l'Autorité un avis motivé sur le caractère approprié et l'indépendance de l'acquéreur

proposé, sur la viabilité de l'activité cédée après la cession et si l'activité cédée est vendue de façon conforme aux conditions et obligations de la décision et préciser en particulier, le cas échéant selon l'acquéreur proposé, si le transfert de l'activité cédée sans un ou plusieurs éléments d'actifs ou sans une partie du personnel affecte ou non la viabilité de l'activité cédée après la cession, en prenant en considération l'acquéreur proposé.

Devoirs et obligations du mandataire chargé de la cession

26. Pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, celui-ci doit vendre, sans qu'un prix minimal soit fixé, l'activité cédée à un acquéreur, dès lors que l'Autorité aura approuvé l'acquéreur potentiel et l'accord contraignant et définitif de cession selon la procédure énoncée au paragraphe 16. Le mandataire chargé de la cession inclura dans le contrat de cession toutes les modalités et conditions qu'il estime appropriées pour la conclusion d'une vente rapide pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession. En particulier, le mandataire chargé de la cession pourra inclure dans le contrat de cession toutes les déclarations usuelles sur l'état de l'activité, les garanties et les indemnités requises afin d'effectuer la cession. Le mandataire chargé de la cession protégera les intérêts financiers légitimes de [X] sous réserve de l'obligation inconditionnelle des parties de procéder à la cession sans qu'un prix minimal soit fixé pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession.

27. Pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession ou, le cas échéant, à la demande de l'Autorité, le mandataire chargé de la cession fournira à l'Autorité un rapport mensuel détaillé en français sur l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement. Ces rapports seront soumis dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque mois, une copie étant transmise parallèlement et dans les mêmes délais au mandataire chargé du contrôle et une version non confidentielle aux parties.

c) Devoirs et obligations des parties

28. [X], directement ou par l'intermédiaire de ses conseils, apportera au mandataire coopération et assistance et lui fournira toute information raisonnablement requise par le mandataire pour l'accomplissement de ses tâches. Le mandataire aura un accès complet à l'ensemble des livres comptables, registres, documents, membres de direction ou du personnel, infrastructures, sites et informations techniques de [X] ou de l'activité cédée et qui seraient nécessaires pour l'accomplissement de ses devoirs au titre des engagements. [X] et l'activité cédée fourniront au mandataire, à sa demande, copie de tout document. [X] et l'activité cédée mettront à la disposition du mandataire un ou plusieurs bureaux au sein de leurs locaux et devront être disponibles pour des réunions afin de fournir au mandataire les informations nécessaires à l'exécution de sa mission.

29. [X] fournira au mandataire chargé du contrôle toute assistance administrative et de gestion que ce dernier pourra raisonnablement requérir pour le compte de la gestion de l'activité cédée. Cela pourra comprendre les fonctions de support

administratif relatives à l'activité cédée qui seraient actuellement exercées au niveau du siège des parties. [X] fournira et fera fournir par ses conseils au mandataire chargé du contrôle, à sa demande, les informations remises aux acquéreurs potentiels, en particulier la documentation de « *data room* », et toute autre information mise à disposition des acquéreurs potentiels dans le cadre de la procédure d'examen préalable. [X] informera le mandataire chargé du contrôle sur les acquéreurs potentiels, lui fournira une liste de ces acquéreurs et tiendra le mandataire chargé du contrôle informé de toute évolution de la procédure de cession.

30. [X] accordera ou fera accorder par ses filiales au mandataire chargé de la cession tous les pouvoirs, dûment authentiques, afin de réaliser la cession, le *closing* et toutes les actions et déclarations que le mandataire chargé de la cession estime nécessaires ou appropriées aux fins de la réalisation de la cession ou du *closing*, y compris la nomination de conseils pour l'assister dans le processus de cession. À la demande du mandataire chargé de la cession, [X] prendra toutes les mesures juridiques nécessaires afin que les documents requis pour effectuer les transferts et le *closing* soient dûment authentifiés.

31. [X] indemnifiera les mandataires ainsi que leurs employés et agents (individuellement « une **partie indemnisée** ») et garantira chaque partie indemnisée contre toute responsabilité née de l'exécution des fonctions de mandataire au titre des engagements, sauf dans la mesure où cette responsabilité résulterait d'un manquement délibéré, d'une imprudence, d'une faute ou de la mauvaise foi du mandataire, de ses employés ou de ses conseils et agents.

32. Aux frais de [X], le mandataire pourra désigner des conseils (en particulier pour des avis juridiques ou financiers), sous réserve de l'accord de [X] (qui ne pourra pas s'y opposer ou retarder son accord sans justification) dès lors qu'il considérera cette désignation comme nécessaire ou appropriée pour l'accomplissement de ses devoirs et obligations en vertu du mandat, et à la condition que les dépenses exposées par le mandataire à cette occasion soient raisonnables. Si [X] refuse d'approuver les conseils proposés par le mandataire, l'Autorité pourra, après avoir entendu [X], approuver à sa place la désignation des conseils. Le mandataire sera seul habilité à transmettre des instructions à ces conseils. Les dispositions du paragraphe 30 s'appliqueront *mutatis mutandis*. Durant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, celui-ci pourra avoir recours aux mêmes conseils que ceux utilisés par [X] pendant la première période de cession s'il considère que c'est dans l'intérêt d'une vente rapide.

6. Remplacement, décharge et renouvellement de la nomination du mandataire

33. Si un mandataire cesse d'accomplir ses fonctions au titre des engagements ou pour tout autre motif légitime, y compris pour des raisons de conflit d'intérêts du mandataire :

- a) l'Autorité peut, après avoir entendu le mandataire, exiger que [X] remplace le mandataire ; ou

b) [X] peut, avec l'autorisation préalable de l'Autorité, remplacer le mandataire en cause.

34. Il peut être exigé du mandataire révoqué conformément au paragraphe 33 qu'il continue à exercer ses fonctions jusqu'à ce qu'un nouveau mandataire, à qui le mandataire révoqué aura transféré l'ensemble des informations et documents pertinents, soit en fonction. Le nouveau mandataire sera désigné selon la procédure mentionnée aux paragraphes 17 à 23.

35. Mis à part le cas de révocation au sens du paragraphe 33, le mandataire ne pourra cesser d'agir comme mandataire qu'après que l'Autorité l'ait déchargé de ses fonctions, après la réalisation de tous les engagements dont le mandataire en question est chargé. Cependant, l'Autorité pourra à tout moment demander que le mandataire chargé du contrôle soit à nouveau désigné si elle estime que les engagements concernés n'ont pas été entièrement ou correctement mis en œuvre.

7. Clause de réexamen

36. L'Autorité pourra, le cas échéant et en réponse à une demande écrite de [X] exposant des motifs légitimes et accompagnés d'un rapport du mandataire chargé du contrôle :

- a) accorder une prolongation des délais prévus par les engagements ; et/ou
- b) lever, modifier ou remplacer, en cas de circonstances exceptionnelles, un ou plusieurs engagements.

37. Dans le cas où [X] demande une prolongation de délais, il doit soumettre une requête dans ce sens à l'Autorité au plus tard un (1) mois avant l'expiration du délai concerné, exposant ses motifs légitimes. [X] pourra demander une prolongation au cours du dernier mois du délai, seulement si des circonstances exceptionnelles le justifient.

Annexe

La structure juridique et fonctionnelle de l'activité cédée telle qu'opérée à ce jour est la suivante : *[décrire la structure juridique et fonctionnelle de l'activité cédée, y compris son organigramme]*.

Conformément au paragraphe 4 des engagements, l'activité cédée comprend, mais n'est pas limitée à :

- a) les immobilisations corporelles principales suivantes : *[indiquer les immobilisations corporelles essentielles, comme les usines/entrepôts/pipelines situés à abc et les terrains/biens immobiliers sur lesquels sont situés les usines/entrepôts; les installations de recherche et développement]*;
- b) les immobilisations incorporelles principales suivantes : *[indiquer les principales immobilisations incorporelles. Devraient notamment être inclus (i) les marques et (ii) tous les autres droits de propriété intellectuelle utilisés par l'activité cédée]*;
- c) les licences, permis et autorisations principaux suivants : *[indiquer les principaux permis, licences et autorisations]*;
- d) les contrats, baux et engagements principaux suivants : *[indiquer les principaux contrats, etc.]*;
- e) les fichiers clients et de crédits et les autres fichiers suivants : *[indiquer les principaux fichiers clients et de crédits, suivant des indications spécifiques au secteur en cause le cas échéant]*;
- f) le personnel suivant : *[indiquer les membres du personnel qui doivent être transférés en général, incluant le personnel effectuant les fonctions essentielles pour l'activité cédée, comme le personnel chargé centralement de la recherche et développement]*;
- g) le personnel essentiel suivant : *[indiquer les noms et fonctions du personnel essentiel, y compris le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, si nécessaire]*; et
- h) les accords pour la fourniture des produits et services par [X] et ses filiales pour une période de transition jusqu'à [•] après closing : *[indiquer les produits et services qui doivent être fournis pour une période de transition afin de maintenir la viabilité économique et la compétitivité de l'activité cédée]*.

L'activité cédée ne comprend pas :

- (i) ...;
- (ii) *[Il est de la responsabilité des parties d'indiquer clairement les éléments qui ne sont pas compris dans l'activité cédée.]*

G. Modèle de contrat-type de mandat

ENTRE :

[X] [*indiquer le nom de l'entreprise qui cède son activité*] (ci-après « [X] »), société de droit [*indiquer le droit applicable à la société*], dont le siège social est situé à [*indiquer l'adresse complète*], représentée par [*indiquer le nom et la qualité de la personne représentant X pour le mandat*],

ci-après dénommée « **l'entreprise mandante** », d'une part,

ET

[*insérer le nom, l'adresse et, le cas échéant, les détails relatifs à sa qualité de société du mandataire*],

ci-après dénommé « **le mandataire** », d'autre part.

L'entreprise mandante et le mandataire sont collectivement dénommés « **les parties** ».

IL EST PRÉALABLEMENT EXPOSÉ CE QUI SUIT :

Dans le cadre de l'opération de concentration n° [*numéro et nom de l'affaire*], et conformément à l'article [L. 430-5 (*phase 1*), ou L. 430-7 (*phase 2*)] du Code de commerce, l'entreprise mandante a proposé des engagements (« les **engagements** »), dont une copie figure en Annexe 1, afin de permettre à l'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** ») d'autoriser [*Description de l'opération : par exemple la prise de contrôle exclusif de ... ; la création d'une entreprise commune entre ... et ...*]. L'Autorité a donc autorisé l'opération par une décision n° [*numéro et date de la décision*] (« la **décision** »), sous réserve de la réalisation des engagements.

Conformément aux engagements, l'entreprise mandante s'est engagée à céder [*activité qui doit être cédée*] (« **l'activité cédée** »). Dans l'attente de la cession de l'activité cédée, l'entreprise mandante s'est engagée à préserver sa viabilité économique, sa valeur marchande et sa compétitivité.

L'entreprise mandante s'est engagée à désigner un mandataire chargé de contrôler le respect des engagements (« **mandataire chargé du contrôle** ») et un mandataire chargé de mener à bien la cession de l'activité cédée dans l'hypothèse où celle-ci n'aurait pas fait l'objet d'un contrat de cession à l'issue de la première période de cession (« **mandataire chargé de la cession** »). Par le présent contrat de mandat, l'entreprise mandante investit le mandataire en tant que mandataire chargé du contrôle et, le cas échéant à compter du [*date de fin de la première période de cession*], en tant que mandataire chargé de la cession.

La désignation du mandataire et les termes de ce mandat ont été agréés par l'Autorité par lettre du [*indiquer la date de la lettre d'agrément*].

En cas de doute ou de contradiction, le mandat sera interprété conformément i) à la décision et aux engagements, ii) au cadre général du droit français, en particulier le Code de commerce, et iii) aux lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations.

CELA ETANT EXPOSÉ, LES PARTIES SONT CONVENUES DE CE QUI SUIT :

1. Définitions

1. Dans le cadre des engagements et pour les besoins du présent mandat, les termes ci-dessous seront définis de la manière suivante :

Acquéreur : la ou les entités approuvées par l'Autorité en tant qu'acquéreurs de l'activité conformément aux critères définis dans les engagements.

Activité cédée : les actifs, tels que définis au point ii) ci-dessus et dans les engagements, que l'entreprise mandante s'est engagée à céder.

Cession : la conclusion d'un contrat définitif de vente de l'activité cédée à l'acquéreur.

Closing : le transfert de propriété effectif de l'activité cédée à l'acquéreur

Première période de cession : période de x mois commençant à la date de décision de l'Autorité, se terminant le [date].

Mandataire : le mandataire chargé du contrôle ou chargé de la cession.

Entreprises liées au mandataire : les autres entreprises appartenant au même groupement d'individus ou d'entreprises que le mandataire.

Équipe du mandataire : les personnes clés responsables de l'exécution des tâches confiées par le mandat et identifiées au paragraphe 4.

Plan de travail : document soumis à l'Autorité par le mandataire avant son agrément et détaillant l'organisation de ses travaux. Ce document figure en annexe [•] de ce mandat et une version plus détaillée sera soumise à l'Autorité par le mandataire à l'occasion de son premier rapport.

2. Désignation du mandataire

2. Par le présent mandat, l'entreprise mandante confie au mandataire un mandat exclusif pour exercer les missions de mandataire chargé du contrôle et de mandataire chargé de la cession conformément aux engagements. Le mandataire accepte cette désignation conformément aux termes du présent mandat.

3. Les fonctions du mandataire prennent effet à la date de signature du présent contrat, à l'exception de sa fonction de mandataire chargé de la cession qui prendra effet à l'issue de la première période de cession.

4. L'équipe du mandataire est composée des personnes suivantes : [indiquer le nom et le titre de chacune des personnes (associés/personnel dirigeant)]. Le mandataire ne remplacera pas les membres de l'équipe du mandataire sans agrément préalable de l'Autorité et de l'entreprise mandante.

3. Devoirs et obligations du mandataire

5. Le mandataire devra, pour le compte de l'Autorité, veiller au respect par l'entreprise mandante des engagements et assurer, conformément au plan de travail agréé par l'Autorité, les missions qui lui sont assignées par le présent contrat de mandat.

6. L'Autorité pourra, de sa propre initiative ou à la demande du mandataire ou de l'entreprise mandante, adresser au mandataire toute instruction visant à assurer

la réalisation des engagements. En aucun cas, l'entreprise mandante ne pourra donner d'instructions au mandataire.

7. Le mandataire pourra proposer à l'entreprise mandante toute mesure qu'il considérera nécessaire pour assurer le respect des engagements, et pourra proposer à l'Autorité des mesures nécessaires, dans l'hypothèse où l'entreprise mandante ne respecterait pas les propositions du mandataire dans les délais fixés par le mandataire.

a) Devoirs et obligations du mandataire chargé du contrôle

Contrôle de l'activité cédée

8. Le mandataire chargé du contrôle doit, conformément aux engagements, superviser la gestion courante de l'activité cédée afin de s'assurer de la préservation de sa viabilité, de sa valeur marchande et de sa compétitivité, et de contrôler le respect par l'entreprise mandante de ses engagements. À cette fin et jusqu'au *closing*, le mandataire chargé du contrôle doit en particulier :

- a) contrôler (i) la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée conformément aux bonnes pratiques commerciales, (ii) la minimisation, autant que possible, de tout risque de perte de compétitivité potentielle de l'activité cédée; (iii) l'absence d'actions sous sa propre responsabilité qui produiraient un effet négatif significatif sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'activité cédée, ou la stratégie industrielle ou commerciale ainsi que la politique d'investissement de l'activité cédée; (iv) la mise à disposition de l'activité cédée par l'entreprise mandante des ressources suffisantes nécessaires à son développement, sur la base et dans la continuité des plans d'entreprise existants; (v) l'accomplissement par l'entreprise mandante de toutes les actions nécessaires, notamment des systèmes d'incitation adéquats (conformes aux pratiques du secteur concerné), pour encourager l'ensemble du personnel essentiel à rester avec l'activité cédée;
- b) contrôler que l'activité cédée est gérée comme une entité distincte et cessible, séparée de l'activité de l'entreprise mandante ou de ses filiales;
- c) en consultation avec l'entreprise mandante, (i) déterminer toutes les mesures nécessaires pour garantir que l'entreprise mandante ne pourra pas, après la date d'effet, obtenir de quelconques secrets d'affaires, savoir-faire, informations commerciales ou toute autre information de nature confidentielle ou protégée concernant l'activité cédée, et (ii) décider si de telles informations peuvent être divulguées à l'entreprise mandante dans la mesure où elles seraient nécessaires pour lui permettre de mettre en œuvre la cession ou dans la mesure où cette divulgation serait requise par la loi.

Contrôle de la cession

9. Le mandataire chargé du contrôle assistera l'Autorité dans le cadre de son contrôle du processus de cession et de l'examen des acquéreurs proposés. Par conséquent, le mandataire chargé du contrôle devra pendant la première période de cession :

- a) examiner et évaluer l'état d'avancement du processus de cession et de la recherche d'acquéreurs potentiels;
- b) vérifier, en fonction de l'étape du processus de cession, (i) que les acquéreurs potentiels reçoivent des informations suffisantes sur l'activité cédée (en examinant si ces documents sont disponibles, la documentation contenue en *data room*, les notes d'information et le processus d'examen préalable; (ii) que les acquéreurs potentiels aient un accès adéquat au personnel.

10. Une fois que l'entreprise mandante aura soumis à l'Autorité une proposition documentée pour un acquéreur, le mandataire devra, dans le délai de une (1) semaine à compter de la réception de la proposition documentée, soumettre à l'Autorité un avis motivé sur le caractère approprié et l'indépendance de l'acquéreur proposé, sur la viabilité de l'activité cédée après la cession et si l'activité cédée est vendue de façon conforme aux engagements.

b) Devoirs et obligations du mandataire chargé de la cession

11. À l'issue de la première période de cession, l'entreprise mandante donne un mandat exclusif au mandataire pour vendre l'activité cédée à un acquéreur agréé par l'Autorité.

12. Le mandataire chargé de la cession doit vendre l'activité cédée, sans qu'un prix minimal soit fixé, à un ou plusieurs acquéreurs approuvés par l'Autorité.

ou

Le mandataire chargé de la cession doit vendre l'activité cédée, à un ou plusieurs acquéreurs approuvés par l'Autorité. Un prix minimal fixé avec l'entreprise mandante pourra être maintenu au cours des x premiers mois de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession. Celui-ci agira ensuite les y mois suivants sans prix minimal.

13. Le mandataire chargé de la cession inclura dans le contrat de cession toutes les modalités et conditions qu'il estime appropriées pour la conclusion d'une vente rapide. En particulier, le mandataire chargé de la cession peut inclure dans le contrat de vente des déclarations habituelles, garanties et indemnités pouvant être requises de manière raisonnable pour effectuer la cession. Dans le même temps, le mandataire chargé de la cession protégera les intérêts financiers légitimes de l'entreprise mandante.

c) Obligations d'établissement de rapports

14. Le mandataire chargé du contrôle devra fournir tous les deux (2) mois un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à l'entreprise mandante.

15. Le rapport fera un point sur le respect par le mandataire chargé du contrôle de ses obligations en application du mandat et le respect par l'entreprise mandante des engagements. Les rapports doivent couvrir en particulier les sujets suivants :

- a) proposition d'un plan de travail détaillé dans le premier rapport ainsi que d'éventuelles modifications dans les rapports ultérieurs ou toute difficulté rencontrée dans l'établissement du plan de travail;

- b) performance opérationnelle et financière de l'activité cédée dans la période visée par le rapport; contrôle de la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée et du respect par l'entreprise mandante des obligations de maintien séparé de l'activité cédée;
- c) état d'avancement de la procédure de cession, incluant une liste des acquéreurs potentiels, leurs principales caractéristiques, l'état des négociations et toute autre information reçue par l'entreprise mandante concernant la cession;
- d) toute difficulté apparue au cours de l'exécution de son mandat, en particulier toute difficulté relative à la non-exécution par l'entreprise mandante de ses engagements;
- e) estimation du calendrier à venir.

16. À l'issue de la première période de cession, le mandataire chargé de la cession devra fournir tous les deux (2) mois un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à l'entreprise mandante. Le rapport fera un point sur le respect par le mandataire chargé de la cession de ses obligations en application du mandat et le respect par l'entreprise mandante des engagements. Les rapports doivent couvrir en particulier les sujets suivants :

- a) proposition d'un plan de travail détaillé dans le premier rapport ainsi que d'éventuelles modifications dans les rapports ultérieurs ou toute difficulté rencontrée dans l'établissement du plan de travail;
- b) l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement, notamment bilan des négociations avec chacun des acquéreurs potentiels, liste des acquéreurs potentiels et avis préliminaire sur chacun d'eux;
- c) toute difficulté ou tout problème concernant la cession de l'activité cédée, incluant toute difficulté et tout problème concernant la négociation des accords nécessaires;
- d) le besoin de se faire assister d'un conseiller pour la cession de l'activité cédée et une liste des conseils sélectionnés par le mandataire dans ce but.

17. À tout moment, le mandataire fournira à l'Autorité, à la demande de celle-ci (ou à l'initiative du mandataire), un rapport oral ou écrit sur les questions relevant de son mandat. L'entreprise mandante devra recevoir parallèlement une version non confidentielle des rapports écrits additionnels et devra être informée rapidement du contenu non confidentiel de tout rapport oral.

18. En plus des rapports, le mandataire informera l'Autorité, par écrit et sans délai, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais à l'entreprise mandante une version non confidentielle des documents transmis à l'Autorité, s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que l'entreprise mandante manque au respect des engagements.

4. Devoirs et obligations de l'entreprise mandante

19. L'entreprise mandante, directement ou par l'intermédiaire de ses conseils, apportera au mandataire coopération et assistance, et lui fournira toute information

raisonnablement requise par le mandataire pour l'accomplissement de ses tâches. Concernant spécifiquement l'activité cédée, le mandataire aura un accès complet à l'ensemble des livres comptables, registres, documents, membres de direction ou du personnel, infrastructures, sites et informations techniques de l'entreprise mandante ou de l'activité cédée qui s'avèrent nécessaires pour l'accomplissement de ses tâches au titre des engagements. L'entreprise mandante et l'activité cédée fourniront au mandataire, à sa demande, copie de tout document. L'entreprise mandante et l'activité cédée mettront à la disposition du mandataire, si nécessaire, un ou plusieurs bureaux au sein de leurs locaux et devront être disponibles pour des réunions afin de fournir au mandataire les informations nécessaires à l'exécution de sa mission.

20. L'entreprise mandante fournira au mandataire chargé du contrôle toute assistance administrative et de gestion que ce dernier pourra raisonnablement requérir, par exemple les fonctions de support administratif relatives à l'activité cédée. L'entreprise mandante fournira ou fera fournir par ses conseils au mandataire chargé du contrôle, à sa demande, les informations remises aux acquéreurs potentiels et toute autre information mise à disposition des acquéreurs potentiels dans le cadre de la procédure d'examen préalable. L'entreprise mandante informera le mandataire chargé du contrôle sur les acquéreurs potentiels, lui fournira une liste de ces acquéreurs, et le tiendra informé de tout développement dans la procédure de cession.

21. À l'issue de la première période de cession, l'entreprise mandante accordera au mandataire chargé de la cession tous les pouvoirs nécessaires afin de réaliser la cession, le *closing* et toutes les actions et déclarations que le mandataire chargé de la cession estime nécessaires ou appropriées aux fins de la réalisation de la cession ou du *closing*.

22. Aux frais et avec l'accord de l'entreprise mandante, le mandataire pourra désigner des conseils (en particulier pour des avis juridiques ou financiers) si cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission, à la condition que les dépenses exposées par le mandataire soient raisonnables. Si l'entreprise mandante refuse, l'Autorité pourra, après avoir entendu l'entreprise mandante, approuver à sa place la désignation des conseils. Le mandataire sera seul habilité à transmettre des instructions à ces conseils. À l'issue de la première période de cession, le mandataire chargé de la cession pourra avoir recours aux mêmes conseils que ceux utilisés par l'entreprise mandante durant la première période de cession s'il considère que c'est dans l'intérêt d'une vente rapide.

5. *Stipulations relatives au mandataire*

a) **Conflit d'intérêts**

23. Les relations actuelles entre, d'un côté, l'entreprise mandante et ses filiales et, d'un autre côté, le mandataire, l'équipe du mandataire, et les entreprises liées au mandataire sont déclarées en annexe [•] de ce mandat. Sur cette base, le mandataire certifie que lui-même et chaque membre de son équipe sont indépendants de l'entreprise mandante et ses filiales, et qu'aucun conflit d'intérêts ne porte atteinte

à son objectivité et à sa capacité d'exécuter avec indépendance les missions qui lui sont confiées aux termes du présent mandat (« **conflit d'intérêts** »).

24. Le mandataire s'engage à ne créer aucun conflit d'intérêts durant l'exécution du mandat. Le mandataire, les membres de son équipe et les entreprises liées au mandataire ne peuvent pas au cours de l'exécution de ce mandat :

- a) occuper ou accepter tout emploi, fonction ou mandat social au sein de l'entreprise mandante ou de ses filiales, à l'exception des nominations éventuelles relatives à la mise en œuvre et l'exécution du mandat ;
- b) exécuter ou accepter toute mission ou toute relation d'affaires ou avoir tout intérêt financier avec l'entreprise mandante ou ses filiales qui pourrait donner lieu à un conflit d'intérêts. Si le mandataire, les entreprises liées au mandataire ou les membres de l'équipe du mandataire souhaitent s'engager dans une mission, une relation d'affaires ou un investissement avec l'entreprise mandante ou ses filiales, la personne concernée doit d'abord obtenir l'accord de l'Autorité.

25. Si le mandataire est informé de l'existence d'un conflit d'intérêts, il doit en informer immédiatement l'entreprise mandante et l'Autorité. Dans l'hypothèse où l'entreprise mandante est informée de l'existence, potentielle ou avérée, d'un conflit d'intérêts, elle doit en informer le mandataire et l'Autorité. Quand un conflit d'intérêts apparaît au cours du mandat, le mandataire s'engage à y mettre fin immédiatement. Dans l'hypothèse où le conflit d'intérêts ne peut être ou n'est pas résolu par le mandataire dans les meilleurs délais, il pourra être mis fin au mandat dans les conditions définies aux paragraphes 37 et 38 ci-après.

26. Pour la durée de l'exécution du mandat, et pour une période de un (1) an à compter de la fin du mandat, le mandataire, son équipe et ses filiales s'engagent à ne pas fournir à l'entreprise mandante ou ses filiales de prestations de service de toute nature, et notamment de conseil, et plus généralement s'engagent à n'accepter aucun emploi, fonction ou mandat social au sein de l'entreprise mandante ou ses filiales. En outre, le mandataire s'engage à mettre en place les mesures nécessaires afin de garantir son indépendance ainsi que celle des membres de son équipe.

b) Rémunération

27. *[C'est aux parties au contrat de mandat de s'accorder sur une structure d'honoraires appropriée. Le mandataire doit être rémunéré d'une manière qui n'affecte pas son indépendance et son efficacité dans l'exécution du mandat. En ce qui concerne le mandataire chargé de la cession, l'Autorité est en faveur des structures d'honoraires qui, au moins dans une mesure significative, sont fonction de l'accomplissement par le mandataire chargé de la cession d'une cession dans les meilleurs délais. En particulier, si la rémunération globale inclut une prime de réussite liée à la valeur de la vente finale de l'activité cédée, les honoraires doivent aussi être liés à une cession dans la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession comme défini dans les engagements. Il faut noter que la structure des honoraires, comme le mandat dans son entier, est soumise à l'agrément de l'Autorité.]*

c) Garantie

28. L'entreprise mandante garantit le mandataire contre toute responsabilité née de l'exécution de ses fonctions de mandataire au titre des engagements, sauf dans

la mesure où cette responsabilité résulterait d'une faute lourde ou intentionnelle ou de la mauvaise foi du mandataire ou des membres de son équipe.

29. Cette garantie restera applicable pendant une durée de cinq (5) ans après l'expiration du mandat.

d) Confidentialité

30. Le mandataire reconnaît être tenu à la plus stricte confidentialité concernant l'ensemble des aspects du présent mandat et de son exécution. À ce titre, et sans préjudice des autres dispositions du présent contrat, le mandataire s'engage, dès son entrée en vigueur, à ne divulguer à aucune personne tierce, à l'exception des services de l'Autorité, des membres de son équipe et des éventuels conseils extérieurs de l'entreprise mandante, pour quelque cause que ce soit :

- a) le contenu de son mandat, y compris ses annexes et éventuels avenants ;
- b) les actes et informations de toute nature (industrielle, commerciale, fiscale, juridique et administrative) dont il aura eu connaissance dans le cadre de l'exécution de sa mission et concernant l'entreprise mandante ;
- c) le contenu de ses communications et rapports à l'Autorité relatifs au respect et à la réalisation des engagements et à l'exécution de sa mission ;
- d) plus généralement, toute information non publique concernant l'entreprise mandante.

31. Le mandataire s'engage à faire respecter et se porte garant du respect de cet engagement de confidentialité par les membres de son équipe.

32. Le présent engagement de confidentialité ne fait pas obstacle :

- a) à la communication par le mandataire des informations et documents précités à l'Autorité, et des versions non confidentielles de ces informations et documents à l'entreprise mandante dans les conditions prévues par le présent contrat ;
- b) à la communication par le mandataire des documents et informations nécessaires à l'exécution de sa mission à ses conseils soumis à des règles de déontologie professionnelle prévoyant des obligations de confidentialité pendant la durée du présent contrat ; et
- c) à la communication d'informations exigée par la loi.

33. Cette obligation de confidentialité restera applicable pendant une durée de cinq (5) ans après l'expiration du mandat.

6. Cessation du mandat

34. Le mandat prendra fin dans les conditions définies ci-après :

a) Cessation du mandat dans des conditions normales

35. Le mandat prendra automatiquement fin dès que l'Autorité constatera que l'ensemble des engagements a été réalisé et déchargera par écrit le mandataire de ses obligations.

36. L'entreprise mandante reconnaît que l'Autorité pourra à tout moment exiger que le mandataire soit nommé à nouveau s'il apparaissait ultérieurement que les

engagements n'ont pas été complètement exécutés. En acceptant le présent mandat, le mandataire accepte sa re-désignation éventuelle conformément aux termes et conditions de ce mandat.

b) Révocation du mandat avant son terme normal

37. L'entreprise mandante pourra mettre fin au mandat, avant la décharge du mandataire, uniquement dans les conditions définies par les engagements (paragraphe [•]). Le mandataire peut mettre fin à son mandat uniquement pour une cause justifiée, en fournissant un préavis écrit à l'entreprise mandante et une copie à l'Autorité.

38. Il peut être exigé du mandataire révoqué qu'il continue à exercer ses fonctions jusqu'à ce qu'un nouveau mandataire, à qui le mandataire révoqué aura transféré l'ensemble des informations et documents pertinents, soit en fonction. Le nouveau mandataire sera désigné selon la procédure susmentionnée.

7. *Autres dispositions*

a) Révisions du contrat de mandat

39. Le mandat ne peut être révisé que par écrit et avec l'autorisation préalable de l'Autorité. L'Autorité peut par ailleurs demander, après échanges contradictoires, à l'entreprise mandante et au mandataire d'amender le contrat de mandat, de façon à assurer le strict respect des engagements.

b) Loi applicable et règlement des différends

40. En cas de doute ou de contradiction, le présent contrat doit être interprété conformément aux engagements et à leurs annexes et à la décision de l'Autorité [*n° et date de la décision*], et plus largement au droit français auquel il est expressément soumis.

41. Tout litige relatif à son interprétation ou son exécution relève de la compétence exclusive du tribunal de commerce de Paris.

c) Détachabilité

42. La nullité ou le caractère non opposable de l'une des dispositions du présent contrat n'entraînera pas la nullité ou le défaut d'opposabilité des autres dispositions.

d) Élection de domicile

43. Toute communication envoyée en application du présent contrat sera effectuée par écrit et sera réputée avoir été valablement effectuée si elle a été remise en main propre à la partie au mandat à laquelle elle est adressée, ou si elle a été transmise par lettre recommandée avec accusé de réception, ou, lorsqu'elle a été envoyée par télécopie ou par courrier électronique, s'il en a été accusé réception par écrit ou par courrier électronique. Toute communication devra être effectuée aux personnes et adresses suivantes :

Organisation



Organisation

Composition du collège au 31 décembre 2013 _____	491
Composition du collège à compter du 19 mars 2014 _____	492
Commissaires du gouvernement auprès de l’Autorité de la concurrence _____	493
Organigramme au 31 décembre 2013 _____	494
Rapporteurs généraux de l’Autorité de la concurrence (au 31 décembre 2013) _____	495
Sections du collège au 31 décembre 2013 _____	496
Sections du collège au 2 avril 2014 _____	497

Organisation

Composition du collège au 31 décembre 2013

Bruno Lasserre	Président (conseiller d'État)	Nommé le 14 janvier 2009
Élisabeth Flüry-Hérard	Vice-présidente (ancien membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel)	Nommée le 27 février 2009
Patrick Spilliaert	Vice-président (conseiller référendaire à la Cour des comptes)	Nommé le 27 février 2009
Claire Favre	Vice-présidente (conseiller honoraire à la Cour de cassation)	Nommée le 12 mars 2013
Emmanuel Combe	Vice-président (professeur de sciences économiques à l'université Paris-I)	Nommé le 14 novembre 2012
Membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, ou des autres juridictions administratives ou judiciaires		
Pierrette Pinot	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 27 février 2009
Jean-Bertrand Drummen	Président du tribunal de commerce de Nanterre	Nommé le 27 février 2009
Noël Diricq	Conseiller maître à la Cour des comptes	Nommé le 27 février 2009
Thierry Tuot	Conseiller d'État	Nommé le 27 février 2009
Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation		
Reine-Claude Mader-Saussaye	Présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie	Nommée le 27 février 2009
Laurence Idot	Professeur de droit de la concurrence à l'université Paris-II	Nommée le 27 février 2009
Jean-Philippe Cotis	Conseiller maître à la Cour des comptes	Nommé le 12 mars 2013
Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales		
Carol Xueref	Directrice des affaires juridiques et du développement du groupe Essilor International	Nommée le 27 février 2009
Yves Brissy	Avocat au barreau de Paris	Nommé le 27 février 2009
Pierre Godé	Administrateur du groupe LVMH	Nommé le 27 février 2009
Jean-Vincent Boussiquet	Président de l'Union nationale artisanale charpente, menuiserie, agencement	Nommé le 27 février 2009

Composition du collège à compter du 19 mars 2014

Bruno Lasserre	Président (conseiller d'État)	Nommé le 28 février 2014
Élisabeth Flury-Hérard	Vice-présidente (ancien membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel)	Nommée le 19 mars 2014
Emmanuel Combe	Vice-président (professeur de sciences économiques à l'université Paris-I)	Nommé le 14 novembre 2012
Claire Favre	Vice-présidente (conseiller honoraire à la Cour de cassation)	Nommée le 12 mars 2013
Thierry Dahan	Vice-président (conseiller maître à la Cour des comptes)	Nommé le 19 mars 2014
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		
Noël Diricq	Conseiller maître à la Cour des comptes	Nommé le 19 mars 2014
Pierrette Pinot	Conseiller à la Cour de cassation	Nommée le 19 mars 2014
Isabelle de Silva	Conseiller d'État	Nommée le 19 mars 2014
Séverine Larère	Maître des requêtes au Conseil d'État	Nommée le 19 mars 2014
Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation		
Reine-Claude Mader-Saussaye	Présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie	Nommée le 19 mars 2014
Laurence Idot	Professeur de droit de la concurrence à l'université Paris-II	Nommée le 19 mars 2014
Philippe Choné	Chercheur au Centre de recherche en économie et statistique	Nommé le 19 mars 2014
Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales		
Carol Xueref	Directrice des affaires juridiques et du développement du groupe Essilor International SA	Nommée le 19 mars 2014
Sandra Lagumina	Directrice générale de GrDF	Nommée le 19 mars 2014
Marie-Laure Sauty de Chalon	Présidente-directrice générale du groupe aufeminin.com	Nommée le 19 mars 2014
Chantal Chomel	Directrice des affaires juridiques de Coop de France	Nommée le 19 mars 2014
Olivier d'Ormesson	Avocat à la cour	Nommé le 19 mars 2014

Commissaires du gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence

A été nommée le 3 juin 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Nathalie HOMOBONO, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)

Ont été nommés le 17 mars 2009 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Pierre CHAMBU, sous-directeur à la DGCCRF, Chef du bureau 6 – Services et réseaux

André MARIE, chef du bureau 3B – Politique de la concurrence (DGCCRF)

Ont été nommés le 29 avril 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Jean-Louis GERARD, sous-directeur à la DGCCRF, chef du bureau 4 – Produits alimentaires et marchés agricoles et alimentaires

Axel THONIER, sous-directeur à la DGCCRF, chef du bureau 5 – Industrie, santé et logement

A été nommée le 29 septembre 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Cécile PENDARIES, sous-directrice à la DGCCRF, chef du bureau 3 – Affaires juridiques, politiques de la concurrence et de la consommation

A été nommé le 11 janvier 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Stanislas MARTIN, chef du service de la protection des consommateurs et de la régulation des marchés (DGCCRF)

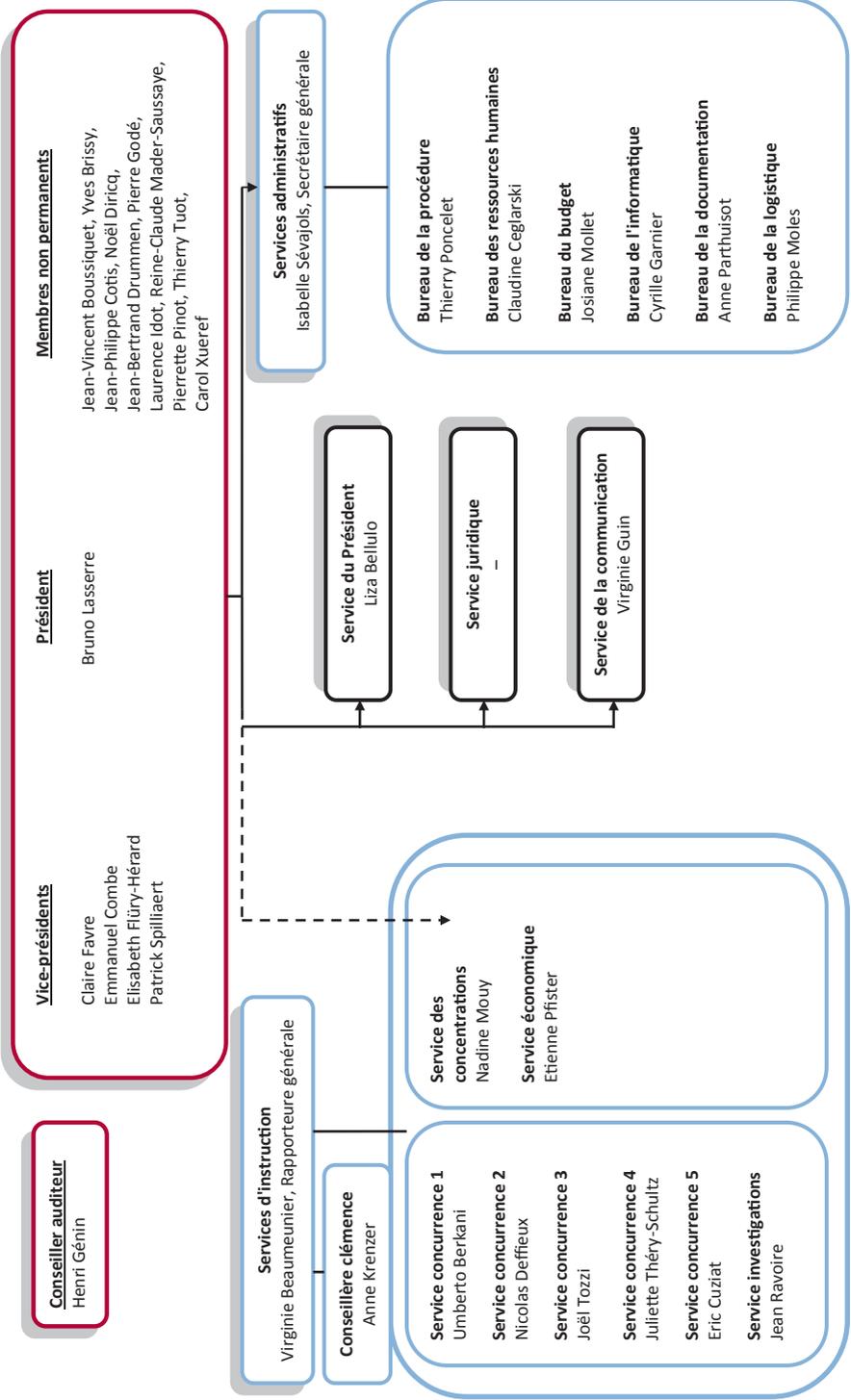
Ont été nommés le 18 juin 2012 par arrêté du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Alain BOULANGER, chef du bureau 5B – Produits et prestations de santé et services à la personne (DGCCRF)

Paul-Emmanuel PIEL, chef du bureau 6B – Médias, télécommunications, biens et services culturels (DGCCRF)

Organigramme

Organisation de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2013



Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2013

Virginie BEAUMEUNIER, Rapporteuse générale (arrêté de renouvellement du 4 mars 2013)

Service concurrence 1

Umberto BERKANI, rapporteur général adjoint (décision de la Rapporteuse générale en date du 5 novembre 2012; entrée en fonctions à compter du 1^{er} janvier 2013).

Service concurrence 2

Nicolas DEFFIEUX, rapporteur général adjoint (décision de la Rapporteuse générale en date du 19 septembre 2012; entrée en fonctions à compter du 1^{er} octobre 2012).

Service concurrence 3

Joël TOZZI, rapporteur général adjoint (décision de la Rapporteuse générale en date du 8 octobre 2013; entrée en fonctions à compter du 1^{er} novembre 2013).

Service concurrence 4

Juliette THERY-SCHULTZ, rapporteure générale adjointe (décision de la Rapporteuse générale en date du 18 juillet 2013; entrée en fonctions à compter du 15 septembre 2013).

Service concurrence 5

Éric CUZIAT, rapporteur général adjoint (par décision de la Rapporteuse générale du 6 mars 2013, renouvelé dans ses fonctions).

Nadine MOUY, rapporteure générale adjointe (par décision de la Rapporteuse générale du 6 mars 2013, renouvelée dans ses fonctions).

Sections du collège au 31 décembre 2013

Section I A

Bruno Lasserre, président, Claire Favre, Emmanuel Combe, Élisabeth Flüry-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Laurence Idot, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres

Section I B

Bruno Lasserre, président, Claire Favre, Emmanuel Combe, Élisabeth Flüry-Hérard, Patrick Spilliaert, vice-présidents, Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, membres

Section II

Claire Favre, vice-présidente, Jean-Vincent Boussiquet, Yves Brissy, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Reine-Claude Mader-Saussaye, membres

Section III

Emmanuel Combe, vice-président, Yves Brissy, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Thierry Tuot, Carol Xueref, membres

Section IV

Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, Pierrette Pinot, membres

Section V

Patrick Spilliaert, vice-président, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Thierry Tuot, membres

Sections du collège au 2 avril 2014

Section I A

Bruno Lasserre, Président, Elisabeth Flüry-Hérard, Emmanuel Combe, Claire Favre, Thierry Dahan, vice-présidents, Chantal Chomel, Philippe Choné, Sandra Lagumina, Séverine Larère, Laurence Idot, Carol Xueref, membres

Section I B

Bruno Lasserre, Président, Elisabeth Flüry-Hérard, Emmanuel Combe, Claire Favre, Thierry Dahan, vice-présidents, Noël Diricq, Reine-Claude Mader-Saussaye, Olivier d'Ormesson, Pierrette Pinot, Marie-Laure Sauty de Chalon, Isabelle de Silva, membres

Section II

Claire Favre, vice-présidente, Chantal Chomel, Noël Diricq, Séverine Larère, Reine-Claude Mader-Saussaye, Olivier d'Ormesson, membres

Section III

Emmanuel Combe, vice-président, Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, Olivier d'Ormesson, Marie-Laure Sauty de Chalon, Isabelle de Silva, membres

Section IV

Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, Philippe Choné, Noël Diricq, Sandra Lagumina, Séverine Larère, Pierrette Pinot, membres

Section V

Thierry Dahan, vice-président, Philippe Choné, Laurence Idot, Pierrette Pinot, Isabelle de Silva, Carol Xueref, membres

Index



Index

Index par secteur d'activité (codes NAF) _____	503
Index par entreprise ou organisme _____	507

Index par secteur d'activité (codes NAF)

1-Agriculture, chasse, services annexes

Élevage de bovins
13-A-22

Fabrication de tracteurs agricoles
13-A-05
Réparation de matériel agricole
13-A-05

15-Industries alimentaires

Charcuterie
13-D-03
Fabrication de lait liquide et de produits frais
13-A-22
Production de viandes de boucherie
13-D-03
Vinification
13-D-22

31-Fabrication de machines et appareils électriques

Fabrication de matériels électriques
13-D-08

33-Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication de lunettes
13-D-05

19-Industrie du cuir et de la chaussure

Apprêt et tannage des cuirs
13-A-06
Fabrication d'articles de voyage et de maroquinerie
13-A-06

36-Fabrication de meubles ; industries diverses

Fabrication d'articles de sport
13-A-01

22-Édition, imprimerie, reproduction

Édition de journaux
13-D-10
Édition de revues et périodiques
13-D-10

40-Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution et commerce d'électricité
13-D-04; 13-A-13; 13-A-25
Distribution de combustibles gazeux
13-A-09; 13-A-13
Production d'électricité
13-D-04; 13-D-20; 13-A-13
Production de gaz manufacturé
13-A-13
Transport d'électricité
13-D-04

24-Industrie chimique

Fabrication de médicaments
13-D-11; 13-D-21; 13-A-24

45-Construction

Construction de bâtiments divers
13-D-09

29-Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication de matériel agricole
13-A-05

50-Commerce et réparation automobile

Commerce de détail d'équipements automobiles
13-A-03

Commerce de détail de carburants
13-A-21

Commerce de gros d'équipements automobiles
13-A-03

Commerce de véhicules automobiles
13-A-03

Entretien et réparation de véhicules automobiles
13-D-02

51-Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Autres commerces de gros de biens de consommation
13-A-01; 13-A-04

Autres intermédiaires spécialisés du commerce
13-D-10

Commerce de gros de boissons
13-D-22

Commerce de gros de la chaussure
13-A-06

Commerce de gros d'habillement
13-A-06

Commerce de gros de matériel agricole
13-A-05

Commerce de gros de produits laitiers œufs huiles
13-A-22

Commerce de gros de produits pharmaceutiques
13-D-11; 13-D-21; 13-A-24

Intermédiaires du commerce combustible, métaux, minéraux et produits chimiques
13-D-12

52-Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail d'habillement
13-A-06

Commerce de détail d'horlogerie et de bijouterie
13-A-04

Commerce de détail de bricolage
13-D-19

Commerce de détail de la chaussure
13-A-06

Commerce de détail de livres, journaux et papeterie
13-D-10

Commerce de détail de maroquinerie et d'articles de voyage
13-A-06

Commerce de détail de produits pharmaceutiques
13-D-11; 13-D-21; 13-A-12; 13-A-24

Commerce de détail d'articles de sport et de loisir
13-A-01

Commerce de détail d'optique et de photographie
13-D-05

Supérettes
13-A-20

Supermarchés
13-A-20

60-Transports terrestres

Transports ferroviaires
13-D-16; 13-A-14; 13-A-18

Transports routiers réguliers de voyageurs
13-D-16

Transports urbains de voyageurs
13-D-16

61-Transports par eau

Transports maritimes
13-D-15

64-Postes et télécommunications

Télécommunications (hors transmissions audiovisuelles)
13-D-07; 13-A-02; 13-A-08;
13-A-10; 13-A-15; 13-A-16;
13-A-17

65-Intermédiation financière

Banques
13-D-17; 13-D-18

66-Assurances

Assurance dommages
13-A-11
Assurance relevant du Code de la mutualité
13-D-01; 13-D-05; 13-A-11
Caisses de retraite
13-D-01

72-Activités informatiques

Activités de banques de données
13-D-07; 13-D-23

74-Services fournis principalement aux entreprises

Activités comptables
13-D-06
Gestion de supports de publicité
13-D-07

75-Administration publique

13-A-07
Gestion des retraites complémentaires
13-D-01

85-Santé et action sociale

Activités hospitalières
13-D-13
Activités vétérinaires
13-D-14
Pratique médicale
13-D-13

92-Activités récréatives culturelles et sportives

Édition de chaînes généralistes
13-A-19
Édition de chaînes thématiques
13-A-19
Production de programmes de télévision
13-A-19
Autres activités sportives
13-A-19
Transmission d'émissions de radio et de télévision
13-A-19

Index par entreprise ou organisme

A

ABB France
13-D-08

Abera SAS
13-D-03

AIM Groupe SAS
13-D-03

Altares-D&B Holding
13-D-23

Alternative mobile
13-A-02

Altimat
13-D-19

AP Moller-Maersk A/S
13-D-15

Araf
13-A-18

Arrow Génériques
13-D-21

ASDELIM
13-D-13

Association « Expert-comptable média
association » (ECMA)
13-D-06

Association pour la promotion de la
concurrence dans le secteur de l'assurance
collective (APAC)
13-A-11

Autorité de la concurrence
13-D-01; 13-D-09; 13-D-12; 13-D-14;
13-D-15; 13-D-22; 13-A-07; 13-A-24

Autorité de régulation des
communications électroniques et des
postes (Arcep)
13-A-10; 13-A-15; 13-A-16; 13-A-17

AXEMA (Union des industriels de
l'agroéquipement)
13-A-05

B

Bernard SAS
13-D-03

Brennenstulh
13-D-08

Brenntag
13-D-12

C

Caldic Est
13-D-12

Carrosserie Zins SA
13-D-02

Castel Frères SAS
13-D-22

Centre d'affaires Mercure
13-D-23

Centr'Halles
13-D-08

Chambre française de l'horlogerie et des
microtechniques (CFHM)
13-A-04

Chambre syndicale nationale de la
bijouterie fantaisie, bijouterie, métaux
précieux, orfèvrerie, cadeaux (BOCI)
13-A-04

Chemco France
13-D-12

CHU de Saint-Étienne
13-D-13

CMA-CGM SA
13-D-15

Coface-Services
13-D-23

Conseil interprofessionnel de la filière
(CIBH)
13-A-04

Conseil national des professions du cycle
(CNPC)
13-A-01

Conseil national du cuir (CNC)
13-A-06

Conseil régional de l'Ordre des
vétérinaires (CROV) d'Alsace
13-D-14

Conseil supérieur de l'Ordre des experts-
comptables (CSOEC)
13-D-06

Conseil supérieur des messageries de
presse (CSMP)
13-D-10

Cooperl Arc-Atlantique
13-D-03

COPACO
13-D-02

Copagef SA
13-D-22

D

DB Mobility Logistics AG
13-D-12

DBML
13-D-12

Debflex
13-D-08

E

EARL Oger
13-D-03

EDF SA
13-D-04; 13-D-20

EDF ENR
13-D-20

EDF ENR Solaire
13-D-20

Eiffage Construction Languedoc-
Roussillon SAS
13-D-09

Eiffage Construction SAS
13-D-09

Eiffage SA
13-D-09

E-Kanopi
13-D-07

F

Fédération de l'horlogerie
13-A-04

Fadier élevage SARL
13-D-03

Fédération des acheteurs au cadran
13-D-03

Fédération des enseignes de la chaussure
(FEC)
13-A-06

Fédération des entreprises du commerce
et de la distribution (FCD)
13-D-17; 13-D-18

Fédération française de la chaussure
(FFC)
13-A-06

Fédération française de la ganterie
13-A-06

Fédération française de la maroquinerie,
articles de voyage, chasse-sellerie, gainerie,
bracelets cuir
13-A-06

Fédération française de la tannerie
mégisserie (FFTM)
13-A-06

Fédération française des industries du
sport et des loisirs (FIFAS)
13-A-01

Fédération nationale artisanale des
métiers d'art, de création du bijou
(FNAMAC)
13-A-04

Fédération nationale des artisans et
petites entreprises en milieu rural
(FNAR)
13-A-05

Fédération nationale des associations de
gestion agréées (FNAGA)
13-D-06

Fédération nationale des détaillants en
chaussures (FDCE)
13-A-06

Fédération nationale des détaillants en maroquinerie et voyage (FNDMV)

13-A-06

Fédération nationale des distributeurs de véhicules de loisir, camping-cars, résidences mobiles et caravanes (DICA)

13-A-03

Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs (FPC)

13-A-01

Financière du Forest SA

13-D-03

Financière MSD

13-D-21

Fougerolle SAS

13-D-09

French Meat Association

13-D-03

G

Gad SAS

13-D-03

Garage Baumann SARL

13-D-02

Garage Bechler SARL

13-D-02

GE Power Controls France

13-D-08

GEA Group

13-D-12

GIE IRMAS

13-D-13

Google

13-D-07

Gouvernement

13-A-09; 13-A-13

Groupe Arpège

13-D-01

Groupe Bigard SA

13-D-03

Groupe Réunica

13-D-01

H

Hager Controls

13-D-08

HAIM SAS

13-D-03

I

Infogreffe

13-D-23

INPI

13-D-23

K

Kalivia

13-D-05

Keolis SA

13-D-16

Kermené SAS

13-D-03

L

L'Ebenoid

13-D-08

Legrand France

13-D-08

Ligue de football professionnel (LFP)

13-A-19

Logistics AG

13-D-12

M

Machajo (Alsace dépannage)

13-D-02

Marfret SA

13-D-15

MasterCard

13-D-17

Merck & Co

13-D-21

Messageries lyonnaises de presse (MLP)

13-D-10

Ministère de l'Économie et des Finances
13-A-01; 13-A-03; 13-A-04; 13-A-05;
13-A-06; 13-A-07; 13-A-12; 13-A-14;
13-A-21; 13-A-22; 13-A-23; 13-A-25

Ministère des Affaires sociales et de la
Santé
13-A-12

Ministre du Redressement productif
13-A-08

Ministre délégué chargée des PME, de
l'Innovation et de l'Économie numérique
13-A-08

P

Patriarche
13-D-22

Presstalis
13-D-10

R

Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd
13-D-21

Reckitt Benckiser plc
13-D-21

S

Sanofi Aventis
13-D-11

Sapac
13-D-19

Schering-Plough
13-D-21

Schneider Electric
13-D-08

Siemens France-Holding
13-D-08

SNCF
13-A-18

SNCF Partenariat
13-D-16

SNVEL 67 et 68
13-D-14

Société Machajo
13-D-02

Société MCS (Ma chaîne sport)
13-A-19

Société nationale des chemins de fer
français (SNCF)
13-D-16

SOCOPA Viandes SAS
13-D-03

Solaire Direct
13-D-20

Solvadis
13-D-12

SUN'R
13-D-04

Syndicat des entreprises de commerce
international de matériels agricoles et
d'espaces verts (SECIMA)
13-A-05

Syndicat des industries d'équipement
et d'accessoires de la remorque et de
l'automobile (SIERA)
13-A-03

Syndicat des opticiens sous enseigne
(SynOpE)
13-D-05

Syndicat des réparateurs industriels de la
chaussure
13-A-06

Syndicat général des constructeurs de
tracteurs et machines agricoles (SYGMA)
13-A-05

Syndicat général des cuirs et peaux
(SGCP)
13-A-06

Syndicat national des constructeurs de
véhicules agricoles et matériels connexes
(SNCVA)
13-A-05

Syndicat national des entreprises de
service et distribution du machinisme
agricole (SEDIMA)
13-A-05

Syndicat national des vétérinaires
d'exercice libéral – Section du Bas-Rhin
(SNVEL 67)
13-D-14

T

Teva Santé
13-D-11

Transdev SA
13-D-16

Tribunal de commerce de Paris
13-A-19

U

Union des industries de véhicules de loisir
(UNI VDL)
13-A-03

Union française bijouterie, joaillerie,
orfèvrerie, pierres et perles (UFBJOP)
13-A-04

Union française des distributeurs
grossistes et importateurs en chaussures
(UDIC)
13-A-06

Union nationale des spécialistes en
matériels de parcs et jardins (SMJ)
13-A-05

Univar
13-D-12

V

Vilmor Construction
13-D-09

Visa
13-D-18

W

WEC Lines BV
13-D-15

Weldom
13-D-19

Recours devant la cour d'appel de Paris



Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2012 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mis à jour au 22 mai 2014)

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
12-D-02 du 12 janvier 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme	Arrêt du 6 juin 2013 Confirmation
12-D-08 du 6 mars 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives	Arrêt du 15 mai 2014 Réformation
12-D-09 du 13 mars 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires	Affaire pendante
12-D-10 du 20 mars 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats	Arrêt du 10 octobre 2013 Confirmation
12-D-11 du 6 avril 2012	concernant une saisine de la société Roland Vlaemynek Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles	Arrêt du 26 septembre 2013 Confirmation
12-D-18 du 20 septembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet	Arrêt du 19 décembre 2013 Confirmation
12-D-21 du 18 octobre 2012	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle	Arrêt du 27 février 2014 Confirmation
12-D-23 du 12 décembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma	Arrêt du 13 mars 2014 Réformation
12-D-24 du 13 décembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine	Affaire pendante
12-D-25 du 18 décembre 2012	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises	Affaire pendante

Décisions 2013 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mis à jour au 22 mai 2014)

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
13-D-03 du 13 février 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier	Affaire pendante
13-D-06 du 28 février 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale	Affaire pendante
13-D-07 du 28 février 2013	relative à une saisine de la société E-kanopi	Affaire pendante
13-D-08 du 15 avril 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'appareillage électrique résidentiel	Affaire pendante
13-D-11 du 14 mai 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique	Affaire pendante
13-D-12 du 28 mai 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques	Affaire pendante
13-D-13 du 30 mai 2013	relative à des pratiques concernant l'accès aux scanners et aux IRM implantés dans le bassin stéphanois	Affaire pendante
13-D-19 du 29 octobre 2013	relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sapec et Weldom dans le secteur du bricolage, des loisirs liés à la maison et de la vente de matériaux de construction et d'équipement de l'habitat	Affaire pendante
13-D-20 du 17 décembre 2013	relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque	Affaire pendante
13-D-21 du 18 décembre 2013	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville	Affaire pendante

Liste des décisions et avis 2013



Liste des décisions et avis 2013

Décisions

Décision 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce

Décision 13-D-02 du 4 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du dépannage et du remorquage de véhicules légers sur les routes non réglementées dans les villes de Colmar, Ribeauvillé et Guebwiller et leurs arrondissements respectifs par la COPACO

Décision 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier

Décision 13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque

Décision 13-D-05 du 26 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kalivia dans le secteur de l'optique-lunetterie

Décision 13-D-06 du 28 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI à l'administration fiscale

Décision 13-D-07 du 28 février 2013 relative à une saisine de la société E-kanopi

Décision 13-D-08 du 15 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'appareillage électrique résidentiel

Décision 13-D-09 du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan

Décision 13-D-10 du 6 mai 2013 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les Messageries lyonnaises de presse (MLP)

Décision 13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique

Décision 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques

Décision 13-D-13 du 30 mai 2013 relative à des pratiques concernant l'accès aux scanners et aux IRM implantés dans le bassin stéphanois

Décision 13-D-14 du 11 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations entre des vétérinaires et les sociétés protectrices des animaux (SPA) en région Alsace

Décision 13-D-15 du 25 juin 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime de fret entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises

Décision 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes

Décision 13-D-17 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement

Décision 13-D-18 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement

Décision 13-D-19 du 29 octobre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sapec et Weldom dans le secteur du bricolage, des loisirs liés à la maison et de la vente de matériaux de construction et d'éléments d'équipement de l'habitat

Décision 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque

Décision 13-D-21 du 18 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville

Décision 13-D-22 du 20 décembre 2013 relative à la situation du groupe Castel au regard du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce

Décision 13-D-23 du 30 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion par voie électronique des informations économiques et juridiques sur les entreprises

Avis

Avis 13-A-01 du 17 janvier 2013 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du commerce des articles de sport

Avis 13-A-02 du 21 janvier 2013 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur les marchés de la téléphonie mobile en France

Avis 13-A-03 du 29 janvier 2013 relatif à deux accords dérogatoires pour les délais de paiement dans le secteur des véhicules de loisir

Avis 13-A-04 du 30 janvier 2013 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur de l'horlogerie, la bijouterie, la joaillerie et l'orfèvrerie (HBJO)

Avis 13-A-05 du 30 janvier 2013 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur des agroéquipements

Avis 13-A-06 du 30 janvier 2013 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans la filière du cuir

Avis 13-A-07 du 26 février 2013 relatif à une proposition de reconduction dans ses fonctions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence

Avis 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles

Avis 13-A-09 du 25 mars 2013 concernant un projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel

Avis 13-A-10 du 28 mars 2013 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) portant sur la prolongation de la régulation des marchés des services de capacité

Avis 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance

Avis 13-A-12 du 10 avril 2013 relatif à un projet d'arrêté de la ministre des Affaires sociales et de la Santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique

Avis 13-A-13 du 24 juillet 2013 concernant un projet de décret relatif aux tarifs sociaux du gaz et de l'électricité

Avis 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire

Avis 13-A-15 du 14 octobre 2013 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal fixe des opérateurs en métropole et outre-mer pour la période 2014-2016

Avis 13-A-16 du 14 octobre 2013 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs en métropole et outre-mer pour la période 2014-2016

Avis 13-A-17 du 14 octobre 2013 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et outre-mer pour la période 2014-2016

Avis 13-A-18 du 22 octobre 2013 relatif au projet de séparation comptable de l'activité Intercités de la SNCF

Avis 13-A-19 du 25 octobre 2013 relatif à une demande d'avis du tribunal de commerce de Paris concernant l'appel à candidatures lancé par la Ligue de football professionnel (LFP) le 24 février 2010 pour l'attribution des droits d'exploitation audiovisuelle de la Ligue 2

Avis 13-A-20 du 7 novembre 2013 relatif au projet d'agrandissement du principal magasin de distribution alimentaire de Saint-Barthélemy

Avis 13-A-21 du 27 novembre 2013 relatif aux projets de décret réglementant le prix des carburants et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'outre-mer

Avis 13-A-22 du 12 décembre 2013 sur un projet de décret relatif à la contractualisation dans le secteur de la production de lait de vache

Avis 13-A-23 du 16 décembre 2013 concernant un projet de décret relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur

Avis 13-A-24 du 19 décembre 2013 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville

Avis 13-A-25 du 20 décembre 2013 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité