

Autorité
de la concurrence



Rapport annuel 2014

Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Coralie Anadon, Carole Armoet, Antoine Babinet, Virginie Beaumeunier, Charles Bertin, Séverine Bertrand, Noémie Beugelmans-Lagane, Guillaume Binoche, François-Xavier Boudy, Éric Briançon, Marion Carbo, Marion Chiche, Aurélie Couret-Labède, Sophie-Anne Descoubès, David Dubois, Marianne Faessel, Romain Galante, Simon Genevaz, Henri Génin, Virginie Guin, Maxime Hauviller, Gaëlle Huerre, Philippe Komiha, Anne Krenzer, Yannick Le Dorze, Frédérique Leyme, Louis-Gabriel Masson, Christine Miller, Sébastien Mitraïlle, Gwenaëlle Nouët, Guillaume Perret, Étienne Pfister, Jean-Baptiste Pinçon, Gwenaëlle Pailon, Thierry Poncelet, Jean Ravoire, Cyril Rollet, Sybille Roncin, Anne Rossion, Laure Schulz, Isabelle Sévajols, Sarah Subremon, Abdenour Touzi-Luond, Anne-Laure Vendrolini, Ellen Verdure, Frédéric Versini, David Viros.

Par délibération en date du 1^{er} avril 2015, 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, 2015

ISBN : 978-2-11-010000-9



Photo Gérard Uffers

Éditorial

Le cycle est bien connu : un facteur de déstabilisation apparaît, un problème est identifié, une carence de l'environnement légal est supposée et un débat s'engage dans l'opinion publique, au Parlement ou à Bruxelles, sur la solution idéale, qui la plupart du temps s'incarnerait dans une nouvelle initiative législative, la mise en place de mécanismes de régulation spécifiques à certaines catégories d'acteurs économiques. De son côté, le bilan récent de l'Autorité de la concurrence donne à voir les atouts d'une régulation horizontale, dotée d'instruments variés, dans la recherche de solutions adaptées à un contexte économique mouvant, protéiforme, dont les évolutions portent en germe des innovations bienvenues mais aussi des risques nouveaux d'abus. Avis, contrôle des concentrations et lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : il s'agit moins de missions ou d'opportunités d'action distinctes que d'outils qui viennent se combiner dans un *continuum*, pour nous permettre d'exercer à l'endroit de tous les acteurs de la vie économique une politique de régulation concurrentielle à la fois pertinente, forte et ajustée aux enjeux ou aux obstacles rencontrés.

Si le cadre institutionnel importe, la force d'une autorité repose avant tout sur son bilan : c'est lui qui forge notre crédibilité et contribue aux objectifs de dissuasion et de persuasion, respectivement, de nos actions répressive et consultative. À cet égard, l'Autorité, régulièrement classée parmi l'« élite » des autorités de concurrence dans le monde, s'est vue décerner le mois dernier le titre de meilleure autorité européenne de l'année¹.

La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : un cru exceptionnel

L'Autorité a adopté en 2014 sept décisions de sanction, pour un total d'un peu plus d'un milliard d'euros d'amendes, condamnant à parts égales des pratiques d'ententes et d'abus de position dominante. L'entente constatée entre fabricants dans le secteur des produits d'hygiène a conduit, à elle seule, au prononcé d'une amende totale de 605,9 millions d'euros, soit la plus forte amende prononcée par une autorité de concurrence en France. Cette décision marque également le

1. Par la revue *Global Competition Review*, à l'occasion de la *GCR 5th Annual Awards Ceremony*.

succès du programme de clémence français, à l'origine de 10 décisions de condamnation depuis 2006². Faisant fruit de l'expérience acquise, des travaux conduits au sein du Réseau européen de concurrence et des remontées des praticiens et entreprises rassemblées dans une étude relative à la clémence du 15 avril 2014, l'Autorité a d'ailleurs révisé son programme le 3 avril 2015 à l'issue d'une consultation publique qui a permis d'en enrichir le contenu et d'en préciser certains points. Outre la généralisation de l'acceptation des demandes sommaires, quels que soient le type et le rang du demandeur, l'Autorité intègre à présent dans son communiqué de procédure des fourchettes de réduction prédéterminées pour les demandeurs de type 2, de manière à accroître la transparence et donc les incitations à venir en clémence. Enfin, l'Autorité publiera désormais systématiquement un communiqué de presse à l'issue d'une opération de visite et saisie, afin de mettre sur un pied d'égalité les entreprises visitées et celles qui ne le sont pas dans la course à la clémence.

L'Autorité a également continué à manier l'outil des mesures conservatoires dans des cas présentant un risque d'atteinte grave et immédiate à la concurrence. Ce fut ainsi le cas dans le secteur du gaz de manière à contraindre l'opérateur dominant à donner accès, à la demande de ses concurrents, à une partie de sa base de données clientèle pour permettre aux fournisseurs alternatifs de diffuser des offres potentiellement plus compétitives. De même, dans le secteur de la télévision payante, l'attribution exclusive des droits de diffusion du championnat phare de rugby, le top 14, à un seul opérateur, hors de toute procédure transparente, aurait eu un impact sur les consommateurs, privés d'accès à ces retransmissions à travers des offres de milieu de gamme, et sur les concurrents, en entravant le développement d'une offre alternative de diffusion payante de programmes sportifs. L'Autorité a donc ordonné la suspension du contrat et l'organisation d'une procédure d'appel d'offres pour l'octroi des droits, garantissant un accès non discriminatoire et pour une durée qui ne soit pas disproportionnée.

L'Autorité a enfin persévéré dans la voie d'une résolution négociée de préoccupations de concurrence, lorsque les conditions sont réunies et afin d'assurer pour l'avenir un équilibre sur le marché. Elle a ainsi obtenu de Nespresso des engagements inédits qui rétablissent les conditions d'une concurrence équitable sur le marché des capsules de café tout en préservant la capacité d'innovation de Nespresso. D'ordre à la fois technique, juridique et commercial, ils assureront notamment une transparence sur les modifications techniques des machines, préserveront le jeu de la garantie quelle que soit la marque de capsules utilisée et préviendront toute stratégie de dénigrement auprès des consommateurs. L'Autorité a également obtenu récemment de Booking.com des engagements significatifs, pour une durée de cinq ans, sur les clauses de parité de prix, de conditions et de disponibilité que la plateforme de réservation hôtelière imposait aux hôteliers avec lesquels elle traite. Ces engagements ouvriront la voie à plus de concurrence entre plateformes pour la diffusion des offres des hôteliers français, favorisant ainsi la baisse

2. Au 12 mars 2015, date de l'adoption de la décision 15-D-03 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.

des commissions pratiquées à l'égard de ces derniers. Ils restitueront par ailleurs aux hôteliers une liberté commerciale qu'ils avaient perdue avec l'application des clauses de parité. L'Autorité fera le bilan de l'application de ces engagements au plus tard 18 mois après leur entrée en vigueur le 1^{er} juillet prochain afin d'apprécier leur effet sur la dynamisation de la concurrence dans le secteur, la réduction des commissions et l'élargissement de l'offre. Fait notable, cette décision est le fruit d'une coopération sans précédent entre trois autorités « têtes de file », les autorités suédoise, italienne et française, en concertation avec la Commission européenne. Cette forme de coopération décentralisée préserve les bénéfices d'une instruction au plus près des acteurs et du marché concernés, tout en assurant une convergence de solutions qui bénéficie au marché intérieur tout entier.

Le contrôle des concentrations : des solutions nationales dans un mouvement de consolidation paneuropéen

À l'instar des années précédentes, le contrôle des concentrations a connu un rythme soutenu avec 200 opérations examinées et autorisées en 2014, dont 10 sous réserve d'engagements. Il est remarquable de constater la constante augmentation des renvois opérés par la Commission européenne, au nombre de cinq en 2014, dans les secteurs de la santé, du commerce de détail ou du GPL. Parmi ces renvois, l'examen de l'acquisition du contrôle exclusif de Dia France par Carrefour a nécessité le passage au crible de l'Autorité de plus 800 zones de chalandise, aboutissant à un constat de risque d'atteinte à la concurrence dans 56 marchés locaux et à la cession, par Carrefour, d'autant de points de vente à titre d'engagements. Le secteur des télécoms a également fait l'objet d'une attention particulière dans le cadre du rachat par Altice/Numericable de SFR, une acquisition qui reflète un mouvement plus large de consolidation et de convergence fixe/mobile à l'échelle européenne et mondiale. L'autorisation de l'opération a notamment été conditionnée à l'ouverture de l'accès, par les concurrents de Numericable, à son réseau câblé, une première en Europe. L'offre d'accès est soumise à l'agrément de l'Autorité et vise à remédier au risque de forclusion du marché de la fourniture d'accès à Internet haut et très haut débit, pour une période transitoire correspondant au temps de déploiement, par les concurrents, de leurs propres réseaux de fibre optique.

Une activité consultative riche qui nourrit le calendrier législatif

Plusieurs recommandations formulées ces dernières années par l'Autorité, notamment dans les secteurs du transport, des professions juridiques ou du commerce de détail, ont inspiré le projet de loi pour l'activité, la croissance et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron ») actuellement en débat au Parlement. Le projet de loi inclut tout d'abord des mesures visant à lever les restrictions pesant sur l'installation de certains professionnels du droit, aujourd'hui entravés dans leur souhait d'établir leur office ou étude par un cadre inadapté et une application malthusienne. Le projet de loi recherche également l'objectivisation

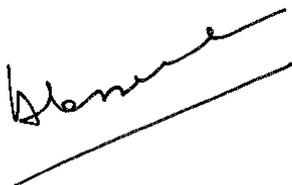
de la réglementation tarifaire de ces professions en fixant un principe d'orientation vers les coûts, avec l'appui et l'expertise de l'Autorité. S'agissant des transports, une mesure emblématique de la loi ouvre le marché du transport par autocars sur longue distance, jusqu'alors limité aux seuls trajets de « cabotage » sur une liaison internationale, selon des modalités et un encadrement en phase avec les conclusions de notre enquête sectorielle de février 2014. La gouvernance des concessions autoroutières évolue également dans la direction préconisée par l'Autorité de la concurrence dans son avis rendu en septembre dernier, en confiant à une autorité indépendante à compétence multimodale, l'ARAFER, le soin d'opérer un audit transparent des clauses tarifaires applicables aux concessions autoroutières, tout en renforçant les conditions de transparence des appels d'offres organisés par les concessionnaires pour leurs propres besoins. Enfin, le projet de loi étend à la métropole le dispositif d'injonction structurelle adopté en 2012 pour l'outre-mer, qui autorise l'Autorité en dernier ressort à ordonner la cession d'actifs dans des marchés locaux particulièrement concentrés, lesquels génèrent une rente pour l'enseigne dominante matérialisée par des marges ou prix élevés.

Au-delà de ces quelques exemples de recommandations qui ont su trouver une traduction législative, l'Autorité a émis un certain nombre d'avis structurants dans plusieurs secteurs de l'économie. Ainsi, dans le prolongement de son avis de 2013 sur l'avant-projet de loi de réforme ferroviaire, l'Autorité a examiné, à la demande du gouvernement, certains décrets d'application de la loi du 4 août 2014 et formulé des recommandations visant à rétablir l'équilibre entre les objectifs d'intégration industrielle – légitime – et ceux d'indépendance de la gestion des infrastructures, laquelle est nécessaire à une concurrence à armes égales dans le secteur. Les recommandations de l'Autorité ont ainsi porté sur le renforcement des garanties d'indépendance du gestionnaire de réseau, en particulier dans l'exercice de ses « fonctions essentielles », sur la clarification des missions de l'EPIC de tête et sur le renforcement des moyens et des outils d'encadrement du régulateur sectoriel.

À la demande conjointe du Sénat et du gouvernement, l'Autorité a rendu récemment un avis très attendu sur les rapprochements à l'achat des acteurs de la grande distribution. La conclusion des trois alliances examinées par l'Autorité aboutit à concentrer la quasi-totalité de la demande adressée aux producteurs entre les mains de quatre acheteurs. L'Autorité a passé en revue dans son avis les risques concurrentiels que sont susceptibles de générer ces accords : échanges d'informations stratégiques entre concurrents, accroissement du déséquilibre entre producteurs et distributeurs, symétrisation des structures de coûts des distributeurs. Elle a également, comme l'y invitaient les saisissants, proposé des évolutions du cadre légal pour accroître l'effectivité de l'interdiction des abus de dépendance économique mais surtout pour la mettre en position d'examiner, en temps utile et avant que leurs effets déstabilisateurs ne se déploient, les accords de rapprochement à l'achat qui revêtent une importance significative. Les deux chambres du Parlement se sont saisies de ces propositions dans le cadre de l'examen du projet de loi Macron.

* * *

L'Autorité sera appelée, au cours des prochains mois, à investir des champs d'intervention nouveaux à la faveur de l'entrée en vigueur de la loi Macron, qui impliqueront une nécessaire revalorisation de ses moyens humains et financiers. Elle maintiendra dans le même temps le cap d'une régulation forte et indépendante, faite d'un équilibre entre la réalisation de son mandat de sauvegarde de l'ordre public économique et la prise d'initiatives qui sont à présent sa marque de fabrique. Elle continuera en particulier à nourrir, par son expertise et ses diagnostics, un agenda de réformes pro-concurrentielles qui sous-tendent une croissance durable, au bénéfice de tous.

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

Bruno Lasserre

Rapport d'activité



Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle	9
Modifications législatives ou réglementaires	9
Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques	9
Activité en 2014	15
L'origine de l'activité	15
Les saisines externes	15
Les demandes d'avis	16
Les autosaisines	17
Les notifications d'opérations de concentration et renvois de la Commission européenne	17
Les enquêtes	18
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)	18
Les enquêtes initiées par la rapporteure générale	20
Les enquêtes avec demande d'autorisation judiciaire (article L. 450-4 du Code de commerce)	21
Les décisions et avis	25
Les secteurs économiques concernés	25
Les décisions contentieuses	27
Les décisions en matière de contrôle des concentrations	30
Les avis	31
Stock	32
L'activité contentieuse et consultative	32
Les opérations de concentration	34

Bilan des recours contre les décisions de l’Autorité _____	34
Contrôle des pratiques anticoncurrentielles _____	34
Contrôle des concentrations _____	35
Organisation et fonctionnement _____	35
Évolution de l’organisation _____	35
Effectifs _____	37
Budget _____	37
Recouvrement des sanctions _____	38
L’Autorité française de la concurrence dans les Réseaux européen et international de la concurrence _____	38
Le Réseau européen de concurrence _____	38
Activité générale _____	38
Activité relative à l’instruction des cas _____	47
Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne _____	49
Activité liée à l’assistance au sein du Réseau européen de la concurrence _____	51
La coopération internationale _____	53
Coopération multilatérale _____	53
Coopération bilatérale _____	54

Rapport d'activité

Évolution des textes applicables : actualité législative et institutionnelle

Modifications législatives ou réglementaires

Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

Déposé le 11 décembre 2014 à l'Assemblée nationale, qui l'a adopté en première lecture le 19 février 2015¹, le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques concerne l'Autorité à un double titre. Reflet d'un objectif d'intervention sur les ressorts de la croissance de long terme, dans un contexte budgétaire contraint, le projet de loi reprend tout d'abord à son compte un certain nombre de recommandations émises au fil des ans par l'Autorité, dans les secteurs du transport routier, du commerce de détail ou des professions juridiques réglementées, en étendant par la même occasion le champ de ses attributions. Le texte introduit en outre un certain nombre d'adaptations d'ordre procédural qui sont des facteurs de plus grande efficacité et de souplesse pour l'Autorité dans la mise en œuvre du noyau dur de ses missions, la répression des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations.

Évolution du cadre procédural

Le projet de loi comprend une série de mesures qui renforcent l'efficacité des outils d'enquête, d'instruction et de décision de l'Autorité de la concurrence.

Initialement renvoyées à une ordonnance puis réintroduites dans le texte par l'Assemblée nationale, ces mesures intéressent d'abord les procédures contentieuses.

- Une véritable procédure de transaction se substituera à la procédure de non-contestation des griefs. Le rapporteur général proposera ainsi, après l'envoi de la notification de griefs et si l'entreprise ne conteste pas les griefs, une transaction

¹. À la date de rédaction du présent Rapport annuel, le projet de loi était en cours d'examen en première lecture par le Sénat. La numérotation utilisée correspond à la version du texte tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale.

fixant les limites de la sanction pécuniaire encourue. Si l'entreprise donne son accord, le rapporteur général proposera au collège de prononcer la sanction selon les limites fixées par la transaction. Cette procédure sécurisera les parties en leur donnant plus tôt une visibilité sur le montant de l'amende ; elle accélérera le traitement des cas en éteignant le risque de contestation, devant le collège puis devant le juge, sur les déterminants de l'amende (article 59 *quinquies*) ;

- L'Autorité disposera d'un motif de rejet de plainte supplémentaire, lorsque le ministre est compétent au titre des pratiques anticoncurrentielles locales en application de l'article L. 464-9 du Code de commerce (article 59 *quater*) ;
- Les services d'instruction pourront s'abstenir d'adresser un rapport à une entreprise demanderesse de clémence, comme ils en ont déjà la possibilité vis-à-vis des entreprises qui ne contestent pas les griefs (article 59 *quinquies*) ;
- L'Autorité pourra obtenir, dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête simples, les relevés téléphoniques détaillés établis par les opérateurs de communications électroniques, pouvoir dont disposent déjà les administrations fiscale et douanière, l'HADOPI et l'AMF (article 59 *ter*).

En matière de contrôle des concentrations, plusieurs mesures viennent préciser et compléter les dispositions pertinentes du Code de commerce, faisant fruit de l'expérience acquise par l'Autorité dans l'application des textes issus de la loi de modernisation de l'économie (article 59 *bis*) :

- Un mécanisme de « *stop the clock* » (suspension des délais) sera introduit dès la première phase d'examen, comme c'est déjà le cas devant la Commission européenne, en particulier lorsque les parties ne répondent pas dans le délai imparti aux demandes d'information de l'Autorité.
- En phase avec la pratique existante de l'Autorité, la loi prévoira désormais explicitement la caducité de la dérogation accordée à l'effet suspensif (essentiellement aujourd'hui dans le cadre de procédures collectives) en l'absence de notification complète reçue dans les trois mois qui suivent la réalisation de l'opération.
- Un délai supplémentaire existe d'ores et déjà en phase 2 en cas de réception tardive d'engagements moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'examen. Il sera précisé désormais que cette prorogation des délais trouve à s'appliquer pour tout dépôt d'engagements mais également pour les modifications apportées à ceux-ci, conférant ainsi à ces dispositions un effet utile qui leur faisait jusqu'alors défaut.
- L'Autorité pourra adopter une nouvelle injonction en cas de manquement à un engagement ou à une injonction qui conditionnait l'autorisation de l'opération. En présence d'engagements ou d'injonctions qui, avec le temps, ont été privés d'objet (par exemple, un site industriel fermé avant d'avoir été cédé), l'Autorité aura ainsi la faculté d'y substituer des remèdes pertinents sans avoir recours à une décision de retrait d'autorisation (voir décision 11-D-12, TPS/CanalSatellite).
- Le président de l'Autorité, ou un vice-président sur délégation, pourra adopter seul les décisions de révision des engagements et injonctions ainsi que les décisions nécessaires à leur mise en œuvre.

Suivi des avis de l'Autorité dans le secteur du transport terrestre

Le projet de loi suit l'essentiel des recommandations formulées par l'Autorité dans ses avis 14-A-05 relatif au transport interrégional par autocar et 14-A-13 sur le secteur des autoroutes.

L'article 1^{er} prévoit la création de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), régulateur multimodal se substituant à l'ARAF et dont les compétences sont étendues au transport routier interurbain ainsi qu'au secteur autoroutier. L'article prévoit par ailleurs la remise au Parlement d'un rapport dans un délai de deux ans examinant l'opportunité d'une extension de ses compétences au transport fluvial. Un nouvel article 1^{er} *quater* prévoit en outre la mise à disposition en *open-data* des données (horaires et arrêts notamment) relatives aux services réguliers de transport public terrestre de personnes.

Les articles 2 et 3 organisent l'ouverture à la concurrence du transport régulier de voyageurs par autocar, jusqu'alors limité à une hypothèse de « cabotage » sur une liaison internationale. Un régime de plein droit est instauré au-delà d'un certain seuil, défini à partir d'un critère administratif, la région, dans le texte initial, auquel l'Assemblée nationale a substitué un critère de distance (100 km). En deçà de ce seuil, l'entreprise de transport déclare l'ouverture du service à l'ARAFER qui en informe sans délai les Autorités organisatrices de transports concernées. Ces dernières peuvent, après avis conforme de l'ARAFER, interdire ou limiter le service déclaré lorsque celui-lui, seul ou ensemble avec les autres services déjà ouverts, porte une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ou des lignes conventionnées susceptibles d'être concurrencées.

L'article 4 habilite le Gouvernement, par voie d'ordonnances, à refondre les règles de création et de fonctionnement des gares routières et à confier à l'ARAFER la compétence de préciser les règles de gestion de gares routières en matière d'accès et d'en contrôler leur respect. L'ARAFER devrait à cet égard disposer à la fois d'un pouvoir de sanction et de règlement de différend.

Les articles 5 et 6 réforment le cadre de gouvernance du secteur autoroutier concédé en introduisant, dans le Code de la voirie routière, des dispositions relatives à la régulation, par l'ARAFER, des péages autoroutiers et des marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes. L'ARAFER sera consultée sur les projets de modification des contrats de concession, du cahier des charges annexé ou de tout autre contrat dès lors qu'ils ont une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée de la convention de délégation. Elle pourra également s'autosaisir sur les conventions en cours. Le texte prévoit par ailleurs d'attribuer à l'ARAFER un rôle de surveillance des modalités de passation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé, dont les règles de publicité et de mise en concurrence seront harmonisées. L'Assemblée nationale a ajouté à ces mesures en obligeant à l'intégration systématique de l'équivalent d'une clause de partage des bénéfices dans le cahier des charges des nouveaux contrats de concession. Le dispositif pourra prendre trois formes : réduction des tarifs, réduction de la durée de concession ou versement direct au budget de l'État.

Suivi des avis de l'Autorité dans le secteur du commerce de détail

Les dispositions des articles 10A (contrats d'affiliation), 10 *quater* (accords de coopération à l'achat) et 11 (injonction structurelle) reprennent le sens de certaines des recommandations émises par l'Autorité dans ses avis 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation des magasins indépendants, 15-A-06 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement, et 12-A-01 relatif au secteur de la distribution alimentaire à Paris.

Le projet de loi comprend en effet un certain nombre de mesures visant le secteur du commerce de détail, en particulier alimentaire, et dont le nombre a augmenté dans la version issue de la première lecture de l'Assemblée nationale. Ensemble, ces mesures agissent sur les différents niveaux de la chaîne de distribution : en amont au niveau des relations fournisseurs-distributeurs, au stade intermédiaire s'agissant des relations entre la tête de réseau et les commerçants qui lui sont affiliés, en aval sur le plan de la concentration de l'offre et des enseignes proposées aux consommateurs sur l'ensemble de la zone de chalandise.

L'article 10A encadre les contrats conclus entre les têtes de réseau et leurs « *affiliés* » (franchisés et adhérents à un groupe coopératif), en vue de faciliter la mobilité interenseignes des commerçants indépendants. Cette mobilité accrue devrait en particulier renforcer la concurrence entre enseignes pour les services qu'elles proposent aux commerçants indépendants (centrale d'achat et de référencement, conditions d'approvisionnement, transmission de savoir-faire, notoriété de la marque, etc.), tout en contribuant à la diversification de l'offre aux consommateurs, au niveau de la zone de chalandise. Le texte vise ainsi d'une part à encadrer la durée d'engagement des commerçants indépendants, en limitant celle-ci à neuf ans au maximum. Il vise d'autre part à interdire les restrictions à la liberté d'activité du commerçant, une fois le contrat échu ou résilié (voir notamment les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation postcontractuelles). Les règles statutaires auxquelles sont par ailleurs soumis les commerçants ne doivent pas faire échec à l'effectivité des principes et interdictions ainsi posés.

L'article 10 *quater* instaure une obligation d'information préalable de l'Autorité de la concurrence, avec effet suspensif, des accords de coopération à l'achat, au-delà d'un certain seuil de chiffre d'affaires. L'objectif de cette mesure est de mettre l'Autorité de la concurrence en mesure d'intervenir en temps utile si ces accords, qui n'entrent pas dans le champ du contrôle des concentrations, devaient poser des problèmes de concurrence susceptibles d'être appréhendés sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

L'article 11 étend le dispositif dit d'« *injonction structurelle* » à l'ensemble de la métropole, après son introduction pour les seuls territoires ultramarins par la loi Lurel de 2012 ainsi que, par une loi du pays d'octobre 2013, au territoire de la Nouvelle-Calédonie (voir, pour un résumé des dispositions de la loi Lurel, le Rapport annuel de l'Autorité pour 2012). Ce dispositif autorise l'Autorité de la concurrence, sur la base de préoccupations de concurrence trouvant leur origine dans des pratiques de prix ou marges élevés d'un opérateur en position dominante

sur une zone de chalandise considérée, à accepter des engagements, voire, le cas échéant, à enjoindre des mesures correctrices qui peuvent notamment prendre la forme d'une injonction de cession d'actifs lorsque celle-ci est le seul moyen de garantir une concurrence effective. Le texte du projet de loi introduit une condition d'engagement supplémentaire par rapport au dispositif ultramarin, tenant au dépassement d'un seuil de 50% de parts de marché. L'article 11 remédie à l'inefficacité du dispositif actuel figurant à l'article L. 752-26 du Code de commerce, qui fait dépendre l'exercice du pouvoir d'injonction structurelle d'un constat d'abus, ainsi que de sa continuation postérieurement à la décision constatant l'infraction. Par ailleurs, le Gouvernement a introduit à l'article 10 un mécanisme de consultation, pour avis, de l'Autorité de la concurrence, à l'initiative du ministre ou du préfet, sur les projets de documents d'urbanisme fixant les règles d'implantation des commerces.

Suivi de l'avis de l'Autorité sur les professions juridiques réglementées

L'Autorité a rendu un avis 15-A-02 en janvier 2015, à la demande du Gouvernement, sur certaines professions juridiques réglementées. Le présent projet de loi reflète certaines des recommandations émises par l'Autorité tout en confiant à celle-ci des missions nouvelles en lien avec le contrôle des tarifs et de l'installation de ces professions.

L'article 12 pose ainsi un principe d'orientation vers les coûts des tarifs des notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires, greffiers des tribunaux de commerce, administrateurs et mandataires judiciaires. Dans sa version initiale, le texte prévoyait la mise en place d'un « *corridor tarifaire* » (fourchette comprenant un minimum et un maximum fixés par voie réglementaire) dans lequel le professionnel pouvait accorder une remise et admettait une péréquation entre actes des tarifs applicables, par dérogation au principe d'orientation vers les coûts. Le texte a néanmoins connu un grand nombre d'ajustements et, dans sa version adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, a substitué au « *corridor tarifaire* » un dispositif de remises, « *fixes* », sur un nombre restreint d'actes, en fonction de leur nature et du niveau de tarif y afférent. Est en outre créé par l'article 12 un fonds interprofessionnel, abondé par les émoluments tirés des actes dont le tarif, par dérogation, n'est pas orienté vers les coûts. L'Autorité de la concurrence est obligatoirement consultée sur le décret de méthode tarifaire et peut être saisie ou s'autosaisir sur la fixation des tarifs eux-mêmes, et plus largement sur tout tarif relevant du deuxième alinéa de l'article L. 410-2 (réglementation tarifaire en situation de concurrence en prix limitée). À cet effet, le Gouvernement adresse à la demande de l'Autorité le projet de tarif ou de prix et la date de cette révision, au plus tard deux mois avant qu'elle n'intervienne. Le tarif de chaque prestation des professions juridiques concernées est fixé par arrêté conjoint des ministres de l'Économie et de la Justice.

Au niveau de la liberté d'installation des notaires, huissiers et commissaires-priseurs judiciaires (article 13 *bis*), le principe est, dans le texte initial comme dans celui voté par les députés, celui d'une distinction entre les « *zones libres* », où

l'implantation de nouveaux offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services et où l'installation ne serait dès lors plus contingente, et les autres zones où le ministre de la Justice pourra refuser la titularisation, après avis de l'Autorité de la concurrence, motif pris de l'atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et de la compromission de la qualité du service rendu. L'Autorité de la concurrence cartographiera ces différentes zones sur la base d'une analyse démographique et économique et de critères définis par décret : cette « carte » sera adoptée conjointement par les ministres de la Justice et de l'Économie. Le collège de l'Autorité délibérant sur cette « carte » devra comprendre deux membres supplémentaires, personnes qualifiées nommées par décret pour trois ans non renouvelables.

Les articles 14, 15 et 16 transposent aux textes spécifiques aux différentes professions concernées le nouveau régime d'installation qui découle de l'article 13 *bis*. Par ailleurs, conformément aux recommandations de l'Autorité, la compétence territoriale des huissiers pour les actes sous monopole est étendue au ressort de la cour d'appel (actuellement le ressort du tribunal de grande instance). De même, une limite d'âge uniforme de soixante-dix ans pour l'exercice des activités concernées est fixée.

L'article 17 *bis* reprend le système de liberté d'installation encadrée évoqué *supra* en l'étendant aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et en attribuant à l'Autorité les mêmes missions consultatives.

L'article 18 étend la règle du « un [titulaire] pour deux [salariés] » aux huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et greffiers de tribunaux de commerce, et instaure, de manière provisoire, une règle de « un pour quatre », s'agissant des notaires.

L'article 19 oblige les greffiers de tribunaux de commerce à transmettre à l'INPI les données dématérialisées du registre du commerce de manière gratuite et interoperable. L'INPI assure la diffusion et la mise à disposition gratuite du public des informations techniques, commerciales et financières y figurant.

L'article 20 crée une profession de commissaire de justice, regroupant les professions d'huissier et de commissaire-priseur judiciaire, de façon progressive et tenant compte des incompatibilités et risques de conflits d'intérêts propres à chaque profession. L'Autorité soulignait dans son avis 15-A-02 la nécessité d'une expertise en amont sur la pertinence de la création d'une telle profession, en particulier s'agissant de l'inclusion des mandataires judiciaires, un temps envisagés dans cette profession unique de l'exécution.

Enfin, les articles 20 à 22 assouplissent les conditions d'exercice en société des professions concernées, en favorisant la constitution de réseaux de professionnels et le développement de l'interprofessionnalité.

Activité en 2014

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 2014, le nombre de saisines externes est reparti à la hausse. Avec 24 plaintes déposées (+ 6 par rapport à 2013), les entreprises constituent toujours l'essentiel des saisines externes. Après plusieurs années sans dépôt de plaintes compte tenu du mécanisme d'information du rapporteur général sur les enquêtes introduit en 2009, le ministre de l'Économie a saisi l'Autorité à trois reprises cette année.

Tableau 1 : Origine des saisines au fond

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Entreprises	23	29	32	36	39	32	25	20	18	24
Organisations professionnelles	6	0	2	1	2	7	1	0	2	0
Associations de consommateurs	1	0	3	0	0	0	1	0	0	1
Ministre chargé de l'Économie	15	17	13	6	4	2	0	0	0	3
Collectivités territoriales	1	3	1	0	0	1	0	2	0	0
Autres	1	2	3	1	1	0	2	4	0	0
Respect d'injonction	0	0	2	1	1	4	1	1	0	0
Total	47	51	56	45	47	46	30	27	20	28

Les demandes de mesures conservatoires

Les demandes de mesures conservatoires ont connu un regain significatif en 2014 pour revenir à un niveau similaire aux années 2005-2010 (une demande de mesure d'urgence ne peut être qu'accessoire à une saisine au fond).

Tableau 2 : Demandes de mesures conservatoires

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
14	15	13	21	15	16	7	8	1	13

Les demandes d'avis

Les demandes d'avis de l'Autorité se maintiennent à un niveau élevé en 2014, bien qu'en baisse par rapport à 2013. L'expertise de l'Autorité a ainsi été sollicitée à **35** reprises.

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

- **8** en provenance des régulateurs sectoriels : Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), 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 chiffre est en ligne avec 2013, illustrant toujours la coopération intense et renouvelée entre l'Autorité et les autorités de régulation sectorielles;
- **8** 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;
- **5** 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;
- **1** 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; la baisse dans cette catégorie reflète la diminution du nombre de demandes de clémence en France;
- **11** 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 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 (en l'espèce, saisine de la commission des affaires économiques du Sénat sur le rapprochement des centrales d'achat alimentaires);
- **1** sur le fondement de l'article L. 461-4 du Code de commerce, qui dispose que l'Autorité rend un avis au ministre chargé de l'Économie sur la nomination du conseiller auditeur.

Tableau 3 : Évolution des demandes d'avis par catégorie

Nature des demandes d'avis	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Sur des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 410-2; L. 462-2)	8	5	3	7	8	8	5
Sur des questions générales de concurrence (L. 462-1)	13	13	15	12	11	7	8
Sur saisine de commissions parlementaires (L. 461-5)	–	1	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	8
Sur saisine de juridictions (L. 462-3)	–	–	–	2	1	2	–
Demandes de clémence (L. 464-2, IV)	18	5	7	4	5	7	1
Délais de paiement	4	34	–	–	7	1	–
Accords interprofessionnels	–	–	1	5	7	7	11
Saisines diverses (L. 461-4, décret 83-86, art. 1 ^{er})	–	2	1	2	–	1	1
Total	45	65	32	38	43	42	35

Les autosaisines

En matière contentieuse, l'Autorité de la concurrence a été particulièrement active puisqu'elle s'est saisie de sa propre initiative à sept reprises, traduisant sa volonté d'être proactive afin de définir ses priorités au regard des enjeux économiques et des dysfonctionnements de marché susceptibles d'affecter certains secteurs.

En matière consultative, l'Autorité de la concurrence a ouvert une enquête sectorielle sur la normalisation/certification. Une consultation publique a été lancée au printemps 2015 sur le diagnostic établi et les premières pistes de réflexion de l'Autorité.

Tableau 4 : Ventilation des autosaisines

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Autosaisines en matière contentieuse	8	13	12	5	3	7
Autosaisines en matière consultative	2	3	2	0	2	1

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 2014

Notifications reçues en 2014 ayant abouti à une décision en 2014*	168
Notifications retirées au 31 décembre 2014	14
Notifications en cours d'examen au 31 décembre 2014**	10
Total	192

* Dont trois renvois de la Commission européenne.

** Opérations de phase 1.

L'Autorité de la concurrence a reçu, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2014, 192 notifications d'opérations de concentration. En comparaison, l'Autorité avait

reçu 214 notifications entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2013. Le nombre de notifications reçues est donc en baisse par rapport à l'année précédente.

Ces notifications incluent en 2014 cinq 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 quatre opérations ont fait l'objet d'une décision et une a été retirée). Il s'agit de :

- la prise de contrôle exclusif du groupe Médi-Partenaires par le groupe Bridgepoint. Cette opération a été notifiée à l'Autorité le 2 mai 2014;
- la prise de contrôle exclusif du groupe Mr. Bricolage par le groupe Kingfisher;
- la prise de contrôle exclusif du groupe Totalgaz par le groupe Antargaz;
- la prise de contrôle conjoint de Générale de santé par Ramsay Health Care et Predica (groupe Crédit agricole). Cette opération a été notifiée à l'Autorité le 20 août 2014;
- la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS. Cette opération a été notifiée à l'Autorité le 25 septembre 2014.

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 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 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 2014 et des cinq années précédentes.

Tableau 6 : Projets d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2014)

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
2014	99	87	12 soit 12 %	0

On constate au fil des années une nette diminution du nombre de projets d'enquête retenus par l'Autorité pour investigation : la 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, 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. De plus, le portefeuille d'enquêtes des services d'instruction comprend également des enquêtes ouvertes sur initiative du rapporteur général.

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 ou non une saisine d'office au collège et, dans l'affirmative, lui communiquer la décision du collège relative à l'autosaisine. En l'absence d'autosaisine de l'Autorité ou à défaut de réponse dans le délai de 65 jours, le ministre pourra donner à l'affaire les suites prévues aux articles L. 462-5 et L. 464-9 (injonction, transaction dans la limite de 150 000 euros depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon » contre 75 000 euros précédemment ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible) ou classer l'affaire.

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 d'injonction-transaction offerte au ministre (chiffre d'affaires de l'entreprise inférieur à 50 millions d'euros et chiffres d'affaires cumulés des entreprises concernées n'excédant pas 200 millions d'euros, ce dernier seuil ayant été relevé depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation précitée, il était de 100 millions précédemment), pour les pratiques affectant un marché de dimension locale et ne concernant pas des faits

relevant des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE], ainsi que 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 2014.

Le tableau ci-après reprend les suites données aux rapports transmis par le ministre à l'Autorité au cours de l'année 2014 et des cinq années précédentes.

Tableau 7 : Suites données aux résultats d'enquête transmis par la DGCCRF (état au 31 décembre 2014)

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 une autosaisine sur le même secteur soit 27% des dossiers analysés
2010	43	25	12	2	4 soit 25% des dossiers analysés
2011	40	26	9	1	4 soit 31% des dossiers analysés + 1 concernant un rapport reçu en 2010
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
2014	52	34	18	0	3 soit 16,66% des dossiers analysés

L'année 2014 voit le nombre de rapports transmis par les services de la DGCCRF diminuer de 27% mais demeure à un niveau supérieur aux années 2009 à 2012, tandis que le nombre d'affaires que la rapporteure générale a décidé de retenir reste stable et modéré du fait du caractère souvent local des pratiques constatées comme indiqué ci-dessus. 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 (34,6%).

Les enquêtes initiées par la rapporteure générale

Les dispositions du Code de commerce modifié autorisent également, ainsi que rappelé précédemment, le rapporteur général de l'Autorité 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, ce nombre est passé à une moyenne de 8 enquêtes sur la période 2010-2014 (2010 : 7 ; 2011 : 9 ; 2012 : 9 ; 2013 : 8 et 2014 : 3) soit entre 20 et 32 % du portefeuille d'enquêtes des services d'instruction de l'Autorité.

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

Les enquêtes selon la procédure nationale

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

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

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

Au cours de l'année 2014, 6 affaires ont nécessité le recours à ce dispositif (2009 : 6 ; 2010 : 5 ; 2011 : 3 ; 2012 : 1 et 2013 : 8) ; ce qui traduit une utilisation toujours ciblée des dispositions de l'article L. 450-4 et modérée eu égard au nombre de dossiers constituant le portefeuille de l'Autorité. L'Autorité a également poursuivi sa participation aux travaux du réseau européen Forensic IT.

Tableau 8 : Opérations de visite et saisie (article L. 450-4)

2009	6
2010	5
2011	3
2012	1
2013	8
2014	6

L'assistance aux inspections de la Commission européenne

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

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

au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce pour répondre à une opposition de l'entreprise, après avoir obtenu une ordonnance autorisant la mise en œuvre des pouvoirs de l'article L.450-4.

En 2014, l'assistance de l'Autorité de la concurrence a ainsi été requise à 2 reprises dans le cadre d'inspections menées par la Commission.

Tableau 9 : Assistance de l'Autorité de la concurrence aux inspections menées par la Commission européenne en France

2009	3
2010	4
2011	6
2012	3
2013	3
2014	2

Le contentieux des opérations de visite et saisie (OVS)

La jurisprudence

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 2014, 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 de nouveau, 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 (pour les plus récentes, Cass. crim., 17 décembre 2014, n^{os} 13-87.274 et 13-87.275).

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

On se souvient que, par plusieurs arrêts de 2013 (Cass. crim., 24 avril 2013, n^o 12-80.336 ; n^o 12-80.346 ; n^o 12-80.331 ; n^o 12-80.335 ; n^o 12-80.332 ; 27 novembre 2013, n^o 12-85.830), la Cour de cassation avait 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 ne pouvait se limiter à constater l'accord de l'administration pour restituer les pièces protégées irrégulièrement saisies mais qu'il lui appartenait de rechercher si ces pièces relevaient bien du secret de la correspondance avocat-client et des droits de la défense pour, le cas échéant, prononcer l'annulation de leur saisie. La violation du secret intervient dès que le document est saisi (24 avril 2013, n° 12-80.331), étant précisé que cette nullité n'affecte que ces seules pièces et non l'ensemble des saisies informatiques.

Une jurisprudence constante précise en effet que la présence dans la saisie informatique de documents couverts par le secret de la correspondance avocat-client n'invalide pas la totalité des saisies informatiques ou l'ensemble des opérations (Cass. com. 18 janvier 2011, n° 10-11.777; Cass. crim., 11 janvier 2012, n° 10-87.087) 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° 12-85.830; voir également Cass. crim., 17 décembre 2014, n° 13-87.276).

Sur renvoi après cassation partielle des arrêts précités d'avril 2013, le premier président de la cour d'appel de Versailles, en 2014, a fait application, à plusieurs reprises, de la jurisprudence précitée de la Haute Cour en n'annulant que les documents relevant de la protection accordée à la correspondance avocat-client.

À la suite d'une de ces ordonnances rendues par le premier président de la cour d'appel de Versailles en 2014, l'entreprise en cause a posé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la limitation de la sanction de la violation de la correspondance avocat-client à l'annulation de la saisie de ces seuls documents protégés. La juridiction suprême y a apporté la réponse suivante : « *Et attendu que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que la disposition contestée assure un contrôle effectif du juge tout au long de la visite et lui permet de régler les éventuels incidents portant notamment sur la saisie par l'administration des documents protégés par le secret des correspondances entre avocat et client et que l'annulation de la saisie de tels documents interdit rétroactivement à l'administration d'en faire état* » (Crim., QPC, 6 août 2014, n° 14-81.204).

Enfin, la Cour de cassation (chambre civile) a confirmé, à la suite d'une demande de rabat d'arrêt, la décision de l'assemblée générale de la cour d'appel de Paris du 6 novembre 2012 rejetant la demande de réinscription d'un expert judiciaire sur la liste des experts, refus motivé par une « *maladresse* », lors d'une expertise diligente sur les méthodes de saisie informatique utilisées par les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence, qui 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 ;» (Cass. civ. 2, 25 septembre 2014 et 11 juillet 2013, n° 13-60.084).

Les modalités de saisie des documents informatiques et la protection du secret de la correspondance avocat-client

Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'annulation des saisies de documents couverts par le secret de la correspondance avocat-client compris dans les saisies de documents informatiques exposée ci-avant, l'Autorité a décidé d'engager une réflexion sur les modalités de saisie des documents informatiques (fichiers et messagerie) afin d'évaluer la possibilité, à droit constant, d'écarter la présence de documents couverts par le secret de la correspondance avocat-client² avant toute saisie définitive des documents informatiques.

L'expérimentation ainsi mise en œuvre lors de deux opérations de visite et saisie au cours du dernier trimestre 2014 a consisté à placer sous scellé fermé provisoire les documents informatiques appréhendés pour permettre à l'entreprise concernée, ayant signalé la présence de documents couverts par le secret de la correspondance avocat-client dans ces documents informatiques, de les identifier, de les lister et de transmettre ces informations à l'Autorité aux fins de procéder à leur élimination avant de procéder à la saisie définitive des documents informatiques appréhendés.

Ces opérations, réalisées en application des dispositions de l'article L.450-4 du code de commerce, se sont déroulées en présence de l'occupant des lieux ou son représentant, d'un officier de police judiciaire et sous le contrôle du Juge des Libertés et de la Détention.

Les délais de recours relatifs au déroulement des opérations de visite et de saisie ont en conséquence commencé à courir à compter de la remise à l'occupant des lieux ou son représentant de la copie du procès-verbal de mise sous scellé définitif clôturant les opérations de visite et saisie.

Les commissions rogatoires (article L. 450-1-II bis du Code de commerce)

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « *loi Hamon* » entrée en vigueur le 19 mars 2014 puis l'arrêté ministériel du 14 novembre 2014 ont accordé un nouveau pouvoir aux rapporteurs de l'Autorité, à savoir celui de recevoir commission rogatoire des juges d'instruction (L. 450-1-II nouveau du Code du commerce).

Un dossier a été ouvert en décembre 2014 auprès des services d'instruction de l'Autorité.

2. Cf. article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifié.

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 2014, à la fois au titre de ses fonctions décisionnelle et consultative (hors contrôle des concentrations).

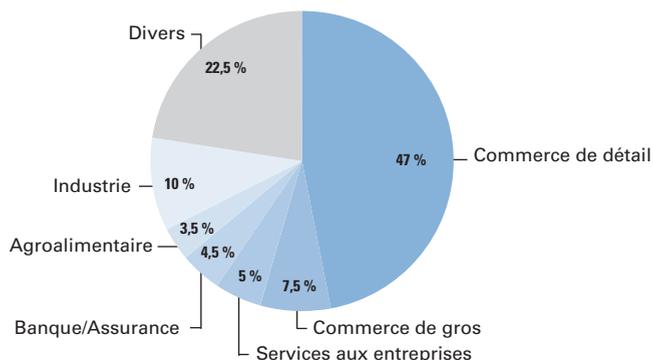
Tableau 10 : Ventilation des décisions et avis par secteur économique (hors contrôle des concentrations)

Secteurs économiques	Nombre d'avis et décisions	Références des avis et décisions
Transports	10	14-D-01 Transports ferroviaires 14-D-11 Billets de train 14-D-13 Fourniture de carburants 14-D-14 Transport sanitaire d'urgence par ambulance 14-D-16 Déménagements des militaires en Martinique 14-D-17 Réparation navale de bateaux de plaisance 14-A-05 Transport par autocar 14-A-09 Transports ferroviaires 14-A-13 Sociétés concessionnaires d'autoroutes 14-A-17 Transport public particulier de personnes
Distribution/ Produits de grande consommation	6	14-D-07 Distribution des produits bruns 14-D-08 Yaourts aux Antilles 14-D-09 Machines à café expresso 14-D-18 Vente événementielle en ligne 14-D-19 Produits d'entretien et d'hygiène 14-D-20 Papiers peints en France
Télécoms	5	14-D-05 Téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte 14-D-10 Réseaux et services de communications mobiles 14-A-06 Analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit 14-A-08 Analyse des marchés de téléphonie fixe 14-A-18 Cartographie en ligne
Services aux entreprises	4	14-D-03 Serviettes industrielles 14-A-10 Accompagnement des entreprises à l'international 14-A-11 Blanchisserie hospitalière 14-A-12 Hébergement d'entreprises
Énergie	3	14-A-01 Gaz propane 14-A-14 Tarifs réglementés de vente de l'électricité 14-A-16 Modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique
Santé	3	14-D-06 Bases de données d'informations médicales 14-D-12 Fournitures de données de santé 14-A-15 Certification des logiciels d'aide à la prescription médicale
Agriculture	2	14-A-03 Fédération Les Producteurs de légumes de France 14-A-04 Accords interprofessionnels dans le secteur des semences
Médias	2	14-D-02 Presse d'information sportive (Amaury) 14-A-07 Demandes de passage en clair de LCI, Paris Première et Planète +
Loisirs	1	14-D-04 Paris hippiques en ligne

L'Autorité a été particulièrement active dans le secteur des transports. Les avis transport par autocar et autoroutes ont été très commentés. Plusieurs recommandations émises par l'Autorité ont d'ailleurs été reprises dans le texte du projet de loi « *croissance et activité* » débattu au Parlement au cours du premier semestre 2015 (voir partie actualité législative et institutionnelle). Le secteur de la distribution et des produits de grande consommation a également été à l'agenda de l'Autorité. Dans certains cas, des sanctions ont pu être prononcées, par exemple dans le secteur des produits d'hygiène et d'entretien, celui de la presse sportive ou de la téléphonie mobile en outre-mer. Dans d'autres, des engagements structurants ont été pris par les entreprises en cause. L'Autorité de la concurrence a ainsi obtenu du PMU qu'il sépare son activité de paris hippiques en ligne de celle de son réseau de points de vente physiques sous monopole et de Nespresso qu'elle lève les obstacles à l'entrée et au développement des fabricants de capsules concurrents fonctionnant avec ses machines à café. La SNCF a également sollicité la procédure des engagements et pris des mesures permettant aux agences de voyages de concurrencer à armes égales voyages-sncf.com dans la vente de billets de train.

En ce qui concerne les opérations de concentration, la répartition par secteur est la suivante :

Répartition des décisions de contrôle des concentrations par secteur d'activité en 2014 (en pourcentage)



47% des décisions rendues concernent le commerce de détail, 10% l'industrie, 3,5% l'agroalimentaire, 4,5% la banque et l'assurance, le solde étant réparti entre les autres secteurs.

Comme pour les années précédentes, la prédominance du commerce de détail s'explique par l'existence de seuils de contrôlabilité plus bas pour ce secteur. La grande majorité des décisions en la matière (94 décisions) concerne le commerce de détail à dominante alimentaire et la distribution automobile.

Les décisions contentieuses

La nature des décisions contentieuses

Tableau 11 : Décisions contentieuses

Décisions	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Affaires instruites	50	34	40	39	23	29	23	20
Mesures conservatoires	6	1	2	1	1	0	0	2
Désistement/classement	26	25	21	34	16	24	9	11
Total 1	82	60	63	74	40	53	32	33
Sursis à statuer	2	1	4	1	2	0	0	0
Total 2	84	61	67	75	42	53	32	33

En 2014, l'Autorité a rendu 20 décisions au fond soit un nombre sensiblement équivalent à 2012. Elle a, par ailleurs, fait usage des mesures conservatoires à deux reprises (dans le secteur des médias et de l'énergie) alors qu'elle n'en avait pas prononcé les deux années précédentes. Dans sa décision 14-MC-01, l'Autorité a suspendu l'accord conclu entre la Ligue nationale de rugby et le Groupe Canal Plus attribuant à ce dernier l'exclusivité des droits de diffusion des matches du Top 14 pour cinq saisons (décision confirmée pour l'essentiel par la cour d'appel de Paris). Dans sa décision 14-MC-02, l'Autorité a ordonné à GDF Suez d'accorder à ses concurrents un accès à une partie des données de son fichier historique (décision confirmée pour l'essentiel par la cour d'appel de Paris).

Les sanctions

Les décisions de sanctions pécuniaires en 2014

Tableau 12 : Sanctions pécuniaires prononcées

Numéro décision	Libellé	Sanctions en €
14-D-02	Presse sportive	3514000 €
14-D-05	Téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte	45939000 €
14-D-06	Bases de données médicales	5767000 €
14-D-08	Yaourts aux Antilles	1670000 €
14-D-16	Déménagements militaires en Martinique	237840 €
14-D-19	Produits d'entretien et d'hygiène	951219000 €
14-D-20	Papiers peints	5276000 €
Total		1013622840 €

L'Autorité de la concurrence a prononcé 7 décisions de sanctions en 2014 pour un montant total de plus d'un milliard d'euros. Ce montant est principalement constitué des sanctions infligées dans le cadre de la décision 14-D-19 du 18 décembre 2014. Cette décision sanctionne deux ententes, l'une dans le secteur des produits d'entretien pour un montant de 345,2 millions d'euros et l'autre dans celui des produits d'hygiène pour un montant de 605,9 millions d'euros. Le montant des

sanctions dans cette décision, qui fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, s'explique à la fois par le niveau des ventes en relation avec l'infraction, la durée des pratiques et la taille des entreprises concernées (multinationales appartenant à des groupes mondiaux).

L'évolution des sanctions sur longue période

Tableau 13 : Évolution des sanctions pécuniaires depuis 2008

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	16	15	12	8	13	10	7
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	65	49	50	39	57	33	31
Montant des sanctions (en M€)	630,3	205,5	439,5	419,8	540,1	159,3	1 013,6
Nombre d'organisations professionnelles ou organismes sanctionnés	17	9	2	1	9	7	0
Montant des sanctions (en M€)	1	1,1	3	0,06	0,4	1,2	0
Montant total des sanctions (en M€)	631,3¹	206,6	442,5²	419,8³	540,5⁴	160,5⁵	1 013,6⁶

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 sur le montant des sanctions).

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; la Cour de cassation a cassé l'arrêt et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris).

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 (décision partiellement réformée par la cour d'appel de Paris. Un pourvoi est pendante devant la Cour de cassation).

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).

6. Dont 951,2 millions d'euros dans le cadre de la décision 14-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps (cette décision a fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris).

Les pratiques sanctionnées en 2014

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par l'Autorité en 2014, 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 14 : Nature des pratiques sanctionnées

Abus de position dominante	4
Ententes	4
Décision mixte (entente + abus de position dominante)	0
Défaut de notification d'une opération de concentration	0
Total décisions de sanctions	8

En 2014, l'Autorité de la concurrence a sanctionné autant d'abus de position dominante que d'ententes (dont deux par la seule décision 14-D-19 produits d'entretien et d'hygiène).

La non-contestation des griefs

La procédure de non-contestation des griefs confirme son attractivité. Cette procédure permet d'alléger le traitement du dossier pour l'Autorité et d'obtenir une réduction de sanction pour l'entreprise 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 sous ce régime (14-D-20 papiers peints, 14-D-19 produits d'entretien et d'hygiène, 14-D-16 déménagement des militaires en Martinique, 14-D-05 téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte), soit plus de la moitié des décisions de sanctions pour pratiques anticoncurrentielles et la totalité des décisions en matière d'entente.

Tableau 15 : Évolution du nombre de décisions de non-contestation des griefs

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Non-contestation des griefs	6	6	2	3	4	4	4

La clémence

Après un regain des demandes de clémence en 2013, leur nombre a décliné en 2014 puisqu'une seule demande a été faite auprès de l'Autorité. Cependant, les demandes sommaires, qui permettent au demandeur qui fait ou s'apprête à faire une demande d'immunité auprès de la Commission européenne pour les mêmes faits, se maintiennent à un niveau élevé.

Tableau 16 : Évolution du nombre de demandes de clémence

	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	2008*	2009*	2010*	2011*	2012*	2013*	2014*	Total
Demandes de clémence	1	2	5	6	8	1	18	5	7	4	3	7	1	68

* 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, 9 pour 2013 et 8 pour 2014.

En 2014, l'Autorité a rendu deux décisions, qui font l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris, sur le fondement de la clémence. La première concerne les ententes dans les secteurs des produits d'entretien et d'hygiène (14-D-19), la seconde est relative au secteur des papiers peints (14-D-20). Dans le secteur des produits d'entretien, SC Johnson, qui a été la première à solliciter le bénéfice de la clémence, a obtenu une exonération totale d'amende. Dans le secteur de l'hygiène, c'est Colgate-Palmolive, qui a obtenu le rang 1 et a obtenu l'immunité. Dans la décision des papiers peints, Rasch Allemagne et sa filiale Rasch France ont sollicité et bénéficié de la procédure de clémence. En étant les premières à porter à la connaissance de l'Autorité les pratiques de concertation par échanges d'informations dans le secteur, elles ont été exonérées d'amende.

Les engagements

En 2014, l'Autorité a lancé à quatre reprises des tests de marché dans le cadre de procédures pour lesquelles les entreprises ont proposé de modifier leurs pratiques (plates-formes de réservation hôtelière en ligne, transport urbain et marchés de conseil et d'assistance technique aux exploitants de transports, vente de billets de train, machines à café expresso). L'utilisation de cette procédure négociée est en ligne avec les années précédentes et confirme l'intérêt qu'ont les entreprises à y recourir.

Tableau 17 : Évolution du nombre de procédures d'engagements

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Engagements*	6	6	8	7	3	6	5	5	3	4

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

Toutes ces procédures, lancées en 2014, ont abouti. L'Autorité de la concurrence a ainsi obtenu de Nespresso qu'elle lève les obstacles à l'entrée et au développement des fabricants de capsules concurrents fonctionnant avec ses machines à café (14-D-09), rétablissant ainsi les conditions d'une compétition équitable sur le marché des capsules. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a obtenu de la SNCF des engagements permettant aux agences de voyages de concurrencer à armes égales voyages-sncf.com. Ces engagements devraient permettre aux agences de proposer aux voyageurs une offre enrichie. Concernant le transport urbain, la SNCF a pris des engagements permettant d'égaliser les conditions de concurrence pour les entreprises candidates aux appels d'offres d'assistance technique aux exploitants de transport urbain. Enfin, Booking s'est engagée à modifier la clause de parité tarifaire et à supprimer toute clause imposant des obligations de parité en termes de disponibilité de chambres ou de conditions commerciales permettant ainsi aux hôteliers de retrouver davantage de liberté en matière commerciale et tarifaire.

Les décisions en matière de contrôle des concentrations

Tableau 18 : Décisions rendues en 2014

Autorisations	190
Autorisations sous réserve de mise en œuvre d'engagements	10 ¹
Autorisations sous réserve du respect d'injonctions	0
Décisions d'inapplicabilité du contrôle	0
Total	200

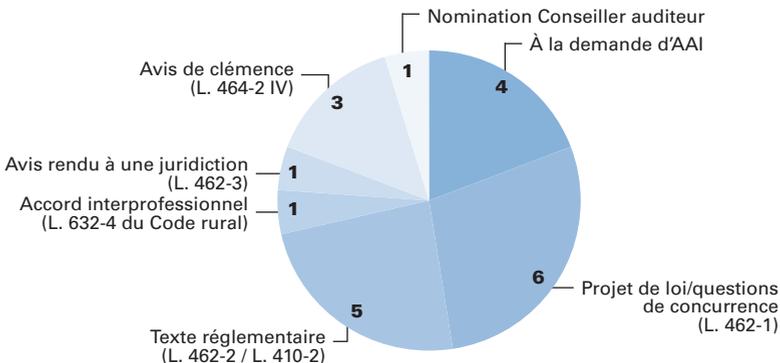
1. 9 décisions en phase 1 et 1 décision en phase 2.

L'Autorité a rendu, en 2014, 200 décisions relatives à des opérations de concentration. Parmi ces décisions, 10 autorisations ont été données sous réserve de la mise en œuvre des engagements proposés par les parties :

- la décision 14-DCC-10 relative à la prise de contrôle exclusif par Point P de cinq points de vente détenus par Wolseley France Bois et Matériaux
- la décision 14-DCC-11 relative à la prise de contrôle par la société Franprix Leader Price Holding de 47 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire Le Mutant
- la décision 14-DCC-15 relative à la prise de contrôle exclusif de Mediaserv, Martinique Numérique, Guyane Numérique et La Réunion Numérique par Canal Plus Overseas
- la décision 14-DCC-50 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus
- la décision 14-DCC-71 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation
- la décision 14-DCC-82 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe Park&Suites et du groupe GMI par le groupe M Finance et le fonds d'investissement Equistone
- la décision 14-DCC-123 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brasserie Lorraine par la société Antilles Glaces
- la décision 14-DCC-160 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice (décision en phase 2)
- la décision 14-DCC-167 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline sud-européen par Total SA
- la décision 14-DCC-173 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS

Les avis

En 2014, l'Autorité a rendu 21 avis qui se répartissent de la manière suivante :



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

Ainsi, dans le secteur des transports, elle a rendu, de sa propre initiative un avis sur le transport par autocar longue distance (14-A-05) dans lequel elle a préconisé l'ouverture plus large de ce marché et recommandé 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. Ces propositions ont été reprises dans le cadre du projet de loi « *croissance et activité* » préparé par le ministre de l'Économie. En septembre, l'Autorité a émis un avis sur les autoroutes (14-A-13) sollicité par la commission des finances de l'Assemblée nationale. L'Autorité a formulé 13 recommandations parmi lesquelles la mise en place d'une nouvelle formule de calcul du tarif des péages, prenant en compte l'évolution du trafic. Le projet de loi « *croissance et activité* » a repris plusieurs propositions faites par l'Autorité portant sur la régulation des péages. Dans le domaine des médias, elle a rendu, à la demande du CSA, un avis sur la demande de passage en clair sur la TNT des chaînes LCI, Paris Première et Planète +. L'Autorité a également été active dans le secteur de l'énergie (propane en citerne, accès régulé à l'électricité nucléaire historique – ARENH –, mode de calcul des tarifs réglementés de l'électricité).

Stock

L'activité contentieuse et consultative

État du stock (hors concentrations) au 31 décembre 2014

Le stock de dossiers a été maintenu à un niveau historiquement bas (139) identique à 2013, probablement un niveau plancher.

Tableau 19 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2013	2014		Nombre d'affaires en cours au 31 décembre 2014
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	105	35	29	111
Mesures conservatoires	2	13	9	6
Respect d'injonction	1	0	0	1
Avis	31	35	45	21
Total	139	83	83	139

Évolution du stock sur longue période

Ce niveau de stock est le résultat de la mobilisation collective des agents de l'Autorité : les sorties de dossiers sont ainsi en hausse et rejoignent le nombre de dossiers déposés qui a par ailleurs augmenté.

Tableau 20 : Évolution du stock sur plusieurs années

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Stock au 1 ^{er} janvier	404	417	381	335	296	254	198	180	155	176	169	153	164	149	139
Affaires nouvelles	144	127	108	97	100	105	103	92	117	137	110	89	78	68	83
Affaires terminées	131	163	154	136	142	161	121	117	96	145	126	78	93	78	83
Variation du stock	+13	-36	-46	-39	-42	-56	-18	-25	+21	-8	-16	+11	-15	-10	0
Stock au 31 décembre	417	381	335	296	254	198	180	155	176	169	153	164	149	139	139

Indicateur d'évolution du stock

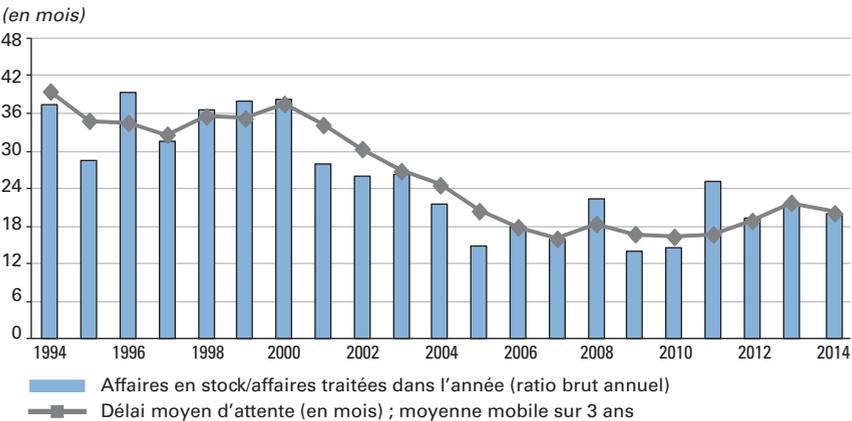
Depuis 2002, l'institution présente un indicateur d'« *encombrement* », égal au ratio affaires en stock/affaires traitées dans l'année, qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers.

Il s'agit d'un indicateur « *prospectif* » et non d'un indicateur portant sur 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 évaluée en moyenne mobile sur trois ans.

Pour 2014, ce délai est de 20 mois. Il est en nette baisse par rapport à 2013 (21,8 mois). Il traduit la volonté de l'Autorité de traiter rapidement et efficacement des dossiers au demeurant complexes. Le graphique ci-après présente l'évolution sur longue période de ces deux indicateurs exprimés en mois.

Indicateur d'évolution du stock



Les opérations de concentration

Au 31 décembre 2014, 29 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 2014, 14 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris, sur un total de 22 décisions rendues (20 décisions au fond/D et 2 mesures conservatoires/MC), ce qui représente un taux de recours de 64 %.

Tableau 21 : Taux de recours

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nombre total de décisions (D + MC)	75	43	56	35	42	40	21	29	23	22
Nombre de recours	28	15	25	12	12	8	6	10	10	14
Taux de recours (en %)	37	35	45	34	29	20	28	34	43	64

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions de 2014 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 28 mai 2015)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Nombre de recours introduits	28	15	25	12	12	8	6	10	10	14
Nombre de décisions confirmées :	22	12	18	11	11	5	6	6	8	5
– arrêts de rejet, irrecevabilité et désistements	16	9	16	7	9	5	5	5	7	3
– réformation partielle/confirmation au fond	6 ¹	3 ²	2 ³	4 ⁴	2 ⁵		1 ⁶	1 ⁷	1 ⁸	2 ⁹
Total recours examinés	28	15	25	12	12	8	6	9	9	5
Affaires pendantes	0	0	0	0	0	0	0	1	1	9
% décisions confirmées/total recours examinés*	78	80	72	91	91	62	100	66	88	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.

8. Décision 13-D-03.

9. Décisions 14-MC-01 et 14-MC-02.

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

Des tableaux récapitulatifs détaillés, comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants, sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2012 et 2013.

En ce qui concerne l'année 2014, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2014 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 2014, deux décisions ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État :

- la décision 14-DCC-16 relative à la prise de contrôle conjoint d'un hypermarché sous enseigne Leclerc par les sociétés Licehold et Lihold et l'Association des Centres distributeurs E. Leclerc
- la décision 14-DCC-71 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation

Par une décision rendue le 5 décembre 2014, le Conseil d'État a rejeté la requête formée contre la décision 14-DCC-16. Le recours formé contre la décision 14-DCC-71 reste pendant devant le Conseil d'État.

Organisation et fonctionnement

Évolution de l'organisation

De nombreux changements sont intervenus en 2014.

Le collège

Le collège de l'Autorité a été renouvelé de façon significative (8 nouveaux membres ont été nommés, soit près de la moitié du collège) et tient plus que ses promesses en matière de parité (11 femmes et 6 hommes) et de diversité (grande variété des profils juridiques et économiques).

Par décret du président de la République du 28 février 2014, après avis favorable des commissions des affaires économiques du Sénat et de l'Assemblée nationale, Bruno Lasserre a été nommé président de l'Autorité de la concurrence.

Par décret du président de la République pris sur proposition du ministre de l'Économie et des Finances du 19 mars 2014, 14 personnalités ont été nommées membres du collège et ont rejoint Claire Favre, vice-présidente, et Emmanuel

Combe, vice-président, qui n'étaient pas concernés par le renouvellement. Le nouveau collège est donc composé des personnalités suivantes :

Président : Bruno Lasserre

Vice-présidents : Élisabeth Flüry-Hérard, Emmanuel Combe, Claire Favre, Thierry Dahan

Membres : Chantal Chomel, Philippe Choné, Noël Diricq, Olivier d'Ormesson, Laurence Idot, Sandra Lagumina, Séverine Larère, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Marie-Laure Sauty de Chalon, Isabelle de Silva, Carol Xueref.

Le conseiller auditeur

Par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances du 6 mars 2014, Savinien Grignon Dumoulin a été nommé conseiller auditeur. Il succède à Henri Génin nommé chef du service juridique de l'Autorité.

Le service du président

Par décision du 16 janvier 2014, Bruno Lasserre a nommé David Viros chef du service du président. Il succède à Liza Bellulo qui a rejoint le service juridique du Secrétariat général des affaires européennes.

Le service juridique

Par décision du 3 février 2014, Bruno Lasserre a nommé Henri Génin chef du service juridique.

Sarah Subrémon et Éric Briançon ont été nommés adjoints au chef du service juridique les 8 juillet et 1^{er} octobre 2014.

Les services d'instruction

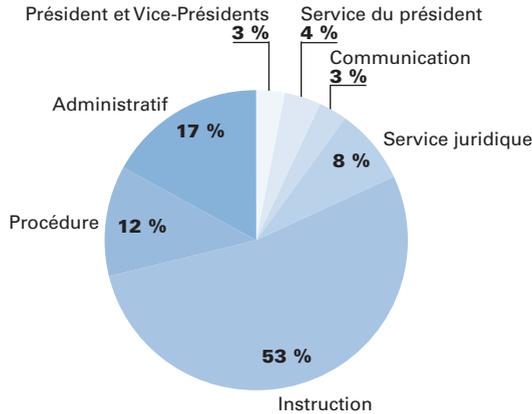
Simon Genevaz a été nommé rapporteur général adjoint et chef du service des concentrations de l'Autorité de la concurrence à compter du 1^{er} mai. Il succède à Nadine Mouy, qui a rejoint le réseau international du ministère de l'Économie et des Finances.

Anne Yvrande-Billon a été nommée adjointe au chef du service des concentrations le 8 juillet. À la suite de sa nomination en qualité de vice-présidente de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), Charles Bertin lui a succédé le 3 novembre 2014.

Effectifs

Le tableau et le graphique ci-après présentent la répartition des effectifs au 31 décembre 2014.

Service	Nombre	%
Direction	5	3%
Service du président	7	4%
Communication	6	3%
Juridique	14	8%
Instruction	96	53%
dont :		
– rapporteurs	59	32%
– service des investigations	10	6%
– service des concentrations	18	10%
– service économique	9	5%
Procédure	22	12%
Administratif	32	17%
Conseiller auditeur	1	–
Total	183	100%



Les effectifs au 31 décembre 2014 sont de 183 et correspondent à une consommation moyenne annuelle de 177 ETPT.

Budget

En 2014, le budget de l'Autorité (LFI) s'est élevé à 20,7 millions d'euros dont 16,2 millions pour les dépenses de personnel et 4,5 millions d'euros pour les dépenses de fonctionnement. Le plafond d'emplois était de 185 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 et en 2014, 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 puis par l'Autorité de la concurrence.

Jusqu'à fin 2006, ce recouvrement était confié à la trésorerie générale des créances spéciales du Trésor (TGCST), sise à Châtelleraut. La TGCST assurait à la fois la prise en charge et le recouvrement. Entre le 1^{er} janvier 2007 et le 31 décembre 2014, les ordres de recettes émis par le Conseil puis l'Autorité de la concurrence, en vue de recouvrer les sanctions, ont été transmis au contrôleur budgétaire et comptable ministériel placé auprès du ministre de l'Économie, comptable assignataire qui validait les ordres de recettes et qui les transmettait à la trésorerie générale territorialement compétente pour le recouvrement, en général la trésorerie du département du siège social de l'entreprise. Le recouvrement était donc éclaté sur l'ensemble du territoire. À partir du 1^{er} janvier 2015, la direction des créances spéciales du trésor (DCST) de Châtelleraut redevient le comptable de la prise en charge et du recouvrement.

Comme les années précédentes, le niveau des taux de recouvrement des amendes prononcées lors des années antérieures est très élevé. Le taux de recouvrement des sanctions prononcées en 2013 est de 96,87% et celui des sanctions prononcées en 2014 est déjà de 99,36%. Ces taux attestent que les délais de paiement accordés, le cas échéant, par la DGFIP ne constituent en aucun cas des exonérations.

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

Le Réseau européen de concurrence

Activité générale

En 2014, 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, dont l'Autorité, qui y prend une part très active.

La première partie de ce chapitre expose les objectifs fixés par la Commission européenne et les ANC au sein du REC pour renforcer le développement et l'application générale des instruments de la politique de la concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations, suivi sectoriel). 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 2014, les représentants de la Commission européenne et des ANC se sont rencontrés à 20 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. Le pilotage des travaux a mis plus particulièrement l'accent sur la cohérence en matière de droit des concentrations, de politique de sanction, de services de paiement, de transport 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.

Les directeurs généraux se sont réunis à deux reprises les 24 juin et 17 et 18 novembre 2014.

À l'occasion de la réunion de juin, les directeurs généraux ont en premier lieu échangé sur la réforme du contrôle des concentrations à travers les propositions de révision du règlement n° 139/2004 émises par la Commission européenne dans son Livre blanc. Les propositions de la Commission ciblent en priorité le contrôle des prises de participations minoritaires non contrôlantes et l'amélioration des mécanismes de renvoi, tant à l'initiative des parties que des autorités de concurrence. Certaines préconisations visent en outre à améliorer la coopération entre ANC dans l'hypothèse de notifications multijuridictionnelles, notamment par la mise en place d'un mécanisme d'information réciproque et précoce. L'Autorité a pris part à la consultation publique organisée autour du Livre blanc³ en appelant notamment la Commission à formuler des recommandations qui soient à la

3. La réponse de l'Autorité au Livre blanc de la Commission européenne est disponible sur : http://www.autorite-de-la-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=353&id_article=1286

hauteur des enjeux de cohérence des systèmes de contrôle nationaux et européen, tels qu'illustrés en particulier par l'affaire *Eurotunnel/My Ferry Link*. La contribution de l'Autorité fait suite au rapport qu'elle avait remis au ministre de l'Économie en décembre 2013, lequel formule dix propositions qui visent, ensemble, à restaurer une plus grande cohérence dans le paysage fragmenté du contrôle des concentrations en Europe⁴ (voir *infra* le compte rendu des travaux du groupe de travail sur les concentrations).

Les directeurs généraux ont également évoqué le bilan des 10 ans d'application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles ainsi que des améliorations susceptibles d'être apportées au règlement n° 1/2003. Plusieurs thèmes ont été abordés : (i) la structuration institutionnelle des ANC, notamment pour garantir qu'elles puissent remplir leurs missions de manière indépendante et impartiale ; (ii) la convergence procédurale afin d'assurer l'efficacité de l'intervention des ANC et (iii) la convergence en matière de clémence et de sanctions, en vue de garantir un degré suffisant de dissuasion. Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence a présenté des pistes de réflexion pour améliorer la coordination entre ANC dans les affaires liées, notamment en matière de sanctions.

Lors de la réunion de novembre, les directeurs généraux ont eu un premier échange de vues avec Margrethe Vestager, nouvelle Commissaire européenne en charge de la concurrence.

Les directeurs généraux ont par ailleurs poursuivi leurs travaux en matière de convergence des pratiques de mise en œuvre des règles de concurrence.

Trois tables rondes ont été organisées portant sur la question de l'indépendance des autorités de concurrence, les ressources humaines et financières des autorités et les programmes de clémence et les sanctions. Au vu des discussions qui sont intervenues lors de ces tables rondes, les directeurs généraux ont apporté leur soutien au développement d'exercices de collecte de données précises, afin d'affiner la réflexion sur ces questions et de formuler des propositions concrètes.

La réunion a également été l'occasion d'échanger sur les activités générales du REC, l'entrée en vigueur d'un accord de coopération entre l'Union européenne et la Suisse, les suites à donner à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire MasterCard et la coordination entre ANC dans le dossier des plates-formes de réservation hôtelières en ligne.

Par ailleurs, les directeurs généraux ont encouragé une plus grande coopération entre autorités en matière de promotion d'une culture de la concurrence et ont exprimé leur volonté que le REC organise des échanges de bonnes pratiques dans ce domaine. À cet égard, l'Autorité de la concurrence a présenté les développements législatifs en cours, en particulier le projet de loi relatif à la croissance et à l'activité qui reprend plusieurs des recommandations de l'Autorité (transport par autocars et autoroutes), lui confie de nouvelles responsabilités (professions

4. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cp_concentrations_transfrontalieres.pdf

juridiques réglementées) et élargit sa palette d'instruments d'intervention (en particulier à travers l'injonction structurelle).

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 2014, trois réunions plénières se sont tenues à Bruxelles, les 12 mars, 4 juin et 10 novembre.

Les groupes d'experts «horizontaux»

Les groupes d'experts «horizontaux» réunissent des représentants de chaque ANC et de la Commission européenne dans le dessein 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 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 2014, le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales s'est réuni à trois reprises, les 21 février, 27 mai et 4 septembre (Bonn).

Dans le contexte des travaux réalisés par la Commission européenne sur les 10 ans du règlement n° 1/2003 et notamment de la publication d'un document de travail par la Commission en juin 2014, le groupe de travail a lancé plusieurs chantiers. Tout d'abord, constatant que les États membres sont largement autonomes quant à la structuration qu'ils choisissent pour leurs ANC respectives, il est apparu nécessaire de discuter de la mise en place de règles permettant que toutes les ANC puissent remplir leurs missions de manière indépendante et impartiale. En particulier, le groupe de travail a exploré la nécessité de prévoir pour toutes les ANC que les principes suivants soient assurés : (i) l'indépendance des ANC, de leur management et de leur formation de jugement, (ii) l'autonomie budgétaire, (iii) l'octroi de moyens humains et financiers suffisants et (iv) la mise en place de procédures de nomination transparentes fondées sur le mérite.

Par ailleurs, un sous-groupe de travail sur la convergence procédurale a été lancé lors de la réunion à Bonn. Ce sous-groupe a pour mission de faire un état des lieux de la convergence entre les ANC au regard notamment des recommandations qui ont déjà été publiées dans un passé récent par le REC.

Les réunions du groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales ont été enfin l'occasion pour les ANC de présenter certains cas nationaux ou certaines évolutions institutionnelles importantes, comme ce fut le cas en 2014 s'agissant des Pays-Bas et du Portugal.

Le groupe de travail sur la lutte contre les cartels

Ce groupe 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 2014, le groupe de travail s'est réuni à deux reprises, les 13 et 14 mai et le 10 novembre (Riga).

Le groupe de travail continue d'approfondir la réflexion sur le renforcement de la convergence des programmes de clémence nationaux, dans la lignée de l'adoption du programme modèle de clémence du REC adopté en 2006 et révisé en 2012. Le groupe a notamment réalisé des travaux comparatifs afin d'identifier les points de divergence existant sur ce sujet entre les 27 ANC disposant à ce jour d'un programme de clémence.

Le groupe de travail s'est par ailleurs penché sur la question de la détection des cartels. De nombreux échanges de bonnes pratiques ont eu lieu sur ce sujet.

Le groupe de travail a aussi lancé une réflexion sur le sujet de l'interaction entre les programmes de clémence et l'imposition de sanctions à des personnes individuelles, dans l'optique de s'assurer que l'efficacité de la clémence ne soit pas affaiblie par le risque de sanction encourue à titre individuel par des personnes appartenant à une entreprise susceptible de déposer une demande d'immunité ou de réduction d'amende.

Enfin, 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 polonaise a pu présenter la réforme du droit de la concurrence qui est intervenue récemment et qui introduit notamment la possibilité pour l'autorité polonaise d'imposer des sanctions à des individus. L'autorité irlandaise a par ailleurs présenté la réforme qui a conduit à sa fusion avec l'agence en charge du droit de la consommation et au renforcement de ses pouvoirs d'enquête.

Le groupe de travail sur les concentrations

Le groupe de travail sur les concentrations poursuit un double objectif. D'une part, il permet l'échange et la diffusion de bonnes pratiques en matière de définition des marchés (en particulier de dimension nationale ou infranationale), d'analyse concurrentielle (effets unilatéraux, effets verticaux, effets congloméraux) et de

détermination des remèdes appropriés au regard des principes d'efficacité et de proportionnalité. Ces bonnes pratiques peuvent également porter sur les procédures engagées à l'occasion des renvois prévus par le règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations et, plus généralement, sur les échanges d'informations entre autorités de concurrence à l'occasion de 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 2014, le groupe de travail, qui est coprésidé par l'Autorité de la concurrence, s'est réuni à trois reprises, le 19 février, le 13 juin (à Tallinn) et le 9 octobre.

Les travaux du groupe de travail se sont amplifiés sous l'impulsion d'une actualité riche en initiatives en matière de contrôle des concentrations.

Tout d'abord, l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014 de toute une série de mesures de simplification en matière de contrôle des concentrations a donné lieu à des présentations et des échanges de vues.

Par ailleurs, le groupe de travail a continué de contribuer à la réflexion concernant le projet de révision du règlement n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations. Les membres ont discuté les différentes options d'évolution envisagées par la Commission qui ont été rendues publiques dans un Livre blanc en juillet 2014, après avoir fait l'objet d'une première consultation publique pendant l'été 2013. Les domaines susceptibles de faire l'objet d'une évolution concernent le contrôle des participations minoritaires non contrôlantes et les mécanismes de renvoi entre ANC et la Commission européenne. Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence a également partagé avec le REC les conclusions de son rapport de décembre 2013 intitulé *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe*, qui suivent trois axes de propositions : (i) créer une véritable « union de droit » ; (ii) accroître la convergence procédurale afin d'offrir une plus grande lisibilité aux acteurs économiques et faciliter la coopération entre ANC ; (iii) renforcer la gouvernance collective pour prévenir les conflits de décision.

Enfin, le groupe de travail a poursuivi ses discussions et ses échanges d'expériences entre ANC dans le dessein d'assurer une meilleure convergence des régimes nationaux de contrôle des concentrations. Une feuille de route a été mise en place dans le dessein de réaliser certains travaux utiles à l'objectif de convergence avant la fin de l'année 2015. Ces travaux incluent l'examen des éventuelles divergences d'analyse dans des affaires passées, l'analyse des considérations d'intérêt public en matière de contrôle des concentrations, l'identification des informations requises par les systèmes nationaux de notification et un échange de vues sur les questions juridictionnelles (notion de concentration, contrôlabilité, etc.). L'Autorité de la concurrence est plus particulièrement impliquée dans ces deux derniers chantiers.

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, a été lancé en septembre 2012. Il s'est réuni à deux reprises en 2013 ; une nouvelle réunion a eu lieu le 6 novembre 2014 à Zagreb.

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.

La Commission a constaté dans son document de travail de juin 2014 sur les dix ans du règlement n° 1/2003 qu'il n'existait pas d'harmonisation au niveau de l'UE s'agissant de la détermination des sanctions et que des divergences importantes demeuraient. Dans ce contexte, le groupe de travail sur les sanctions a lancé un certain nombre de chantiers afin d'analyser le niveau de divergence et les pistes qui pourraient être envisagées afin d'harmoniser la pratique en matière de sanction au sein de l'UE.

Lors de la réunion du groupe de travail en novembre à Zagreb les sujets suivants ont plus particulièrement été abordés : la possibilité de la mise en place de règles communes pour déterminer le montant de base des amendes (gravité, durée), l'uniformisation des plafonds légaux utilisés par les différentes ANC ainsi que l'harmonisation des règles d'imputabilité des pratiques sur la base de la jurisprudence de la CJUE.

Enfin, sous l'impulsion de l'Autorité, des échanges ont eu lieu entre les ANC sur les méthodes utilisées afin d'analyser les demandes de capacité contributive.

Les groupes d'experts « sectoriels »

Agroalimentaire

L'essentiel des activités consultatives et contentieuses 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 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 en charge 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 2014, le sous-groupe s'est réuni à deux reprises, les 18 juin et 16 octobre, en particulier dans le contexte du suivi 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.

En particulier, dans le cadre de la révision du règlement OCM unique, de nouvelles dispositions ont été introduites dans le chapitre relatif aux négociations commerciales menées par les organisations de producteurs («*OP*») concernant spécifiquement les secteurs de l'huile d'olive, des céréales et autres grandes cultures ainsi que des bovins (articles 169, 170 et 171). Ces dispositions visent à donner la possibilité aux OP reconnues dans les trois secteurs visés de négocier au nom de leurs membres des contrats collectifs pouvant aboutir à la fixation d'un prix identique pour tous les membres de l'OP, et ce en dérogation des articles 101 et 102 TFUE. Pour bénéficier d'une telle dérogation, les OP doivent permettre une concentration de l'offre, une mise sur le marché des produits élaborés par leurs membres et une optimisation des coûts de production. Ces dérogations s'inscrivent dans le prolongement de la première dérogation introduite en 2012 dans le secteur du lait permettant aux OP laitières, même sans transfert de propriété, de négocier collectivement des contrats.

Dans ce contexte, la Commission a prévu de publier des lignes directrices permettant aux OP et aux ANC d'apprécier si elles sont couvertes par cette dérogation. Les réunions du groupe de travail ont essentiellement porté sur la rédaction de ces lignes directrices qui sont soumises à une consultation publique depuis le 15 janvier 2015.

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 et dont les résultats ont été publiés en octobre 2014. Cette étude vise à rassembler des données afin d'évaluer si les consommateurs ont été victimes d'une détérioration du choix et si l'innovation a diminué dans ce secteur.

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 15 décembre 2014.

À cette occasion, les membres du REC ont échangé sur plusieurs affaires instruites ou en cours d'instruction par la Commission européenne mais aussi par certaines autorités nationales (Allemagne, Belgique, Italie, Danemark, Croatie). Le sous-groupe a également organisé des discussions concernant les effets des décisions de la Commission européenne dans ce secteur et produit deux notes d'analyse relatives à la délimitation des marchés pertinents dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

Services financiers et de paiement

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 émettrices et réceptrices du paiement, commerçant et consommateur.

En 2014, le sous-groupe consacré aux banques et systèmes de paiement s'est réuni le 30 septembre.

La réunion a eu pour principal objectif d'examiner l'état d'avancement du paquet législatif européen comprenant le règlement relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte de paiement et une nouvelle directive sur les services de paiement (« DSP2 »).

Les participants ont également eu l'occasion d'examiner les résultats du test d'indifférence du commerçant mené par la Commission européenne et de discuter des évolutions législatives en matière de commission d'interchange dans certains États membres (Portugal, Roumanie).

Transport

Le sous-groupe « Transport » permet des échanges de vues sur l'application des règles de concurrence dans le secteur des transports et, au-delà, d'envisager les principales évolutions vers le développement de la concurrence pour chacun des modes de transport.

Ce sous-groupe de travail s'est réuni le 21 janvier 2014, en particulier pour évoquer les affaires instruites par la Commission dans les secteurs maritime, aérien et ferroviaire. En outre, les membres du REC ont pu échanger sur la réforme ferroviaire menée par la France et sur les actions de l'autorité de la concurrence espagnole vis-à-vis des ports.

Assurances

En 2014, le groupe s'est réuni le 13 juin dans le contexte de discussions sur le renouvellement à venir du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur de l'assurance (règlement n° 267/2010 du 24 mars 2010). Ce règlement s'applique, sous certaines conditions, aux accords conclus entre deux entreprises ou plus dans le secteur des assurances. Il exempt plus précisément deux types d'accords de coopération entre les entreprises d'assurance qui sont (i) la réalisation en

commun de compilations de données, de tables et d'études sur les risques et (ii) la couverture en commun de certains types de risques (dits « *pools d'assurance* »).

Il est prévu que cette exemption générale soit réévaluée périodiquement afin de déterminer si les conditions qui la justifiaient existent toujours. Le règlement d'exemption par catégorie a été renouvelé pour la dernière fois en 2010 et devra faire l'objet d'une éventuelle prolongation en 2017. Des échanges ont donc eu lieu sur la nécessité de prolonger ou non ce règlement et, dans le cas d'une prolongation, d'envisager les modifications qui pourraient y être apportées.

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 2014, ce qui est en ligne avec les années précédentes si l'on fait abstraction de l'année 2010, qui a été exceptionnelle.

Parmi les 28 États membres de l'Union européenne, la France reste ainsi, en 2014, le premier pays contributeur en matière de diffusion de fiches 11 § 3 sur le Réseau. Entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mars 2015, la France a notifié 236 cas au Réseau, suivie par le Bundeskartellamt de l'Allemagne (192), la CNC espagnole (130), l'AGCM de l'Italie (126) et le GVH de Hongrie (112).

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

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

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

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

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

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

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

En 2014, l'Autorité de la concurrence a mis 12 «fiches 11 § 4» sur le Réseau (contre 7 en 2013). Comparée à ses homologues européens, l'Autorité de la concurrence est la plus active en la matière : entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mars 2015, l'Autorité de la concurrence a diffusé 112 fiches sur le Réseau, suivie par le Bundeskartellamt (107) et l'autorité italienne (103).

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 2013, l'année 2014 confirme un intérêt croissant de la Commission pour les affaires des autorités nationales.

Afin de permettre un suivi global des affaires traitées par les autorités de concurrence, le règlement n° 1/2003 a également prévu la fiche type dite de «*closed case*». Sur une base facultative, les autorités peuvent ainsi informer les autres membres du Réseau de l'issue de leurs procédures. L'Autorité de la concurrence a opté pour une information systématique des membres du Réseau à ce stade. Elle a communiqué 9 cas de ce type en 2014.

Le dessaisissement (article 11 § 6)

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

Cet article n'a pas été mis en œuvre en 2014 en ce qui concerne des cas traités par l'Autorité de la concurrence.

Activité liée aux cas instruits par la Commission européenne

Les auditions (article 27)

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

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

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

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

En ce qui concerne les comités consultatifs portant sur des affaires contentieuses, l'année 2014 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.

15 affaires ont donné lieu à des comités consultatifs en 2014 (dont 3 ont donné lieu à des procédures d'engagements et 7 ont été conclues dans le cadre d'une procédure de transaction).

En ce qui concerne les comités consultatifs portant sur des projets de textes, un comité s'est tenu sur un projet de révision du règlement n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 101 et 102 TFUE. Cette révision intervient à la suite de l'adoption de la directive sur les actions en réparation le 10 novembre 2014, qui implique une modification du règlement afin d'intégrer certains amendements relatifs à l'accès aux documents de la Commission. Les amendements envisagés visent à intégrer un nouvel article portant sur le programme de clémence de la Commission, protéger les demandes de clémence et de transaction, définir les modalités d'accès aux demandes de clémence et de transaction pour les parties à la procédure devant la Commission et modifier les dispositions du règlement relatives à la procédure de transaction de la Commission.

Parallèlement à la révision du règlement, la Commission entend réviser plusieurs de ses communications⁵ afin d'aligner leur rédaction sur celle de la directive sur les actions en réparation ainsi que sur la version révisée du règlement n° 773/2004.

5. Communication sur l'accès aux documents de la Commission; communication sur la coopération avec les juridictions nationales dans le cadre de l'application des articles 101 et 102 TFUE; communication relative au programme de clémence de la Commission; communication relative à la procédure de transaction de la Commission.

Une consultation publique a été ouverte par la Commission sur l'ensemble de ces projets de révision le 17 décembre 2014.

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, simples 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 2014 a été marquée par la tenue de huit comités consultatifs. Ces opérations ont donné lieu à deux décisions d'autorisation simple à l'issue d'une enquête de marché approfondie⁶, à cinq décisions d'autorisation sous conditions⁷, à une décision de sanction pour défaut de notification⁸. La Commission n'a adopté aucune décision d'interdiction. Plusieurs opérations de concentration ayant fait l'objet d'une décision d'autorisation sous conditions étaient relatives au secteur des télécommunications, soit dans le cadre d'un rapprochement entre opérateurs de téléphonie mobile avec un passage de 4 à 3 opérateurs (2 affaires), soit dans le cadre d'un rapprochement entre câblo-opérateurs (une affaire).

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

L'assistance française dans le cadre du Réseau européen de la concurrence est gérée par les services d'instruction de l'Autorité.

6. Décision n° COMP/M.7009 – HOLCIM/CEMEX WEST ; décision n° M.7054 – CEMEX/HOLCIM ASSETS.

7. Décision n° COMP/M.7018 – TELEFONICA/E-PLUS ; décision n° COMP/M.7000 – LIBERTY GLOBAL/ZIGGO ; décision n° COMP/M.6905 – INEOS/SOLVAY ; décision n° COMP/M.6992 HUTCHISON 3G UK/TELEFONICA IRELAND ; décision n° COMP/M.7061 – HUNTSMAN CORPORATION/EQUITY INTERESTS.

8. Décision n° COMP/M.7184 – MARINE HARVEST/MORPOL.

Cette assistance comprend notamment deux volets de coopération : les échanges d'informations et les actions d'enquête pour le compte d'une autre autorité de concurrence membre du Réseau européen de la concurrence.

Les enquêtes (article 22)

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

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

L'article 22, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 offre donc la possibilité 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 demandes 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 Réseau demandeur de l'assistance sur la base de l'article 12 du règlement (CE) n° 1/2003.

Durant l'année 2014, aucune demande de mise en œuvre de l'article 22 du règlement n° 1/2003 n'a été reçue ni émise par l'Autorité de la concurrence.

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

L'Autorité de la concurrence n'a jamais été sollicitée pour la mise en œuvre de l'article 22, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 pour le compte de la Commission européenne. S'agissant de l'assistance que prête l'Autorité française à la Commission européenne dans le cadre de l'article 20 du règlement n° 1/2003, en 2014, l'Autorité a été sollicitée par l'autorité européenne à deux 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 2014, à côté de nombreux échanges informels avec les autorités nationales ainsi que la Commission européenne, l'Autorité a formulé deux demandes d'informations aux termes de l'article 12 à l'attention du Bundeskartellamt, l'autorité de concurrence allemande. Elle en a reçu une de la part de la Commission européenne.

La coopération internationale

L'Autorité a poursuivi, au cours de l'année 2014, son engagement dans la communauté internationale de la concurrence, tant en matière multilatérale que sur le plan bilatéral.

Coopération multilatérale

En matière multilatérale, l'Autorité exerce une présence forte, visible et influente au sein de la communauté internationale de la concurrence. Elle occupe au sein du Réseau international de la concurrence (*International Competition Network*, ICN), qui rassemble plus de 130 autorités, la vice-présidence du comité de pilotage (*Steering Group*), la coprésidence du groupe de travail sur la pédagogie de la concurrence (*Advocacy Working Group*), et la fonction de liaison avec les représentants non gouvernementaux (*Non Governmental Advisors*) issus du barreau, des entreprises, de l'université ou du monde associatif et désignés par les agences pour contribuer aux travaux de l'ICN.

Dans son rôle à la vice-présidence de l'ICN, plus particulièrement chargée de favoriser l'intégration des membres, l'Autorité promeut notamment la participation des autorités des pays d'Afrique. Elle est à l'origine d'une initiative tendant à mieux faire connaître aux autorités francophones le bénéfice qu'elles peuvent retirer des travaux de l'ICN. Elle a, à cet égard, fortement soutenu le choix du Maroc pour accueillir la conférence annuelle de l'ICN en avril 2014 à Marrakech et a joué un rôle déterminant en vue de garantir, pour la première fois, le bilinguisme anglais-français de cette conférence.

En tant que coprésidente de l'*Advocacy Working Group*, l'Autorité a mené un projet débouchant sur l'adoption en 2014 de recommandations (*Recommended practices*) en matière d'évaluation de l'impact concurrentiel des textes normatifs et des politiques publiques, qui constituent le tout premier document de cette sorte élaboré par l'ICN dans le champ de l'*Advocacy*. À ce même titre, l'Autorité a appuyé la tenue du troisième atelier du groupe de travail en novembre 2014 à Port-Louis, Maurice, marquant pour la première fois dans l'histoire de l'ICN l'organisation d'un atelier par une jeune autorité africaine dont deux tiers des participants provenaient de pays africains et asiatiques.

L'Autorité est, en outre, particulièrement active au sein du comité concurrence de l'OCDE. Elle prend notamment toute sa part au sein du Forum mondial sur la concurrence qui associe un grand nombre de délégations non membres de l'OCDE. L'Autorité y participe activement, tant par des contributions écrites (en 2014 sur la concurrence dans les secteurs pharmaceutique et des télécommunications ainsi que sur la structuration institutionnelle des autorités de concurrence), que par ses prises de parole en séance, et saisit l'occasion de ce rendez-vous annuel élargi pour entretenir ses contacts avec ses partenaires présents à Paris à la faveur de cet événement.

Sa présence est également continue au sein du Groupe international d'experts (GIE) de la concurrence à la CNUCED, se réunissant annuellement à Genève, en marge duquel l'Autorité participe à des formations dispensées aux pays membres demandeurs.

Coopération bilatérale

L'Autorité est, également, active en matière bilatérale en répondant à des sollicitations de nombre d'agences dans le monde, désireuses de renforcer leurs capacités, faire évoluer leur structure institutionnelle, se doter de règles internes et lignes directrices ou établir des priorités d'action. Elle peut, pour cela, mettre des experts à disposition afin de dispenser des formations sur place ou organiser des visites d'études à Paris.

Traditionnellement engagée dans le Maghreb et les pays africains francophones, l'action de l'Autorité s'étend au Moyen-Orient, ainsi qu'aux grands pays émergents. L'Autorité a, ainsi, conduit entre 2011 et 2013 la mise en œuvre d'un jumelage avec l'Algérie, portant sur la mise en œuvre efficiente des règles de concurrence, lequel a abouti à la réactivation du Conseil de la concurrence algérien le 29 janvier

2013. Dans le prolongement de ce jumelage, un accord-cadre de coopération et d'appui institutionnel a été conclu le 25 février 2014.

Au-delà de cette coopération formalisée, l'Autorité a accueilli en septembre 2014 à Paris une délégation de la Direction de la concurrence de Jordanie conduite par son directeur général. Membre fondateur et actif de la Ligue arabe, la Jordanie entretient des liens resserrés avec plusieurs autres membres parmi lesquels l'Égypte, le Maroc et la Tunisie, pays avec lesquels l'Autorité assure des relations suivies.

L'Autorité maintient, par ailleurs, une assistance en faveur des organes de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et de ses huit États membres (Bénin, Burkina, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo). À cet égard, un séminaire de formation a été organisé à Dakar en février 2014.

L'Autorité poursuit, en outre, une coopération soutenue avec plusieurs des grands pays émergents, avec une dimension régionale pour certains (Brésil et Chine), confiante dans le rôle accru que les autorités de concurrence sont appelées à jouer afin de garantir les conditions d'une poursuite du développement rapide de leurs économies, et de leur bonne insertion dans la communauté internationale.

Au-delà des liens confortés avec le Brésil, avec lequel elle a renouvelé son accord de coopération le 19 décembre 2014, l'Autorité s'investit régionalement auprès de jeunes autorités de concurrence locales comme l'autorité équatorienne, en demande de développement de ses capacités, mais également auprès d'autorités plus établies comme l'autorité costaricaine dans la perspective d'une montée en puissance de la coopération régionale en Amérique centrale et latine.

L'Autorité a, enfin, développé depuis plusieurs années des échanges nourris avec les trois entités chargées de la politique de concurrence en République populaire de Chine, par un partage d'expériences incluant la participation de l'Autorité en octobre 2014 à la « *EU-China Competition Week* ». L'Autorité entretient des relations suivies avec ses homologues dans la région, de manière pérenne s'agissant de l'autorité taïwanaise, avec laquelle un mémorandum d'entente a été conclu le 18 décembre 2014 et, plus récemment, avec l'autorité de Hong Kong, dont une délégation menée par sa présidente a été reçue à l'Autorité en février 2014.

Étude thématique



Étude thématique : Le dommage à l'économie

Introduction	61
Le cadre juridique et économique de l'analyse du dommage à l'économie	64
Le cadre juridique d'analyse du dommage à l'économie	64
La prise en compte du dommage à l'économie dans le calcul du montant de base des sanctions	64
L'appréciation du dommage à l'économie dans la jurisprudence	65
Les différents aspects du dommage à l'économie	68
Le dommage à l'économie résultant d'une élévation artificielle des prix	68
Les spécificités du dommage à l'économie causé par des pratiques d'éviction	71
L'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie	74
L'ampleur des pratiques et les caractéristiques économiques des marchés affectés	75
L'ampleur de l'infraction	75
Les caractéristiques économiques du marché affecté	78
L'appréciation des effets conjoncturels et structurels	82
L'appréciation des conséquences des pratiques à partir des documents internes des entreprises	83
Méthodes d'évaluation quantitative	84
Principales difficultés associées aux méthodes d'estimation quantitative	88
Conclusion	93

Le dommage à l'économie

Introduction

Selon les termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le montant des amendes fixé par l'Autorité de la concurrence pour sanctionner des pratiques anticoncurrentielles est fondé sur quatre critères, examinés distinctement : la gravité de la pratique, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de chaque entreprise et la réitération. Le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après, le « communiqué sanctions »), qui détaille la méthode suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle détermine, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, les sanctions pécuniaires en vertu du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, définit comme suit le dommage à l'économie : celui-ci recouvre « *tous les aspects de la perturbation que [l'infraction] est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. [Le dommage à l'économie] intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer au détriment des consommateurs intermédiaires ou finals et de la collectivité dans son ensemble, mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation* » (point 27). Une distorsion de concurrence a en effet de nombreuses répercussions négatives, sur les clients des entreprises mettant en œuvre la pratique anticoncurrentielle bien sûr, mais aussi, selon le type de pratiques et leur ampleur, sur des entreprises concurrentes, des fournisseurs ou des clients des victimes directes des pratiques. Au-delà de ces effets directs, une pratique anticoncurrentielle entraîne une distorsion dans l'allocation des ressources : le mécanisme de prix et de concurrence par les mérites, au cœur du fonctionnement de l'économie de marché, est faussé et les participants à ces pratiques perçoivent des rentes indues qui ne correspondent ni à leurs coûts de production, ni à leurs investissements ou au niveau de risque de leur activité. Ces rentes indues permettent aux participants à ces pratiques de réduire leurs efforts d'innovation et/ou de réduction des coûts tout en diminuant les ressources disponibles pour d'autres opérateurs économiques.

Dans une large mesure, l'exigence de proportionnalité de la sanction au dommage causé à l'économie est spécifique au droit français. En effet, le règlement n° 1/2003 veille à ce que les sanctions des infractions au droit de l'Union soient prononcées dans des conditions analogues entre pays de l'Union, s'agissant du fond et de la procédure, mais ne régit pas formellement les procédures suivies par les autorités nationales de concurrence pour imposer des sanctions, celles-ci devant seulement présenter un caractère effectif, proportionné et dissuasif¹. Si une large majorité des autorités nationales de concurrence a alors adopté une méthodologie identique de détermination de la sanction, prenant notamment en compte la gravité de la pratique et sa durée, bien plus rares sont celles tenues d'analyser l'impact économique de l'infraction au titre de la détermination de la sanction (voir tableau 1 ci-dessous). De même, le droit de l'Union ne fait pas du dommage à l'économie un déterminant des sanctions pécuniaires, la Commission européenne se contentant de se référer à la part de marché cumulée des parties mises en cause et au degré de mise en œuvre ou non de l'infraction², pris en compte au titre de la gravité de la pratique.

À l'inverse, lors de l'instruction des dossiers contentieux devant l'Autorité de la concurrence, l'appréciation du dommage à l'économie, en raison de l'article L. 464-2 précité, donne fréquemment lieu à discussion. En effet, les arguments présentés dans le cadre de l'appréciation du dommage peuvent, notamment lorsque la sanction encourue est élevée, s'appuyer sur des raisonnements théoriques et des estimations quantitatives poussés. L'Autorité examine naturellement ces études et en tient compte dans la mesure où elles sont fiables, pertinentes, complètes et convaincantes. Mais l'utilisation croissante de l'analyse économique, notamment des techniques économétriques, si elle a rendu ces échanges plus riches, ne permet pas nécessairement une quantification du dommage à l'économie, soit du fait de difficultés méthodologiques, soit parce que celui-ci recouvre de nombreux aspects, dont certains, par nature, ne se prêtent que difficilement à une quantification. En tout état de cause, il serait paradoxal que l'Autorité se retrouve contrainte, au stade de la détermination des sanctions, de procéder à une analyse approfondie des effets de pratiques anticoncurrentielles qui, pour beaucoup d'entre elles, le sont par objet, de par leur nature même. Il en va notamment ainsi des cartels ou de certaines pratiques concertées, pour lesquels nombre d'études économiques sophistiquées sont produites pour nourrir le contradictoire sur l'importance du dommage et, *in fine*, les effets anticoncurrentiels des pratiques incriminées alors même que ceux-ci, au terme d'une jurisprudence bien établie, n'ont pas à être examinés pour qualifier ces pratiques d'anticoncurrentielles.

1. Case 68/88, *Commission v Greece*, [1989] ECR 2965, paragraphes 23-25, Case C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst v X BV* [2009] ECR I-04833, en particulier, paragraphe 37, Judgment of 18 June 2013 in Case C-681/11 *Schenker & Co.*

2. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (point 22), JOUE du 1^{er} septembre 2006, n° C210.

Tableau 1 : Critères de détermination des sanctions pécuniaires pris en compte par les autorités de concurrence européennes

Critères d'appréciation Etats membres	Gravité de l'infraction	Durée de l'infraction	Dommage à l'économie
Autriche	x	x	
Allemagne	x	x	
Belgique	x	x	
Bulgarie	x	x	
Chypre	x	x	
Commission européenne	x	x	
Danemark	x	x	
Grèce	x	x	
Espagne	x	x	x
Finlande	x	x	
France	x	x	x
Hongrie	x	x	x
Italie	x	x	
Lettonie	x	x	
Lituanie	x	x	
Luxembourg	x	x	
Malte	x	x	
Norvège	x	x	
Pays-Bas	x	x	
Pologne	x	x	x
Portugal	x	x	
République Tchèque	x	x	
Roumanie	x	x	
Royaume-Uni	x	x	
Slovaquie	x	x	
Slovénie	x	x	
Suède	x	x	

Source : *European Competition Network*, « *Report on Fines* », juin 2013.

Prenant en compte ces différentes contraintes, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, ainsi que la pratique décisionnelle de l'Autorité, qui ont défini les modalités d'appréciation de l'importance du dommage à l'économie, ont précisé à de nombreuses reprises que l'Autorité n'a pas d'obligation de quantifier le dommage, lequel, par nature, ne se confond ni avec les gains illicites des mis en cause, ni avec le préjudice subi par leurs victimes. Comme le

montre la première partie de cette étude thématique, le cadre juridique d'appréciation du dommage rejoint à ce titre l'analyse économique, qui souligne la diversité des aspects que peut recouvrir la « *perturbation générale* » causée par des pratiques anticoncurrentielles et qui rend difficile toute quantification du dommage.

Une fois ce cadre d'analyse juridique et économique rappelé, la seconde section de l'étude offre un panorama des différents indicateurs qualitatifs et quantitatifs utilisés pour apprécier le dommage.

Le cadre juridique et économique de l'analyse du dommage à l'économie

Cette première partie présente le cadre juridique dans lequel s'insère l'analyse du dommage à l'économie, s'agissant de sa prise en compte dans le calcul des sanctions et des différentes modalités de son appréciation avant d'en décrire, du point de vue de l'analyse économique, les principaux aspects.

Le cadre juridique d'analyse du dommage à l'économie

Sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, la pratique décisionnelle de l'Autorité a défini comment l'appréciation du dommage participe à la détermination des sanctions ainsi que les règles qui doivent présider à son évaluation.

La prise en compte du dommage à l'économie dans le calcul du montant de base des sanctions

Le dommage à l'économie constitue l'une des quatre composantes des sanctions pécuniaires que peut infliger l'Autorité de la concurrence en cas d'infraction. Le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, relatif aux critères de détermination des sanctions pécuniaires, dispose en effet que :

« Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du Code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »

Comme le précise le communiqué sanctions, l'évaluation du dommage à l'économie intervient alors dans le calcul du « *montant de base* » de l'amende, au côté de l'appréciation de la gravité des faits. Ce montant de base est calculé en appliquant à la valeur des ventes affectées par les pratiques un pourcentage proportionné à leur gravité et au dommage qu'elles ont causé et pouvant aller jusqu'à 30%, multipliée ensuite par la durée des pratiques (durée divisée par deux à compter de

leur deuxième année). En étant ainsi assis sur la valeur des ventes affectées, le montant de base de l'amende dépend donc de l'importance du secteur affecté par les pratiques : plus les ventes des mis en cause affectées par leur comportement anticoncurrentiel sont élevées, plus l'application du pourcentage du montant de base issu de l'appréciation de la gravité de la pratique et du dommage conduit à fixer une amende élevée.

Le communiqué précise que ce pourcentage proportionné à la gravité des pratiques et au dommage causé à l'économie se situe « *entre 15 et 30% dans le cas des accords horizontaux entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production, en fonction du dommage qu'ils causent à l'économie* »³. Le montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement ou à la situation individuelle de chaque entreprise en cause, l'éventuelle réitération, puis les ajustements finaux (maximum légal, cas de clémence et de non-contestation des griefs et prise en compte de la capacité contributive).

Ainsi que le précise le communiqué sanctions, l'évaluation de la gravité de la pratique s'appuie sur la nature des infractions en cause (distinguant par exemple les pratiques horizontales des autres pratiques), leurs caractéristiques objectives (caractère secret ou non de la pratique, degré de sophistication de la pratique) et la nature du secteur (activités de service public, secteur ouvert depuis peu à la concurrence) et des personnes susceptibles d'être affectées (personnes vulnérables, petites et moyennes entreprises)⁴. L'importance du dommage à l'économie quant à elle s'apprécie au regard de « *tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale* »⁵. Ainsi, alors que le critère de gravité des pratiques s'analyse principalement au regard de leurs caractéristiques propres et de celles des personnes qui en sont victimes, celui du dommage à l'économie recouvre l'ensemble des effets des pratiques en cause, appréciés suivant des règles progressivement précisées par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation.

L'appréciation du dommage à l'économie dans la jurisprudence

La jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation a, à maintes reprises, rappelé que le dommage à l'économie s'apprécie de façon globale pour l'ensemble des mis en cause et que l'Autorité n'a pas à chiffrer la perturbation générale ainsi causée par des pratiques anticoncurrentielles. De plus, les gains d'efficacité éventuellement allégués par les parties ne sont pas pris en compte.

3. Voir point 41 du communiqué sanctions. À titre de comparaison, le montant de base des amendes prononcées par la Commission est également une proportion de la valeur des ventes multipliée par la durée des pratiques, mais cette proportion, qui peut aussi aller jusqu'à 30%, dépend exclusivement de la gravité des pratiques, analysée à partir de leur nature et de la part de marché cumulée des participants, de l'étendue géographique de l'infraction et de son degré de mise en œuvre. Un montant supplémentaire, compris entre 15 et 25 % de la valeur des ventes, est enfin ajouté au montant de base pour les infractions les plus graves.

4. Point 26 du communiqué sanctions.

5. Point 27 du communiqué sanctions.

Une perturbation générale appréciée de façon globale...

Selon une jurisprudence constante, le dommage à l'économie causé par une pratique anticoncurrentielle s'apprécie « *en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause* »⁶. Il ne se confond donc pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, ni ne se limite aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer⁷.

Le dommage ne se résume pas non plus à l'atteinte portée au surplus des consommateurs finaux. Dans plusieurs espèces, la cour d'appel a ainsi tenu compte du préjudice subi par la collectivité, incluant les entreprises clientes de celles ayant mis en œuvre les pratiques⁸. Plus largement, dans son arrêt du 26 janvier 2010 relatif à la décision 09-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, la cour d'appel a précisé que « *l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie résultant des pratiques d'entente poursuivies, qui ne se limite pas, par principe, à la seule atteinte au surplus économique des consommateurs, doit porter sur la perte du surplus subie par l'ensemble des opérateurs du marché, entreprises concurrentes, offreurs ou demandeurs* ».

Cette « *perturbation générale* » 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 et ce sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chaque entreprise prise séparément (Cass. com., 18 février 2004, n° 02-11.754 CERP e. a., et CA Paris, 17 septembre 2008, Coopérative agricole L'Ardéchoise, n° 2007/10371, p. 6).

... qui ne peut se réduire à une perte mesurable et qui n'a pas à être chiffrée précisément

La jurisprudence a également fréquemment souligné que cette perturbation générale de l'économie ne peut se limiter à une perte mesurable étant donnée la diversité des aspects qu'elle recouvre. Dans son arrêt du 30 mars 2004 relatif à la décision 03-D-35 relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz sur les marchés de certaines spécialités pharmaceutiques, la cour d'appel de Paris a ainsi énoncé que « *le dommage à l'économie ne peut se réduire à une "perte" objectivement mesurable qui serait facteur de l'étendue des marchés en cause, qu'au-delà de la perte de marge subie par les entreprises concurrentes évincées sur laquelle la requérante fonde son argumentation, la menace d'éviction et la réalité de cette éviction de l'un ou l'autre des lots d'appels d'offres a incontestablement affaibli leur capacité concurrentielle* ». De façon similaire, dans son arrêt de 2011 relatif à « *l'affaire des mobiles* » (décision 05-D-65), la cour d'appel a rappelé que « [...] *l'article L. 464-2 précité*

6. Voir, entre autres, CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040.

7. Voir point 27 du communiqué sanctions et arrêt CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF précité.

8. Dans un arrêt du 29 janvier 2008, la cour d'appel a estimé que les pratiques faisant obstacle aux mises en concurrence organisées par les établissements hospitaliers causent « *une atteinte directe à la liberté de fixation des prix [...] et un préjudice grave à la collectivité, en augmentant artificiellement les coûts de revient des hôpitaux* » (CA Paris, UFOP). Dans une autre espèce relative à des pratiques empêchant certaines entreprises d'avoir accès aux services d'un abattoir municipal, la cour d'appel a jugé qu'elles ont eu pour effet « *de confisquer au profit des usagers historiques de l'abattoir un équipement destiné à l'usage de tous sans discrimination et d'imposer à la collectivité publique des dépenses injustifiées* » (CA Paris, 22 février 2006, Société technique d'abattage de Laval STAL).

n'exige nullement un chiffrage précis du dommage dont s'agit mais une appréciation globale de son importance au regard de la distorsion affectant le fonctionnement normal du marché et de l'entrave portée au libre jeu de la concurrence [...]» (CA Paris, 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012; voir également l'arrêt de la cour d'appel du 26 janvier 2012, Beauté prestige international, p. 89). L'Autorité de la concurrence, qui peut s'appuyer sur des estimations relatives aux conséquences directes des pratiques lorsque ces conséquences sont observables (voir, en ce sens, CA Paris, 26 janvier 2010, Adecco France e. a., n° 2009/03532, p. 17) et lorsqu'elles se fondent sur des données fiables et sur une méthode scientifiquement reconnue tenant compte de l'influence éventuelle d'autres facteurs explicatifs de l'estimation fournie (voir, en ce sens, Cass. com., 12 juillet 2011, Lafarge e. a., n° 10-17.482 et 10-17.791), n'est pour autant pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie. Il lui est donc seulement demandé de 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 (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5⁹, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, et du 26 janvier 2012, Beauté prestige international n° 2010/23945).

À ce titre, comme l'évaluation des effets observés se heurte à plusieurs obstacles liés à la définition du contrefactuel et à la disponibilité de données pertinentes (voir *infra*) et, au-delà de ces difficultés méthodologiques, comme plusieurs aspects du dommage à l'économie ne se prêtent pas aisément à une quantification, les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13.910¹⁰). Pour autant, si l'appréciation du dommage à l'économie prend en compte les effets potentiels de la pratique, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure¹¹, a jugé dans son arrêt du 7 avril 2010 (Orange France n° 09-12.984) que le dommage à l'économie ne peut être présumé, y compris dans les affaires d'entente. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a ainsi observé qu'il n'était pas suffisant, pour mesurer l'importance du dommage à l'économie, de relever que

9. « Considérant, par ailleurs, que l'article L. 464-2 du Code de commerce exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ».

10. « Mais attendu que la cour d'appel, [...] qui a mis la Cour de cassation en mesure de contrôler la proportionnalité de la sanction au dommage causé à l'économie qu'elle a analysé de façon concrète en fonction des effets conjoncturels et structurels, potentiels et avérés de la pratique sur les six marchés affectés et qui s'est expliquée sur la situation de l'entreprise en cause, a pu estimer, dans son pouvoir d'appréciation de la proportionnalité de la sanction, que le montant prononcé par le Conseil devait être maintenu et a ainsi légalement justifié sa décision; que le moyen n'est pas fondé [...] » (soulignement ajouté).

11. Dans un arrêt du 10 janvier 1995, Société SOGEA, la Cour de cassation avait approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir rappelé que « le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie ». De même, dans un arrêt du 24 janvier 1995 (93-15357 AGS Armorique, déménagements Macé, Aux Aménageurs bretons), elle avait encore approuvé la cour d'appel d'avoir constaté que, durant la période de 1988 à 1991, des pratiques d'origine ancienne avaient empêché le jeu normal de la concurrence par les prix pour les déménagements des marins de la marine nationale et considéré que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher quelle avait été l'influence de ces pratiques sur le prix des déménagements. De façon similaire, dans un arrêt du 19 septembre 1990 (Sociétés Herliq et autres), la cour d'appel de Paris a affirmé que « le dommage causé à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie [et] qu'il est sanctionnable par son seul objet ». Voir également arrêt du 10 janvier 1995, Société SOGEA; Cour d'appel de Paris, 11 mars 2009 Bouygues Télécom, 8 avril 2009 Ela Medical et 29 avril 2009 Philips.

la taille du marché était très importante et que la totalité des opérateurs intervenant sur ce marché avait participé à l'échange d'informations mais que devait également être prise en considération par la cour d'appel – et par conséquent par l'Autorité de la concurrence – la sensibilité de la demande au prix.

... et qui ne prend pas en compte les gains d'efficacité éventuels avancés par les mises en cause

Enfin, certaines pratiques, les restrictions verticales par exemple, peuvent engendrer des gains d'efficacité susceptibles d'améliorer l'offre proposée aux clients, par exemple en incitant les offreurs à investir dans des infrastructures ou dans la fourniture de conseils aux consommateurs. De manière générale, ces gains d'efficacité ne sont pris en compte qu'au stade de la qualification des pratiques et ne viennent donc pas diminuer le dommage causé à l'économie : lorsqu'il est montré que les effets anticoncurrentiels dépassent les gains d'efficacité allégués, le caractère anticoncurrentiel de la pratique est attesté et il n'y a pas lieu, selon la jurisprudence, de prendre en compte les gains d'efficacité comme facteur d'atténuation du dommage. Ainsi, dans son arrêt relatif à la décision 12-D-10 portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, la cour d'appel de Paris a considéré que *« les prétendus bénéfices que les auteurs d'une entente auraient entendu réaliser en enfreignant les règles de concurrence ou les prétendus avantages dont ils auraient entendu faire bénéficier leurs clients ou les consommateurs n'ont, à les supposer d'ailleurs établis, aucune incidence sur le dommage que cette infraction est, par ailleurs, de nature à causer à l'économie »*.

Les différents aspects du dommage à l'économie

Comme rappelé *supra*, la jurisprudence présente le dommage à l'économie comme une *« perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés »* causée par les pratiques. Cette perturbation générale, qui peut recouvrir différents aspects, conduit, dans un grand nombre de cas et notamment dans celui d'ententes, à des niveaux de prix excessifs par rapport à ceux qui résulteraient du fonctionnement normal de la concurrence. Dans le cas de pratiques d'éviction, l'analyse du dommage à l'économie s'appuie également sur une évaluation des effets des pratiques plus spécifiques à ce type de comportements.

Le dommage à l'économie résultant d'une élévation artificielle des prix

Une pratique anticoncurrentielle a généralement pour conséquence d'atténuer la pression concurrentielle et donc d'augmenter les prix. Cet effet est immédiat dans le cas d'une pratique d'entente¹² ; il est constaté généralement à plus long terme

¹². Dans certains cas, la hausse des prix peut aussi résulter d'une entente sur d'autres paramètres que les prix. Une répartition de marchés ou une diminution concertée des quantités produites a ainsi des effets inflationnistes sur les prix.

lorsque la pratique en cause vise l'éviction de concurrents : celle-ci permet alors le maintien de prix élevés ou une hausse des prix.

Les effets directs d'une hausse des prix

Comme le détaille l'encadré ci-après, une élévation artificielle des prix accroît les profits des entreprises qui en sont à l'origine et diminue le « *surplus* » de leurs clients – i. e., la différence entre leur consentement à payer pour un produit et le niveau de prix de ce produit. Cependant, le surplus des clients diminue plus que ne s'accroît le profit des producteurs. En effet, l'augmentation des prix entraîne une diminution des quantités vendues, certains clients réduisant les quantités achetées ou s'abstenant d'acquérir le produit considéré. Le surplus qui correspondait à ces quantités vendues disparaît donc, entraînant une perte nette de surplus appelée « *perte sèche* ». À hausse de prix donnée, plus la sensibilité de la demande au prix est élevée, plus la perte sèche est importante. En effet, les acheteurs renonçant à consommer le produit à la suite d'une hausse de prix sont d'autant plus nombreux que la sensibilité de la demande au prix est forte.

Analysé ainsi, le dommage causé par une pratique anticoncurrentielle présente donc une double composante : le transfert de surplus des clients vers les entreprises mises en cause d'une part, la perte sèche correspondant à la diminution des quantités achetées d'autre part. D'emblée, le dommage ne se limite donc pas aux gains illicites des participants à la pratique mais comprend également le dommage associé à la diminution des quantités achetées par les clients.

Les effets indirects d'une hausse des prix

De surcroît, une pratique anticoncurrentielle n'influence pas seulement le niveau des prix. En atténuant la pression concurrentielle exercée sur les opérateurs, elle réduit également les incitations des opérateurs à réduire leurs coûts de production et/ou à améliorer leurs produits. À nouveau, le dommage ainsi causé à l'économie se différencie des seuls gains illicites des participants à la pratique.

Par ailleurs, comme cela a déjà été souligné, le dommage ne s'apprécie pas uniquement au regard des préjudices subis par les consommateurs finaux, mais également des perturbations causées à l'ensemble des opérateurs économiques susceptibles d'avoir été affectés par les pratiques. Ainsi, des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur des marchés de biens intermédiaires ou des marchés de gros plutôt que des marchés de détail causent un dommage à l'économie, quand bien même les entreprises clientes des participants à la pratique ne répercuteraient pas le surpris ainsi subi à leurs propres clients, atténuant ainsi le préjudice causé aux consommateurs finaux.

Le fait que le bien intermédiaire considéré soit utilisé dans de nombreuses industries ou encore que le marché de gros en question desserve plusieurs canaux de distribution (circuits spécialisés, circuits généralistes, etc.) peut d'ailleurs être retenu comme un facteur aggravant du dommage à l'économie¹³.

Une élévation artificielle des prix du fait d'une pratique anticoncurrentielle peut également affecter les marchés situés en amont de celui sur lequel se déroule la pratique : du fait de la réduction des quantités vendues, les fournisseurs des participants à la pratique vont en effet vendre des quantités d'intrants moins élevées ou devoir les vendre à des prix inférieurs. Dans sa décision 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, le Conseil de la concurrence a ainsi pris en compte dans son évaluation du dommage non seulement la hausse du coût du travail temporaire causée par la pratique et subie par les entreprises clientes, mais aussi son incidence négative sur les travailleurs intérimaires eux-mêmes, dont certains peuvent ne pas avoir été employés en raison de la pratique.

Enfin, à plusieurs reprises, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont jugé que certaines pratiques revêtent un caractère d'exemplarité tel que le dommage est susceptible de s'étendre à l'ensemble d'un secteur, voire au-delà, en particulier lors de pratiques mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres¹⁴.

Les spécificités du dommage à l'économie causé par des pratiques d'éviction

Si une pratique d'éviction a fréquemment pour objectif ultime d'accroître artificiellement le niveau des prix ou de maintenir le niveau de prix d'une entreprise dominante faiblement concurrencée, le dommage qu'elle cause à l'économie recouvre également plusieurs aspects spécifiques.

Premièrement, alors que l'effet sur les prix causé par une pratique d'entente est relativement direct, les pratiques d'éviction ne modifient le niveau des prix qu'à terme, lorsque les concurrents sont empêchés d'entrer ou évincés. Il est alors fréquent que l'analyse du dommage appréhende en premier lieu dans quelle mesure ces concurrents ont été empêchés de se développer, l'analyse de cette éviction sur les niveaux de prix pratiqués ne venant qu'au surplus. Ainsi, dans les décisions 13-D-11 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique (ci après, décision « *Plavix* ») et 13-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville (ci-après, décision « *Subutex* »), l'Autorité a apprécié les effets d'éviction

13. Voir, par exemple, les décisions 08-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce de produits sidérurgiques, dite décision « *Acier* », non contestée sur ce point par la cour d'appel, et 02-D-57 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des roulements à billes et assimilés.

14. Voir, par exemple, la décision 13-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan : « *Le comportement d'Eiffage Construction Roussillon, de par son appartenance au groupe Eiffage, familier des procédures d'appels d'offres, est de nature à induire un risque de banalisation et d'entraînement à l'égard d'entreprises de moindre importance, notamment des petites et moyennes entreprises locales (PME) agissant souvent dans le cadre de contrats de sous-traitance avec des entreprises plus importantes* » (§ 169).

des pratiques de dénigrement sur les fabricants de médicaments génériques, puis calculé le manque à gagner pour l'assurance maladie résultant de la moindre pénétration des médicaments génériques. De même, dans sa décision 12-D-24 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, l'Autorité de la concurrence a considéré que les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et appels *off net* mises en œuvre par Orange et SFR ont contribué à affaiblir la capacité des opérateurs de plus petite taille à animer la concurrence, créant ainsi un dommage pour l'ensemble des clients sur le marché.

Deuxièmement, le dommage causé par des pratiques d'éviction ne se limite pas à une hausse des prix. Les produits et services évincés peuvent ainsi être différenciés de ceux proposés par les entreprises participant à la pratique et à l'atténuation de la concurrence en prix du fait de leur éviction s'ajoutent donc les pertes de bien-être associées à la disparition d'une certaine variété. Dans sa décision 14-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, l'Autorité a ainsi relevé la perte de satisfaction que l'obligation de renoncer aux avantages attachés au produit évincé pouvait entraîner. Les produits et services évincés n'ont pas nécessairement à être de meilleure qualité que ceux existants pour que leur éviction soit dommageable pour les clients. Un segment de la clientèle peut ainsi préférer disposer d'une variété de produits de qualité moindre à un prix inférieur. Dans sa décision 14-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive, l'éviction du concurrent *Le 10Sport.com* avait ainsi conduit à la disparition d'un nouveau format de quotidien sportif, vraisemblablement de moindre qualité que le produit dominant, mais vendu à un prix inférieur.

Troisièmement, contrairement aux pratiques d'entente dont les effets peuvent être relativement immédiats et constants dans le temps, les pratiques d'éviction peuvent renforcer le bien-être des consommateurs dans un premier temps, avant de le détériorer dans un second temps. En effet, les concurrents de l'entreprise mettant en œuvre la pratique d'éviction peuvent dans un premier temps réduire leurs prix pour résister à la pratique, avec pour conséquence, à court terme, d'intensifier le jeu concurrentiel. À plus long terme cependant, de telles pratiques pénalisent le jeu concurrentiel en obligeant des concurrents, pourtant au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante, à supporter des marges réduites ou négatives, obérant ainsi leur capacité et leurs incitations à investir et leur compétitivité à long terme¹⁵. Les effets des pratiques peuvent donc varier au cours du temps et ne pas s'être encore matérialisés au moment de la décision de l'Autorité de concurrence. Pour autant, le dommage à l'économie inclut le dommage potentiel causé par les pratiques.

15. Voir par exemple les décisions 12-D-24 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine et 14-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte.

Quatrièmement, les pratiques d'éviction, en agissant sur la structure de marché, peuvent produire des effets à long terme qui ne prennent pas nécessairement fin avec la cessation des pratiques. Il en va par exemple ainsi des comportements de dénigrement. Dans sa décision 13-D-21 « *Subutex* », l'Autorité a ainsi relevé que ce comportement « *a produit ses effets bien au-delà de la seule période durant laquelle le discours dénigrant a été tenu auprès des médecins et des pharmaciens. La sanction d'un tel abus de position dominante, qui trouve son origine dans une action de communication anticoncurrentielle en raison de ses effets – tant avérés que potentiels –, ne saurait tenir compte exclusivement de l'espace de temps pendant lequel a été menée cette action de communication [...]. Elle doit tenir compte également des effets de ce comportement* » (§ 525). L'Autorité a ainsi assis la sanction sur une valeur des ventes correspondant à une année entière bien que les pratiques n'aient duré que six mois¹⁶. Plus généralement, il pourra s'écouler un certain délai avant qu'un concurrent évincé n'entre à nouveau sur le marché concerné, particulièrement si les barrières à l'entrée sont significatives, et ce quand bien même les pratiques en cause auraient cessé.

Enfin, les effets des pratiques ne se limitent pas nécessairement au marché sur lequel les pratiques se sont produites. Tel est le cas si les pratiques en cause revêtent un caractère d'exemplarité. Dans son arrêt du 30 mars 2004 relatif à la décision 03-D-35 portant sur des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz sur les marchés de certaines spécialités pharmaceutiques, la cour d'appel de Paris a ainsi retenu, au titre du dommage causé à l'économie, « *que sur trois des marchés de produits concernés, des médicaments génériques figurent parmi les spécialités concurrentes évincées et qu'à l'évidence les pratiques examinées ne peuvent qu'avoir dissuadé les fabricants de ces produits de se développer et de pénétrer de nouveaux marchés ; que le dommage à l'économie en résultant doit être apprécié au regard de la part du marché national que représentent globalement en France les médicaments génériques, estimée à 3,5 % du volume total des prescriptions en 1999 et insignifiante par rapport à celle qu'occupent ces médicaments dans d'autres pays notamment européens ainsi que le relève le rapport, et ce alors que leur coût pour la collectivité est sensiblement inférieur à celui des autres médicaments de marque et qu'ils favorisent une baisse du prix moyen du médicament lorsqu'ils sont présents sur un marché* ».

16. Voir également la décision 13-D-11 précitée « *Plavix* », confirmée sur ce point par la cour d'appel dans les termes suivants : « *Considérant que la durée de mise en œuvre des pratiques est un critère indicatif tant de la gravité que du dommage à l'économie ; que toutefois, pour avoir un sens, l'appréciation de la durée de mise en œuvre ne saurait être déconnectée de celle des effets de la pratique, lorsque ceux-ci ont perduré dans le temps au-delà des faits en cause ; que tel est le cas du dénigrement qui introduit une opinion défavorable qui demeure attachée à l'entreprise ou au produit visé jusqu'à ce que l'expérience ou la diffusion d'une contre-opinion permette d'inverser l'appréciation négative instillée ; que c'est donc à juste titre que l'Autorité a appliqué au montant de base de la sanction un coefficient de 1 correspondant à son appréciation de la durée des effets de la pratique en cause, et ce, abstraction faite de la référence à la date de la communication des griefs, à laquelle l'Autorité n'a finalement donné aucune portée [...].* »

L'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie

Comme le rappelle le communiqué sanctions, l'Autorité apprécie l'importance du dommage à l'économie au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce, sans toutefois devoir le chiffrer. Pour parvenir à un ordre de grandeur du dommage à l'économie, les éléments qu'elle prend en considération, à l'exception de la valeur des ventes affectées et des parts de marché des auteurs de la pratique, sont généralement de nature qualitative. Mais, s'agissant notamment des effets observés, les éléments pris en considération peuvent également être de nature quantitative lorsque de tels éléments sont disponibles et fiables. De plus, comme cela a été rappelé *supra*, l'analyse du dommage à l'économie couvre les effets avérés des pratiques anticoncurrentielles examinées mais aussi le dommage potentiel, à travers les différents facteurs susceptibles d'amplifier ou au contraire d'atténuer le dommage.

Suivant ces principes, le communiqué sanctions précité énumère les principaux facteurs d'appréciation suivants du dommage à l'économie :

- l'ampleur de l'infraction ou des infractions (couverture géographique, nombre, importance et parts de marché cumulées des entreprises en cause, etc.);
- les caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause (barrières à l'entrée, degré de concentration, élasticité-prix de la demande, marge, etc.);
- les conséquences conjoncturelles de l'infraction ou des infractions (surprix escompté, absence d'une baisse de prix attendue, impact indirect sur des secteurs ou des marchés connexes, en amont ou en aval, etc.) pour lesquelles un ordre de grandeur pourra être estimé si des données et une situation contrefactuelle fiables sont disponibles;
- leurs conséquences structurelles (création de barrières à l'entrée, effets d'éviction, de discipline ou de découragement vis-à-vis des concurrents, baisse de la qualité ou de l'innovation, entrave au progrès technique, impact sur la compétitivité du secteur en cause ou d'autres secteurs, etc.);
- leur incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals.

Sont d'abord présentés les éléments d'appréciation relatifs à l'ampleur de la pratique et aux caractéristiques économiques des marchés en cause, qui sont susceptibles d'influer sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques, puis ceux directement relatifs aux conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques.

L'ampleur des pratiques et les caractéristiques économiques des marchés affectés

Le dommage causé à l'économie dépend de la capacité des participants à la pratique à modifier l'équilibre concurrentiel qui aurait été obtenu sur le marché en l'absence des pratiques. Dans le cas d'une entente horizontale, celle-ci est-elle de nature à entraîner une forte augmentation des prix (ou une forte réduction des quantités produites ou de la qualité des produits) ? Dans le cas d'une pratique d'éviction, le développement des concurrents risque-t-il d'avoir été fortement entravé et quels effets peuvent en découler en termes de prix, de qualité et de variété des produits ou d'innovation ?

La réponse à ces questions passe par l'observation d'un certain nombre de caractéristiques relatives à l'ampleur de l'infraction et aux caractéristiques économiques du marché concerné.

L'ampleur de l'infraction

Comme rappelé dans le communiqué sanctions, l'ampleur de l'infraction s'apprécie notamment au regard de l'importance du marché affecté et de la couverture géographique des pratiques d'une part, de l'importance des parts de marché cumulées des entreprises en cause d'autre part. Enfin, les caractéristiques de l'infraction peuvent également être prises en compte.

L'importance du marché affecté et la couverture géographique des pratiques

Le point de départ de l'appréciation du dommage est généralement l'ampleur du marché affecté¹⁷ : plus celui-ci est vaste, plus le dommage causé par une pratique anticoncurrentielle est important. En effet, comme montré *supra*, le dommage ne se limite pas aux gains illicites perçus par le ou les mis en cause et, partant, n'est donc pas circonscrit aux ventes affectées des participants. Il peut également comprendre d'autres aspects, par exemple la perte sèche infligée à l'économie par la pratique, qui est généralement d'autant plus importante que le marché est vaste.

Selon les cas étudiés, la couverture géographique de la pratique est également pertinente. En effet, les barrières à l'entrée sont fréquemment plus élevées au niveau national qu'au niveau des régions, des départements ou des zones de chalandise¹⁸ : indépendamment du montant des ventes affectées, une pratique mise en œuvre à l'échelon national peut donc entraîner un dommage plus important que si elle était mise en œuvre à un niveau plus local. Enfin, la couverture géographique de la

17. Voir, par exemple, la décision 13-D-11 précitée « *Plavix* » qui indique : « la pratique en cause est intervenue sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville. Or, il s'agit d'un marché d'une taille considérable. En effet, jusqu'à l'arrivée des génériques du clopidogrel, *Plavix*® représentait plus de 550 millions d'euros de chiffre d'affaires, et constituait le premier poste de remboursement de l'assurance maladie, avec 625 millions d'euros » (§ 655).

18. En effet, l'entrée sur un marché local peut généralement s'appuyer sur des infrastructures déployées dans d'autres marchés locaux alors que l'entrée sur un marché national nécessite de créer l'ensemble des infrastructures nécessaires.

pratique peut également être pertinente lorsque les données présentes au dossier ne permettent pas, par exemple du fait de la multiplicité des mis en cause ou lors de la condamnation de syndicats professionnels ou d'instances ordinales, de calculer les parts de marché cumulées des participants à la pratique¹⁹.

La part de marché cumulée des participants à la pratique

Tant l'Autorité de la concurrence que la Commission européenne – dont les sanctions, comme exposé précédemment, ne sont pas proportionnées à l'ampleur du dommage à l'économie – tiennent compte des parts de marché cumulées des participants à la pratique dans la détermination de la sanction²⁰. Il s'agit en effet d'un paramètre important dans leur capacité à accroître les prix : plus la part de marché cumulée des participants à une pratique anticoncurrentielle est élevée, moins les opérateurs concurrents sont *a priori* en mesure d'empêcher une hausse de prix consécutive à la pratique et plus le dommage est susceptible d'être important. Ce paramètre est donc régulièrement utilisé dans des affaires d'entente horizontale, mais aussi dans certains cas d'ententes verticales ou de pratiques d'éviction. Ainsi, s'agissant de restrictions verticales, la décision 11-D-19 relative à des pratiques de prix de revente imposés mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles fantaisie précise que l'existence de distributeurs indépendants non contraints par les prix de revente imposés était de nature à limiter le dommage causé. De même, le dommage causé par des contrats d'exclusivité est généralement d'autant plus important que la part du marché verrouillée par les contrats est élevée : dans sa décision 13-D-06 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, l'Autorité a ainsi observé que les exclusivités de promotion souscrites par le CSOEC et l'ECMA, dominant sur le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables, auprès des principaux éditeurs de logiciels, rendaient plus difficile l'accès à 75 à 80% du marché des utilisateurs de logiciels de production comptable pour les concurrents de leur portail « *jedecclare.com* ». Enfin, s'agissant d'abus de position dominante visant à évincer des concurrents, dans sa décision 13-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, l'Autorité de la concurrence a relevé les faibles parts de marché d'EDF postérieurement au prononcé des mesures conservatoires et considéré que le dommage qui résultait des pratiques anticoncurrentielles alors mises en œuvre pouvait être qualifié de très limité.

19. À titre d'illustration, dans sa décision 13-D-14 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, l'Autorité de la concurrence a retenu, comme facteur d'atténuation du dommage, la couverture géographique restreinte des infractions, limitées, pour l'essentiel, à la SPA de Strasbourg. Dans cette affaire, les mises en cause étaient des instances ordinales et des syndicats, ne disposant pas d'un chiffre d'affaires ou de valeurs des ventes propres.

20. Et ce bien qu'une définition précise des marchés pertinents et des parts de marché des acteurs ne soit pas requise dans les cas d'accords horizontaux anticoncurrentiels par objet. À ce titre, on peut relever qu'un ordre de grandeur des parts de marché cumulées suffit.

Selon les cas, ce critère de la part de marché cumulée peut être affiné. Ainsi, lorsque la part de marché cumulée est importante mais ne couvre pas la quasi-totalité du marché, l'Autorité peut également considérer la capacité des autres entreprises du secteur à répondre à la demande qui se détournerait des entreprises ayant augmenté les prix²¹ ou à riposter aux pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à leur encontre²², au regard par exemple de leur taille et de l'existence de capacités de production disponibles.

Les caractéristiques de l'infraction

Le degré de mise en œuvre et d'efficacité de la pratique peut également être pris en compte pour apprécier le dommage à l'économie.

Dans le cas de pratiques d'éviction, le dommage est ainsi également apprécié au regard de l'aptitude de la pratique à altérer le jeu concurrentiel de manière importante ou seulement modérée. Par exemple, dans ses décisions 13-D-11 et 13-D-21 précitées, l'Autorité a ainsi considéré que le dénigrement opéré par les visiteurs médicaux était particulièrement nocif compte tenu du climat de suspicion à l'encontre des génériques, de l'influence de ces visiteurs sur le comportement de prescription des professionnels de santé et du rôle essentiel que jouaient ces actions promotionnelles sur le choix des produits dans un contexte de réglementation des prix.

Dans le cas de pratiques horizontales, le degré d'« efficacité » de la pratique dépend notamment de la capacité des participants à la pratique à partager un objectif commun, à surveiller leurs comportements respectifs et à mettre en œuvre, le cas échéant, des représailles en cas de déviation de l'un des membres de la concertation. Cette « stabilité » de la concertation est analysée au regard des caractéristiques du marché concerné et de celles de la pratique. Ainsi, au sujet des échanges d'informations horizontaux, la Commission européenne précise dans ses lignes directrices de 2011 : *« les répercussions de l'échange d'informations sur la concurrence sont fonction des caractéristiques du marché sur lequel il se produit (telles que la concentration, la transparence, la stabilité, la symétrie, la complexité, etc.), ainsi que du type d'informations échangées, lesquelles peuvent faire de l'environnement du marché en cause un environnement susceptible de favoriser la coordination »* (point 58, soulignement ajouté).

21. Ainsi, dans sa décision 14-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France, l'Autorité a relevé que les parts de marché cumulées des membres de l'échange d'informations représentaient nettement plus de la moitié des ventes de papiers peints en valeur en France mais que l'importance du dommage causé par les pratiques de concertation était limitée par l'existence de concurrents importants n'ayant pas pris part aux pratiques reprochées.

22. Ainsi, dans sa décision 13-D-20 précitée, l'Autorité a relevé que l'essentiel de l'offre était constitué de petites et moyennes entreprises aux marges faibles et à la clientèle limitée. Ces entreprises étaient d'autant plus fragiles qu'à l'inverse d'EDF, elles ne disposaient pas d'une forte notoriété et avaient donc besoin d'engager d'importants investissements de départ pour attirer des clients et atteindre une taille suffisante pour perdurer sur le marché et affronter des aléas tels que la crise qui a touché le secteur photovoltaïque à partir de 2010.

L'Autorité a ainsi fréquemment considéré que la multiplicité des références n'était pas un obstacle à une concertation sur des hausses de prix moyennes²³ ou à une indexation des prix sur les références les plus vendues²⁴. En revanche, dans la décision 14-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France, l'Autorité a considéré qu'en l'absence de mécanismes de surveillance, l'efficacité de la pratique était moins assurée, le marché du papier peint concerné étant peu transparent, les informations échangées insuffisamment détaillées et les distributeurs disposant d'un contre-pouvoir d'achat significatif pour inciter les fournisseurs à diminuer leurs prix. Dans sa décision « *Acier* » 08-D-32 précitée, le Conseil de la concurrence avait considéré que l'organisation des pratiques (réunions très fréquentes, barèmes de prix régulièrement actualisés, découplage des réunions nationales au niveau régional, voire départemental) permettait une concertation efficace sur les prix en dépit de la dimension locale de l'activité, de l'existence de transactions de gré à gré et de l'incertitude entourant tant l'évolution des prix d'achat que celle de la demande, sans cependant convaincre la cour d'appel sur ce point²⁵.

Enfin, des pratiques d'éviction mises en œuvre par les membres du cartel à l'égard de concurrents extérieurs au cartel ou de nouveaux entrants peuvent permettre de soutenir la stabilité externe de l'entente et amplifient le dommage causé²⁶.

Les caractéristiques économiques du marché affecté

Les caractéristiques du marché s'apprécient notamment au regard des barrières à l'entrée, de la sensibilité de la demande au prix, du contre-pouvoir des acheteurs et du caractère émergent de certains marchés ou de leur ouverture récente à la concurrence.

23. Voir, par exemple, les décisions 14-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps et 14-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France.

24. Voir, par exemple, la décision 11-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

25. Voir arrêt du 19 janvier 2010 relatif à la décision « *Acier* » précitée 08-D-32 : « *Que pour répondre par anticipation à cette argumentation sur "l'autonomie décisionnelle des succursales, sur la volatilité des prix, sur l'opacité dirimante et l'aléa des pratiques locales", la décision (§ 406 à 416) évoque "l'adaptation des prix aux spécificités des marchés locaux, l'existence d'une puissante police de l'entente, l'absence de produits substituables, la taille du marché (1,5 milliard d'euros par an), l'effet de diffusion sur les marchés d'aval et les barrières à l'entrée opposées aux nouveaux acteurs potentiels"; que cette réponse se place sur des plans assez différents des questions posées et qu'il n'est pas possible par conséquent d'affirmer que les arguments exposés à propos du groupe Arcelor mais naturellement extensibles aux autres entreprises poursuivies, aient reçu des réponses tout à fait appropriées.* »

26. Voir par exemple la décision « *Acier* » 08-D-32 précitée (point 416) : « *L'entente a non seulement anéanti la compétition entre ses membres mais aussi combattu la concurrentielle potentielle venue de nouveaux entrants. Les pratiques avaient en effet l'objectif affiché de décourager l'entrée d'acteurs extérieurs, par le biais notamment de mesures coercitives. Elles ont ainsi pu générer des barrières artificielles à l'entrée, en autorisant par exemple, par le biais des "droits de suite" ou d'aménagements, des déviations aux accords de l'entente qui pouvaient aller jusqu'à des ventes à prix coûtant, notamment en présence d'une entrée potentielle susceptible de créer une pression à la baisse sur les prix.* » Voir également la décision 10-D-39 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, dans laquelle il a été tenu compte, dans l'appréciation du dommage à l'économie, de l'entrave à l'accès au marché de petites et moyennes entreprises non membres du cartel.

Les barrières à l'entrée

En empêchant l'arrivée de nouveaux entrants, des barrières à l'entrée élevées facilitent des hausses de prix importantes dans le cadre d'ententes horizontales ou verticales ou le maintien de prix élevés une fois des concurrents évincés ou empêchés d'entrer. De même, en rendant l'entrée objectivement difficile, elles facilitent les pratiques d'éviction²⁷. Ce faisant, des barrières à l'entrée élevées accroissent le dommage causé à l'économie. Comme le présentait l'étude thématique sur « *les barrières à l'entrée* » du Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, ces barrières à l'entrée peuvent être de nature très variée : investissements en R&D²⁸, capacités de production, de stockage²⁹ ou de distribution, dépenses de publicité, difficultés d'accès aux linéaires³⁰, encadrement réglementaire à l'entrée³¹ ou à l'extension des capacités de production³².

La sensibilité de la demande au prix

Les pratiques anticoncurrentielles ont fréquemment pour finalité d'élever les prix ou de les maintenir à un niveau supraconcurrentiel, soit immédiatement dans le cas de pratiques d'ententes horizontales ou de certains types de restrictions verticales, soit une fois des concurrents évincés dans le cas de pratiques d'éviction. L'importance de la hausse de prix qui pourra alors être décidée dépend notamment de la sensibilité de la demande au prix, c'est-à-dire de la variation de la demande causée par une variation de prix³³. Plus cette sensibilité est faible, plus les participants à une pratique anticoncurrentielle pourront accroître leurs prix sans subir de forte diminution de leurs ventes. Comme le soulignent de nombreuses décisions³⁴, le dommage à l'économie sera donc d'autant plus élevé que la sensibilité de la demande au prix est faible³⁵.

En pratique, l'importance de la sensibilité de la demande au prix a surtout été prise en compte pour l'analyse du dommage causé par des pratiques d'entente horizontale. En effet, le dommage causé par des pratiques d'éviction, d'une part,

27. Voir, par exemple, la décision 12-D-25 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, dans laquelle l'Autorité a fait le constat que les marchés de services ferroviaires, et en particulier l'activité de train massif, se caractérisaient par d'importantes barrières à l'entrée réglementaires et techniques qui font que l'entrée d'un opérateur ferroviaire est un processus long, coûteux et difficile. Le fait que les pratiques élèvent encore ces barrières à l'entrée était donc susceptible de ralentir la pénétration des nouveaux opérateurs existants, mais aussi de contribuer à décourager des entrants potentiels.

28. Voir décisions 14-D-19 « *Hygiène et Entretien* » précitée et 12-D-27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles.

29. Voir décision 13-D-12 « *Commodités chimiques* » précitée.

30. Voir décision 14-D-19 « *Hygiène et Entretien* » précitée.

31. Voir décision 12-D-25 « *Fret ferroviaire* » précitée.

32. Voir décision 13-D-12 « *Commodités chimiques* » précitée.

33. En économie, cette sensibilité de la demande est mesurée par l'élasticité-prix de la demande, c'est-à-dire la variation de demande exprimée en pourcentage de la demande initiale, avant l'augmentation de prix, rapportée à la variation de prix exprimée en pourcentage du niveau de prix initial. En termes mathématiques, l'élasticité-prix « directe » d'un bien X est égale à $\left(\frac{dQ_x}{Q_x}\right)\left(\frac{dP_x}{P_x}\right)$. Par exemple, une élasticité de -0,5 signifie que pour une augmentation (respectivement une diminution) de prix de 10%, la demande diminue (respectivement augmente) de 5%.

34. Voir, par exemple, la décision 13-D-12 « *Commodités chimiques* » précitée.

35. En revanche, pour une hausse de prix donnée, une faible sensibilité de la demande au prix réduit la perte sèche subie par la collectivité (voir *supra*).

est fréquemment évalué au travers de l'effet des infractions sur les concurrents et, d'autre part, ne se résume pas, le plus souvent, à une hausse des prix, mais doit également prendre en compte la diminution de la variété qui résulte de l'éviction, potentielle ou avérée, des concurrents³⁶.

Pour apprécier l'importance de la sensibilité de la demande au prix, l'Autorité a pu, dans certaines décisions, s'appuyer sur des estimations quantitatives de l'élasticité-prix de la demande³⁷. Le plus souvent, la sensibilité de la demande est cependant appréciée à partir de facteurs qualitatifs comme la nature de la demande pour le produit considéré ou les caractéristiques du produit. La demande de produits de première nécessité ou de consommation courante (produits d'hygiène et d'entretien³⁸, farine³⁹, etc.) est généralement considérée comme peu sensible au prix, car le consommateur est contraint d'acheter le produit affecté quel que soit son prix⁴⁰. Dans certains secteurs, l'Autorité a également différencié le niveau de l'élasticité-prix selon le type de produit considéré, les consommateurs de produits « *haut de gamme* » pouvant être moins sensibles au prix et plus attachés à la marque que les consommateurs de produits « *moyen de gamme* » et « *bas de gamme* »⁴¹.

L'élasticité de la demande au prix peut également être inférée de l'identité des acheteurs du produit. Elle est ainsi vraisemblablement faible lorsque le consommateur ne paie pas lui-même le produit⁴² ou lorsque la demande répond à une obligation légale⁴³. Il en est de même en présence de coûts élevés de changement de fournisseur (« *switching costs* »)⁴⁴. Enfin, la demande est généralement peu sensible au prix, du moins à court terme, lorsqu'il s'agit d'un bien intermédiaire indispensable à la production d'un bien final⁴⁵.

36. Voir décision 14-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive.

37. Voir la décision 14-D-19 « *Hygiène et Entretien* » précitée. Voir également l'arrêt de la cour d'appel du 30 juin 2011 relatif à « *l'affaire des mobiles* » (décision 05-D-65).

38. Voir la décision 14-D-19 précitée.

39. Voir la décision 12-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

40. À l'inverse, dans sa décision 12-D-27 précitée, l'Autorité a estimé que le fait que les pratiques portent sur des biens culturels, « *qui ne sont pas de première nécessité ou de consommation courante* », « *a pour conséquence de tempérer l'importance du dommage causé à l'économie en général* » (§ 250). Cependant, elle précise également : « *À cet égard, il y a lieu de relever tout d'abord que la demande des consommateurs pour les billets de spectacle est plutôt inélastique. En effet, la plupart des spectateurs sont relativement peu sensibles au prix et prêts à acheter des billets à un tarif élevé pour assister au concert de leur artiste ou de leur groupe préféré. Dès lors, les producteurs de spectacles, dans la mesure où les pratiques sont de nature à augmenter les commissions facturées aux distributeurs, ont pu répercuter tout ou partie de cette hausse dans les prix de vente de billets* » (§ 252).

41. Voir la décision précitée « *Lessives* » 11-D-17 (§ 624). Voir également la décision 12-D-10 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats pour un autre exemple de décision dans laquelle la faible élasticité-prix se déduit de l'attachement des consommateurs à des marques haut de gamme.

42. Voir le secteur de la santé, avec par exemple les décisions 13-D-11 « *Plavix* » et 13-D-21 « *Subutex* » précitées.

43. Voir, par exemple, la décision 13-D-06 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.

44. Voir, par exemple, les décisions concernant des pratiques dans le secteur de la téléphonie mobile 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, et 14-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte.

45. Voir la décision 13-D-12 « *Commodités chimiques* » précitée.

Le contre-pouvoir des acheteurs

Le pouvoir de marché d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises peut être atténué par un fort pouvoir de négociation des acheteurs, également appelé « *puissance d'achat compensatrice* » ou « *contre-pouvoir des acheteurs* ».

Le pouvoir de négociation des acheteurs dépend notamment de leur capacité à s'affranchir des hausses de prix, par exemple en infligeant aux fournisseurs des manques à gagner importants en les déréférençant et/ou en faisant appel à des concurrents, notamment non membres de l'entente⁴⁶. Les fournisseurs de la grande distribution mis en cause dans des pratiques d'entente mettent ainsi fréquemment en avant le contre-pouvoir de la grande distribution pour expliquer que les hausses de prix étaient nécessairement d'ampleur limitée. Dans la décision précitée 14-D-19 « *Hygiène et Entretien* », l'Autorité a cependant rejeté un tel argument. Elle a considéré, d'une part, que le pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs s'appréciait « *à l'aune du pouvoir de marché dont peuvent disposer les fournisseurs* », important en l'espèce, au vu notamment du nombre limité de fabricants et de l'importance accordée à la notoriété des marques dans le secteur concerné. D'autre part, les pratiques concertées avaient précisément permis aux industriels mis en cause d'opposer aux enseignes de la grande distribution une réponse commune, qui leur a permis de faire échec, dans une certaine mesure, à la puissance d'achat des enseignes de la grande distribution. À l'inverse, dans sa décision 12-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives⁴⁷, l'Autorité a considéré qu'il convenait de tenir compte du contre-pouvoir des acheteurs, en particulier de la grande distribution et du *hard discount*, qui pouvaient, compte tenu de l'offre atomisée et du caractère périssable des produits, exercer une pression à la baisse sur les prix de nature à limiter le dommage.

À l'inverse, l'absence de pouvoir de négociation des acheteurs est fréquemment un facteur aggravant du dommage. Dans sa décision 12-D-27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles, l'Autorité a ainsi considéré que la concertation entre deux distributeurs de billets de spectacles était susceptible d'entraîner une augmentation des taux de commission d'autant plus élevée que leur pouvoir de négociation face aux producteurs était important.

Le caractère émergent de certains marchés ou leur ouverture récente à la concurrence

Les pratiques d'éviction sont fréquemment considérées comme plus dommageables à l'économie lorsqu'elles ont lieu sur un marché émergent ou récemment ouvert à la concurrence. Elles sont alors susceptibles d'affecter durablement la structure d'un marché en évinçant de nouveaux entrants ou en ralentissant le développement.

46. Le contre-pouvoir des acheteurs constitue à ce titre un facteur d'appréciation de l'existence d'une position dominante (voir point 18 de la communication de la Commission : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes).

47. La réformation en appel de cette décision n'a pas porté sur le dommage à l'économie.

Ainsi, dans son arrêt précité du 30 juin 2011 relatif à « l'affaire des mobiles » (décision 05-D-65), la cour d'appel a souligné à ce sujet que « *ladite pratique prend un relief particulier s'agissant d'un marché "émergent" en début de développement, non encore structuré et donc, à ce titre, nécessairement sensible à toute distorsion apportée à sa logique interne; [...]* ». De même, dans sa décision 13-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, l'Autorité de la concurrence a souligné que c'est lors de la phase de démarrage d'une activité que les opérateurs bâtissent leur notoriété et préparent leur développement ultérieur. Elle a donc considéré qu'il était crucial à ce stade initial que le marché soit préservé de pratiques anticoncurrentielles qui peuvent affecter durablement la structure du marché et affaiblir la concurrence en élevant des barrières à l'entrée ou en permettant à un opérateur déterminé d'acquiescer sur le marché en cause une position déterminante pour l'avenir, au détriment des autres concurrents et, *in fine*, des consommateurs⁴⁸.

L'appréciation des effets conjoncturels et structurels

L'ampleur de la pratique et les caractéristiques économiques des marchés affectés par la pratique anticoncurrentielle sanctionnée sont notamment étudiées dans la mesure où elles sont susceptibles d'influer sur ses effets conjoncturels (comme une augmentation des prix) et/ou structurels (comme l'élévation des barrières à l'entrée ou l'éviction de concurrents). Dans certains cas, l'importance du dommage à l'économie peut également s'apprécier à partir de l'observation directe des effets concrets de la pratique visée.

C'est notamment à ce stade que des éléments quantitatifs sur l'évolution des prix, des ventes ou d'autres variables d'intérêt peuvent être pris en compte par l'Autorité, à condition cependant que « *de tels éléments [soient] disponibles et fiables*⁴⁹ ». À cet égard, il est de plus en plus fréquent que les entreprises produisent pour leur défense des études économiques dont l'objet est d'essayer de quantifier certains effets des pratiques, notamment, dans le cas de concertations horizontales, les « *surprix* » causés par celles-ci. Or, comme rappelé *supra*, le dommage à l'économie ne se limite pas aux gains illicites des mis en cause. Le surprix rapporté aux ventes affectées ne constitue, même lorsqu'il est mesuré de façon suffisamment précise, qu'une composante du dommage et, plus largement, de la sanction infligée aux entreprises mises en cause.

La présente section rappelle tout d'abord que, dans certains cas, l'Autorité de la concurrence s'est appuyée, pour apprécier les effets conjoncturels ou structurels, avérés ou potentiels, de la pratique, sur des documents internes aux parties, saisis lors de perquisitions ou obtenus lors de l'instruction. Elle présente ensuite les

48. Voir également la décision 12-D-25 « *Fret ferroviaire* » précitée.

49. Point 28 du communiqué sanctions : « *Les éléments qu'elle prend en considération sont généralement de nature qualitative, mais peuvent également être de nature quantitative lorsque de tels éléments sont disponibles et fiables.* »

principales méthodes quantitatives utilisées pour apprécier les effets conjoncturels et structurels observés des pratiques reprochées tout en rappelant les limites.

L'appréciation des conséquences des pratiques à partir des documents internes des entreprises

Dans certains cas, l'appréciation des effets concrets des pratiques, qui peut s'ajouter à l'analyse du dommage au regard de leur ampleur et des caractéristiques économiques des secteurs, se fonde sur des pièces documentaires internes aux entreprises, saisies lors des perquisitions ou communiquées dans le cadre de l'instruction et décrivant, dans le cadre de l'activité économique de l'entreprise et non dans le cadre de l'instruction, les effets des pratiques, attendus ou avérés, sur le marché. De tels éléments, même s'ils recèlent une certaine part de subjectivité ou d'approximations, demeurent fréquemment utiles pour disposer d'une évaluation de l'importance des effets des pratiques, car les participants à celles-ci disposent d'une connaissance approfondie du marché.

Ainsi, dans sa décision 10-D-39 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'évaluation des surpris causés par la pratique d'entente s'est appuyée sur des déclarations concordantes de plusieurs chefs d'entreprise, faisant état de baisses de prix très importantes, de l'ordre de 10 à 20%, à la suite de l'éclatement de l'entente. L'Autorité a considéré que de telles déclarations accréditaient un effet important des pratiques en cause sur les prix. Dans sa décision 13-D-03 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, confirmée sur ce point par la cour d'appel, l'Autorité s'est notamment appuyée sur des documents internes saisis lors des perquisitions confirmant les effets, potentiels mais aussi réels, de la pratique mise en œuvre pour accroître les marges des abatteurs ayant participé à la pratique de diminution des quantités de porcs abattus. La cour d'appel a par ailleurs conclu à l'absence de pertinence des études économiques produites par les parties du fait de « *la contradiction entre leurs conclusions d'une part et la nature, les objectifs et les effets des pratiques tels que décrits par les parties dans les pièces saisies d'autre part* »⁵⁰.

Dans certains cas, le dossier comprend en outre des éléments quantitatifs détaillés sur les niveaux de prix, de marge ou de parts de marché, recueillis par les services d'instruction ou produits par les parties mises en cause elles-mêmes. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer le dommage, peut cependant les prendre en compte, pour autant que les données utilisées et les conclusions auxquelles elles conduisent soient suffisamment fiables. Les principales méthodes d'analyse des données quantitatives déjà débattues dans le cadre de procédures contentieuses devant l'Autorité, ou, avant elle, du Conseil, sont présentées ci-après.

50. De nombreux autres exemples de décisions se référant à des documents internes ou des déclarations de l'une ou l'autre des parties permettant d'évaluer l'effet réel des pratiques peuvent être mentionnés : voir par exemple les décisions précitées 11-D-02, 12-D-24, 12-D-27 et 13-D-11.

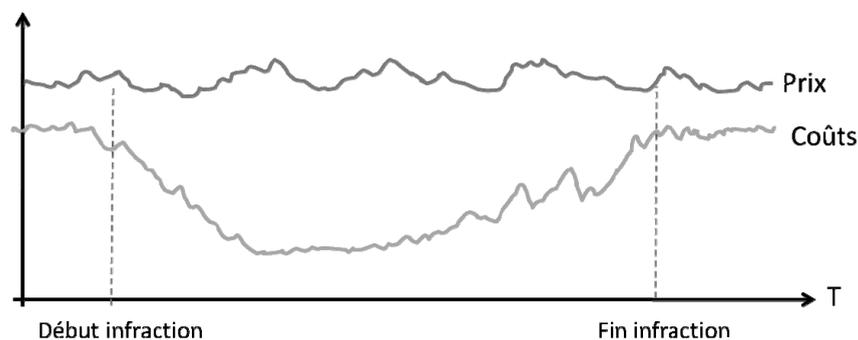
Méthodes d'évaluation quantitative

Principes

Les éléments quantitatifs d'appréciation du dommage à l'économie s'appuient le plus souvent sur une comparaison, implicite ou explicite, entre les équilibres du marché (niveau de prix, quantités échangées, répartition des parts de marché, etc.) observés en présence des pratiques et ceux qui auraient prévalu en l'absence des pratiques, dans la situation dite « *contrefactuelle* ». La plupart du temps, cette situation contrefactuelle hypothétique est approximée par une situation dite « *de référence* » ayant réellement existé mais qui n'a pas été affectée par les pratiques. Il peut s'agir du même marché que le marché concerné par les pratiques, mais à une période différente présumée non affectée par les pratiques (*comparaison temporelle*) ou d'un marché de produit ou géographique différent du marché affecté, mais comparable à celui-ci (*comparaison transversale*). Une fois la situation de référence identifiée, l'évaluation du dommage peut s'appuyer sur une comparaison des niveaux de la variable d'intérêt (par exemple, les prix ou les parts de marché) observés sur le marché affecté avec la valeur que prend cette variable dans la situation de référence.

La difficulté à laquelle se heurte la réalisation de telles comparaisons dites « *univariées* » (car ne tenant compte que d'un seul paramètre, la mise en œuvre des pratiques) tient à ce que, fréquemment, le niveau de la variable d'intérêt étudiée (par exemple le niveau des prix) dépend d'autres paramètres que la seule mise en œuvre de la pratique étudiée (par exemple des niveaux de coûts ou de demande). Ces autres paramètres ou variables sont appelés des variables de contrôle ou des variables explicatives.

Graphique 1 : Illustration des limites des comparaisons univariées



À titre d'illustration, considérons le graphique ci-dessus : les prix restent en moyenne constants pendant toute la période étudiée, que ce soit avant, pendant ou après l'infraction, mais les coûts de production enregistrent une diminution significative pendant la période des pratiques. Sur la base d'une simple comparaison des prix observés pendant la période de l'infraction et en dehors de cette

période (avant ou après), les pratiques n'ont pas produit d'effet. En revanche, s'il est tenu compte des variations de coûts constatées, qui influent *a priori* sur les niveaux de prix pratiqués dans une situation de concurrence « normale », l'écart entre les prix et les coûts est beaucoup plus important pendant la période des pratiques qu'avant ou après celle-ci. De la même manière, l'évaluation quantitative du dommage causé par des pratiques d'éviction risque d'être minorée si elle est établie au travers des ventes réalisées par les concurrents dans un contexte de croissance de la demande : celle-ci peut en effet conduire à une hausse des ventes des concurrents qui masque les effets de la pratique sanctionnée.

Des biais de nature similaire peuvent limiter la pertinence de comparaisons transversales. Si le marché servant de base de comparaison présente des singularités par rapport au marché affecté par les pratiques (par exemple, une plus forte demande des consommateurs pour le produit considéré), les comparaisons de prix effectuées risquent d'être également affectées par ces facteurs spécifiques au marché de référence.

La pertinence des comparaisons effectuées tient donc fréquemment à leur capacité à prendre en compte les facteurs autres que les pratiques qui sont susceptibles d'influer sur la variable d'intérêt étudiée.

Modalités de mise en œuvre

Plusieurs solutions peuvent être adoptées pour tenir compte, dans les comparaisons effectuées, des facteurs exogènes susceptibles d'influer sur la variable d'intérêt.

Des variables d'intérêt adaptées

Une première solution pour disposer d'une mesure plus pertinente de l'effet des pratiques consiste à comparer des variables d'intérêt plus fines que le niveau des prix (dans le cas des pratiques d'ententes horizontales) ou que le niveau des ventes réalisées par les concurrents (dans le cas de pratiques d'éviction). Le niveau des marges est parfois utilisé pour l'analyse du dommage causé par des pratiques d'ententes, mais l'inconvénient est alors d'ignorer de nombreux facteurs susceptibles d'influer sur celles-ci, par exemple les variations de la demande⁵¹. La définition des niveaux de marge à prendre en compte peut également être sujette à débat. Au final, disposer à la fois de niveaux de prix et de données désagrégées de coûts est plus pertinent. Dans le cas de pratiques d'éviction, les évolutions de parts de marché sont parfois plus pertinentes que celles des ventes⁵², notamment dans le contexte d'un marché en croissance⁵³.

Dans d'autres cas, l'effet des pratiques est appréhendé à partir de variables d'intérêt qui, au contraire des prix, ne dépendent pas, pour une large part, d'autres facteurs que la mise en œuvre des pratiques. Dans la décision 10-D-39 relative

51. Voir la décision 08-D-32 « *Acier* » précitée.

52. Voir les décisions 13-D-11 « *Plavix* » et 13-D-21 « *Subutex* » précitées.

53. Voir la décision 13-D-06 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.

à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité a ainsi complété son analyse du dommage à partir de l'examen des parts de marché des membres de l'entente, qui ont évolué de manière significative postérieurement à la fin des pratiques : l'Autorité a ainsi considéré que l'entente avait pu figer les parts de marché des membres de l'entente.

Le choix des marchés de référence

Une comparaison fondée sur un marché de référence proche de celui affecté par les pratiques peut également permettre de prendre en compte les facteurs exogènes aux pratiques, à condition que, sur ce marché de référence, les paramètres exogènes aient connu les mêmes évolutions que sur le marché affecté et que les pratiques n'y aient eu aucun effet. Alors, les différences de prix constatées (ou des évolutions de prix constatées) ne s'expliquent que par l'existence des pratiques sur le marché affecté.

Dans la décision 13-D-21 « *Subutex*[®] » précitée, sanctionnant le dénigrement mis en œuvre par l'entreprise Schering-Plough, en position dominante, à l'encontre des médicaments génériques de son médicament princeps, l'Autorité a ainsi choisi de s'appuyer sur plusieurs groupes de référence distincts, établissant un faisceau d'indices quantitatifs convergents quant à l'importance du dommage. Elle a ainsi comparé les taux de pénétration des génériques du *Subutex*[®] des dosages les plus dénigrés avec le dosage le moins dénigré et comparé les taux de pénétration observés avec ceux anticipés par Schering-Plough en l'absence des pratiques et avec ceux des génériques de onze molécules appartenant à la même classe thérapeutique que le médicament princeps de l'entreprise dominante. Elle a de plus vérifié que ces différentes bases de comparaison étaient fiables, l'attachement des patients au médicament princeps, le nombre de fabricants de médicaments génériques et les efforts commerciaux réalisés par ces derniers ne constituant pas des facteurs suffisamment discriminants ou établis pour remettre en cause la pertinence de ces comparaisons.

La comparaison par la méthode de la « double différence »

En combinant *comparaison temporelle* et *comparaison transversale*, la méthode d'estimation en « *double différence* » permet d'atténuer les limites associées à chacune de ces deux méthodes. Un exemple simple permet d'illustrer cette méthode⁵⁴. Supposons que le prix d'un produit vendu par un cartel soit de 130 euros et de 100 après la fin de celui-ci. Entre ces deux périodes, le prix du même produit vendu sur un marché concurrentiel passe de 100 à 90 euros. Une comparaison seulement temporelle conclut à un surpris de 30 euros (130-100 euros) tout comme une comparaison uniquement transversale, le prix sur le marché cartellisé étant de 130 et le prix sur le marché concurrentiel de 100.

La méthode de la double différence consiste à calculer sur chaque marché la différence de prix entre la période du cartel et la période postérieure au cartel, puis à

54. Voir R. de Coninck, « *Estimating private antitrust damages* », *Concurrences*, 1-2010, p. 39-43.

faire la différence des deux différences ainsi obtenues⁵⁵. Dans l'exemple précédent, cette méthode conclut à un surprix de 20 euros⁵⁶ : en effet, une partie de la diminution de 30 euros enregistrée à la fin du cartel n'est pas due à celle-ci puisqu'elle s'est également produite sur un marché non affecté par le cartel. Par rapport à une simple comparaison temporelle, l'avantage de la méthode de la double différence est de tenir compte des variations de prix communes au groupe affecté et au groupe de contrôle et qui ne sont donc pas dues à la pratique. De même, une partie de l'écart de prix entre le marché cartellisé et le marché concurrentiel n'est pas due à l'entente puisque l'on retrouve une différence de 10 euros après la fin du cartel entre le marché affecté et le marché contrefactuel.

Ainsi, par rapport à une simple comparaison transversale, la méthode de la double différence permet de tenir compte des différences entre les groupes affectés et le groupe de contrôle. En particulier, si le marché affecté est suffisamment proche du marché de référence, la méthode de la double différence permet de contrôler, par simple comparaison des deux marchés, l'influence de certains facteurs explicatifs de la variable d'intérêt communs au marché affecté et au marché de référence, sans qu'il ne soit nécessaire d'intégrer dans les comparaisons effectuées des variables mesurant ces facteurs.

Cette approche a été par exemple utilisée dans la décision 11-D-02 précitée « *Monuments historiques* ». Dans cette décision, le prix sur le « *marché de référence* » correspond aux estimations des maîtres d'œuvre. Pour chacun des trois marchés affectés par l'entente, l'Autorité a calculé la différence de prix entre le prix constaté et l'estimation du maître d'œuvre au cours de l'entente et après l'éclatement de l'entente, puis a fait la différence entre ces deux différences de prix pour en déduire le surprix.

Les méthodes économétriques

Dans le cas d'ententes sur les prix, de nombreux paramètres observables sont susceptibles d'influer sur le niveau des prix constatés et la solution la plus fréquemment choisie consiste à effectuer, grâce à une analyse économétrique, des comparaisons « *multivariées* », i. e., qui tiennent compte de l'ensemble des facteurs (ou de la majeure partie d'entre eux) expliquant le niveau des variables observées ou leur évolution. Les estimations ainsi produites isolent l'effet propre aux pratiques. Dans la décision 11-D-17 précitée « *Lessives* », l'Autorité, sur la base des données exploitées par une étude économique de Procter & Gamble, a ainsi mis en évidence un surprix pour les lessives « *haut de gamme* » en comparant les prix pratiqués pendant les pratiques avec les prix constatés postérieurement à l'éclatement de l'entente et en tenant compte de différents facteurs explicatifs des variations de prix⁵⁷. Les techniques économétriques peuvent également venir compléter

55. Il est équivalent de calculer d'abord, pour chaque période, la différence de prix entre les deux marchés, puis de faire ensuite la différence des deux différences ainsi obtenues.

56. La différence de prix temporelle est de 30 euros sur le marché affecté et de 10 euros sur le marché de référence. Donc la différence entre ces deux différences, qui correspond à une estimation du surprix selon la méthode de la double différence, est égale à 20 euros (30 euros moins 10 euros).

57. Voir également la décision 08-D-32 « *Acier* » précitée.

les comparaisons en double différence⁵⁸ : elles peuvent ainsi prendre en compte les variations de facteurs exogènes spécifiques à chaque marché. Cependant, si ces variations ne sont pas prises en compte, par exemple du fait de l'indisponibilité de certaines données, elles doivent alors être identiques sur le marché affecté et sur le marché de référence et la variable d'intérêt doit réagir de la même manière sur les deux marchés à ces variations de paramètres exogènes (voir *infra*).

Principales difficultés associées aux méthodes d'estimation quantitative

Ces méthodes d'évaluation du dommage peuvent se heurter à plusieurs difficultés liées au choix de la situation de référence, à la pertinence et à la fiabilité des données utilisées et aux biais susceptibles d'affecter ces estimations quantitatives. Enfin, il est important de noter que ces estimations quantitatives se limitent, le plus souvent, à appréhender une seule composante du dommage, les gains illicites.

Sur le choix de la situation de référence

L'équilibre « *contrefactuel* » sur lequel se fondent les méthodes de quantification du dommage est nécessairement hypothétique ; par conséquent, une quantification précise du dommage est délicate, même en présence de données chiffrées fiables et précises. La directive du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence, précise à ce titre que la quantification du préjudice « *suppose une comparaison avec une situation qui est hypothétique par définition et ne peut donc jamais être absolument exacte* » (point 46). Ce constat s'applique *a fortiori* aux estimations quantitatives servant à apprécier le dommage à l'économie, qui comprend également des composantes non mesurables. Comme le précise le communiqué sanctions, « [d] ans le cas où elle apprécie des éléments de nature quantitative, que ce soit de sa propre initiative ou lorsque les parties ont produit des études économiques, l'Autorité ne procède pas, ce faisant, à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction » (point 30).

Les difficultés liées au choix de la période de référence

Les estimations quantitatives servant à apprécier le dommage nécessitent de pouvoir identifier clairement la période durant laquelle l'infraction a été mise en œuvre. Or, dater avec suffisamment de précision le début d'un cartel peut être délicat, les preuves recueillies ne pouvant concerner qu'une partie de sa période de mise en œuvre. De même, la fin de l'infraction peut être difficile à dater et, à supposer celle-ci connue, le retour à une situation concurrentielle peut n'être que graduel. Tel sera le cas si, par exemple, les entreprises continuent d'appliquer tacitement les règles convenues au cours de l'entente, si les contrats et les transactions

58. Voir la décision 13-D-12 « *Commodités chimiques* » précitée.

conclus pendant la mise en œuvre d'une entente continuent de courir après son éclatement, ou encore si la pratique d'éviction, bien qu'abandonnée, continue de produire ses effets en ayant entravé le développement des concurrents.

La décision 09-D-05 « *Travail temporaire* » précitée illustre ces difficultés. Le Conseil de la concurrence a ainsi refusé d'utiliser la période antérieure aux pratiques comme base de comparaison pour l'estimation du surpris dû aux pratiques, considérant qu'« *aucun élément factuel au dossier ne permet d'exclure que des pratiques analogues n'avaient pas cours avant 2003. Les années antérieures à cette date pourraient donc fausser l'analyse. Le même argument vaut, en principe, pour les années postérieures à 2004, à ceci près qu'est intervenu fin novembre 2004 un événement extérieur susceptible de mettre fin à la pratique : les investigations des services d'enquête* » (point 135). Au sujet de la période postérieure aux pratiques, le Conseil a considéré que les contrats signés pendant les pratiques, étant d'une durée de deux ans, avaient pu continuer d'être affectés par les pratiques, reportant d'autant la période de référence retenue.

En plus de ne pas être affectée par les pratiques, la période de référence doit par ailleurs être comparable à celle des pratiques. Des comparaisons effectuées avec des périodes trop éloignées de celle étudiée peuvent être moins fiables, les niveaux de demande, de coûts ou la manière dont ces paramètres influencent les prix pouvant être substantiellement différents de la situation prévalant à l'époque des pratiques. Des changements réglementaires peuvent également entraîner des modifications majeures du comportement des entreprises, faussant ainsi toute comparaison entre la période antérieure à ces modifications réglementaires et celle qui lui succède. Ainsi, les pratiques sanctionnées par la décision précitée 14-D-19 « *Hygiène et Entretien* » se sont déroulées concomitamment à des changements réglementaires – la mise en œuvre de la circulaire Dutreil et de l'Engagement Sarkozy – visant à accroître la concurrence en réduisant les risques de collusion tacite. La période antérieure aux pratiques et aux changements réglementaires précités est donc difficilement comparable à celle des pratiques. Dans certains cas, l'effet de ces changements réglementaires peut être pris en compte à l'aide de la méthode des doubles différences présentée *supra*, si ces changements affectent de la même manière le marché de référence (ou « *groupe de contrôle* »).

Les difficultés liées au choix du groupe de contrôle

Les comparaisons transversales et les comparaisons en « *double différence* » (voir *supra*) présentent l'avantage de prendre en compte l'influence de paramètres exogènes aux pratiques, communs au marché affecté et au marché de référence. Cependant, il faut pour cela que le marché de référence soit suffisamment similaire au marché ou au produit visé par les pratiques sans pour autant avoir été affecté par celles-ci. Le choix de ce marché de référence est donc d'une importance cruciale pour la fiabilité des éléments quantitatifs présentés.

S'agissant de la similarité du marché de référence avec le marché affecté, dans sa décision 07-D-21 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, le Conseil de la concurrence a écarté l'utilisation du

segment des petits clients comme base de comparaison pour appréhender les prix pratiqués sur le segment des grands comptes, directement visés par les pratiques, considérant que la structure des coûts et les mécanismes de formation de prix sont différents sur ces deux segments, ce qu'ont confirmé les parties lors de la séance. De même, dans la décision 09-D-05 « *Travail temporaire* » précitée, l'Autorité de la concurrence a relevé que les clients diffus, *a priori* épargnés par les pratiques qui visaient seulement les grands comptes, ne pouvaient constituer un groupe de contrôle pertinent en raison de différences relatives au niveau de marges, à la durée des contrats, aux volumes d'heures facturées et aux coefficients de vente. Dans la décision 10-D-39 « *Signalisation routière* » précitée, l'Autorité a considéré que les autres marchés européens (Allemagne, Italie, Espagne, Pays-Bas et Belgique) différaient substantiellement du marché français par un grand nombre de caractéristiques (volumes et valeurs totaux de l'activité de 3M dans chacun des pays, chiffres d'affaires moyens par transaction ou par client, niveaux et dynamique de prix, nombre de produits vendus ou encore structure des demandes locales). Enfin, dans la décision 12-D-27 précitée, l'Autorité a considéré que les rémunérations perçues par les distributeurs français et celles perçues au Royaume-Uni et aux États-Unis n'étaient pas comparables, « *ces pays se caractérisant par une structure de marché très différente, puisque l'acteur dominant, Ticketmaster, verticalement intégré avec le producteur Livenation, détient un pouvoir de marché très supérieur à celui de la FNAC, ce qui peut expliquer qu'il obtient des commissions plus élevées* » (§ 288).

S'agissant de l'absence d'influence des pratiques sur le marché de référence, l'Autorité a rejeté, dans sa décision 14-D-19 « *Hygiène et Entretien* » précitée, certaines analyses quantitatives du dommage s'appuyant sur l'indice des prix INSEE des produits de grande consommation : dès lors que celui-ci comprenait les prix des produits affectés par les pratiques, le marché de référence était en effet susceptible d'avoir été affecté par les pratiques et la comparaison effectuée ne pouvait alors constituer qu'un minorant des effets réels des pratiques.

Sur la pertinence et la fiabilité des données utilisées

Une autre difficulté à laquelle se heurtent les estimations quantitatives du dommage a trait à la qualité et à la pertinence des données utilisées, qu'il s'agisse des données de prix ou de parts de marché utilisées pour mesurer l'effet de la pratique ou des données explicatives telles que les niveaux de coûts et de demande utilisées pour isoler l'effet propre aux pratiques des différents facteurs exogènes à celles-ci.

En effet, dans certains cas, les coûts pertinents à prendre en compte tout comme les indicateurs de demande sont difficiles à identifier alors même qu'ils influent significativement sur les estimations du surprix. Dans la décision 08-D-32 « *Acier* » précitée, le Conseil de la concurrence a ainsi relevé l'impact du choix de la mesure du prix d'achat des produits (coût moyen du stock ou prix d'achat mensuel moyen) sur les estimations de gains illicites. Il a de plus mis en doute l'indicateur de demande utilisé (l'indice Eurostat de la construction), qui a connu une évolution

contraire à la demande de produits sidérurgiques telle que décrite par certaines parties mises en cause⁵⁹.

Dans d'autres cas, les données de prix utilisées ne sont pas suffisamment fiables pour isoler l'effet des pratiques. Dans la décision 14-D-19 «*Hygiène et Entretien*» précitée, l'Autorité a relevé que certaines des bases de données utilisées comportaient de nombreuses incohérences et que les retraitements effectués par les services d'instruction et par certaines des parties ne suffisaient pas à lever les doutes quant à leur fiabilité. Elle a ainsi écarté l'ensemble des études économétriques les utilisant.

Sur les autres biais susceptibles d'affecter les estimations quantitatives

Les pratiques peuvent affecter les variables explicatives ou leur relation avec la variable d'intérêt

Dans certains cas, la pratique est susceptible d'affecter non seulement le niveau de la variable d'intérêt (par exemple les prix), mais aussi le niveau des variables explicatives (le niveau des coûts par exemple), qui elles-mêmes affectent le niveau de la variable d'intérêt. La pratique peut aussi affecter la manière dont les variables explicatives influencent la variable d'intérêt. Il en va ainsi par exemple lorsque la pratique consiste en une entente facilitant la répercussion d'une hausse des coûts sur les prix de vente : l'entente modifie la façon dont les variations des coûts sont répercutées dans le niveau des prix de vente. En ne prenant pas en compte ces influences indirectes des pratiques sur les prix, les estimations économétriques produites risquent de minorer le surprix ainsi causé.

Supposons par exemple qu'une entente entre fournisseurs se soit produite pendant une période de forte hausse des coûts et que l'entente ait eu pour objectif de permettre aux fournisseurs de répercuter ces hausses de coût dans leurs prix (en l'absence d'entente, la répercussion des coûts aurait été moins forte). Une estimation de la relation entre prix et coûts effectuée sur l'ensemble de la période sera biaisée puisqu'elle conclura qu'une hausse de coût est en moyenne fortement répercutée sur les prix. Le surprix obtenu ainsi sera alors sous-estimé puisqu'une partie de la hausse de prix constatée pendant l'entente sera attribuée à la hausse de coût alors qu'elle est en réalité la résultante de la pratique d'entente elle-même : en l'absence d'entente, les hausses de coûts n'auraient pas été autant répercutées sur les prix.

Un remède à ce type de difficulté est de ne réaliser l'estimation de la relation entre les coûts et les prix que sur la période non affectée par les pratiques, puis d'utiliser cette estimation pour en déduire les prix qui auraient dû être pratiqués en l'absence de la pratique pendant la période affectée⁶⁰. Une telle estimation en deux temps suppose toutefois, pour effectuer la première des deux estimations, de disposer de suffisamment de données pendant la période de référence, ce qui est

59. Cette analyse par le Conseil de la concurrence de l'absence de fiabilité des estimations fournies par les parties n'a pas été contestée dans l'arrêt de la cour appel relatif à cette décision.

60. Voir tables rondes de l'OCDE 2011, sur le thème «*Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*».

rarement le cas lorsque les pratiques considérées se sont étendues sur plusieurs années consécutives.

Certains facteurs explicatifs peuvent être omis

Les différentes méthodes de comparaison décrites considèrent que toute variation de la variable d'intérêt non expliquée par les paramètres de coûts et de demande pris en compte dans les estimations résulte de la pratique étudiée. L'effet des pratiques peut donc être sur ou sous-estimé si un facteur explicatif important de la variable d'intérêt, spécifique aux produits concernés par les pratiques, a subi des variations entre la période contrefactuelle et pendant la période des pratiques, mais n'a pas été intégré à la régression ou dans le groupe de contrôle choisi pour effectuer une estimation en double différence.

Une quantification des gains illicites ou des préjudices subis plus que du dommage

Le plus souvent, les éléments quantitatifs d'appréciation du dommage à l'économie se limitent à apprécier soit le surpris associé à une pratique d'entente, soit les pertes de marché des concurrents visés par une pratique d'éviction. Dans certains cas, ces estimations quantitatives sont utilisées pour produire une estimation monétaire des pertes ainsi subies soit par les consommateurs, soit par les concurrents. Ainsi, dans sa décision 10-D-39 « *Signalisation routière* » précitée, l'Autorité a conclu que « *le surpris est vraisemblablement compris dans un ordre de grandeur de 5 à 10 % a minima [...]. Appliqué au chiffre d'affaires affecté par les pratiques, il conduit à ce que ce dommage s'exprime nécessairement en dizaines de millions d'euros* ». De même, dans sa décision 09-D-05 « *Travail temporaire* » précitée relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, l'Autorité s'est fondée sur une estimation conservatrice de surpris de 0,5 % qui, multipliée par le volume d'affaires annuel des trois mis en cause pour les produits affectés par les pratiques, conduit à des gains illicites de 25 millions d'euros par an, soit 44 millions d'euros pour la période couverte par les griefs (en faisant abstraction des effets induits par les contrats signés pendant la mise en œuvre des pratiques et qui se prolongeaient postérieurement à celles-ci). Enfin, dans sa décision 13-D-11 précitée « *Plavix* », l'Autorité a estimé que chaque point de pourcentage en moins dans le taux de pénétration des génériques du Plavix® causé par les pratiques de dénigrement équivalait à une perte annuelle de plus de 2,6 millions d'euros pour l'assurance maladie.

Bien qu'informatifs, ces éléments chiffrés doivent être relativisés, car ils ne constituent bien souvent qu'un minorant du dommage causé. En effet, ils ne prennent pas en compte plusieurs aspects du dommage à l'économie. Dans le cas d'ententes horizontales, les calculs de dommage consistant à multiplier le surpris par les quantités vendues ne prennent en compte ni les pertes sèches subies par les consommateurs, ni les hausses de prix auxquelles ont pu procéder les concurrents des

participants à l'entente⁶¹, ou les répercussions de ces hausses de prix aux consommateurs finaux par les acheteurs se fournissant auprès des entreprises mises en cause. Dans le cas de pratiques d'éviction, le produit des volumes perdus par les concurrents par la différence de prix entre ces derniers et l'entreprise dominante ne prend pas en compte par exemple les différentiels de coûts de production pouvant exister entre ces opérateurs. Il ne prend pas non plus en compte la perte de variété des produits pouvant résulter de ces pratiques d'éviction. Enfin et plus généralement, ces estimations chiffrées ne prennent pas non plus en compte les distorsions économiques provoquées par des pratiques anticoncurrentielles et leurs effets sur l'investissement, l'emploi, l'innovation, etc., des secteurs affectés par ces pratiques.

Conclusion

Le droit de la concurrence français est l'un des seuls à exiger d'une autorité de concurrence qu'elle apprécie, pour définir le montant de la sanction qu'elle va prononcer, le dommage causé par la pratique en cause. Comme le souligne la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, cette notion recouvre de nombreux aspects (transfert de surplus des clients vers les mis en cause, perte sèche induite pour la collectivité, effets éventuels des pratiques sur le comportement des concurrents et coûts ainsi induits pour la collectivité, etc.). De surcroît, une appréciation quantitative du dommage est par ailleurs fréquemment difficile à réaliser. Elle exige non seulement de disposer des données nécessaires à un examen détaillé des différents aspects que recouvre le dommage mais aussi d'identifier de façon suffisamment précise la situation qui aurait prévalu en l'absence des pratiques sanctionnées. Elle pourrait enfin revenir à effectuer une appréciation détaillée des effets réels des pratiques alors même que, dans les cas d'ententes horizontales, ces pratiques ont été qualifiées par objet, en raison de leur nature même.

Aux termes de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, une telle quantification n'est cependant pas exigée de l'Autorité de la concurrence, et dans de nombreux cas l'examen du dommage à l'économie s'appuie principalement sur des paramètres de nature qualitative. En effet, combinés à la durée de la pratique et à l'importance du marché affecté, la couverture des pratiques, en termes de produits, de canaux de distribution et de marchés géographiques, la part de marché cumulée de ses participants, la sensibilité des consommateurs au prix, l'existence de barrières à l'entrée ou d'un contre-pouvoir de négociation des acheteurs permettent dans de nombreux cas d'apprécier à suffisance l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques sanctionnées.

Il convient enfin de rappeler que la prise en compte du dommage causé à l'économie ne doit pas s'effectuer dans une logique de restitution des gains illicites ou de réparation des préjudices subis. En effet, les sanctions prononcées par l'Autorité

61. Alternativement, si les données de prix utilisées portent sur l'ensemble d'un secteur, l'effet mesuré confond les prix fixés par les participants à la pratique avec ceux des autres concurrents et conduit bien souvent à minorer le surprix fixé par les mis en cause.

dans le cadre de son pouvoir répressif n'ont pas pour objet la réparation de préjudices subis par les victimes des pratiques en cause, réservée au juge civil ou commercial, mais la préservation de l'ordre public économique. Elles s'inscrivent donc dans une logique de dissuasion des comportements anticoncurrentiels, ainsi que l'a récemment rappelé la cour d'appel de Paris⁶².

À cet égard, la prise en compte de la gravité des pratiques, notamment de leurs caractéristiques objectives et des caractéristiques de leurs victimes, est cruciale, certains types de pratiques nécessitant, du fait de leurs effets potentiels sur l'économie particulièrement significatifs, d'être dissuadés plus fortement que d'autres.

62. Arrêt de la cour d'appel « Plavix » du 18 décembre 2014 : « la sanction imposée par l'Autorité de concurrence doit, outre son caractère répressif, permettre de dissuader les entreprises d'adopter des comportements semblables à ceux sanctionnés, particulièrement nocifs pour le fonctionnement de l'économie ». Sur cet objectif de dissuasion des amendes infligées, voir également les lignes directrices de la Commission européenne de 2006 pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, point 4, et l'exposé des motifs de l'article 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, qui fixait comme objectif de « renforcer le caractère dissuasif » des sanctions pécuniaires.

Pratique de l'Autorité de la concurrence



Avertissement

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions de l'Autorité de la concurrence faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2014 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant, le cas échéant, la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la responsabilité de l'Autorité de la concurrence.

Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions et arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Ces développements ont pour vocation première de mettre en évidence les points de droit nouveaux tranchés par l'Autorité de la concurrence au cours de l'année écoulée. Ils permettent également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudences plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération par les circonstances propres à l'affaire considérée, de retrouver des précédents utiles pour évaluer une situation donnée, sans qu'il soit pour autant toujours possible d'en déduire de façon certaine la solution résultant d'une application à une nouvelle espèce.

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés	101
La délimitation du marché pertinent dans le cadre de l'activité contentieuse de l'Autorité de la concurrence	101
La délimitation du marché pertinent en matière de contrôle des concentrations	102
Les marchés du secteur des produits pétroliers	102
Le marché des résidences de tourisme	104
Les marchés du secteur des télécommunications et le rôle de certains segments de marché dans l'analyse concurrentielle	105
Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles	106
La compétence de l'Autorité de la concurrence	106
Qualification des comportements	108
Les ententes	108
Les pratiques abusives	111
Décisions	118
Les mesures conservatoires	118
Les engagements	123
Les sanctions	127
Les injonctions de publication	135
Le contrôle des concentrations	136
Notion de concentration	136
Opérations consistant en l'acquisition d'actifs	136
Prise de contrôle du fait de l'établissement de relations contractuelles avec l'entreprise cible	137
Prise de contrôle négatif	138

Opérations de concentration relatives à des sociétés affiliées à des sociétés de groupes d'assurance mutuelle _____	139
Caractère de plein exercice d'une entreprise commune _____	139
Les seuils de contrôle _____	141
Analyse concurrentielle _____	141
Les effets horizontaux _____	141
Les effets verticaux _____	147
Les effets congloméraux _____	153
Le risque de coordination des sociétés mères _____	155
Les effets coordonnés et les liens structurels entre concurrents _____	156
Les mesures correctives _____	159
Les mesures structurelles _____	159
Les mesures comportementales _____	162
Activité consultative _____	167
Avis rendus dans le secteur de l'énergie _____	168
Avis 14-A-01 du 14 janvier 2014 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers _____	168
Avis 14-A-14 du 26 septembre 2014 concernant un projet de décret modifiant le décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité _____	172
Avis 14-A-16 du 20 octobre 2014 concernant un projet de décret portant modification du décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique _____	173
Avis rendus dans le secteur des transports _____	175
Avis 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché de transport interrégional régulier par autocar _____	175
Avis 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires _____	179
Avis 14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes _____	181
Avis rendus dans le secteur des télécoms _____	184
Avis 14-A-06 du 15 avril 2014 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le quatrième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit, du très haut débit et des services de capacités _____	184
Avis 14-A-08 du 20 juin 2014 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes concernant un projet d'analyse des marchés de téléphonie fixe _____	185

Avis 14-A-03 du 14 février 2014 relatif à une saisine de la fédération Les Producteurs de légumes de France _____	185
Avis 14-A-07 du 18 juin 2014 relatif au passage des chaînes LCI, Paris Première et Planète + sur la plate-forme de TNT gratuite _____	187
Avis 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international _____	188
Avis 14-A-12 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement d'entreprises _____	190
Avis 14-A-15 du 9 octobre 2014 relatif à un projet de décret concernant l'obligation de certification des logiciels d'aide à la prescription médicale et des logiciels d'aide à la dispensation prévue à l'article L. 161-38 du Code de la sécurité sociale _____	191

Pratique de l'Autorité de la concurrence

La définition des marchés

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

Pour définir un marché pertinent, l'Autorité se fonde le plus souvent sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre, les stratégies de commercialisation mises en place pour les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs.

Parmi ces indices, l'Autorité a eu l'occasion de rappeler que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. Les caractéristiques et les spécificités physiques, techniques ou fonctionnelles du produit, si elles peuvent contribuer à expliquer le comportement des demandeurs, ne permettent pas à elles seules d'évaluer le degré de substituabilité de ce produit avec d'autres.

Dans une décision **14-D-18**¹ du 28 novembre 2014, l'Autorité a considéré que l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne tel que délimité dans la notification des griefs et pour la période visée (2005-2011) n'était pas établie et a prononcé un non-lieu.

Les ventes événementielles, parfois dénommées « *ventes privées* » en raison de leur confidentialité, sont des ventes opérées sur invitation durant de courtes périodes au cours desquelles de grandes marques font du déstockage de produits issus des collections précédentes. Ces ventes permettent aux marques d'écouler leurs inventaires auprès de clients invités en pratiquant d'importantes décotes. Leur caractère confidentiel, matérialisé par le nécessaire envoi d'invitations et l'absence de référencement par les moteurs de recherche, de même que leur courte durée, permet

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

aux marques, d'une part, de protéger leur réseau de distribution, où les prix pratiqués sont bien plus élevés, des risques de parasitisme ou de « *cannibalisation* » que le déstockage pourrait engendrer et, d'autre part, de protéger leur image de marque ainsi que, le cas échéant, l'image de prestige ou de luxe qui en émane.

S'il est utile de partir des caractéristiques et spécificités des produits en cause pour déterminer les contours d'un marché pertinent, on ne peut toutefois s'arrêter à ces seuls éléments. En effet, l'analyse des caractéristiques et spécificités des produits en cause ne permet pas d'apprécier à elle seule la substituabilité des produits et l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix.

La définition du marché pertinent doit permettre, en partant du type de produits ou de services en cause, d'y inclure le cas échéant d'autres produits ou services, si ceux-ci exercent une pression concurrentielle.

Dans cette affaire, le rapport et la notification des griefs ont délimité le marché de la vente événementielle en ligne par les spécificités suivantes : un niveau de prix très attractif, le caractère confidentiel de la vente accessible seulement à un club de membres, une logique d'« *achats d'impulsion* » de la part des consommateurs, un positionnement haut de gamme tant pour les consommateurs que pour les fournisseurs, un stock de produits plus large.

Ces éléments qualitatifs soumis à l'appréciation de l'Autorité n'ont pas permis de définir avec suffisamment de précision, à partir de données pouvant résister à un examen approfondi, le marché en cause.

L'Autorité a par ailleurs considéré qu'une analyse menée sur les autres canaux de distribution de produits de déstockage (magasins ou dépôts d'usine, magasins physiques vendant à titre principal les produits de la saison en cours, mais disposant à titre accessoire d'un espace de déstockage (coin « *bonnes affaires* »), réseaux physiques de déstockage, showrooms physiques, sites de e-commerce ou sites des opérateurs de vente par correspondance avec une section « *bonnes affaires* ») aurait permis d'apprécier si ceux-ci étaient susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne.

La délimitation du marché pertinent en matière de contrôle des concentrations

Les marchés du secteur des produits pétroliers

Dans les décisions **14-DCC-37** du 14 mars 2014 et **14-DCC-167** du 13 novembre 2014, l'Autorité a eu l'occasion de préciser les différents marchés constituant la chaîne logistique de l'industrie pétrolière, notamment en aval de la filière.

Au sein de l'industrie pétrolière, les autorités française et européenne de concurrence distinguent traditionnellement les activités amont des activités aval. En amont, la recherche de nouvelles réserves (prospection), le développement (mise en place des infrastructures nécessaires à la production) et l'exploitation commerciale

de ces réserves (production) sont distinguées. Les activités aval comprennent le raffinage du pétrole brut ainsi que la commercialisation des produits raffinés et leur distribution aux utilisateurs finals.

En ce qui concerne plus particulièrement les activités pétrolières aval, l'Autorité a précisé la décomposition de la chaîne logistique qui comprend le stockage de produits pétroliers, leur transport et enfin leur distribution.

S'agissant du marché du stockage, l'Autorité a distingué le stockage de pétrole brut du stockage de produits raffinés en raison notamment des différences techniques des installations propres à chaque produit. Par ailleurs, le stockage de pétrole brut destiné aux importations doit être distingué du stockage « *spot* » de ce produit. L'activité de stockage « *spot* » de pétrole brut permet en effet à des clients tels que des négociants internationaux, des pays producteurs ou encore des organismes gestionnaires de stocks de réserve, de stocker temporairement le pétrole brut qui est ensuite revendu sans avoir été raffiné. En revanche, les capacités de stockage des dépôts d'importations sont utilisées par des opérateurs en vue du raffinage du pétrole brut par des raffineries situées à proximité du dépôt. S'agissant du stockage de produits raffinés, il convient de distinguer les dépôts d'importation des dépôts de maillage, ces deux types de stockage se distinguant notamment par leur capacité de stockage.

Concernant le transport de produits pétroliers, le transport par oléoduc se distingue des autres formes de transport comme le rail ou le transport routier. En effet, le transport par oléoduc permet d'acheminer des volumes beaucoup plus importants d'hydrocarbures dans des conditions de coûts logistiques très inférieurs aux autres modes de transport. La pratique distingue également le transport par oléoduc de pétrole brut du transport par oléoduc de produits raffinés, sans trancher la question de savoir s'il est nécessaire de segmenter plus finement selon le type de produit raffiné. En effet, il apparaît que les différents types d'oléoducs ne sont pas compatibles et que leur conversion, si elle est théoriquement possible, reste coûteuse et difficile à mettre en œuvre. Enfin, concernant le transport de pétrole brut, une distinction selon la distance parcourue a été envisagée (longue distance ou courte distance).

Au niveau de la distribution, l'Autorité distingue la vente au détail en stations-service et les ventes de produits pétroliers « *en gros* » aussi appelées ventes « *hors réseau* ». Les ventes hors réseau s'adressent à des revendeurs indépendants (par exemple des exploitants de stations-service non liés à un pétrolier ou d'autres types de revendeurs grossistes) ou à des utilisateurs professionnels (par exemple des hôpitaux ou des usines). Une segmentation selon le type de clients a ainsi été envisagée. Enfin, les ventes hors réseau sont segmentées par type de produit raffiné.

Au niveau géographique, la délimitation du marché tient compte de la zone que permettent de desservir les différents types d'infrastructures. Ainsi, la zone de chalandise des dépôts de maillage de produits pétroliers a été estimée à 150 km, ce qui correspond à la zone de livraison moyenne observée pour un dépôt. S'agissant du stockage de pétrole brut à destination exclusive des raffineries connectées aux

installations, le marché géographique correspond au bassin de raffineries alimentées par les stockages concernés. De même, concernant le transport de pétrole brut par oléoduc, l'Autorité a envisagé de retenir un marché géographique comprenant les installations approvisionnées par l'oléoduc SPSE concerné par l'opération, en distinguant les liaisons longue distance des liaisons courte distance. Enfin, s'agissant de la distribution hors réseau, il ressort de la pratique que « *la demande a généralement recours aux moyens de transport léger, dont le rayon d'action est limité à une distance de 100-150 km* ». De ce fait, l'analyse a pu être menée au niveau régional ou au niveau départemental.

Le marché des résidences de tourisme

Dans la décision **14-DCC-82** du 12 juin 2014, l'Autorité a examiné le secteur des résidences de tourisme à l'occasion du rapprochement entre deux acteurs importants qui exploitent des résidences de tourisme sous les enseignes *Appart'City* et *Park&Suites*.

L'analyse a tout d'abord confirmé que les résidences de tourisme constituaient un marché distinct des hôtels traditionnels dans la mesure où la clientèle visée (moyens ou longs séjours versus courts séjours), les services proposés et les tarifs pratiqués étaient clairement distincts. L'instruction a en particulier permis de confirmer des écarts de prix significatifs entre les résidences de tourisme et les hôtels traditionnels, pour des niveaux de confort comparables. Il a également été relevé que les gérants des résidences de tourisme ne tenaient compte que marginalement des prix pratiqués par les hôtels pour fixer leurs tarifs. Au total, s'il existe une certaine perméabilité entre les deux types d'hébergements, notamment pour les courts séjours en zone urbaine, l'Autorité a relevé qu'il existait une concurrence asymétrique entre les résidences de tourisme et les hôtels, ces derniers exerçant une faible pression concurrentielle sur les résidences de tourisme compte tenu notamment de leurs tarifs plus élevés.

En ce qui concerne la segmentation par niveau de confort, l'Autorité a constaté que, pour un niveau de classement donné, une résidence était en concurrence avec les résidences du niveau immédiatement inférieur et du niveau immédiatement supérieur. L'analyse concurrentielle a, de ce fait, été menée en comparant les résultats de plusieurs segmentations (par paire d'étoiles, ou en regroupant les résidences de catégorie 1 à 3 étoiles et les résidences de 2 à 4 étoiles) de manière à tenir compte de ce phénomène. S'agissant des résidences non classées, l'instruction a révélé qu'elles exerçaient une réelle pression concurrentielle sur les résidences classées. Elles ont toutefois été intégrées à l'analyse concurrentielle au cas par cas, en fonction de la qualité réelle des hébergements, compte tenu de l'hétérogénéité des établissements non classés.

Enfin, tout comme le marché des hôtels, le marché des résidences de tourisme est de dimension locale. Si la notion d'agglomération permet généralement de délimiter le marché pertinent en zone urbaine, comme cela a été confirmé au cours de l'instruction, l'Autorité a été amenée à observer finement les spécificités de

la zone d'Annemasse, située à proximité de Genève. L'instruction a ainsi permis d'établir que les établissements situés au nord-ouest du lac Léman n'étaient pas en concurrence avec ceux situés à Annemasse, quand bien même ces deux zones permettent d'accéder rapidement au bassin d'activité de Genève. En effet, il a pu être établi que les établissements Park&Suites d'Annemasse n'intégraient pas dans leur « *yield management* » (technique de gestion consistant à maximiser le chiffre d'affaires en instaurant une tarification différenciée selon le coefficient d'occupation et les prix pratiqués par les établissements concurrents) les tarifs pratiqués par les résidences situées au nord-ouest du lac Léman. Le marché géographique pertinent a donc été limité à Annemasse et sa proche banlieue.

Les marchés du secteur des télécommunications et le rôle de certains segments de marché dans l'analyse concurrentielle

Dans la décision **14-DCC-160** du 30 octobre 2014 concernant la prise de contrôle de SFR par Numericable, l'Autorité a examiné le marché de l'accès à Internet, caractérisé par une évolution technologique importante : majoritairement constitué au moment de l'instruction d'accès haut débit (xDSL), différentes technologies d'accès à très haut débit (câble coaxial modernisé et fibre optique) se développent néanmoins rapidement.

L'Autorité a considéré que, si les accès haut débit et les accès très haut débit constituaient des services différenciés en termes de qualité, ce qui se matérialise par une consommation sensiblement plus importante de la part des clients très haut débit par rapport aux clients haut débit et une substituabilité asymétrique entre les deux types d'accès, il n'y avait pas lieu de considérer deux marchés distincts à ce stade de développement du marché : à ce jour, le très haut débit permet avant tout une amélioration du confort d'utilisation des services existants.

Toutefois, le segment du très haut débit contribue de manière très importante à la croissance globale du marché (78 % des nouveaux abonnements à fin 2013). L'instruction a également constaté que cette contribution tendait à s'accroître avec le temps. L'Autorité a donc considéré qu'il était pertinent d'examiner les effets de l'opération sur le segment spécifique de l'accès à très haut débit, conformément à la pratique de la Commission européenne qui considère « *qu'au sein d'un marché, des préoccupations de concurrence peuvent émerger en lien avec certains segments qui ont une importance particulière pour le marché dans son ensemble* »², d'autant plus que l'opération impliquait deux acteurs majeurs du très haut débit et qu'elle était susceptible d'avoir des effets sur la dynamique de déploiements des réseaux FttH, concurrents du réseau câblé de l'acqureur, Numericable.

L'Autorité a donc analysé les effets de l'opération sur le marché des offres de détail haut et très haut débit en tenant compte de son impact sur le segment particulier du très haut débit, sur lequel la concentration entraînait des effets directs.

2. Voir la décision de la Commission européenne n° COMP/M.6497 du 12 décembre 2012, Hutchison 3G Austria/Orange Austria.

Ainsi, conformément à la pratique décisionnelle, compte tenu du rôle de l'accès à Internet très haut débit dans le développement du marché, l'Autorité a considéré que les effets de l'opération sur le segment du très haut débit constituaient des effets affectant le marché dans son ensemble.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

La compétence de l'Autorité de la concurrence

Aux termes de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles du titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public ».

Selon les critères définis par le Tribunal des conflits³ et la Cour de cassation⁴, l'Autorité de la concurrence, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, peut sanctionner les personnes publiques, dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services. En revanche, les décisions par lesquelles ces dernières assurent la mission qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

Le Tribunal des conflits a précisé cette jurisprudence dans une décision du 4 mai 2009⁵. Il a réaffirmé la compétence de l'Autorité de la concurrence pour sanctionner des pratiques d'une personne publique, en l'espèce un établissement administratif, en la subordonnant à la double condition que ces pratiques interviennent dans le cadre d'une activité économique exercée par la personne publique, et qu'elles ne concernent pas des « décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ».

S'agissant spécifiquement de la gestion du domaine public, la Cour de cassation a considéré, dans l'arrêt SEMMARIS du 16 mai 2000, que la cour d'appel, qui avait retenu qu'une décision⁶ constituait un acte de gestion du domaine public pris dans le cadre d'une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, avait fait l'exacte application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu article L. 410-1 du Code de commerce) en décidant qu'un tel acte, dont l'appréciation de la légalité relève du juge administratif, n'entrait pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence.

Faisant application des principes rappelés ci-dessus dans une décision **14-D-17**⁷ du 20 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de

3. T. confl., 18 octobre 1999, n° 99-03.174, Aéroports de Paris.

4. Cass. com., 6 février 2007, n° 05-21.948, Société Les Oliviers.

5. T. confl., 4 mai 2009, n° 09-03.714, Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux.

6. Décision de la société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Rungis de soumettre l'exploitation de distributeurs automatiques dans le périmètre du marché à une convention d'installation et au paiement d'une redevance.

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

la réparation navale de grande plaisance en Méditerranée, l'Autorité s'est déclarée incompétente pour apprécier le choix de l'établissement public du Grand Port maritime de Marseille (« GPMM ») de recourir à l'amodiation (autorisation accordée à une personne publique ou privée d'utiliser de façon privative une partie du domaine public maritime) de l'ensemble des formes de radoub, ou cales sèches, utilisables pour la réparation navale de grande plaisance à Marseille. Sur le même fondement, l'Autorité a également écarté sa compétence pour examiner la conformité au droit de la concurrence des dispositions des conventions d'amodiation et le niveau des tarifs publics d'utilisation des formes de cales sèches non amodiées.

Dans sa saisine, le réparateur naval Nautech soutenait que l'Autorité était compétente pour examiner les pratiques discriminatoires et d'éviction mises en œuvre par le GPMM et deux sociétés amodiataires concurrentes concernant les conditions d'accès à certaines infrastructures portuaires marseillaises utilisées dans le cadre des activités de réparation des navires de grande plaisance.

Afin d'examiner sa compétence s'agissant des pratiques d'abus de position dominante reprochées au GPMM, l'Autorité a distingué les activités que cet établissement public exerce dans le cadre de la gestion du domaine public de ses autres activités commerciales.

Pour ce faire, l'Autorité a tout d'abord relevé que les décisions de recourir à l'amodiation ainsi que les décisions relatives à la détermination des tarifs d'occupation des formes de cales sèches hors amodiation sont prises dans le cadre de la mission de gestion et de valorisation du domaine public maritime, confiée au GPMM par le législateur. Quant aux conventions d'amodiation, l'Autorité a rappelé que, selon un arrêt du Conseil d'État du 8 juin 2011, elles revêtent le caractère de conventions d'occupation du domaine public. Tirant les conséquences de son incompétence s'agissant d'actes de gestion du domaine public pris par le GPMM dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique et des pratiques qui en sont indissociables, l'Autorité a rappelé le principe de la compétence unique du juge administratif en la matière.

L'Autorité a ensuite considéré que la tarification et la facturation de prestations de fourniture d'électricité, qui constituent une contrepartie du service rendu par le GPMM aux réparateurs navals hors contrat d'amodiation, ainsi que les redevances d'échouage relèvent de l'activité industrielle et commerciale du Port et sont détachables de la gestion du domaine public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. L'Autorité s'est en conséquence déclarée compétente pour connaître des pratiques liées à ces deux activités.

Enfin, l'Autorité s'est déclarée compétente pour connaître des pratiques alléguées d'entente et d'abus de position dominante collective des entreprises amodiataires concurrentes.

Qualification des comportements

Les ententes

Les ententes de concertation sur les prix futurs

Au terme d'une jurisprudence constante du droit de l'Union, les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun⁸.

L'article 101 du TFUE interdit comme étant incompatibles avec le marché commun toutes pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment celles qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction.

De la même façon, aux termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce : « *sont prohibées, [...] lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises; 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse [...]* ».

Il résulte des termes mêmes des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ainsi que de la jurisprudence nationale et de l'Union que l'objet et l'effet anticoncurrentiels de telles pratiques sont des conditions alternatives pour apprécier si celles-ci peuvent être sanctionnées en application de ces dispositions.

De façon générale, la distinction entre « *infraction par objet* » et « *infraction 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 concurrence⁹.

Une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsque, en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché commun. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation¹⁰.

8. CJUE, 14 juillet 1981, 172/80 Züchner, Rec. p. 2021, point 13, et 4 juin 2009, C-8/08 Rec. p. I-4529 T-Mobile Netherlands BV, point 32.

9. CJUE, 20 novembre 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, Rec. p. I-8637, point 17.

10. CJUE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV, précité, point 43.

À cet égard, il importe peu que les parties aient agi sans intention subjective de restreindre la concurrence et se soient concertées pour des motifs parmi lesquels certains étaient légitimes¹¹.

Les pratiques concertées, prenant la forme d'échanges sur les éléments déterminants quant à la détermination du prix que paiera le consommateur final, sont considérées comme une restriction de concurrence par objet, même en l'absence de lien direct avec les prix à la consommation¹².

Dans une décision **14-D-19**¹³ du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, l'Autorité de la concurrence a sanctionné deux ententes – l'une entre fabricants de produits d'entretien, l'autre entre fabricants de produits d'hygiène – ayant consisté entre 2003 et début 2006 pour chacun des marchés concernés, à coordonner leur politique commerciale auprès de la grande distribution, et en particulier à se concerter sur les hausses de prix.

Pour qualifier les pratiques d'infractions « *par objet* », l'Autorité a examiné la teneur et la finalité des pratiques ainsi que le contexte juridique et économique dans lequel elles s'insèrent.

S'agissant de la teneur et de la finalité des pratiques, l'Autorité a relevé que les pratiques, qui avaient pour objectif de supprimer la part d'incertitude inhérente à toute négociation commerciale, consistaient principalement en une concertation sur les prix grâce à des échanges fréquents de données précises, individualisées et stratégiques couvrant les principaux paramètres de fixation du futur prix triple net (c'est-à-dire le prix de cession des produits, déduction faite des remises sur facture et du montant acquitté pour les services de coopération commerciale).

Ces échanges étaient, dans leur grande majorité, antérieurs à la fixation définitive des tarifs, des taux de coopération commerciale et des prix triple net et portaient donc sur des déterminants du futur prix triple net sur les marchés de l'approvisionnement en produits d'hygiène et en produits d'entretien. En diminuant significativement l'incertitude qui résulte du jeu normal de la concurrence sur chacune des étapes d'un même cycle de négociation, ils concouraient ainsi, soit directement soit indirectement, à la fixation de tarifs, de taux de coopération commerciale et, *in fine*, de prix triple net supérieurs à ceux qui auraient résulté d'une situation de concurrence non faussée.

De plus, les tarifs et la coopération commerciale sur le marché de l'approvisionnement en produits d'hygiène et d'entretien sont des éléments déterminants quant à la fixation du prix par le distributeur sur le marché aval, c'est-à-dire les prix de vente à la consommation.

S'agissant du contexte économique, l'Autorité a relevé que les pratiques concertées n'ont pu qu'être nuisibles à la concurrence. En effet, les secteurs en cause,

11. CJUE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité, point 21.

12. CJUE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV, précité, points 36 à 43.

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

caractérisés par la domination d'un nombre limité de leaders mondiaux dotés de marques de renom, des parts de marché relativement stables au cours de la période en cause, des barrières à l'entrée élevées, une demande relativement stable et des commandes régulières de la grande distribution et une élasticité au prix faible sur le marché aval, étaient de nature à renforcer l'impact anticoncurrentiel des pratiques concertées.

Par ailleurs, les différentes pratiques concertées concernaient des entreprises qui représentaient une part de marché significative. La circonstance que les distributeurs disposaient eux-mêmes d'un pouvoir de négociation, qui doit d'ailleurs être relativisé, ne fait pas obstacle à ce que les pratiques soient qualifiées de pratiques concertées ayant un objet anticoncurrentiel.

S'agissant du contexte juridique, l'Autorité a relevé qu'il était caractérisé par les initiatives des pouvoirs publics pour restaurer l'incertitude inhérente aux négociations commerciales afin de mettre un terme à la spirale inflationniste résultant de la loi Galland. Ces initiatives ont introduit davantage d'incertitude dans la relation entre fournisseurs et distributeurs, afin d'animer la concurrence entre les opérateurs.

Bien que cet aspect ne soit pas nécessaire à la caractérisation de l'infraction, l'Autorité a relevé, au surplus, que les participants aux pratiques étaient conscients de l'objet anticoncurrentiel de leurs comportements et qu'en particulier, ces pratiques revêtaient un caractère secret.

Par conséquent, l'Autorité a conclu qu'en raison de leur teneur ainsi que de leur finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elles s'insèrent, les pratiques en cause, qui étaient concrètement aptes à restreindre la concurrence sur le marché, ont un objet anticoncurrentiel et sont contraires aux articles 81 du Traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, et L. 420-1 du Code de commerce.

Dans la décision **14-D-20**¹⁴ relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint, des pratiques concertées consistant en des échanges d'informations entre fabricants de papier peint ont également été qualifiées d'infractions par objet.

En premier lieu, les fabricants de papier se sont concertés sur les conditions commerciales des collections communes (dites aussi « *collections d'encartage* »). Les collections communes sont des échantillonnages de papiers peints reliés réalisés par différents fournisseurs au profit d'un client grossiste commun qui les remet à ses propres clients. Elles constituent un outil de vente pour faciliter la commercialisation des papiers peints. Leur coût est réparti entre fournisseurs et clients grossistes selon trois principales modalités appelées « *conditions commerciales* » : les remises d'échantillonnage, les remises d'amortissement, et enfin la participation au rouleau coupé.

En deuxième lieu, les fabricants ont échangé des informations sur le niveau prévisible d'évolution tarifaire concernant les prix des papiers peints sur l'année à venir.

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

En troisième et dernier lieu, de manière plus ponctuelle, des échanges sur le chiffre d'affaires passé se sont déroulés.

Si ces différents échanges n'ont été suivis d'aucun accord exprès, par exemple de fixation de prix, il n'en est pas moins établi que le seul fait, d'une part, d'accepter de fournir et, d'autre part, de chercher et recevoir ces informations a permis à chacun des participants de déterminer son comportement futur en ayant connaissance des intentions de ses concurrents et, ainsi, de fausser le jeu de la concurrence, et ce quelle qu'ait été la nature de son rôle dans ces échanges, c'est-à-dire passif ou actif, même en l'absence de toute coordination ultérieure de comportement des participants.

L'Autorité a considéré que l'objet anticoncurrentiel de ces pratiques est établi en ce que les participants menaient une stratégie concertée de maîtrise des conditions commerciales offertes pour l'élaboration des collections communes et d'échange d'informations sur l'évolution du prix de vente des papiers peints sur le marché.

Les pratiques abusives

Les stratégies d'éviction

L'abus de position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.

S'agissant de la nature des pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abusives, la liste des pratiques figurant à l'article 102 du TFUE n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union. L'identification d'un abus de position dominante doit tenir compte de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant le comportement en cause.

Dans une décision **14-D-02**¹⁵ du 20 février 2014, l'Autorité a sanctionné les Éditions Philippe Amaury pour avoir abusé de la position dominante qu'elle détient, grâce à son journal *L'Équipe*, sur le marché du lectorat de la presse quotidienne nationale d'information sportive, en mettant en œuvre une pratique d'éviction d'un nouvel entrant sur ce marché, *Le 10Sport.com*.

Dans cette affaire, le lancement, au prix attractif de 0,50 € du nouveau quotidien sportif à dominante footballistique, *Le 10Sport.com*, avait été annoncé en septembre 2008. Deux semaines plus tard, le groupe Amaury, propriétaire du journal *L'Équipe* annonçait, à son tour, le lancement d'un nouveau quotidien sportif, qui serait dénommé *Aujourd'hui Sport*, dont le positionnement (format,

15. Cette décision a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 mai 2015.

prix, ligne éditoriale, lectorat) était similaire à celui du *10Sport.com*. Le lancement d'*Aujourd'hui Sport* était programmé le 3 novembre 2008, soit le même jour que *Le 10Sport.com*. En mars 2009, en raison des résultats insuffisants du journal au format quotidien, le quotidien *Le 10Sport.com* cessait de paraître et la diffusion du titre évoluait vers un rythme hebdomadaire.

Pour qualifier d'anticoncurrentielle la pratique d'éviction reprochée au groupe Amaury, l'Autorité a tenu compte d'un ensemble de circonstances factuelles : l'objectif d'éviction du nouvel entrant sur le marché, l'absence de rationalité économique de la stratégie choisie par le groupe Amaury, le lancement simultané d'un quotidien similaire au *10Sport.com*, la vocation éphémère du quotidien *Aujourd'hui Sport* et la sortie du marché du quotidien *Le 10Sport.com*.

Premièrement, l'Autorité a retenu qu'il ressortait des pièces du dossier, notamment des documents saisis dans les locaux du groupe Amaury, que le but de la riposte adoptée par le groupe Amaury était d'évincer *Le 10Sport.com* du marché de la presse quotidienne nationale d'information sportive sur laquelle *L'Équipe* se trouvait en situation de monopole.

Deuxièmement, l'Autorité a relevé, au vu de l'examen des anticipations chiffrées du groupe Amaury, que celui-ci a opté, parmi plusieurs stratégies possibles, pour le scénario de riposte (le lancement d'un nouveau quotidien) qui était systématiquement envisagé comme l'option la plus coûteuse pour l'entrant (*Le 10Sport.com*), que ce soit en termes de lectorat ou en termes financiers. Ce choix n'était pas rationnel d'un point de vue économique puisqu'il générait un sacrifice financier par rapport à l'un des scénarios envisagés (l'absence de riposte). Ce comportement stratégique traduit bien la volonté d'éviction du groupe Amaury qui a fait le choix de sacrifier des bénéfices en espérant évincer son concurrent et retrouver sa situation de monopole sur le marché de la presse quotidienne d'information sportive.

Troisièmement, l'Autorité a relevé que le groupe Amaury a fait le choix de lancer un nouveau quotidien qui est une réplique presque en tous points du *10Sport.com*. Alors même que le groupe Amaury réfléchissait, affirme-t-il, depuis de nombreuses années au lancement d'un quotidien gratuit ou à bas prix et aurait pu lancer un quotidien présentant des caractéristiques différentes, il a pris la décision de lancer un quotidien qui ne se démarquait pas du nouvel entrant. Ce choix confirme la volonté du groupe Amaury de fournir une riposte frontale à l'entrée du *10Sport.com* et d'avoir un impact maximal sur le tirage et le résultat financier de celui-ci.

Quatrièmement, le quotidien *Aujourd'hui Sport* présentait, dès l'origine, une vocation éphémère. Cette vocation éphémère est démontrée par les anticipations de court terme réalisées par le groupe Amaury avant le lancement d'*Aujourd'hui Sport*, dont aucune ne prévoyait que le nouveau quotidien puisse être rentable, par les propos tenus par les dirigeants du groupe Amaury, et par le caractère temporaire des moyens humains mobilisés pour la riposte. Enfin, la publication d'*Aujourd'hui Sport* prend fin en juin 2009, soit peu après la sortie du marché du *10Sport.com* et alors même que le tirage d'*Aujourd'hui Sport* augmente en suivant un cycle saisonnier haussier caractéristique de la période estivale.

Enfin, la stratégie d'éviction du groupe Amaury a eu pour effet potentiel, et même concret, de faire sortir du marché *Le 10Sport.com*. En lançant, le même jour, un journal similaire, le groupe Amaury a capté une partie significative du lectorat auquel s'adressait son concurrent. La pratique a donc eu pour effet de diminuer les ventes et le résultat opérationnel du quotidien *Le 10Sport.com*. Elle a ainsi rendu plus difficile pour le nouvel entrant l'objectif d'atteindre son seuil de rentabilité et a eu pour effet de l'évincer du marché.

En conséquence, l'Autorité a conclu que cet ensemble d'éléments démontrait l'existence d'un comportement du groupe Amaury, en position dominante sur le marché de la presse quotidienne nationale d'information sportive, qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'une concurrence par les mérites et constitue un abus de position dominante contraire aux dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE.

Les refus de vente discriminatoires

Selon une pratique décisionnelle constante, le refus d'accès ou de vente opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de cette position, dès lors que ce refus fausse de manière sensible le jeu de la concurrence.

Dans une décision **14-D-06**¹⁶ du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des bases de données d'informations médicales, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société Cegedim pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, par un refus discriminatoire de vendre sa base de données d'informations médicales à certains laboratoires pharmaceutiques.

Dans cette affaire, Cegedim a refusé de vendre la base de données d'informations médicales *OneKey* aux seuls utilisateurs (actuels et potentiels) de solutions logicielles *NetReps* commercialisées par son concurrent Euris. Cegedim contestait toutefois l'existence de refus explicites de vente.

L'Autorité a rappelé qu'il ressort des orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE, devenu 102 du TFUE, aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes, publiées le 24 février 2009, que, pour la Commission, l'entreprise dominante ne doit pas nécessairement opposer un refus effectif, un « *refus implicite* » apparaissant suffisant. Un tel refus implicite peut par exemple consister à retarder indûment ou à perturber la fourniture d'un produit par d'autres moyens, ou à imposer des conditions déraisonnables en contrepartie de la fourniture (point 79 des orientations susvisées). Un refus de vente peut donc être caractérisé en l'absence même de propos explicites.

16. Un recours a été formé contre cette décision.

Le standard de preuve

L'Autorité a rappelé que la preuve de pratiques anticoncurrentielles peut résulter de preuves se suffisant à elles-mêmes ou d'un faisceau d'indices constitué par « *le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction qui peuvent être tirés de documents ou de déclarations et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant* » (voir en ce sens la décision du Conseil de la concurrence **01-D-13** du 19 avril 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais et la décision **12-D-23** du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 mars 2014).

En l'espèce, il résultait d'un courriel de l'entreprise du 15 mai 2009 qu'en raison d'une suspicion d'atteinte à ses droits de propriété intellectuelle par Euris, Cegedim s'opposait à l'octroi de licences d'utilisation de sa base de données *OneKey* au profit des entreprises clientes de la société Euris sur le marché des logiciels CRM. Par ailleurs, les dirigeants de Cegedim et des clients de la société Euris ont confirmé la réalité et le caractère discriminatoire du refus opposé par l'entreprise mise en cause aux seuls clients de la société Euris.

L'Autorité a donc estimé que les éléments recueillis permettaient de considérer que Cegedim avait mis en œuvre une pratique unilatérale et continue, fondée sur une stratégie commerciale clairement revendiquée et caractérisée par un refus d'accès de sa base de données *OneKey* aux seuls clients, actuels et potentiels, de la société Euris.

La durée de la pratique

Dans la décision **14-D-06**, l'Autorité a rappelé qu'en présence d'une pratique unilatérale, fondée sur une position de principe publiquement exprimée par une entreprise ou sur une stratégie commerciale durable et clairement revendiquée, il appartient à l'entreprise, qui invoque la circonstance qu'elle a interrompu elle-même cette pratique, d'apporter des éléments concrets justifiant cette interruption.

En effet, lorsqu'il s'agit d'une pratique continue, caractérisée en l'espèce par un refus d'accès discriminatoire à une base de données, l'entreprise victime de ce refus n'a pas à réitérer sa demande d'accès dès lors que l'entreprise en cause a fait connaître sa position de principe et que le fait générateur de cette position ne change pas.

Une autre position reviendrait à considérer qu'une entreprise en position dominante, en rendant publique une stratégie de refus d'accès, de manière à décourager toute autre entreprise de faire une nouvelle demande d'accès, commettrait un seul abus « *instantané* », sauf, pour l'entreprise victime, à réitérer autant de fois que nécessaire la demande d'accès.

L'Autorité s'est donc attachée à vérifier si, en l'espèce, Cegedim a démontré, malgré la poursuite du contentieux en contrefaçon initié à l'encontre de la société Euris, avoir pris les dispositions nécessaires pour faire cesser la pratique illicite en cause,

en donnant de nouvelles instructions à ses forces commerciales et en le faisant savoir aux entreprises potentiellement intéressées sur les marchés concernés.

Si Cegedim a soutenu en séance avoir donné une consigne dans son entreprise pour faire cesser la pratique en cause au moment de la saisine de l'Autorité, ni l'existence ni les modalités de diffusion de cette consigne n'ont été démontrées. Aucun document en ce sens n'a été transmis par Cegedim, ni pendant la période d'instruction, ni postérieurement à la séance.

Au contraire, l'Autorité a pu observer qu'il ressortait des éléments matériels figurant au dossier que plusieurs refus de vente étaient postérieurs à la saisine. Les affirmations quant à une fin de la pratique en novembre 2008 faites par Cegedim lors de la séance du 16 avril 2014 étaient donc contradictoires avec les éléments matériels recueillis lors de l'instruction, qui attestent du refus d'accès à la base de données *OneKey* en mai 2009 et en mai 2010.

L'Autorité a enfin souligné que rien n'empêchait Cegedim de faire savoir, à l'occasion de l'une de ses auditions ou dans ses écritures pendant la phase d'instruction, qui a duré de 2009 à 2014, qu'aucun refus d'accès à sa base de données *OneKey* n'était plus désormais opposé aux clients de la société Euris. Or, aucun document attestant d'un changement de position de Cegedim ne figure dans les pièces du dossier.

Dès lors, l'Autorité a retenu que la pratique reprochée à Cegedim a débuté en octobre 2007 et a perduré au moins jusqu'à la notification du grief en date du 10 avril 2013.

Les pratiques de dénigrement

Selon une 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 compétiteur¹⁷.

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 l'entreprise et la pratique de dénigrement¹⁸.

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

17. Décision 13-D-11, 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, paragraphe 368, confirmée par CA Paris, 18 décembre 2014.

18. Décision 09-D-14, 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 CA Paris, 23 mars 2010; voir également la décision 10-D-32, 16 novembre 2010 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante, paragraphe 305.

position dominante relève de constatations objectives ou s'il procède d'assertions non vérifiées¹⁹.

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 concurrents²⁰. 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 (CJUE, 17 février 2011, C-52/09, TeliaSonera Sverige, Rec. p. I-527, point 64, et CJUE, 6 décembre 2012, C-457/10 P, AstraZeneca e. a./Commission, 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* » (§ 79).

Le standard de preuve

Dans une décision **14-D-08**²¹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises, l'Autorité a sanctionné la Société nouvelle des Yaourts Littée (« SNYL ») et ses sociétés mères Socrema et Antilles Glaces pour des pratiques de dénigrement à l'encontre des produits laitiers frais commercialisés par la société Malo aux Antilles.

Concernant le standard de preuve applicable, l'Autorité a relevé que les distributeurs du secteur de la commercialisation de produits laitiers ont une attitude prudente vis-à-vis des produits qu'ils vendent, notamment lorsqu'il s'agit de denrées alimentaires périssables. En effet, sensibles au risque de voir leur responsabilité engagée, les distributeurs se montrent particulièrement attentifs à la conformité des produits qu'ils commercialisent aux règles d'hygiène et de sécurité alimentaires. La diffusion d'une information négative, voire la simple instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'une denrée alimentaire périssable comme les yaourts et les fromages frais, peut suffire à jeter la suspicion sur cet aliment et conduire les distributeurs à ne plus le proposer à la vente. Dans un tel contexte, elle a considéré que 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

19. Voir, en ce sens, la décision 07-D-33 du 24 janvier 2007 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.

20. Décision 10-D-32, précitée, paragraphe 307.

21. Un recours a été formé contre cette décision.

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 que, le cas échéant, 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.

L'existence des pratiques de dénigrement

Dans la décision **14-D-08** précitée, afin de retenir l'existence d'une pratique abusive de dénigrement, l'Autorité a tout d'abord vérifié si le discours commercial tenu par l'entreprise dominante SNYL sur les yaourts et fromages frais de la société Malo résultait de constatations objectives ou s'il procédait d'assertions non vérifiées.

Pour ce faire, l'Autorité a tout d'abord relevé que le discours de la SNYL a entretenu une double confusion. En premier lieu, ce discours est fondé sur des études microbiologiques conduites avec un parti pris méthodologique qui livre des résultats fallacieux. En effet, les analyses sur lesquelles la SNYL s'appuyait pour mettre en cause les produits Malo ont conduit à appliquer indistinctement les normes bactériologiques caractéristiques des yaourts aux fromages frais, de telle sorte que ces analyses ont stigmatisé à tort, comme globalement non conformes à la réglementation, des produits répondant bien en réalité aux critères de leur définition réglementaire. En second lieu, le discours de la SNYL reposait sur l'invocation du respect impératif d'une date limite de consommation à 30 jours pour la commercialisation de produits laitiers dans les départements d'outre-mer alors même qu'aucune disposition légale n'imposait alors une telle pratique aux producteurs. Ces critiques, mettant spécifiquement en cause la qualité des produits de l'entreprise Malo afin de la discréditer, ont été propagées par la SNYL en interne à la profession par le biais d'une contestation auprès de Syndifrais (Syndicat national des fabricants de produits laitiers frais) et relayées en externe auprès des opérateurs de la distribution alimentaire.

Puis, l'Autorité a vérifié que la diffusion de ce discours dénigrant était de nature à influencer la structure du marché en examinant ses effets attendus ou réels. En l'occurrence, elle a relevé que ce discours dénigrant avait entraîné le retrait temporaire ou la suspension de la commercialisation des produits Malo dans plusieurs enseignes de distribution en Martinique et en Guadeloupe.

Enfin, l'Autorité a établi le lien de causalité entre le discours dénigrant et la position dominante de SNYL. Elle a ainsi relevé qu'émanant des représentants d'une société pionnière dans la fabrication de produits laitiers frais en Martinique, telle que la SNYL, qui savaient pouvoir compter sur la notoriété de leur entreprise et se prévaloir de son expérience, les propos disqualifiant les produits d'un concurrent plus récemment entré sur le marché pouvaient sembler autorisés et crédibles.

Les pratiques de différenciation tarifaire excessive

En 2014, l'Autorité a condamné des pratiques de différenciation tarifaire excessive, constitutives d'abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE.

Dans une décision **14-D-05**²² du 13 juin 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société SFR et sa filiale réunionnaise SRR, seul opérateur jusqu'en 2000 à la Réunion et jusqu'en 2006 à Mayotte, pour avoir abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de sa terminaison d'appel, en mettant en place et maintenant (plus de 12 ans à la Réunion et plus de 3 ans à Mayotte) un écart de prix abusif entre les appels passés vers d'autres clients du réseau de SRR (appels *on net*) et ceux, tarifés plus chers, émis vers les réseaux de ses concurrents (appels *off net*)²³.

L'Autorité de la concurrence a constaté que SRR facturait de 3 à 24 centimes d'euro plus cher, pour ses clients réunionnais, les appels passés vers les réseaux concurrents (Orange et Outremer Télécom) et jusqu'à 26 centimes d'euro plus cher pour ses clients à Mayotte. Ces différences de prix concernaient aussi les envois de SMS, qui étaient de 3 à 10 centimes d'euro plus cher si le correspondant contacté était chez un opérateur concurrent.

Si l'existence d'une différenciation tarifaire n'est en soi pas condamnable, elle le devient lorsque cette différence de prix excède les écarts de coûts supportés par l'opérateur. En l'espèce, pour les appels, les écarts de prix ont été plus de 3 fois supérieurs aux écarts de coûts supportés par SRR à la Réunion. À Mayotte, les écarts de prix ont été parfois supérieurs de plus de 50 % aux écarts de coûts. Pour les SMS, tant à la Réunion qu'à Mayotte, les écarts de prix constatés n'étaient pas non plus justifiés par un écart de coûts, l'envoi d'un SMS sur un réseau concurrent ne coûtant pas plus cher qu'un envoi sur le réseau SRR.

L'Autorité de la concurrence a estimé que ces pratiques ont généré un « *effet club* » artificiel, faisant apparaître les concurrents comme des réseaux plus chers à appeler et affaiblissant leurs capacités financières.

Décisions

Les mesures conservatoires

La recevabilité des mesures conservatoires

L'article L. 464-1 du Code de commerce donne à l'Autorité le pouvoir de « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave* »

22. Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

23. Sur ces pratiques, voir également la décision 12-D-24 du 13 décembre 2012, Rapport annuel 2012, p. 209.

et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante».

L'article R. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond n'est pas déclarée irrecevable ou rejetée faute d'éléments suffisamment probants.

Dans une décision **14-D-17**²⁴ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réparation navale de grande plaisance en Méditerranée, la société Nautech, entreprise de réparation navale de grande plaisance, reprochait principalement au Grand Port maritime de Marseille (établissement public de l'État) d'avoir, par contrats d'amodiation successifs, autorisé deux de ses concurrents à occuper l'ensemble des cales sèches du port, emplacements nécessaires pour effectuer des réparations à sec. Ce choix, opéré par le port dans les années 2000, la contraignait à s'adresser à ses concurrents pour réaliser ce type de réparations. Nautech reprochait également au port des modalités discriminatoires de tarification et de facturation de l'électricité. Elle dénonçait enfin des pratiques d'entente et d'abus de position dominante collective de la part des amodiataires des cales sèches.

L'Autorité a déclaré partiellement irrecevable la saisine au fond de Nautech en application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 462-8 du Code de commerce, après avoir décliné sa compétence au profit de la juridiction administrative s'agissant de l'abus de position dominante allégué à l'encontre du GPMM concernant le recours à l'amodiation de l'ensemble des formes, les dispositions des conventions des amodiataires et le niveau des tarifs publics d'utilisation des formes de cales sèches non amodiées (voir *supra* « La compétence de l'Autorité de la concurrence »).

L'Autorité a ensuite rejeté les autres griefs soulevés par la saisissante pour défaut d'éléments probants en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 précité. Dans sa saisine, Nautech dénonçait une discrimination dans la tarification et la facturation des prestations de fourniture d'électricité fournies par le GPMM, selon que les réparateurs étaient amodiataires ou non. Sur ce point, l'Autorité a rappelé qu'une discrimination ne peut être abusive que si les acheteurs sont dans une situation équivalente et si la pratique crée un désavantage dans la concurrence. Elle a relevé en l'espèce que la différenciation tarifaire prévue par le port s'appliquait aux emplacements, dont le statut différait selon qu'ils étaient amodiés ou non : les emplacements amodiés étaient soumis à des conventions d'occupation domaniale de long terme (15 à 18 ans), les réparateurs amodiataires versaient au GPMM une redevance annuelle pour cette occupation et souscrivaient par ailleurs un contrat de fourniture d'électricité pour toute la durée de l'amodiation ; les emplacements non amodiés étaient mis à disposition en fonction des demandes des réparateurs qui étaient redevables d'une tarification au titre de leur occupation ponctuelle et le paiement des prestations d'électricité était en fonction de leurs

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

besoins. L'Autorité a ainsi considéré que les réparateurs, amodiataires et non amodiataires, ne se trouvaient pas dans une situation équivalente. Par ailleurs, l'Autorité a considéré que la tarification applicable sur les emplacements amodiés était justifiée par la durée de l'engagement contractuel de l'amodiataire, qui présentait selon le Port des avantages, notamment en termes de coûts de gestion et de prévisibilité des recettes. Elle a ajouté que la durée de l'abonnement proposée aux réparateurs qui travaillaient sur des formes non amodiées était davantage adaptée à leurs besoins ponctuels et à leur volume d'activité. L'Autorité a ainsi considéré que la pratique dénoncée n'apparaissait pas créer d'avantage concurrentiel injustifié en faveur des amodiataires et que Nautech n'avait pas apporté d'éléments suffisamment probants pour établir la vraisemblance de la discrimination alléguée.

Elle a par ailleurs conclu à l'absence d'éléments suffisamment probants pour établir l'existence d'une discrimination dans la facturation des quantités d'énergie électrique fournies, ainsi que d'une entente et d'un abus de position dominante collective des amodiataires concurrents de Nautech.

En conséquence, l'Autorité a considéré la saisine de Nautech pour partie irrecevable et a rejeté le surplus pour défaut d'éléments probants, ainsi que, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires.

Pratiques susceptibles d'être contraires à l'article L. 420-2 du Code de commerce

Il résulte des dispositions de l'article L. 464-1 du Code de commerce que des mesures conservatoires peuvent être décidées dans les limites de ce qui est justifié par l'urgence, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction, dans la procédure au fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée²⁵

Ainsi, il convient tout d'abord d'examiner si les faits dénoncés apparaissent susceptibles de constituer une pratique contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce ou à l'article L. 420-2 du Code de commerce. Il convient également d'apprécier le caractère grave et immédiat de l'atteinte portée à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Ces différentes atteintes ne constituent pas des conditions cumulatives, mais alternatives : une atteinte grave et immédiate relevée dans un seul de ces cas suffit à permettre l'attribution de mesures conservatoires. En revanche, la gravité et l'immédiateté de l'atteinte sont deux critères cumulatifs. Si ces critères sont remplis, une mesure conservatoire peut être prononcée s'il existe un lien de causalité entre les faits dénoncés et l'atteinte grave et immédiate constatée.

25. Voir en ce sens : C. cass., 8 novembre 2005, France Télécom.

Dans une décision **14-MC-02**²⁶ du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires dans les secteurs du gaz et de l'électricité, l'Autorité a été saisie par la société Direct Énergie, fournisseur alternatif de gaz, de pratiques de couplage, de dénigrement, de verrouillage et d'utilisation des moyens de l'ancien monopole historique mises en œuvre par GDF Suez sur le marché de la fourniture de gaz aux clients résidentiels et non résidentiels dont la consommation est inférieure à 30 MWh, d'une part, et aux petits clients industriels et commerciaux dont la consommation est supérieure à 30 MWh, d'autre part. L'Autorité a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond.

L'Autorité a relevé, en premier lieu, que les pratiques d'utilisation par GDF Suez de l'infrastructure commerciale et des fichiers clients historiques pour promouvoir indifféremment ses offres aux tarifs réglementés de vente (« TRV ») et ses offres de marché sont susceptibles de constituer des pratiques contraires à l'article L. 420-2 du Code de commerce et à l'article 102 du TFUE entraînant des effets d'éviction sur les opérateurs alternatifs nouveaux entrants qui fournissent exclusivement du gaz en offre de marché.

Pour ce faire, l'Autorité a tout d'abord relevé que GDF Suez a utilisé des moyens communs pour commercialiser à la fois ses offres de gaz aux TRV, qui relèvent de ses obligations de service public, et ses offres de marché de gaz et d'électricité. GDF a par ailleurs utilisé son fichier des clients aux TRV pour proposer des offres de marché. Ces pratiques, mises en œuvre sur des marchés où GDF Suez est susceptible d'être en position dominante ou sur des marchés connexes, apparaissent étrangères à une concurrence par les mérites dans la mesure où une partie significative de l'infrastructure commerciale a été développée lorsque GDF Suez détenait un monopole de la fourniture de gaz naturel. La faible connaissance qu'ont les clients du fonctionnement concurrentiel du marché de l'énergie ainsi que la non-répliquabilité par les concurrents des moyens commerciaux utilisés constituent des circonstances particulières, susceptibles de renforcer l'effet potentiel d'éviction des nouveaux entrants des marchés du gaz et de l'électricité. Ces effets potentiels d'éviction sont corroborés par les données de la Commission de régulation de l'énergie qui démontrent la faible pénétration des nouveaux entrants sur ces marchés.

L'Autorité a considéré, en second lieu, que les pratiques d'utilisation des moyens de l'ancien monopole historique mises en œuvre par GDF Suez pouvaient causer une atteinte grave et immédiate aux intérêts des concurrents, au secteur et, *in fine*, aux consommateurs finals.

L'Autorité a relevé que, compte tenu du risque de préemption difficilement réversible du marché par GDF Suez, ces pratiques constituent une atteinte grave et immédiate pour tout le secteur qui doit prochainement connaître une ouverture plus grande à la concurrence avec la disparition, à compter du 1^{er} janvier 2015, des TRV pour les clients industriels consommant plus de 30 MWh. Cette atteinte est en outre grave et immédiate pour les consommateurs résidentiels et les petits

26. Cette décision a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 septembre 2014. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

clients industriels et commerciaux qui subissent, à l'approche de la période de chauffe, du fait des pratiques de démarchage de GDF Suez à partir de son fichier de clients aux TRV, une « *perte de chance* » durable de profiter des offres de marché aux tarifs avantageux proposées par les opérateurs alternatifs alors même que les dépenses d'énergie ont pris une place considérable dans le budget des ménages. Enfin, le comportement de GDF Suez crée une atteinte grave et immédiate aux intérêts de la plaignante, Direct Énergie, qui à l'instar des autres fournisseurs alternatifs de gaz doit impérativement atteindre une taille critique, sous peine de compromettre son maintien sur le marché.

Considérant que ce sont les pratiques de GDF Suez et leur récente intensification qui sont la cause de la moindre attractivité des offres des opérateurs alternatifs bien que ces dernières soient parfois nettement plus compétitives, l'Autorité a prononcé des mesures conservatoires. Ainsi, l'Autorité a enjoint à GDF Suez de donner un accès à ses concurrents à une partie des informations contenues dans ses fichiers clients ayant un contrat de fourniture aux TRV. Ces mesures sont nécessaires et proportionnées dès lors qu'elles ne portent que sur les informations essentielles pour permettre aux fournisseurs alternatifs nouveaux entrants de formuler des offres de marché auprès des consommateurs encore aux TRV et qu'elles sont les seules permettant de rétablir l'égalité des armes entre l'ancien opérateur historique et les fournisseurs alternatifs nouveaux entrants.

Pratiques susceptibles d'être contraires à l'article L. 420-1 du Code de commerce

Dans une décision **14-MC-01**²⁷ du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires dans le secteur de la télévision payante, l'Autorité de la concurrence, saisie par la société beIN Sports France de pratiques mises en œuvre par la Société d'Édition de Canal Plus, la société Groupe Canal Plus (ci-après GCP) et la Ligue nationale de rugby dans le secteur de la télévision payante, a prononcé des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond.

En décembre 2013, à l'issue d'une négociation de gré à gré infructueuse avec Canal Plus sur la revalorisation des droits télévisuels du Top 14, la Ligue nationale de rugby a décidé de dénoncer, avant son terme, le contrat qui la liait avec Canal Plus. Elle a annoncé en conséquence le lancement d'un appel à concurrence pour l'attribution des droits de diffusion des 4 saisons suivantes (2014-2015 à 2017-2018).

En réaction, Canal Plus a introduit plusieurs actions judiciaires et notamment saisi le président du tribunal de grande instance de Paris en référé pour demander la suspension de l'appel d'offres. La Ligue nationale de rugby a alors interrompu l'appel d'offres le 10 janvier 2014, sans attendre la décision du tribunal. Puis, elle a attribué à Canal Plus, le 14 janvier 2014, l'intégralité des droits en exclusivité pour cinq saisons (2014-2015 à 2018-2019), à l'issue d'une négociation de gré à gré.

27. Cette décision est devenue définitive.

En mars 2014, beIN Sports a saisi l'Autorité de la concurrence pour contester les conditions dans lesquelles avaient été attribués ces droits.

En l'espèce, l'Autorité a considéré que le fait pour la Ligue nationale de rugby et Canal Plus d'avoir successivement engagé à l'automne 2013 des négociations de gré à gré pour prolonger l'exclusivité de GCP, puis arrêté l'appel à candidatures avant son terme sans attendre le dépôt des offres et d'avoir repris des négociations exclusives en janvier 2014 pour conclure un accord attribuant à GCP l'intégralité des droits du Top 14 pour une durée longue (5 ans) sont des éléments susceptibles de révéler une entente anticoncurrentielle. Les concurrents de Canal Plus n'ont en effet pas été mis en mesure de participer à l'attribution des droits du Top 14 et n'auront plus la possibilité d'accéder, en tout ou partie, à ces droits attractifs pour une période de cinq ans.

Conformément à sa pratique décisionnelle²⁸, l'Autorité a prononcé, en l'espèce, des mesures conservatoires qui ne visent pas à encadrer de manière générale le comportement des opérateurs mais à faire face à une atteinte grave et immédiate résultant d'une pratique spécifique mise en œuvre à un moment et sur un marché précis, dans des circonstances particulières.

En conséquence, et dans l'attente de sa décision au fond, l'Autorité a enjoint à Canal Plus et à la Ligue nationale de rugby de suspendre l'accord conclu le 14 janvier 2014, de procéder, dans les meilleurs délais et au plus tard pour le 31 janvier 2015, à une nouvelle attribution de ces droits au titre de la saison 2015-2016 et des saisons suivantes. Cette attribution devra être effectuée à l'issue d'une procédure de mise en concurrence transparente et non discriminatoire et pour une durée qui ne soit pas disproportionnée. Enfin, l'Autorité a enjoint à Canal Plus de cesser toute communication, qu'elle soit externe ou dirigée vers ses abonnés, relative à l'attribution exclusive pour les cinq prochaines saisons des droits du Top 14 jusqu'à la saison 2018-2019.

Les engagements

Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut « *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* ».

Le secteur des machines à café expresso

Dans le cadre d'une procédure ouverte par l'Autorité de la concurrence à la suite d'une plainte déposée par deux fabricants de capsules de café fonctionnant avec les machines à café de la marque Nespresso, le fabricant Nespresso a pris des engagements qui permettent de rétablir les conditions d'une concurrence équitable sur le marché des capsules tout en préservant sa capacité d'innovation

28. Décision de l'Autorité de la concurrence 09-D-15, 2 avril 2009, décision définitive.

(décision **14-D-09**²⁹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des machines à café expresso).

L'Autorité avait identifié plusieurs préoccupations de concurrence d'ordre technique, juridique et commercial à propos du comportement de Nespresso sur le marché des machines expresso à café portionné et sur le marché des capsules compatibles avec les machines Nespresso susceptible de constituer des pratiques de ventes liées qualifiables d'abus de position dominante, en application de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 102 TFUE.

Il s'agissait, premièrement, des modifications techniques apportées par Nespresso à ses nouveaux modèles de machines à café qui ont eu pour effet de rendre les capsules fabriquées par ses concurrents incompatibles avec ses machines, deuxièmement, des mentions apposées sur les machines Nespresso, sur leur emballage ainsi que sur leur mode d'emploi, en particulier dans la garantie, incitant les consommateurs à n'utiliser que les capsules de marque Nespresso et, troisièmement, de la communication de Nespresso via plusieurs supports médiatiques et le club Nespresso visant à dissuader les consommateurs d'utiliser les capsules des fabricants concurrents avec ses machines.

Les engagements proposés par Nespresso pour répondre à ces préoccupations de concurrence ont été substantiellement renforcés lors des discussions qui ont eu lieu avec l'Autorité, notamment à la suite du test de marché et lors de la séance.

Les engagements finalement souscrits, sans limitation de durée, concernent toutes les machines Nespresso déjà commercialisées ou susceptibles de l'être à l'avenir.

Sur la question importante de la communication aux concurrents des informations relatives aux modifications techniques, Nespresso s'est engagée à communiquer toutes les informations susceptibles d'avoir un impact sur la compatibilité des capsules des fabricants concurrents avec ses nouvelles machines au jour de l'adoption de la décision de mise en production de celles-ci, c'est-à-dire au moment où l'ordre de mise en production est donné aux partenaires titulaires d'une licence de fabrication. En outre, le délai de sauvegarde incompressible, qui permet de laisser un temps d'adaptation minimal aux concurrents avant que Nespresso ne commence à commercialiser ses nouvelles machines, a été porté de trois à quatre mois à compter de la décision de mise en production.

Nespresso a également proposé la nomination d'un « *tiers de confiance* » jouant un rôle d'intermédiaire afin d'éviter tout transfert d'informations confidentielles entre les fabricants de capsules concurrents et elle-même à l'occasion de la communication des informations techniques.

Nespresso s'est aussi engagée à mettre quinze prototypes de nouvelles machines à la disposition de ses concurrents afin qu'ils puissent faire procéder aux tests de compatibilité de leurs capsules.

Enfin, Nespresso s'est engagée à être plus transparente sur l'origine des modifications techniques apportées à ses machines et sur les nouvelles spécifications

29. Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

techniques, notamment en communiquant à l'Autorité, très en amont du processus de décision de fabrication, un dossier exposant les raisons qui motivent de tels changements.

En ce qui concerne les engagements de nature juridique et commerciale, Nespresso s'est engagée, d'une part, à supprimer progressivement la clause de garantie mentionnant les capsules des concurrents de tous les documents accompagnant ses machines et, d'autre part, à ne formuler aucun commentaire sur les capsules de ses concurrents, tant dans la presse qu'au sein du club Nespresso.

Ces engagements, pris dans leur globalité, forment un ensemble cohérent dans lequel les engagements se complètent et se renforcent. Le dispositif ainsi mis en place lève les obstacles de nature tant technique que juridique et commerciale à l'entrée et au développement des autres fabricants de capsules fonctionnant avec les machines à café Nespresso. Ils sont néanmoins proportionnés pour ne pas freiner l'innovation de Nespresso tout en permettant de prévenir l'affaiblissement de la concurrence sur le marché.

Le secteur des paris hippiques en ligne

Dans le cadre d'une procédure ouverte par l'Autorité de la concurrence à la suite d'une plainte de la société Betclik, opérateur de jeux en ligne, l'Autorité de la concurrence a accepté l'engagement du Pari mutuel urbain (ci-après « PMU ») consistant à séparer les masses d'enjeux des mises faites dans son réseau physique de celles réalisées en ligne (décision **14-D-04**³⁰ du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne). Cet engagement structurant pour le secteur des paris hippiques en ligne doit permettre à l'ensemble des opérateurs d'être en mesure de concurrencer à armes égales le site PMU.fr.

Depuis 1930, les sociétés de courses disposent du monopole légal pour l'organisation des courses de chevaux et la prise de paris sur celles-ci, monopole qu'elles exercent via un groupement d'intérêt économique : le PMU. La loi du 12 mai 2010, qui a ouvert à la concurrence le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, dont les paris hippiques en ligne, a cependant maintenu le monopole du PMU sur les paris hippiques « *en dur* », c'est-à-dire pris dans son réseau de points de vente physiques. Bien que concurrencé par sept opérateurs en ligne, le PMU, avec une part de marché de 85 % en 2013, a conservé une position dominante sur le marché des paris hippiques en ligne.

Dans le cadre de la procédure devant l'Autorité, la société Betclik dénonçait en particulier le fait que le PMU mutualise l'ensemble des mises enregistrées en ligne et « *en dur* ». Cette mutualisation permet au site PMU.fr de quasiment découpler les masses d'enjeux constituées pour chacun de ses paris : les mises collectées via les points de vente physiques du PMU représentaient en effet environ 8,6 milliards d'euros en 2013 alors que celles collectées via PMU.fr ne s'élevaient qu'à

30. Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

943 millions d'euros. L'attractivité de l'offre de paris hippiques de PMU.fr s'en trouve renforcée à plusieurs titres :

- le PMU est le seul en mesure de proposer en ligne un pari sur l'arrivée dans l'ordre de cinq chevaux, le Quinté + ; ce gain est en outre complété par une « *Tirelire* » quotidienne d'un million d'euros au minimum et une « *Super Tirelire* » mensuelle de 10 millions d'euros ;
- avec ses masses d'enjeux décuplées, seule une mise importante peut faire varier la cote d'un cheval concerné, le PMU est donc en mesure de garantir aux parieurs en ligne des cotes très stables et, donc, d'accepter sur PMU.fr toutes les mises des parieurs sans limite de montant ;
- le PMU est en mesure d'élargir son offre de paris hippiques en ligne sans que la masse d'enjeux des paris existants n'en soit affectée de manière sensible, préservant ainsi la stabilité des cotes et, par conséquent, les gains des parieurs.

Parce qu'ils ne bénéficient pas de telles ressources d'un monopole « *en dur* », les concurrents de PMU.fr ne sont pas en mesure de proposer une offre aussi attractive. L'Autorité a donc considéré que la pratique de mutualisation, par le PMU, de ses masses d'enjeux en ligne et « *en dur* » était susceptible de présenter un risque d'éviction de ses concurrents.

En réponse à ces préoccupations de concurrence, le PMU a notamment proposé de séparer ses masses d'enjeux enregistrées en ligne de celles enregistrées « *en dur* », proposition soumise à un test de marché entre fin octobre et début décembre 2013.

À l'image des concurrents du PMU et de l'Autorité de régulation des jeux en ligne, l'Autorité a considéré qu'un tel engagement permettait de répondre à la préoccupation de concurrence en cause. Par conséquent, les masses d'enjeux des paris hippiques proposés par PMU.fr ne seront plus constituées que des seules mises en ligne enregistrées sur ce site, au même titre que ses concurrents.

En raison des réelles et importantes contraintes techniques qu'une telle séparation implique, l'Autorité a accepté que cet engagement ne soit effectif que le 30 septembre 2015 au plus tard. Certains concurrents du PMU ont fait valoir que ce délai, excessivement long, menaçait leur situation financière, voire leur existence. Après avoir examiné leur situation, l'Autorité a considéré qu'un tel risque n'est aucunement démontré en raison de leur appartenance à des groupes bénéficiaires, d'une part, et de l'évolution du marché incontestablement en leur faveur, d'autre part.

À toutes fins utiles, le PMU s'est engagé à désigner un mandataire indépendant chargé du suivi de la mise en œuvre de cet engagement. Ce mandataire adressera à l'Autorité des rapports.

Le PMU s'est par ailleurs engagé sur plusieurs points relatifs à l'utilisation de ses bases de clientèle, au parcours-client sur PMU.fr ou encore à la valorisation de la redevance d'utilisation de la marque PMU pour ses activités Internet.

Les sanctions

La détermination du montant de base

L'assiette de la sanction

De façon constante, l'Autorité considère que la valeur des ventes de l'ensemble des catégories de produits en relation avec l'infraction effectuées par chacune des entreprises en cause, durant son dernier exercice comptable complet de participation à cette infraction, peut être utilement retenue comme assiette de leur sanction respective. 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 sorte³¹. 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 dans le secteur concerné de chacune des entreprises qui y ont participé.

L'article 39 du communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires rappelle que cette méthode peut être adaptée dans les cas particuliers où l'Autorité estime que la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part. Il peut par exemple en être ainsi lorsque l'infraction consiste à s'entendre sur des commissions par lesquelles des entreprises se rémunèrent à l'occasion de la vente de certains produits ou services, auquel cas l'Autorité peut retenir ces commissions comme référence.

Dans la décision **14-D-19**³² du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps, l'Autorité a retenu, comme assiette de la sanction, le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises en cause du fait de la commercialisation des produits concernés par les pratiques.

L'Autorité a considéré que, conformément aux règles de la comptabilité française, il s'agit du chiffre d'affaires, déduction faite des seules remises sur facture et des remises conditionnelles, réalisé par les entreprises mises en cause.

Les entreprises mises en cause ont contesté la prise en compte du chiffre d'affaires au sens de la comptabilité française comme assiette de la valeur des ventes et demandé que soit déduit du chiffre d'affaires le montant de la coopération commerciale (correspondant aux services fournis par le distributeur pour le compte du fournisseur).

31. C. cass., 13 mai 1997, n° 95-16.378, Société française de transports Gondrand frères.

32. Cette décision fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris.

L'Autorité a écarté cet argument en rappelant que les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce font expressément référence au chiffre d'affaires pour la détermination de la sanction imposée à une entreprise. Dans la mesure où seules les règles comptables françaises s'imposent à l'ensemble des opérateurs qui exercent une activité économique en France, la notion de chiffre d'affaires renvoie nécessairement au chiffre d'affaires tel que calculé selon ces normes comptables. L'utilisation du chiffre d'affaires au sens de la comptabilité française, seul applicable à toutes les mises en cause à la date des faits, permet de garantir la vérifiabilité des données relatives à la valeur des ventes, en conformité avec les dispositions législatives et les principes rappelés dans le communiqué sanctions. Le chiffre d'affaires utilisé est celui qui apparaît dans les liasses fiscales, qui constituent des documents de référence pour les entreprises dans leurs relations avec l'administration.

Par ailleurs, le recours au chiffre d'affaires relatif aux produits en cause permet une évaluation proportionnée de l'amende à l'ampleur économique de l'infraction et au poids relatif de chaque entreprise. La circonstance que les remises de coopération commerciale soient, pour la période des pratiques en cause, en partie fictives ne justifie pas d'écarter le chiffre d'affaires calculé selon les normes comptables françaises, lequel constitue la meilleure référence objective, applicable à toutes les parties en cause à la date des pratiques, et qui ne peut pas être considérée comme ne reflétant manifestement pas l'ampleur de l'infraction au sens du point 39 du communiqué.

Par conséquent, l'Autorité a calculé le montant de base des sanctions à partir du chiffre d'affaires relatif aux produits en cause, au sens de la comptabilité française.

La gravité des faits

En application du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le montant de base de la sanction imposée à chacune des entreprises en cause est déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux aux pratiques constatées.

Pour apprécier la gravité des faits en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité tient notamment compte, conformément à l'article 26 du communiqué sanctions, des éléments suivants, en fonction de leur pertinence : la nature de l'infraction ou des infractions en cause et des faits retenus pour la ou les caractériser ainsi que la nature du ou des paramètres de la concurrence concernés, la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause, la nature des personnes susceptibles d'être affectées et les caractéristiques objectives de l'infraction ou des infractions.

Dans la décision **14-D-19**³³ précitée, l'Autorité a estimé qu'en ce qui concerne la nature de l'infraction et des paramètres de la concurrence concernés, les pratiques en cause étaient d'une gravité particulière.

33. Cette décision fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris.

En effet, les pratiques en cause sont des ententes horizontales secrètes de concertation sur les prix, sur la base d'échanges d'informations ou d'actes de coopération plus poussés, qui se sont substituées à la libre fixation par chaque entreprise de sa stratégie tarifaire dans le cadre d'une détermination autonome de sa politique commerciale et de son comportement sur le marché. Par une concertation sur les principaux déterminants des prix futurs, les pratiques ont diminué significativement l'incertitude et l'indépendance de comportement des fournisseurs lors des négociations avec la grande distribution et ont concouru à la fixation d'un prix final à un niveau supérieur à celui qui aurait résulté d'une situation de concurrence non faussée.

L'Autorité a retenu que, bien que les pratiques en cause se distinguent des cartels et accords horizontaux de fixation de prix, elles constituent néanmoins des infractions d'une gravité particulière dès lors qu'elles visaient, par leur nature même, à manipuler des paramètres essentiels de la concurrence. Elles ne peuvent 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 considéré que les pratiques en cause peuvent être qualifiées d'infractions d'une gravité particulière alors même qu'il s'agit de pratiques concertées et non d'accords. De la même façon, et contrairement à ce que soutenaient la plupart des mises en cause, le constat de la gravité particulière d'une entente horizontale secrète de concertation sur les prix futurs s'applique également lorsqu'une telle infraction se matérialise par des échanges d'informations.

Plusieurs mises en cause invoquaient le paragraphe 26 du communiqué sanctions pour soutenir que des ententes prenant la forme d'échanges d'informations ont nécessairement une gravité moindre que des cartels de prix. Le communiqué sanctions indique en effet qu'une entente peut « revêtir un degré de gravité différent selon qu'il s'agit, par exemple, d'un cartel de prix ou d'un simple échange d'informations ». Mais étant donné que les pratiques en cause en l'espèce, qui ont pris la forme d'échanges d'informations ou d'actes de coopération plus poussés, sont des pratiques horizontales secrètes de concertation portant sur les prix futurs et, au surplus, sur de nombreux paramètres de la négociation commerciale, elles figurent parmi les infractions d'une gravité particulière au droit de la concurrence et ne constituent donc pas de simples échanges d'informations rétrospectives au sens du point 26 du communiqué sanctions.

La prise en compte de la participation individuelle des entreprises à une infraction unique

Selon une jurisprudence constante, une entreprise peut avoir directement participé à l'ensemble des comportements anticoncurrentiels composant l'infraction unique et continue, auquel cas l'Autorité de concurrence est en droit de lui imputer la responsabilité de l'ensemble de ces comportements et, partant, de ladite infraction dans son ensemble. Une entreprise peut également n'avoir directement participé qu'à une partie des comportements anticoncurrentiels composant l'infraction

unique et continue, mais avoir eu connaissance de l'ensemble des autres comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par les autres participants à l'entente dans la poursuite des mêmes objectifs, ou avoir pu raisonnablement les prévoir et avoir été prête à en accepter le risque. Dans un tel cas, l'Autorité de concurrence est également en droit d'imputer à cette entreprise la responsabilité de l'ensemble des comportements anticoncurrentiels composant une telle infraction et, par suite, de celle-ci dans son ensemble.

En revanche, si une entreprise a directement pris part à un ou plusieurs des comportements anticoncurrentiels composant une infraction unique et continue, mais qu'il n'est pas établi que, par son propre comportement, elle entendait contribuer à l'ensemble des objectifs communs poursuivis par les autres participants à l'entente et qu'elle avait connaissance de l'ensemble des autres comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par lesdits participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque, l'Autorité de concurrence n'est en droit de lui imputer la responsabilité que des seuls comportements auxquels elle a directement participé et des comportements envisagés ou mis en œuvre par les autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs que ceux qu'elle poursuivait et dont il est prouvé qu'elle avait connaissance ou pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque.

Cela ne saurait néanmoins conduire à exonérer cette entreprise de sa responsabilité pour les comportements dont il est constant qu'elle y a pris part ou dont elle peut effectivement être tenue pour responsable. En effet, le fait qu'une entreprise n'a pas participé à tous les éléments constitutifs d'une entente ou qu'elle a joué un rôle mineur dans les aspects auxquels elle a participé n'est pas pertinent pour établir l'existence d'une infraction dans son chef, étant donné qu'il n'y a lieu de prendre en considération ces éléments que lors de l'appréciation de la gravité de l'infraction et, le cas échéant, de la détermination de l'amende³⁴.

Dans la décision **14-D-19**, l'Autorité de la concurrence a sanctionné des fournisseurs de produits d'hygiène et d'entretien pour avoir participé, chacun à sa mesure, à deux ententes uniques, complexes et continues sur les marchés français de l'approvisionnement en produits d'entretien et en produits d'hygiène.

À l'exception de deux entreprises, poursuivies dans chacun des deux secteurs pour l'ensemble de l'entente unique, les autres mises en cause n'ont pas été tenues responsables, dans chacun des deux secteurs concernés, de l'intégralité des pratiques concertées constitutives de l'entente unique.

S'agissant du calcul de la sanction, il résulte des points 25 et 31 du communiqué sanctions que, « [d]ans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, [l'Autorité] apprécie globalement la gravité des faits [et l'importance du dommage causé à l'économie], sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement ».

34. CJUE, 6 décembre 2012, C-441/11 P, Verhuizingen Coppens, points 41 à 44.

Conformément au communiqué sanctions, l'Autorité a procédé, dans un premier temps, à l'appréciation globale de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie par les deux ententes uniques commises dans le secteur de l'hygiène et de l'entretien. Elle a déterminé un montant de base imposé à chaque entreprise en fonction de la gravité et du dommage causé à l'économie par chacune des deux ententes uniques.

L'Autorité a pris en compte, dans un second temps, les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacune des entreprises. À ce stade, l'Autorité a tenu compte, le cas échéant, du fait qu'une entreprise n'était pas tenue responsable de l'intégralité des pratiques concertées constitutives des deux ententes uniques et leur a accordé, lors de l'ajustement du montant de base, une réduction supplémentaire du montant de la sanction.

Cette méthode de calcul de la sanction permet de refléter de manière effective, dans l'amende imposée aux mises en cause dans chacun des deux secteurs, les éventuelles différences de responsabilité de chaque entreprise au regard des pratiques constitutives de chaque entente unique.

Certaines entreprises mises en cause ont contesté la méthode employée pour déterminer la sanction pécuniaire et affirmé que la jurisprudence des juridictions européennes imposait, pour les entreprises qui ne sont tenues responsables que d'une partie des éléments constitutifs d'une infraction unique, de prendre en compte ces différences de participation dès la détermination du montant de base. L'Autorité a écarté cet argument en rappelant que, conformément au principe d'autonomie procédurale, les dispositions relatives à la détermination des sanctions de la Commission, et notamment les lignes directrices de la Commission européenne, ne sont pas applicables à l'Autorité. En tout état de cause, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que la Commission peut prendre en compte la gravité relative de la participation d'une entreprise à une infraction unique, complexe et continue lors de l'appréciation de la gravité de l'infraction ou lors de l'ajustement du montant de base en fonction de circonstances atténuantes et aggravantes. Dans les cas où cette dernière approche est retenue par la Commission, l'appréciation des circonstances atténuantes et aggravantes doit cependant permettre une prise en compte adéquate de la gravité relative de la participation à une infraction unique ainsi que d'une éventuelle variation de cette gravité dans le temps³⁵.

La non-contestation des griefs

Les conséquences de la non-contestation des griefs

Aux termes du III de l'article L. 464 du Code de commerce, « [1] orsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans

35. CJUE, 11 juillet 2013, C-429/11 P, Gosselin Groupe, point 92.

ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction».

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 de sa pratique décisionnelle et prend en compte 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 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 de 10% de la sanction pécuniaire encourue³⁶, et éventuellement de prendre des engagements pour lesquels l'Autorité peut accorder une réduction supplémentaire de la sanction comprise entre 5% et 15%³⁷.

Dans une décision **14-D-05**³⁸ du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte, l'Autorité a rappelé que l'organisme ou l'entreprise qui choisit de solliciter le bénéfice de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs doit respecter les conditions imposées à cet égard, en ne contestant pas la réalité des griefs qui lui ont été notifiés. L'intéressé doit ainsi renoncer à contester non seulement la réalité de l'ensemble des pratiques visées par la notification des griefs, mais également la qualification qui en a été donnée au regard des dispositions du droit de l'Union et du Code de commerce, ainsi que sa responsabilité dans la mise en œuvre de ces pratiques. Cette renonciation doit, sur l'ensemble de ces points, être expresse, complète et dépourvue d'ambiguïté.

Une telle renonciation à contester les griefs suffit pour permettre à l'Autorité de considérer que l'ensemble des infractions en cause est établi à l'égard des parties qui ont fait ce choix procédural.

L'autonomie procédurale des personnes morales

L'Autorité a considéré, dans une décision **14-D-16**³⁹ du 18 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique, que dès lors que la notification des griefs est adressée à des sociétés ayant une personnalité juridique distincte, chacune d'entre elles doit avoir le choix de sa défense. Ainsi, toute société doit pouvoir être libre de ses choix procéduraux, indépendamment des choix de défense opérés par sa société mère.

36. Voir le point 34 du communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs du 10 février 2012.

37. Voir le point 35 du communiqué précité.

38. Cette décision est définitive, elle n'a fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux.

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

En l'espèce, la société AGS Martinique, auteur des pratiques, avait souhaité pouvoir bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. Les services d'instruction n'avaient pas donné une suite favorable à cette demande aux motifs que Mobilitas, société mère d'AGS Martinique, ne se joignait pas à la demande formulée par sa filiale. Ils avaient estimé que le gain procédural attendu d'une non-contestation des griefs avec AGS Martinique risquait d'être réduit à néant dans le cas où Mobilitas aurait choisi de contester non seulement son imputabilité, mais également la réalité des pratiques, leur qualification ou la participation individuelle d'AGS Martinique.

Le collègue a considéré que les services d'instruction ne pouvaient pas rejeter la demande d'une société auteur des pratiques incriminées, AGS Martinique, de pouvoir bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs au seul motif que la société Mobilitas, atraite à la procédure en sa seule qualité de société mère d'AGS Martinique, entendait opérer un choix procédural différent.

Même du point de vue du gain procédural pouvant être attendu d'une non-contestation des griefs, aucun élément objectif ne permettait, en l'espèce, de justifier qu'AGS Martinique se trouvait dans une situation substantiellement différente de celle des autres sociétés parties à l'entente, avec lesquelles les services d'instruction avaient accepté de signer un procès-verbal de non-contestation des griefs.

En conséquence, le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs a été accordé à la société AGS Martinique. Sa société mère, qui contestait l'imputabilité, n'a eu aucune réduction de sanction.

Les programmes de conformité

La nature et la qualité des engagements présentés par l'entreprise à l'occasion de la procédure de non-contestation des griefs peuvent permettre d'accorder une réduction de sanction plus importante, dans la mesure où ils sont substantiels, crédibles et vérifiables⁴⁰. Lorsqu'elle accepte des engagements qui consistent en des programmes de conformité, l'Autorité les rend obligatoires dans la décision qu'elle adopte au terme de la procédure. Elle peut naturellement être conduite à s'assurer ultérieurement de leur mise en œuvre effective.

S'agissant des programmes de conformité, l'Autorité a publié le 10 février 2012 un document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Ce document, qui vient synthétiser sa pratique décisionnelle, précise les conditions auxquelles l'Autorité considère que de tels programmes doivent répondre pour pouvoir être efficaces, et les résultats concrets qu'elle en attend.

Dans la décision **14-D-19** précitée, toutes les entreprises ayant demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs avaient proposé à l'Autorité des engagements comportementaux. L'Autorité a relevé que ces engagements

⁴⁰. Décision du Conseil de la concurrence 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien de linge, point 129; décision 08-D-13 du 11 juin 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux, point 99; décision 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, point 155; et décision 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, point 770.

étaient conformes au point 21 du communiqué de procédure du 10 février 2012 qui précise qu'ils « *peuvent tendre à assurer de façon plus générale la conformité du comportement de l'intéressé aux règles de concurrence, notamment par le biais de la mise en place ou de l'amélioration d'un programme de conformité* ».

De plus, toutes les entreprises concernées disposaient déjà, avant leur demande de bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, d'un programme de conformité plus ou moins élaboré. Elles ont donc présenté des améliorations de leur programme de conformité existant. Dans ces conditions, l'Autorité a considéré qu'il y avait lieu de tenir compte de la valeur ajoutée desdites améliorations afin de déterminer le montant de la réduction de sanction dont elles pouvaient bénéficier.

Le calcul de la sanction à attribuer à chacune des sociétés mères successives d'une ou plusieurs sociétés auteurs des pratiques

Dans une décision **14-D-20**⁴¹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France, l'Autorité a fait application des principes de répartition de l'amende entre sociétés mères successives posés par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt Areva du 10 avril 2014 (CJUE, aff. jointes C-247/11 P et C-253/11 P, Areva e. a./Commission).

L'Autorité a considéré que, dans le cas où une société auteur des pratiques a été rachetée pendant les pratiques reprochées, les deux sociétés mères successives, attraites en leur seule qualité de société mère à la procédure, sont chacune tenues solidairement responsables avec leur filiale du paiement de l'amende. L'Autorité a également rappelé que les sociétés mères successives ne sauraient être solidaires entre elles de l'amende, la solidarité ne pouvant jouer qu'à l'intérieur d'une même unité économique, que cette unité existe encore ou non. En conséquence, la société auteur des pratiques ne peut se voir infliger une amende solidairement avec ses deux sociétés mères successives, sans établissement de quote-part à hauteur de la responsabilité de chacune des sociétés mères.

En l'espèce, le capital de deux filiales, auteurs des pratiques, MCF Investissement et S. C. E., avait été successivement détenu majoritairement par deux sociétés mères n'ayant aucun lien entre elles, Décoralis puis AS Création (et AS Création Tapeten). Les pratiques avaient eu lieu du 17 mai 2006 au 30 novembre 2010 et le changement de capital majoritaire le 18 décembre 2008. Par conséquent, la quote-part de l'amende, dont chaque société mère est tenue solidairement responsable avec ses deux filiales, a été calculée en fonction des durées respectives de détention (57% pour Décoralis et 43% pour AS Création).

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

Les difficultés financières affectant la capacité contributive des entreprises

Au titre des éléments d'individualisation de la sanction, l'Autorité peut enfin prendre en compte les difficultés financières particulières de nature à diminuer la capacité contributive des entreprises qui en font la demande.

Il appartient à l'entreprise de justifier l'existence de telles difficultés en s'appuyant sur des preuves fiables, complètes et objectives attestant de leur réalité et de leurs conséquences concrètes sur sa capacité contributive⁴².

Dans la décision **14-D-08**⁴³ relative à des pratiques de dénigrement des produits laitiers frais commercialisés par la société Malo aux Antilles, l'Autorité a cependant refusé de prendre en compte les difficultés financières alléguées susceptibles d'affecter la capacité contributive de la société SNYL, auteur des pratiques, et de la société Socrema, qui détenait 100% du capital de la SNYL, au vu de la situation financière de la société Antilles Glaces, société au sein de laquelle la SNYL et Socrema consolident leurs comptes.

L'Autorité a en effet considéré que les éléments financiers et comptables relatifs à la situation financière de la société Antilles Glaces, à laquelle l'infraction avait également été imputée en tant que société mère de la SNYL et de Socrema, ne faisaient pas apparaître de difficultés financières particulières pouvant justifier une réduction du montant de la sanction infligée solidairement aux trois sociétés.

Clémence

En 2014, 2 deux décisions ont mis en œuvre le programme de clémence : la décision **14-D-19** (produits d'entretien et produits d'hygiène) et la décision **14-D-20** (papier peint) (voir *infra* la partie consacrée à la clémence).

Les injonctions de publication

En 2014, l'Autorité a prononcé des injonctions de publication à quatre reprises :

- Décision **14-D-05** du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte
- Décision **14-D-08** du 24 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises
- Décision **14-D-16** du 18 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique
- Décision **14-D-19** du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps

⁴². Voir, en ce sens, CA Paris, 11 octobre 2012, précité, p. 73, et CA Paris, 29 septembre 2009, Établissements Mathé, RG n° 2008/12495, p. 15 et 16.

⁴³. Des recours ont été formés contre cette décision.

Le contrôle des concentrations

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 européenne⁴⁴, 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 européen.

L'article L. 430-1 du Code de commerce 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 2014, l'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle relative à l'appréciation du caractère contrôlable d'opérations de concentration, en particulier en ce qui concerne (i) les opérations consistant en l'acquisition d'actifs, (ii) la prise de contrôle d'une entreprise cible par une autre entreprise du fait de l'établissement de relations contractuelles, (iii) la prise de contrôle négatif, (iv) les concentrations relatives à des sociétés affiliées à des sociétés de groupes d'assurance mutuelle et (v) le caractère de plein exercice d'une entreprise commune.

Opérations consistant en l'acquisition d'actifs

Les opérations de concentration contrôlées par l'Autorité peuvent concerner le changement de contrôle d'une ou plusieurs entreprises, voire d'« *éléments d'actifs* »

⁴⁴. 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.

*constituant une partie d'une entreprise, 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 ambiguïté⁴⁵». L'Autorité a mis en application ces principes dans les décisions **14-DCC-01** et **14-DCC-182**⁴⁶.*

Dans la décision **14-DCC-01** du 2 janvier 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Pomona de certains actifs de la société Européenne Food, l'Autorité de la concurrence a autorisé l'acquisition par le groupe Pomona d'actifs immobiliers et d'actifs corporels et incorporels de la société Européenne Food SAS, auxquels pouvait être rattaché un chiffre d'affaires. Ces actifs étaient notamment constitués par un ensemble du matériel servant à l'exploitation de fonds de commerce, des noms commerciaux, de marques, de dossiers techniques, de commerciaux, de contrats et d'autorisations administratives ou légales nécessaires à l'exploitation de fonds.

Dans la décision **14-DCC-182** du 12 décembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Humanis d'un portefeuille de contrats d'assurance, l'Autorité de la concurrence a autorisé le transfert par le Groupe national de prévoyance de l'intégralité de son portefeuille de contrats collectifs d'assurance prévoyance à Humanis Prévoyance, l'institution de prévoyance du groupe Humanis.

Prise de contrôle du fait de l'établissement de relations contractuelles avec l'entreprise cible

Dans des cas particuliers, l'établissement de relations contractuelles est susceptible de conférer une influence déterminante sur une entreprise, et peut donc constituer une opération de concentration⁴⁷. L'Autorité de la concurrence et la Commission européenne considèrent que la signature de contrats ne peut générer un changement de contrôle que dans la mesure où le contrat confère un contrôle de la gestion et des ressources d'une entreprise équivalent 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 longue⁴⁸.

Dans la décision **14-DCC-57**⁴⁹ du 17 avril 2014, l'Autorité de la concurrence a analysé dans quelle mesure un contrat de distribution exclusive conclu entre deux entreprises était susceptible de formaliser une opération de concentration. En l'espèce, Terra Lacta, société coopérative agricole active dans les secteurs de la collecte de lait et de la production et de la distribution de produits laitiers, envisageait de

45. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives aux opérations de concentrations, § 24.

46. Décision de l'Autorité de la concurrence 14-DCC-182, 12 décembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Humanis d'un portefeuille de contrats d'assurance.

47. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 51 et s.

48. Communication consolidée Comm. UE 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, § 18 repris au § 51 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence.

49. Décision de l'Autorité de la concurrence 14-DCC-57 du 17 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Orlait, filiale de Sodiaal, de l'activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta.

signer un contrat avec la société Orlait, filiale du groupe Sodiaal, par lequel Terra Lacta confierait à Orlait la commercialisation et la distribution de la quasi-totalité des volumes de lait longue conservation produits par la coopérative.

L'Autorité a considéré que ce contrat de distribution entraînait la prise de contrôle par Orlait de la gestion et des ressources de l'activité de Terra Lacta en matière de lait longue conservation. En l'espèce, le contrat conférait à Orlait (i) le contrôle de la production de lait longue conservation par Terra Lacta, (ii) le contrôle de la distribution et de la commercialisation de cette production, (iii) le transfert d'un commercial employé par Terra Lacta. Le contrat, conclu pour une durée de dix ans, renouvelable par périodes de cinq ans, constituait donc une opération de concentration.

Prise de contrôle négatif

Une entreprise prend le contrôle exclusif d'une cible lorsqu'elle acquiert la faculté d'exercer, seule, une influence déterminante sur son activité. Elle peut exercer cette influence déterminante de deux manières : soit, à l'issue de l'opération, l'acquéreur détient seul le pouvoir d'adopter les décisions stratégiques de la cible, hypothèse dans laquelle on parle d'un contrôle exclusif « *positif* » ; soit l'acquéreur exerce un contrôle exclusif « *négatif* » qui consiste dans la possibilité de bloquer les décisions stratégiques de la cible.

La décision **14-DCC-167**⁵⁰ fournit un exemple de concentration constituée par une prise de contrôle exclusif négatif. Cette opération concernait la Société du Pipeline sud-européen (ci-après « SPSE »), dont l'activité est le transport et le stockage d'hydrocarbures. Le capital de SPSE était réparti avant l'opération entre les groupes Total, Exxon Mobil, BP, Shell, et les sociétés Ruhr Öl et Jet Tankstellen Deutschland, la société étant soumise au contrôle fluctuant de ses actionnaires.

Le conseil d'administration de SPSE envisageait de modifier le mode de gouvernance de cette société, en instaurant une séparation des fonctions de président et de directeur général et en diminuant le nombre d'administrateurs. Cette décision aurait *de facto* conféré à l'un des actionnaires, Total, plus du tiers des sièges au conseil d'administration de SPSE, lui donnant ainsi la possibilité de bloquer certaines décisions stratégiques soumises à la majorité des deux tiers des administrateurs. Au regard de ces éléments, l'Autorité a considéré que la modification du mode de gouvernance de la société SPSE et la diminution du nombre de membres du conseil d'administration qui en résulterait étaient constitutives d'une prise de contrôle exclusif négatif de SPSE par le groupe Total, et constituaient donc une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce.

⁵⁰. Décision de l'Autorité de la concurrence 14-DCC-167 du 13 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline sud-européen par Total SA.

Opérations de concentration relatives à des sociétés affiliées à des sociétés de groupes d'assurance mutuelle

Les structures utilisées pour le rapprochement de sociétés d'assurance, de mutuelles ou d'unions de mutuelles impliquent fréquemment des liens de solidarité financière importants et durables entre les entités concernées et la combinaison de leurs comptes. Leur création conduit donc souvent à l'existence de fusions de fait soumises au contrôle des concentrations. Dans la décision **14-DCC-20**, l'Autorité a ainsi consolidé sa pratique décisionnelle relative aux opérations de concentration impliquant des sociétés affiliées à des sociétés de groupe d'assurance mutuelle (ci-après « SGAM »).

En l'espèce, l'opération consistait en la signature par la SGAM Macif et la Mutuelle nationale du personnel d'Air France (ci-après « MNPAF ») d'une convention d'affiliation prévoyant (i) la mise en place de liens de solidarité financière importants et durables entre ces deux entités, (ii) la participation de la MNPAF aux projets communs de développement et de combinaison des comptes concernant les affiliés de la Macif et (iii) un rôle de représentation des entreprises affiliées incombant à la Macif. L'affiliation de la MNPAF à la SGAM Macif constituait par conséquent une fusion de fait dans la mesure où elle aboutissait à réunir les activités de la MNPAF et des autres entreprises affiliées à la SGAM Macif au sein d'un seul et même ensemble économique.

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* »⁵¹. Les autorités nationale et européenne⁵² de concurrence considèrent qu'une entreprise commune est de plein exercice lorsqu'elle est dotée de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché (personnel, actifs, infrastructures, financement, responsabilité commerciale), qu'elle a une activité allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères, qu'elle n'est pas totalement tributaire de ses sociétés mères, que ce soit pour ses ventes ou ses achats, et (iv) qu'elle fonctionne de manière durable. L'Autorité de la concurrence a consolidé sa pratique décisionnelle relative aux entreprises communes de plein exercice dans les décisions **14-DCC-63**, **14-DCC-78** et **14-DCC-86**.

Dans la décision **14-DCC-63** du 9 mai 2014 relative à la création de Pipeline Inspection Company par le groupe Onet et l'Institut de soudure de l'industrie, le groupe Onet et l'association Institut de soudure industrie (ci-après « ISI ») envisageaient de créer une entreprise commune, Pipeline Inspection Company (ci-après

51. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 56 et s.

52. Voir les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 55 et s. et les § 91 et s. de la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne en vertu du règlement (CE) n° 139/2004.

«PIC»), dont l'activité consisterait à offrir des services de contrôle des soudures sur les canalisations de transport d'hydrocarbures. L'Autorité de la concurrence a considéré que cette entreprise constituait une entreprise commune de plein exercice. Celle-ci louerait en effet à ses sociétés mères, pendant une période temporaire, et aux conditions du marché, les équipements et les locaux nécessaires à son activité, et elle disposerait dès sa création de ressources financières propres et de la capacité de gérer ces dernières de manière indépendante de ces sociétés mères. En outre, l'Autorité a relevé que l'entreprise commune répondrait aux appels d'offres indépendamment de ses sociétés mères, que la majeure partie de son activité serait réalisée avec des sociétés tierces, et que, dans l'éventualité où elle interviendrait comme sous-traitante de ses sociétés mères, les prestations de l'entreprise commune seraient tarifées aux conditions du marché. Au regard de ces éléments, l'Autorité de la concurrence a considéré que PIC disposerait de toutes les ressources nécessaires pour accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome et a considéré que cette opération constituait une concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce.

Dans les décisions **14-DCC-78** et **14-DCC-86** concernant des coopératives agricoles, l'Autorité de la concurrence a considéré que la modification du périmètre d'activité d'une société cible, contrôlée exclusivement par une entreprise avant l'opération, et contrôlée conjointement par deux entreprises à l'issue de l'opération, s'analyse comme la création d'une entreprise commune.

Dans la décision **14-DCC-78** du 10 juin 2014 relative à la création d'une entreprise commune par les sociétés Cerena et Coopérative agricole de Juniville, l'opération consistait en un transfert de l'ensemble des éléments d'actifs d'une filiale de la Coopérative agricole de Juniville (ci-après «CAJ»), la société Huro'Agri, à une filiale de la société coopérative agricole Cerena. À l'issue de l'opération, cette dernière filiale, rebaptisée Teravia, serait contrôlée conjointement par Cerena et CAJ. L'Autorité de la concurrence a considéré que cette opération consistait en la création d'une entreprise commune de plein exercice, puisqu'elle disposerait, pour développer son activité, de l'ensemble des ressources humaines, matérielles et financières nécessaires à son activité et qu'elle ne développerait de relations commerciales qu'avec des tiers et non avec ses sociétés mères.

De la même manière, la décision **14-DCC-86** du 23 juin 2014 portait sur la création d'une entreprise commune par les sociétés Axéreal et Cérévia consistant dans un apport en nature (céréales et oléagineux) d'Axéreal à Sercomex, une filiale de Cérévia, en contrepartie de 50% de son capital. Cette opération, qui modifiait le périmètre d'activité de Sercomex, aboutissait à la création d'une entreprise commune de plein exercice dans la mesure où Sercomex, créée pour une durée de 50 ans, disposerait des ressources nécessaires pour opérer de manière indépendante vis-à-vis de ses sociétés mères sur les marchés de commercialisation de céréales et d'oléagineux, en s'approvisionnant aux conditions de marché pour les achats de grains qu'elle réaliserait auprès de ses sociétés mères.

Les seuils de contrôle

Les lignes directrices de l'Autorité rappellent que « *le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant, 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* ».

En 2014, cinq demandes de renvoi en prénotification d'une opération de concentration ont été présentées à la demande des parties notifiantes à la Commission européenne conformément à l'article 4(4) du règlement :

- la première demande de renvoi concernait la prise de contrôle exclusif de Médi-Partenaires par Bridgepoint. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 28 avril 2014 (décision **14-DCC-79**, 11 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Médi-Partenaires par le groupe Bridgepoint);
- la deuxième demande concernait la prise de contrôle exclusif du groupe Mr. Bricolage par le groupe Kingfisher. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 11 août 2014;
- la troisième demande concernait la prise de contrôle conjoint de Générale de santé SA par Ramsay Health Care Ltd et le groupe Crédit agricole. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 4 août 2014 (décision **14-DCC-141**, 24 septembre 2014 relative à la prise de contrôle conjoint de Générale de santé par Ramsay Health Care et Predica (groupe Crédit agricole));
- la quatrième demande concernait la prise de contrôle exclusif de Dia France par le groupe Carrefour. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 18 août 2014 (décision **14-DCC-173**, 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS);
- la cinquième demande concernait la prise de contrôle exclusif de Totalgaz par UGI Bordeaux Holding. La Commission européenne a renvoyé cette opération à l'Autorité le 9 septembre 2014.

Analyse concurrentielle

Les effets horizontaux

Une atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce, peut être constatée, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà. Lorsque les entreprises parties

à l'opération sont des concurrents actuels sur un ou plusieurs marchés pertinents, cet effet peut aller jusqu'à créer ou renforcer au profit de cette entreprise une position dominante simple, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

L'Autorité de la concurrence a ainsi remédié aux effets horizontaux d'opérations de concentrations dans le secteur du commerce de détail et de la téléphonie mobile. Elle a en revanche été amenée à écarter de tels risques concurrentiels à l'occasion du contrôle d'opérations dans les secteurs du lait de consommation et des établissements de soin.

Décision 14-DCC-71⁵³ du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation

En ce qui concerne le commerce de détail, dans sa décision **14-DCC-71**, l'Autorité a constaté que la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation risquait d'entraîner des effets anticoncurrentiels sur le marché de la vente au détail de parfums et cosmétiques de luxe. Outre les barrières à l'entrée pour l'exploitation de magasins de commerce de détail (loyers, réglementation applicable, notoriété de l'enseigne), les distributeurs de parfums et cosmétiques de luxe font face à une barrière supplémentaire, tenant aux critères de distribution sélective appliqués par les fabricants aux points de vente (chiffre d'affaires annuel, assortiment minimum, environnement, état intérieur et extérieur, installation du point de vente, etc.). Le processus d'agrément des fournisseurs ralentit en outre considérablement les délais d'ouverture de parfumeries de luxe, restreignant ainsi les perspectives de nouvelles entrées.

Dans ce contexte, l'Autorité a examiné les effets de l'opération sur des marchés locaux délimités sur la base d'une zone correspondant à la clientèle responsable de 80 % du chiffre d'affaires des magasins cibles (dites « *empreintes réelles* »). Cet examen s'est attaché à identifier les zones dans lesquelles la réduction de concurrence consécutive à l'opération aurait donné à la nouvelle entité la possibilité de déterminer sa politique commerciale sans pression concurrentielle sensible. Pour ce faire, l'Autorité a filtré les différentes zones concernées par l'opération sur la base d'une série de critères à la fois structurels et qualitatifs (nombre de concurrents nationaux, parts de marché, écart entre les différents opérateurs présents), définis sur la base des données recueillies par l'instruction, permettant d'identifier les marchés sur lesquels la position des parties à l'issue de l'opération serait ou non soumise à une contrainte concurrentielle suffisante. Cet examen a permis à l'Autorité d'identifier des risques d'atteinte à la concurrence dans 32 zones du fait des parts de marché élevées du nouvel ensemble et du nombre insuffisant de points de vente alternatifs de parfums et cosmétiques de luxe pour les consommateurs. Pour y remédier, la partie notificante s'est engagée à céder plusieurs points

53. Cette décision fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

de vente ou à mettre fin à des contrats de franchise de magasins non intégrés, et rechercher, pour ces derniers, des solutions de remplacement à Douglas ou Nocibé.

Décision 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France par la société Carrefour France

Des engagements ont également été requis dans une décision concernant le secteur du commerce de détail alimentaire. Dans sa décision **14-DCC-173** relative à l'acquisition de la société Dia France (ci-après « Dia ») par le groupe Carrefour, 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.

Si des risques d'atteinte à la concurrence ont pu être rapidement écartés sur les marchés amont de l'approvisionnement au vu de la position modeste de la cible, l'analyse a montré que l'opération faisait peser des risques significatifs de réduction de la concurrence sur les zones locales dans lesquelles l'offre concurrente restait insuffisante à l'issue de l'opération. Compte tenu de l'importance des parts de marché des parties et du faible nombre de groupes concurrents auxquels le nouvel ensemble ferait face à l'issue de l'opération, l'Autorité a constaté que l'opération portait atteinte à la concurrence dans 56 zones de chalandise. Dans celles-ci, les fortes positions de la nouvelle entité risquaient d'autant plus d'affaiblir la concurrence au détriment des consommateurs que le marché de la distribution alimentaire est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée significatives qui découlent de la conjonction de la réglementation de l'urbanisme commercial, 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. Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés, Carrefour s'est engagé à céder à un opérateur concurrent ou à résilier les contrats de franchise de magasins non intégrés dans les 56 zones concernées.

Décision 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice

En matière de téléphonie mobile, dans sa décision **14-DCC-160**, l'Autorité de la concurrence a examiné les effets horizontaux relatifs à l'acquisition de SFR par le groupe Altice, en particulier dans l'océan Indien. Avec le rapprochement des activités de SRR, filiale réunionnaise de SFR, et d'Outremer Télécom, rachetée par Altice en juillet 2013, l'opération conférerait à Numericable un très fort pouvoir de marché dans le secteur de la téléphonie mobile à la Réunion et un quasi-monopole à Mayotte. Concrètement, l'opération entraînerait à la Réunion et à Mayotte le passage de trois à deux opérateurs, les indices de concentration du marché résultant de l'opération dépassant alors largement les seuils à partir desquels une atteinte à la concurrence horizontale est probable.

De plus, une concentration horizontale est d'autant plus susceptible de porter atteinte à la concurrence qu'elle concerne un opérateur jouant un rôle important dans l'animation de la concurrence sur le marché concerné, plus significatif que ne le laissent supposer ses parts de marché. En l'espèce, l'examen du positionnement tarifaire d'Outremer Télécom a montré que l'opérateur jouait un rôle moteur dans l'animation concurrentielle depuis son entrée sur le marché, tant du point de vue des services contenus dans les forfaits commercialisés que du point de vue tarifaire. Outremer Télécom a en effet adopté un positionnement tarifaire particulièrement agressif, notamment par rapport à celui de SRR, qui avait systématiquement été contraint de suivre et de réagir aux offres de rupture d'Outremer Télécom. Par conséquent, l'opération conférait au nouvel ensemble la grande majorité des abonnés à la Réunion et à Mayotte, et réduisait significativement la pression concurrentielle puisque celui-ci n'aurait fait face qu'à un seul concurrent, Orange, dont la politique tarifaire était comparable à celle de SRR avant l'opération. Ainsi, l'opération éliminait l'incitation du nouvel ensemble à attirer de nouveaux clients par des baisses de prix, renforçant au contraire son incitation à accroître ses revenus par abonné par des hausses tarifaires.

L'opération entraînait donc des effets horizontaux significatifs sur les marchés de détail de la téléphonie mobile dans l'océan Indien où elle renforçait la position dominante de SFR et de sa filiale locale SRR et éliminait le principal moteur de concurrence sur le marché (Outremer Télécom). Compte tenu des parts de marché du nouvel ensemble et de l'importance des barrières à l'entrée sur ces marchés qui empêchent l'arrivée d'un nouvel entrant à court terme, la partie notificante s'est engagée à céder l'intégralité des activités mobiles à la Réunion et à Mayotte d'Outremer Télécom en vue de restaurer des conditions de concurrence suffisantes.

Décision 14-DCC-57 du 14 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Orlait, filiale de Sodiaal, de l'activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta

En revanche, l'Autorité a pu écarter les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets horizontaux dans sa décision **14-DCC-57** relative à la prise de contrôle par la société Orlait, filiale de Sodiaal, de l'activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta. Dans cette décision, l'Autorité a notamment examiné les risques d'effets horizontaux par le biais de tests quantitatifs mesurant les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix à l'issue de l'opération. L'Autorité a en effet constaté qu'avant l'opération une augmentation des prix d'Orlait se serait traduite par le report d'une partie de la demande vers ses concurrents, notamment sur Terra Lacta. Toutefois, les tests quantitatifs effectués n'indiquaient pas que l'internalisation des éventuels reports de clientèle en cas de hausse de prix de l'une des parties du fait de l'opération entraînerait une hausse sensible de leur incitation à augmenter les prix.

En outre, nonobstant l'importante concentration du marché, l'Autorité a constaté que les concurrents des parties disposaient de capacités suffisantes pour absorber d'éventuels reports de clientèle, le marché étant par ailleurs caractérisé par de faibles

barrières à l'entrée. En outre, l'Autorité a observé que les producteurs étrangers de lait UHT exerceraient une certaine pression concurrentielle sur les producteurs français en cas de hausse significative des prix, plusieurs acteurs européens investissant d'ores et déjà le marché national. Enfin, les grandes et moyennes surfaces disposent d'un pouvoir de négociation important vis-à-vis de leurs fournisseurs, particulièrement concernant leur approvisionnement en marques de distributeur. La mise en œuvre d'une hausse des prix des produits de la nouvelle entité à l'issue de l'opération paraissait par conséquent peu probable.

Décisions 14-DCC-79 du 11 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Médi-Partenaires par le groupe Bridgepoint et 14-DCC-141 du 24 septembre 2014 relative à la prise de contrôle conjoint de Générale de santé par Ramsay Health Care et Predica (groupe Crédit agricole)

Les risques d'atteinte à la concurrence ont également été écartés dans deux décisions concernant le secteur de l'offre de diagnostics et de soins en établissement de santé, les décisions **14-DCC-79** (*Médi-Partenaires/Bridgepoint*) et **14-DCC-141** (*Générale de Santé/Ramsay Health Care/Predica*), concernant des parties actives dans la gestion d'établissements de santé privés. Outre l'examen des parts de marché des parties dans des zones correspondant aux délimitations régionales et départementales retenues par la pratique décisionnelle, l'analyse des effets horizontaux dans ces deux opérations a dû également tenir compte des mécanismes spécifiques de fixation des prix dans les marchés de l'offre de diagnostics et de soins en établissement de santé. En effet, les tarifs des prestations de soins délivrées par les établissements publics et privés sont régulés et fixés annuellement au niveau national, selon un système de tarification à l'activité (dit «T2A»). À chaque activité de soins correspond un tarif forfaitaire de la prestation que l'établissement peut facturer. Les dépassements d'honoraires sur les actes médicaux relèvent de la seule initiative des praticiens et non de l'établissement au sein duquel ceux-ci exercent leurs activités. Par conséquent, les cliniques privées ne peuvent augmenter unilatéralement le tarif des soins conventionnés qu'elles délivrent. Ces tarifs forfaitaires concernent la majeure partie des prestations de soin. Pour le reste, les prestations annexes (dites «*hôtelières*») restent à la discrétion des établissements. Afin d'apprécier la capacité des parties à dégrader la qualité des soins offerts ainsi que les effets de l'opération sur le segment sur lequel les parties conservent une marge de manœuvre tarifaire, l'Autorité a donc examiné la proximité concurrentielle des établissements des parties et le comportement réel des patients dans le choix de leurs établissements de soin dans les zones locales concernées. L'Autorité a notamment examiné dans quelle mesure les patients arbitraient entre les établissements des parties et les distances effectivement parcourues pour les prestations de soin. Elle a ainsi constaté que la distance entre les établissements des parties ou la présence de centres hospitaliers situés en dehors des départements concernés mais suffisamment proches des parties étaient de nature à relativiser les effets de l'opération et à garantir une offre de soin concurrente significative.

L'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution

Comme le précisent les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations⁵⁴, les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. En effet, l'Autorité et le Conseil d'État ont rappelé⁵⁵ que le pouvoir de marché d'un groupe de distribution doit s'apprécier en tenant compte des magasins détenus par le groupe (les magasins « *intégrés* ») et de ceux exploités en réseau, quel que soit leur statut juridique (franchise, affiliation, etc.), dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport à la tête de réseau.

Pour apprécier le degré d'autonomie des magasins exploités en réseau, l'Autorité procède à un examen au cas par cas des contrats liant la tête de réseau à ses adhérents afin d'évaluer l'indépendance de ces derniers. Elle a notamment considéré que les critères suivants permettaient d'inférer l'absence d'autonomie des membres d'un réseau : (i) la possibilité de la tête de réseau de fixer des prix maximum à ses adhérents impactant la liberté de l'adhérent de fixer ses prix de manière indépendante ; (ii) les obligations d'approvisionnement des adhérents auprès du groupe pour une part importante de leurs achats ; (iii) l'obligation de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du groupement en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial ; (iv) l'obligation de participer à un certain nombre d'opérations promotionnelles par an, durant lesquelles les adhérents doivent mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires ; (v) l'obligation de référencer plus de 50 % des lignes de produits de la tête de réseau ; et (vi) la durée plus ou moins longue des contrats. Dans le prolongement de cette pratique, dans ses décisions **14-DCC-71** concernant l'opération *Douglas/Nocibé* et **14-DCC-173** relative à l'opération *Carrefour/Dia*, l'Autorité a considéré que le faible degré d'autonomie dans la détermination de la politique commerciale des franchisés justifiait de tenir compte de ces derniers dans l'appréciation du pouvoir de marché de la tête de réseau, compte tenu des stipulations contractuelles suivantes : (i) communication de tarifs « *directement utilisables* » voire « *souhaitables* », « *préconisés* » ou « *conseillés* » par la tête de réseau avec la possibilité pour les franchisés de s'en écarter uniquement pour tenir compte de particularités locales ; (ii) obligations d'approvisionnement en totalité ou « *de façon prioritaire* » auprès des centrales de référencement du groupe, selon un assortiment « *fortement conseillé* » ou imposé par l'enseigne ; (iii) obligation de participer aux opérations de communication organisées par la tête de réseau, et ce même si le franchisé peut faire part de ses suggestions quant à la nature des campagnes publicitaires ; (iv) obligation pour les adhérents de suivre les normes de l'enseigne relatives à l'agencement du point de vente, avec interdiction de modifier celui-ci sans le consentement préalable du franchiseur ; (v) droit de préemption au profit des sociétés têtes de réseau en cas de cession du fonds

54. Lignes directrices, points 633 et s.

55. Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence 13-DCC-42 du 29 mars 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Précisium Groupe par la société Financière Alliance Industrie, 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr. Bricolage de la société Passerelle. Voir également CE, 23 décembre 2010, Société Mr. Bricolage.

de commerce visé par le contrat ou un droit d'agrément du franchiseur au candidat à la reprise dans l'hypothèse où ledit franchiseur ne souhaiterait pas utiliser son droit de préférence; (vi) clause de non-concurrence mise à la charge du franchisé pendant une durée d'un an après l'expiration du contrat; et (vii) contrat d'une durée supérieure à 5 ans.

À l'inverse, dans la décision **14-DCC-90** du 23 juin 2014, relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés MPI et Repneu par Continental Holding France, l'Autorité a considéré que des affiliés au groupe Continental constituaient des commerçants indépendants et que par conséquent il n'était pas justifié d'en tenir compte pour l'appréciation du pouvoir de marché du groupe. Cette analyse reposait sur les éléments suivants : (i) les affiliés étaient liés à Continental uniquement par un contrat de licence portant sur le droit d'utiliser la marque et de bénéficier des avantages inhérents au réseau; (ii) ce contrat ne donnait lieu à aucun transfert de savoir-faire, de méthodes commerciales ou autres éléments étrangers à la simple utilisation de la marque comme enseigne; (iii) les affiliés étaient totalement libres de déterminer leurs prix de revente; (iv) l'obligation d'approvisionnement auprès de la centrale de référencement était non exclusive, sans qu'un engagement minimum de 30-40% des achats de pneumatiques neufs pour véhicules de tourisme, camionnettes et 4 x 4 parmi les marques du franchiseur et de 50% des achats auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur soit de nature à remettre en cause cette indépendance; et (v) le contrat était conclu pour une durée de trois ans.

Les effets verticaux

Une concentration verticale peut restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. Ce verrouillage peut viser les marchés aval, lorsque l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents, ou les marchés amont lorsque la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux.

Décision 14-DCC-53 du 11 avril 2014 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Kyro Concept par le groupe Fimalac aux côtés de la Fnac

L'Autorité a examiné les effets verticaux potentiels relatifs à la prise de contrôle conjoint de la société Kyro Concept, un fournisseur de services informatiques liés à la billetterie de spectacles, par le groupe Fimalac, actif dans la production de spectacles et dans l'exploitation de salles, aux côtés du groupe Fnac, opérateur spécialisé dans la distribution de biens culturels. L'opération entraînait ainsi un effet vertical dans la mesure où, du point de vue de l'activité de production, d'organisation de « spectacles » et d'exploitation de salles de Fimalac, les prestations de gestion informatique de la billetterie constituent un intrant.

Une stratégie de verrouillage de l'accès aux intrants aurait ainsi consisté pour Kyro Concept à cesser de fournir des prestations de services informatiques de gestion de la billetterie aux organisateurs-producteurs de spectacles et gestionnaires de salles concurrents de Fimalac. Néanmoins, en l'espèce, l'Autorité a constaté que les organisateurs, producteurs de spectacles et les gestionnaires de salles pourraient se fournir auprès des nombreux prestataires alternatifs de services informatiques de gestion de la billetterie.

Fimalac aurait également pu envisager une stratégie de verrouillage de l'accès à la clientèle en cessant de se fournir auprès des concurrents de Kyro Concept en prestations de gestion informatique de la billetterie. L'Autorité a toutefois relevé qu'en l'espèce les sociétés de production et les salles gérées par Fimalac vendaient la majeure partie de leurs billets par l'intermédiaire de distributeurs, sous marque blanche. Or, Fimalac représentait une portion très limitée tant du chiffre d'affaires total des opérateurs présents sur le marché de la gestion informatique de la billetterie que de celui de Kyro Concept. De même, si les sociétés de production ou les salles de Fimalac n'utilisant pas encore de solutions de gestion informatique de billetterie se dotaient à l'issue de l'opération des solutions proposées par Kyro Concept, la position de Fimalac sur les marchés de la production de spectacles et de l'exploitation de salles était trop limitée pour qu'un effet de verrouillage ne soit envisageable.

L'Autorité a donc estimé que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux.

Décision 14-DCC-123 du 21 août 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brasserie Lorraine par la société Antilles Glaces

À l'occasion de l'examen de la prise de contrôle exclusif de Brasserie Lorraine (« BL ») par la société Antilles Glaces, l'Autorité a relevé l'existence d'un lien vertical entre les activités de la cible et celles de l'acquéreur. En effet, BL commercialisait notamment des bières à destination d'établissements de consommation hors domicile (« CHD »), Antilles Glaces étant présent au stade de la distribution de ces produits.

L'Autorité a constaté que, préalablement à l'opération, les bières de BL représentaient une part importante des approvisionnements en bières des principaux entrepositaires-grossistes de Martinique, ces derniers constituant les principaux fournisseurs de bière des établissements de CHD. Par conséquent, si la nouvelle entité cessait d'approvisionner les entrepositaires-grossistes, ces derniers ne disposeraient pas de solutions alternatives d'approvisionnement comparables en bière, BL étant l'unique producteur de bière locale.

L'Autorité a également constaté que la nouvelle entité était en mesure de prendre en charge la distribution directe des bières de BL aux établissements de CHD, internalisant ainsi la marge des entrepositaires-grossistes. En outre, la mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage aurait eu pour effet d'évincer les marques concurrentes des bières de la nouvelle entité du marché de l'approvisionnement

des établissements de CHD, lui permettant ainsi d'écouler les volumes supplémentaires produits, et de restreindre la contrainte concurrentielle pesant sur les prix pratiqués auprès des établissements de CHD et, donc, *in fine*, des consommateurs finaux. L'instruction a en effet démontré qu'en l'espèce une hausse du prix de vente de la bière aux établissements de CHD répercutée sur les clients finaux n'aurait pas nécessairement affecté leur demande.

Afin de remédier au risque de verrouillage, Antilles Glaces s'est engagé à renouveler les relations contractuelles existant entre les entrepositaires-grossistes et BL avant l'opération, à des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

Décision 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice

Dans le cadre de l'acquisition du contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice (Numericable), l'Autorité a requis des engagements auprès de la nouvelle entité pour prévenir les risques verticaux qu'entraînait l'opération en matière de télécommunications fixes.

Effets verticaux sur les marchés des télécommunications fixes hors téléphonie et hors marchés spécifiques entreprises

L'opération renforçait en effet l'intégration verticale de Numericable, les parties étant actives à chaque niveau de la chaîne de valeur des communications électroniques avant l'opération. À l'aval, l'opération renforçait considérablement la position du nouvel ensemble sur le marché de détail de l'accès à Internet haut et très haut débit. À l'amont, l'opération renforçait la position du nouvel ensemble tant en matière de fourniture d'accès aux infrastructures passives qu'en matière d'offres de gros activées (dites « *bitstream* ») très haut débit. Les effets de l'opération de ces deux relations verticales ont donc été analysés.

Effets verticaux entre le marché de la collecte et le marché de la fourniture d'accès à Internet haut et très haut débit

L'Autorité a constaté que la nouvelle entité disposait de la capacité à dégrader les conditions d'accès des opérateurs concurrents à de la fibre optique noire. Elle a observé, en premier lieu, que les concurrents majeurs du secteur comme Free et Bouygues Télécom se trouvaient dans une situation de dépendance importante vis-à-vis de SFR pour leur réseau dorsal, sans être en mesure de se reporter rapidement vers d'autres fournisseurs. En outre, l'accès au réseau de collecte de SFR n'étant pas régulé, aucune disposition légale ne contraignait le nouvel ensemble à maintenir l'accès de ses concurrents à son réseau à l'issue de l'opération.

En second lieu, l'Autorité a analysé le fait que la fibre optique noire de SFR constituait une partie importante des réseaux dorsaux des principaux opérateurs concurrents. La remise en cause des conditions d'accès à la fibre optique noire des concurrents de la nouvelle entité aurait donc directement impacté leur capacité à construire des offres de détail, en l'absence d'alternatives crédibles dans des conditions de délais et de coûts raisonnables.

Dans ce contexte, l'Autorité a déduit que la mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage n'entraînerait qu'une perte très limitée pour le nouvel ensemble comparativement aux gains qui pourraient être réalisés sur le marché aval grâce à l'affaiblissement des opérateurs concurrents. Afin d'y remédier, Altice s'est engagée à continuer d'offrir de la fibre optique noire dans des conditions au moins aussi avantageuses que celles concédées par SFR avant l'opération.

Effets verticaux entre les offres de gros très haut débit et l'accès de détail haut et très haut débit

L'Autorité a relevé que le nouvel ensemble serait en mesure de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage en matière de télécommunications fixes très haut débit dans la mesure où il disposerait d'une position importante tant sur le marché amont que sur le marché aval et de la capacité matérielle et commerciale de verrouiller l'accès aux intrants et de préempter par ce biais une partie significative de la clientèle.

En effet, même si Numericable avait, par le passé, permis à Bouygues Télécom d'utiliser le réseau câblé pour proposer ses propres offres très haut débit, aucune disposition légale n'imposait au nouvel ensemble d'octroyer un accès au réseau câblé à des tiers. Ainsi, à l'amont, Numericable constituait le seul offreur d'accès activé sur réseau très haut débit. En outre, en l'état du déploiement des réseaux très haut débit de fibre optique des concurrents, aucun autre opérateur n'était en mesure de couvrir l'empreinte du réseau de Numericable. De ce point de vue, l'opération avait pour effet d'accroître la dépendance des concurrents vis-à-vis des parties, en conditionnant leur capacité à proposer rapidement des offres de détail de très haut débit aussi étendues que celles de la nouvelle entité à l'accès à un réseau équivalent. La mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage des intrants aurait donc permis à la nouvelle entité de préempter une portion significative de la clientèle en aval. Cet effet était d'autant plus vraisemblable que l'opération avait également pour effet d'accroître considérablement la base d'abonnés de Numericable, dans un rapport de 1 à 6, par l'apport des abonnés haut débit de SFR. Les différentes hypothèses de migration des clients haut débit vers l'infrastructure très haut débit du nouvel ensemble, émanant tant des parties que du régulateur, étaient ainsi l'impact de l'opération sur l'utilisation du réseau de Numericable pour ses propres besoins et la diminution corrélative de l'intérêt de le valoriser par des contrats d'accès passés avec des tiers. La probabilité que les parties adoptent une stratégie de verrouillage ressortait en outre du caractère profitable de sa mise en œuvre pour le nouvel ensemble. Par ailleurs, la commercialisation d'offres très haut débit via le réseau câblé, doté de prises installées dans une large partie des logements éligibles à de telles offres, présente des avantages en termes d'accès direct aux clients susceptibles de faciliter une stratégie de préemption. Or, une fois les clients acquis par la nouvelle entité par le biais d'une prise coaxiale, ceux-ci auraient ensuite été difficilement contestables par les concurrents, dans la mesure où des travaux auraient été nécessaires dans les logements, à niveau de service équivalent.

Par ailleurs, l'Autorité a relevé que la concentration risquait de dégrader significativement les conditions de déploiement des réseaux de fibre optique dans la mesure où (i) la part de marché que pourrait escompter un concurrent en déployant un réseau de fibre optique sur la zone câblée diminuerait à l'issue de l'opération, réduisant mécaniquement les perspectives de rentabilité de ces réseaux ; et (ii) l'opération risquait d'entraîner le retrait de SFR du cofinancement des réseaux de fibre optique. Avant l'opération, SFR était en effet un acteur majeur du déploiement des réseaux de fibre optique, notamment par le biais de contrats de codéploiement conclus avec Bouygues Télécom et Orange, dont la concentration rendait l'exécution incertaine en zone câblée.

En conclusion, constatant que la nouvelle entité aurait la capacité et l'incitation à verrouiller l'accès à son réseau câblé à l'issue de l'opération, dans un contexte où les concurrents ne seraient pas en mesure de répliquer à court terme compte tenu des difficultés, structurelles ou engendrées par l'opération, à déployer leurs propres réseaux de fibre optique, l'Autorité a accepté un remède par lequel Altice s'est engagé à donner accès à son réseau câblé. Cet accès est adapté selon que l'opérateur demandeur est ou non un opérateur de réseau. Il a été conçu pour une durée de 5 années renouvelables, afin de couvrir une période suffisante pour permettre aux concurrents de déployer leurs propres infrastructures très haut débit sans subir de risque de préemption de clientèle. Le groupe Altice s'est également engagé à mettre en œuvre plusieurs mesures dont l'effet est de l'empêcher d'exploiter les relations contractuelles conclues entre SFR, Bouygues Télécom et Orange en vue de bloquer le déploiement ou l'accès à des réseaux de fibre optique cofinancés.

Effets verticaux sur les marchés de détail des services de télécommunications fixes spécifiques entreprises

Sur les marchés des services de télécommunications fixes à destination des entreprises, l'opération renforçait l'intégration verticale du nouvel ensemble, en conférant à Altice, d'une part, le contrôle des infrastructures et des activités de SFR sur le marché de gros des services de capacités sur le segment terminal et, d'autre part, des activités de SFR sur le marché aval de détail des services de télécommunications fixes spécifiques entreprises. Altice étant elle-même déjà active sur ces deux marchés, l'opération était susceptible de modifier ses incitations en rendant plus difficile l'accès des concurrents au marché amont, voire en les évinçant afin de favoriser ses activités en aval.

L'Autorité a estimé que la mise en œuvre d'une telle stratégie était d'autant plus crédible en l'espèce que les clients de la nouvelle entité sur le marché de gros sont aussi ses concurrents sur le marché de détail. Dans les zones où les parties étaient les seuls concurrents d'Orange sur le marché de gros et pour lesquels les clients ne disposaient pas d'alternative, l'opération entraînait un risque de restriction d'accès aux offres de services de capacités de la nouvelle entité ou d'augmentation du prix de ses offres. La capacité de verrouillage de la nouvelle entité a été constatée par l'Autorité dans la mesure où l'opération conduisait à la formation d'un duopole dans de nombreuses zones sur le marché de gros des services de

capacité sur le segment terminal. Dans ces zones, Orange aurait ainsi été incité à suivre les hausses de prix des parties. Par ailleurs, l'analyse de l'Autorité a démontré que la nouvelle entité serait effectivement incitée à verrouiller l'accès aux intrants compte tenu du positionnement tarifaire élevé d'Orange sur le marché de gros. La mise en œuvre d'une telle stratégie aurait rendu plus difficile l'accès aux intrants pour les concurrents et renchérit leurs coûts pour la construction d'offres de détail. Pour y remédier, Altice s'est engagé à céder son réseau dégroupé DSL sur cuivre et à proposer une offre de gros activée sur l'empreinte des réseaux de fibre optique dédiés de Comptel et SFR à des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires.

Décision 14-DCC-179 du 27 novembre 2014 relative à la prise de contrôle d'Omer Telecom Limited par Numericable Group

L'Autorité a en revanche écarté les risques d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux dans le cadre de la prise de contrôle d'Omer Telecom Ltd (ci-après «OTL») par Numericable, opération consécutive à celle par laquelle ce dernier a pris le contrôle de SFR. La nouvelle entité, présente en amont sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles, voyait sa part de marché renforcée à l'aval par l'acquisition des activités d'OTL sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Le renforcement de l'intégration verticale de Numericable appelait par conséquent l'examen du risque que le nouvel ensemble mette en œuvre une stratégie de verrouillage des intrants.

L'Autorité a donc évalué la probabilité d'un scénario de verrouillage en examinant si la nouvelle entité aurait, après l'opération, la capacité de verrouiller l'accès des opérateurs virtuels («MVNO») aux intrants. L'Autorité a ainsi constaté que, bien que disposant d'une position renforcée sur le marché de détail ainsi que sur le marché de gros, SFR, en tant que réseau mobile hôte disposant d'une licence d'exploitation et d'un réseau mobile *ad hoc* («MNO»), avait pris des engagements d'accueil de MVNO sur son réseau. L'Autorité a également relevé la présence d'offres alternatives à la nouvelle entité capables, en cas de report de demandes, d'accueillir des MVNO sur leurs propres réseaux.

S'agissant de l'incitation et de la capacité de la nouvelle entité à verrouiller l'accès à son réseau, l'Autorité a noté que deux raisons conduisaient à écarter une stratégie de verrouillage. Tout d'abord, la présence d'au moins deux offres alternatives sur le marché de gros (trois avec Free à moyen terme) réduisait considérablement la probabilité d'une telle hypothèse. Ensuite, l'Autorité a estimé que l'incitation de SFR à évincer les MVNO du marché de gros était limitée par le fait que de nombreux MVNO étaient, par leur positionnement de niches, des acteurs capables d'adresser une demande spécifique, qui n'était pas entièrement couverte par les offres des opérateurs MNO.

Enfin, en l'espèce, la mise en œuvre d'une stratégie de verrouillage de l'accès au marché de gros n'aurait que peu d'impact en termes de hausse de prix sur le marché de détail en raison de la politique tarifaire agressive d'un acteur, Free, et de la présence de deux opérateurs verticalement intégrés, Orange et Bouygues.

Par cette analyse, l'Autorité a estimé que la nouvelle entité n'aurait ni la capacité ni l'incitation à verrouiller l'accès à son réseau sur le marché de gros.

Les effets congloméraux

Une concentration concernant plusieurs marchés connexes est susceptible d'entraîner des effets congloméraux si l'entité issue de l'opération bénéficie d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier lui permettant d'évincer ou d'affaiblir la position de ses concurrents sur un autre marché. L'Autorité évalue la probabilité de tels scénarios en examinant si la nouvelle entité aurait la capacité de mettre en œuvre une telle stratégie, si elle aurait un intérêt économique à le faire et si cette stratégie aurait une incidence négative significative sur la concurrence des marchés en cause.

L'Autorité a consolidé sa pratique décisionnelle relative à ce type d'effets à l'occasion de l'examen de plusieurs opérations.

Décision 14-DCC-15 du 10 février 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de Mediaserv par Canal Plus Overseas

Ainsi, dans sa décision **14-DCC-15** du 10 février 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de Mediaserv par Canal Plus Overseas (« COS »), l'Autorité a identifié un risque congloméral entre les marchés de la télévision payante et ceux de l'accès Internet. En effet, COS, qui commercialise déjà la majeure partie des abonnements de télévision payante des départements d'outre-mer, aurait pu s'appuyer sur sa base d'abonnés pour commercialiser des offres de détail d'accès à Internet et de téléphonie à un tarif comportant une remise de couplage, la rentabilité de l'offre globale étant assurée par la marge dégagée sur l'abonnement télévisuel. Une telle stratégie n'aurait pas pu être efficacement contrée par les autres fournisseurs d'accès à Internet, compte tenu notamment de contraintes techniques limitant l'éligibilité des ménages à la télévision par l'ADSL. La stratégie de couplage du nouvel ensemble, étayée par ses documents internes, aurait permis à COS de favoriser la position de Mediaserv sur les marchés de la distribution d'accès Internet, d'y marginaliser ses concurrents et d'y menacer à terme les incitations à innover et à y maintenir des offres diversifiées en prix et en qualité.

Pour y remédier, la partie notificante s'est engagée à ne mettre en œuvre aucun couplage commercial ni technique et à ne pas créer d'obligation d'achat entre les offres de télévision payante de COS et d'accès Internet de Mediaserv, en s'interdisant de commercialiser ces dernières à un tarif inférieur aux coûts totaux moyens. La partie notificante s'est en outre engagée à donner la possibilité aux abonnés des deux offres de les résilier à l'issue d'une période d'abonnement initiale d'un an.

Décision 14-DCC-41 du 24 mars 2014 relative à la prise de contrôle conjoint d'actifs vinicoles par les sociétés Castel Frères et Domaines Listel

Dans sa décision **14-DCC-41** du 24 mars 2014 relative à la prise de contrôle conjoint d'actifs vinicoles par les sociétés Castel Frères et Domaines Listel, l'opération ayant pour effet d'élargir le portefeuille de marques du groupe Castel en vins tranquilles et effervescents, l'Autorité a examiné les risques de ventes liées ou groupées par la nouvelle entité. En effet, Castel jouissait d'une position importante sur plusieurs marchés de l'approvisionnement des grandes et moyennes surfaces («GMS») en vins tranquilles et effervescents sous marque de fabricant («MDF»), tandis qu'il était déjà un acteur important sur les marchés des marques de distributeur («MDD»). L'hypothèse de ventes liées ou groupées entre les vins sous MDF et les vins sous MDD a toutefois été écartée dans la mesure où les négociations commerciales sont conduites de manière séparée pour les MDD et les MDF et s'effectuent par le biais d'appels d'offres et de contrats de référencements. Il ressortait en revanche de l'instruction que les négociations sont généralement conduites en commun pour les différentes marques de chaque fournisseur en vin tranquille. L'Autorité a néanmoins constaté que chacune des sociétés du groupe Castel disposait de sa propre force de vente et négociait elle-même avec les enseignes de la grande distribution sur toutes les marques de vin dont elle a la charge, aucune n'étant présente sur la totalité de la gamme. En outre, le groupe Castel n'était pas en mesure, à l'issue de l'opération, de décider seul de la stratégie commerciale des actifs Listel, dont Castel ne détiendrait que le contrôle conjoint. Notant enfin l'existence d'alternatives pour les fournisseurs, l'Autorité a estimé que la possibilité de substituer des MDD aux MDF conférait un pouvoir de négociation significatif aux GMS et a écarté tout risque d'atteinte à la concurrence par la mise en œuvre d'effets congloméraux.

Décision 14-DCC-50 du 2 avril 2014 l'Autorité qui a réexaminé la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8 et Direct Star par Vivendi SA et Groupe Canal Plus

Dans sa décision **14-DCC-50** du 2 avril 2014 l'Autorité a réexaminé la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8 et Direct Star par Vivendi SA et Groupe Canal Plus («GCP»), après l'annulation d'une première décision d'autorisation par une décision du Conseil d'État du 23 décembre 2013. L'opération permettait à GCP, principal opérateur de télévision payante en France, d'étendre ses activités à la télévision gratuite généraliste. L'opération permettait donc à GCP de prendre appui sur sa position prééminente sur les marchés amont de l'acquisition de droits pour une exploitation en télévision payante pour favoriser ses achats de droits de diffusion en clair de séries et films américains et de films d'expression originale française («EOF»).

L'Autorité a relevé que GCP, en position de monopsonne pour l'acquisition de droits de diffusion en télévision payante de films américains et principal acteur du préachat de films EOF, avait la capacité de mettre en œuvre un effet de levier

par le biais d'achats groupés ou liés de droits de diffusion en télévision payante et gratuite. S'agissant en particulier des films EOF, que les producteurs commercialisent désormais en distinguant plusieurs fenêtres de diffusion en clair, la mise en œuvre d'un effet de levier ciblant les deuxième et troisième fenêtres en clair aurait pu obérer la capacité d'amortissement par les autres chaînes gratuites de leur investissement dans la première fenêtre, en les privant de fenêtres complémentaires. Pour y remédier, GCP a renforcé ses engagements plafonnant ses acquisitions de films français en étendant ce plafonnement à l'ensemble des fenêtres de diffusion en clair. Le reste du dispositif correctif a été maintenu en l'état.

Décision 14-DCC-123 du 21 août 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brasserie Lorraine par la société Antilles Glaces

Enfin, dans sa décision **14-DCC-123** du 21 août 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brasserie Lorraine par la société Antilles Glaces, l'Autorité a relevé que l'opération conférerait à la nouvelle entité la possibilité d'exploiter, par un effet de levier, sa forte position sur les marchés de l'approvisionnement en boissons gazeuses sans alcool et jus de fruits en Martinique, pour favoriser le développement de son activité de distribution de bière auprès des GMS et des établissements actifs dans la consommation hors domicile (« CHD »).

Les achats de boissons sans alcool et de bière sont en effet complémentaires pour les GMS et les établissements de CHD, les marchés de la distribution de ces deux types de boissons comprenant une large base commune de clients. En outre, alors que plusieurs marques distribuées par la nouvelle entité présentaient un caractère incontournable, aucun autre opérateur local ne disposait d'une gamme aussi étendue avec un portefeuille de marques d'une notoriété équivalente. L'incitation pour la nouvelle entité à mettre en œuvre un effet de levier résidait dans le fait que l'un des objectifs de l'opération était d'augmenter la production de bière de la cible et qu'une stratégie de couplage lui aurait permis de garantir des débouchés pour cette production supplémentaire. Cette incitation était particulièrement importante auprès des établissements de CHD, faute de disposer d'un suffisant pouvoir de négociation.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence, la partie notifiante s'est interdit toute forme de couplage entre la vente de bières et celle d'autres produits, en s'engageant à confier la commercialisation et la distribution de bière à une ou plusieurs entités juridiques distinctes de ses autres activités et indépendantes des autres filiales du groupe.

Le risque de coordination des sociétés mères

La création d'une entreprise commune peut entraîner un risque d'atteinte à la concurrence résultant de la coordination entre sociétés mères si celles-ci restent simultanément présentes sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes à ceux sur lesquels l'entreprise commune opère. Ce risque est analysé au regard de trois critères cumulatifs : l'existence d'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 vraisemblance d'un scénario de coordination, qui non seulement doit être possible, mais également présenter un intérêt économique pour les maisons mères; l'effet sensible de la coordination sur la concurrence.

En ce qui concerne le premier critère, 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. Dans la décision **14-DCC-53** du 11 avril 2014 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Kyro Concept par le groupe Fimalac aux côtés de la Fnac, Fimalac était présente sur les marchés de la production et l'organisation de spectacles ainsi que l'exploitation de salles, tandis que la Fnac était active en amont sur le marché de la distribution de billets. L'ensemble de ces marchés était connexe au marché de la gestion informatique de la billetterie sur lequel l'entreprise commune, Kyro Concept, devait être active. Néanmoins, le lien de causalité n'a pu être établi au regard du caractère marginal que revêtait le chiffre d'affaires attaché à la gestion informatique de la billetterie par rapport aux chiffres d'affaires issus de la distribution de billets ou de la production de spectacles, et qui empêchait de reconnaître à l'entreprise commune la qualité d'« *importance essentielle* ». Le risque de coordination des sociétés mères a donc pu être écarté.

Les deux autres critères de vraisemblance et d'effet sensible sont étroitement liés, dans la mesure où la coordination des politiques des maisons mères sera d'autant plus vraisemblable qu'elle sera rentable, et donc qu'elle aura un effet sensible sur les marchés. L'éventualité d'une coordination entre sociétés mères est dans ce cadre analysée notamment au regard de l'importance de la position des sociétés mères sur les marchés concernés. Dans sa décision **14-DCC-41** du 24 mars 2014 relative à la prise de contrôle conjoint d'actifs vinicoles par les sociétés Castel Frères et Domaines Listel, l'Autorité a ainsi pu écarter ce risque de coordination en se fondant sur la présence marginale du groupe Vranken, l'une des sociétés mères, sur les marchés de l'approvisionnement en vins tranquilles où elle était simultanément active avec l'autre société mère, le groupe Castel.

Les effets coordonnés et les liens structurels entre concurrents

Une opération peut 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 leur comportement, 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 de manière indépendante, en fonction de ses intérêts propres.

La jurisprudence européenne et nationale⁵⁶ a identifié trois conditions qui doivent être vérifiées pour la démonstration de tels effets : (i) les membres de l'oligopole doivent être capables de connaître le comportement des autres membres (condition de détection), (ii) ils doivent être incités à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune (condition de dissuasion) et (iii) les concurrents et/ou les consommateurs doivent être dans l'incapacité de remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune (condition de non-contestation). La Cour de justice⁵⁷ a par ailleurs souligné qu'une coordination tacite n'est possible que si les entreprises sont en mesure de comprendre l'objectif commun et les moyens d'y parvenir. Dans sa décision **14-DCC-160**, l'Autorité de la concurrence a analysé si la conservation par Vivendi d'une participation de 20% dans Numericable était susceptible de favoriser la coordination tacite des comportements de Vivendi, dont sa filiale Groupe Canal Plus (« GCP »), et de Numericable sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision payante. L'Autorité a relevé, conformément à ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, que des liens structurels peuvent en effet faciliter la mise en œuvre d'effets coordonnés, dans la mesure où ils « *fédèrent les intérêts des oligopoleurs et favorisent ainsi la convergence de leur vision respective quant aux modalités de coordination* ». Elle précise toutefois que de tels liens ne sont qu'un indice pertinent dans le faisceau qu'il convient de réunir pour atteindre le standard de preuve requis par la jurisprudence.

L'Autorité procède donc à l'examen de ces conditions posées par la jurisprudence. Au titre de la condition de détection, elle a apprécié si Vivendi et Numericable étaient en mesure de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement d'une coordination et à une compréhension mutuelle des stratégies pouvant ou non être considérées comme conformes à une ligne d'action commune sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision payante. L'Autorité a toutefois constaté que Vivendi et Numericable ont, sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes, des référentiels différents pour l'élaboration de leur stratégie d'acquisition de droits. À cet égard, les injonctions auxquelles GCP est soumis à la suite de la décision 12-DCC-100 encadrent strictement son comportement et tendent ainsi à prévenir le risque de convergence de sa stratégie et de celle de Numericable. Ainsi, l'adoption d'une action coordonnée qui aurait pour objet de dégrader la rémunération des chaînes ou de répartir les droits entre les deux opérateurs aurait en effet risqué de placer GCP en situation d'infraction vis-à-vis de ses obligations. L'Autorité a également souligné que GCP et Numericable évoluent dans des périmètres concurrentiels distincts (câble pour Numericable et autres plates-formes pour GCP), ce qui rendait peu probable une appréciation commune des modalités de fonctionnement d'une coordination. L'Autorité a considéré dans ces conditions que la condition de détection n'est pas satisfaite, en dépit du lien capitalistique existant

56. Voir, notamment, TPIUE, 6 juin 2002, T-342/99, *Airtours c/Commission*, Rec. p. II-2585, et CE *Fiducial Audit et Fiducial Expertise*, 31 juillet 2009, n° 305903.

57. CJCE, *Impala*, 10 juillet 2008, C-430-06.

entre Vivendi et Numericable, et a écarté le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets coordonnés.

L'Autorité de la concurrence a néanmoins considéré que l'existence d'un lien structurel entre les deux opérateurs, en ce qu'il permettait un droit d'accès de Vivendi à l'information stratégique de Numericable, grâce notamment à sa présence au conseil d'administration et de comités internes de Numericable, était de nature à créer un risque concurrentiel. À l'issue de la concentration, Vivendi, par l'intermédiaire de GCP, aurait ainsi pu mettre à profit cet avantage informationnel afin de restreindre la concurrence sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes, sans qu'une coordination soit nécessaire. De même, le potentiel concurrentiel du nouvel ensemble sur les marchés ultramarins de la distribution d'accès à Internet risquait d'être contraint par la capacité de Vivendi à anticiper toute offensive commerciale. Pour y remédier, Numericable s'est engagé à ne communiquer aucune information stratégique à Vivendi au titre de sa participation minoritaire au capital.

De la même manière, dans sa décision **14-DCC-57**, l'Autorité de la concurrence a constaté que l'opération notifiée entraînait la disparition d'un acteur indépendant du marché de la fourniture de lait de consommation UHT et augmentait le taux de concentration d'un marché déjà oligopolistique, les quatre premiers opérateurs à l'issue de l'opération détenant entre 85 et 90% du marché du lait de consommation selon les segmentations envisagées. Elle a néanmoins écarté le risque d'atteinte à la concurrence par le biais d'effets coordonnés.

L'Autorité a constaté en premier lieu l'existence d'une importante asymétrie entre les principaux opérateurs et, par conséquent, entre leurs intérêts stratégiques respectifs. Alors que certains concurrents étaient de petites entreprises opérant essentiellement sur le marché français, des opérateurs comme les parties étaient adossés à des groupes multinationaux et commercialisaient une large gamme de produits. Cette asymétrie se retrouvait également dans le type de produits commercialisés, la détention de marques notoires et dans les moyens affectés à la commercialisation des produits. Dans ces conditions, l'Autorité a considéré qu'une définition commune de la manière dont devrait fonctionner une coordination aurait été peu probable. L'Autorité a également relevé que l'opacité du marché concerné par l'opération, les modes de négociation des prix avec la grande distribution et le contre-pouvoir de la clientèle des parties contribuaient à rendre un équilibre collusif sur ce marché difficilement soutenable. L'Autorité a enfin retenu que la disproportion entre les principaux producteurs de lait de consommation rendait peu crédible le fait que l'opération puisse, en renforçant la position d'Orlait sur le marché concerné par l'opération, lui donner la possibilité d'assurer la discipline d'une éventuelle coordination.

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.

Ces mesures peuvent soit être proposées par les parties en application de l'article L. 430-5, II du Code de commerce en phase 1 ou de l'article L. 430-7, II en phase 2, soit être imposées par l'Autorité en application de l'article L. 430-7, III du même code. Les mesures proposées par les parties doivent permettre, une fois mises en œuvre, de mettre un terme aux problèmes concurrentiels recensés. À ce titre, l'Autorité vérifie, tout en veillant à la neutralité et à la proportionnalité des mesures correctives, que les engagements remédient effectivement aux problèmes concurrentiels identifiés, et que leur mise en œuvre sera rapide et certaine. Elle s'assure également qu'il sera possible de contrôler le respect de ces mesures.

En 2014, l'Autorité a autorisé dix opérations sous réserve de la mise en œuvre d'engagements déposés par les parties. Les mesures correctives prévues sont souvent destinées à agir sur la structure des marchés concernés. Des engagements ou injonctions visant à contraindre le comportement futur des entreprises concernées complètent ces engagements structurels, ou sont prévus à titre principal lorsqu'aucune mesure structurelle ne s'avère proportionnée aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés.

Les mesures structurelles

Comme en 2013, des problèmes de concurrence liés aux effets horizontaux d'une concentration ont pu être corrigés de façon 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.

Décision 14-DCC-10 du 28 janvier 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par Point P de cinq points de vente détenus par Wolseley France Bois et matériaux

L'acquisition par Point P de cinq agences cibles sous enseignes Coverpro et Réseau Pro était susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés de la distribution de matériaux de couverture par les agences généralistes et spécialistes dans les zones de Corneilles (27) et de Sainte-Marie-des-Champs (76). Dans ces zones, définies avec les données collectées par les points de vente cibles sur la localisation réelle des clients représentant 80% de leurs ventes, l'opération conférait au nouvel ensemble une part de marché comprise entre 60 et 70%.

En conséquence, Point P s'est engagé à ne pas acquérir les points de vente de Corneilles et Sainte-Marie-des-Champs.

Décision 14-DCC-11 du 28 janvier 2014 relative à la prise de contrôle par la société Franprix Leader Price Holding de 47 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire Le Mutant

L'acquisition par Franprix Leader Price Holding, filiale du groupe Casino, des magasins cibles conduisait à la création d'une position dominante de Casino dans la zone d'Izon (33), où la nouvelle entité aurait représenté 50 à 60% des surfaces de vente. L'Autorité a également relevé que l'opération conduisait à la création de duopoles entre Casino et Intermarché dans les zones de Labouheyre (40) et Beaumont-de-Lomagne (82) (Casino détenant une part de marché respectivement de 40-50% et de 60-70%). Le groupe Casino s'est donc engagé à céder les supermarchés cibles dans ces trois zones.

Décision 14-DCC-71 du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation

Pour remédier aux effets horizontaux entraînés par l'acquisition de Nocibé par Advent, société mère de Douglas, l'Autorité a accepté les engagements proposés portant sur 38 points de vente de parfums et cosmétiques de luxe dans 32 zones de chalandise. Les engagements ont consisté en la cession de 13 points de vente intégrés et à la résiliation des contrats de franchise de 25 magasins. Advent s'est en outre engagée à rechercher, pour ces 25 points de vente, des solutions de remplacement au contrat de franchise actuellement en vigueur avec Douglas ou Nocibé. Ces solutions de remplacement peuvent consister à franchiser ou céder le point de vente à un autre opérateur du secteur des parfums et cosmétiques de luxe. L'objectif de ces engagements est de permettre le maintien d'une situation concurrentielle équilibrée en limitant la position de Douglas à un niveau inférieur à 50% de parts de marché ou en supprimant l'addition de parts de marché engendrée par l'acquisition de Nocibé. Ces engagements garantissent aux consommateurs le maintien d'une offre concurrentielle et diversifiée pour leurs achats de parfums et cosmétiques de luxe. Ainsi, pendant dix ans, Advent ne pourra pas reprendre les magasins cédés, ni acquérir sur ceux-ci une influence directe ou indirecte.

Décision 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS

L'acquisition par Carrefour de l'ensemble des magasins Dia en France conduisait à la création ou au renforcement de la position dominante de Carrefour sur le marché de la distribution alimentaire dans 56 zones de chalandise, dont 12 sont situées à Paris, correspondant à des temps de trajet à pied ou en voiture en fonction de la taille et de la localisation des magasins cibles. Dans ces zones, l'Autorité a constaté que les points de vente des parties cumulaient de très fortes parts de marché, sans que les concurrents présents ne puissent exercer une pression

concurrentielle suffisante pour contraindre le comportement de la nouvelle entité, notamment en termes de prix. Dans les zones concernées, les parties intervenaient par le biais de magasins intégrés ou de points de vente qui font l'objet d'un contrat de franchise. Carrefour s'est ainsi engagée à céder 50 magasins intégrés. Pour six magasins supplémentaires exploités sous franchise, Carrefour s'est engagée à mettre fin aux contrats de franchise en vigueur. De plus, Carrefour ne pourra pas pendant dix ans acquérir ou franchiser les magasins dont il s'est séparé. Ces mesures visent à maintenir une situation concurrentielle équilibrée en supprimant l'addition de parts de marché engendrée par l'acquisition de Dia.

Décision 14-DCC-82 du 12 juin 2014 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe Park&Suites et du groupe GMI par le groupe M Finance et le fonds d'investissement Equistone

L'acquisition du contrôle conjoint de Park&Suites par M Finance et Equistone éliminait la concurrence entre Appart'City et Park&Suites, créant un quasi-monopole sur le marché des résidences de tourisme à Annemasse (74). Les parties notifiantes se sont donc engagées à céder une résidence Park&Suites classée deux étoiles à Annemasse. En cas d'échec de cette cession, les parties notifiantes se sont engagées à céder une résidence classée trois étoiles à Gaillard, permettant de ramener la part de marché de Park&Suites à un niveau inférieur à celui prévalant avant l'opération.

Décision 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice

L'Autorité a constaté que la prise de contrôle de SFR par Altice-Numericable était susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le secteur des télécommunications notamment dans les départements ultramarins de la Réunion et de Mayotte, dans lesquels l'opération renforçait, par des effets horizontaux, la position dominante de SFR en matière de téléphonie mobile.

Pour y remédier, Altice s'est engagé à céder les activités de téléphonie mobile d'Outremer Télécom, sa filiale de téléphonie mobile avant l'opération, à la Réunion et à Mayotte, de manière à éliminer tout chevauchement d'activité dans ce secteur. Ces activités comprennent les activités d'Outremer Télécom sur le marché de détail de la téléphonie mobile et l'intégralité des boutiques d'Outremer Télécom. Cet engagement permettra l'émergence d'un nouveau compétiteur crédible sur les marchés de la téléphonie mobile et garantira le maintien d'une concurrence effective. L'engagement permettra ainsi de maintenir constant le nombre d'opérateurs mobiles dans ces territoires au bénéfice des consommateurs (prix, variété de l'offre).

Le bilan des cessions dans le cadre de la décision *Casino-Monoprix*

Dans la décision 13-DCC-90 relative à la prise de contrôle exclusif de Monoprix par Casino, l'Autorité a accepté les engagements consistant à céder une surface de vente à dominante alimentaire donnée (ou à mettre fin à des contrats d'affiliation) dans 47 zones de chalandise parisienne et trois zones de chalandise en province. À cette fin, Casino s'était engagé auprès de l'Autorité à céder la propriété de 50 magasins intégrés et à résilier les contrats d'affiliation de huit magasins affiliés. À défaut de conclusion des cessions ou de résiliation des contrats pour les points de vente initialement listés, Casino avait la possibilité d'y substituer tout autre point de vente situé dans les zones concernées à condition que l'engagement en termes de surfaces de vente soit respecté. L'Autorité a ainsi été amenée à accepter trois demandes de substitution de magasins.

À ce jour, les magasins concernés par les engagements pris par Casino ont tous fait l'objet soit d'une cession soit d'une résiliation des contrats d'affiliation. Au cours de l'année 2014, l'Autorité a ainsi agréé la reprise de magasins par les groupes ou des commerçants affiliés à G20 (Diapar), A2Pas (Auchan), ITM (Groupement des Mousquetaires), Système U et Marks & Spencer. De plus, les anciens affiliés Casino ont tous contracté avec une nouvelle enseigne de distribution alimentaire. L'intégralité des engagements pris par Casino dans le cadre de la décision 13-DCC-90 a donc été réalisée et a notamment permis l'entrée, sur le marché parisien, d'enseignes qui n'y étaient préalablement pas présentes ou l'extension des activités d'enseignes concurrentes.

Les mesures comportementales

Décision 14-DCC-15 du 10 février 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de Mediaserv, Martinique Numérique, Guyane Numérique et La Réunion Numérique par Canal Plus Overseas

Dans la décision **14-DCC-15**, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Mediaserv et des sociétés chargées des délégations de service public des réseaux fibres dans les départements de Guyane, Martinique et de la Réunion par GCP via sa filiale Canal Plus Overseas (« COS »), l'Autorité a identifié plusieurs risques d'atteintes concurrentielles liées aux effets horizontaux de l'opération sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision payante ainsi que sur les marchés aval de la distribution de service de télévision payante. De plus, l'opération était susceptible de générer des effets verticaux en matière d'édition et de distribution de chaînes de télévision payante. Enfin, l'opération entraînait des risques concurrentiels par le biais d'effets congloméraux sur les marchés aval de la distribution de service de télévision payante et de la distribution d'accès à Internet.

Afin d'y remédier, GCP a pris plusieurs engagements. En premier lieu, afin de permettre aux autres fournisseurs d'accès à Internet (« FAI ») de distribuer les

offres de Canal Plus à des conditions tarifaires équivalentes à celles dont bénéficie Mediaserv, GCP s'est engagé à leur donner, s'ils en font la demande, la possibilité de distribuer les offres de COS (Canal Plus et CanalSat) en autodistribution dans des conditions techniques et tarifaires transparentes, objectives et non discriminatoires. GCP s'est également engagé à ce que les conditions faites aux abonnés via les plates-formes Internet concurrentes ne soient pas moins favorables que celles offertes aux abonnés de Mediaserv. En outre, GCP s'est engagé à ne donner à Mediaserv aucune exclusivité sur les chaînes qu'il édite. Toute chaîne éditée par Canal Plus et qui serait distribuée par Mediaserv sera donc mise à disposition des autres FAI dans des conditions tarifaires transparentes, objectives et non discriminatoires.

En second lieu, pour éviter que Canal Plus ne s'appuie sur sa base d'abonnés en télévision payante pour favoriser ses propres ventes de services de fourniture d'accès à Internet, Canal Plus s'est engagé à ne pas commercialiser des offres associant les offres de télévision payante de Canal Overseas et les offres d'accès à Internet de Mediaserv à des tarifs inférieurs aux tarifs pratiqués individuellement pour chacune de ces offres, ou avec des avantages techniques ou commerciaux qui ne seraient pas accessibles aux abonnés à une seule de ses offres. Par ailleurs, les offres de Mediaserv ne pourront être tarifées en dessous de leurs coûts totaux moyens. La souscription aux offres de télévision payante de Canal Overseas, d'une part, et aux offres d'accès à Internet de Mediaserv, d'autre part, restera distincte et les abonnés aux deux offres auront la possibilité de résilier les deux à l'issue d'une période d'abonnement initiale d'un an. Les abonnés quittant Mediaserv mais souhaitant garder leur abonnement à « *Canal Plus Les Chaînes* » ou à CanalSat auront la garantie de pouvoir faire porter leur abonnement vers un autre FAI.

En dernier lieu, et afin de remédier à la dépendance des chaînes indépendantes vis-à-vis de Canal Overseas et lever les obstacles au développement des chaînes indépendantes en donnant aux éditeurs de chaînes les moyens d'arbitrer entre les offres de distribution de Canal Plus et celles des autres opérateurs de télévision payante, Canal Plus s'est engagé à valoriser de manière distincte la distribution des chaînes en exclusivité sur chaque plate-forme d'opérateur concurrent, quel que soit le nombre d'abonnés de cet opérateur⁵⁸. Canal Plus Overseas devra ainsi faire des offres de distribution aux chaînes en segmentant sa proposition de rémunération plate-forme par plate-forme afin que les chaînes puissent comparer et arbitrer entre les offres proposées par les autres opérateurs. En outre, pour lever les obstacles liés à l'éligibilité limitée de la télévision par Internet dans les DROM, Canal Plus s'est aussi engagé à conclure des accords par lesquels il mutualisera ses capacités satellitaires de diffusion avec les opérateurs de télévision payante qui lui en feront la demande, s'ils justifient d'accords de distribution avec les chaînes comprises dans l'offre CanalSat.

58. Cette mesure avait été limitée aux plates-formes justifiant de plus de 500 000 abonnés dans les injonctions prononcées par l'Autorité dans la décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012. Les effets de la présente opération, qui risquent de renforcer la dépendance économique des chaînes, justifient d'étendre cette mesure sans limitation de base d'abonnés de façon à faire jouer la concurrence sur chacune des plates-formes de diffusion dans les DROM, y compris celles des plus petits opérateurs.

L'ensemble de ces engagements a été pris par les parties pour une durée de 5 ans. L'Autorité pourra renouveler une fois, pour 5 ans supplémentaires, la mise en œuvre de tout ou partie de ces mesures si l'analyse concurrentielle l'exige.

Décision 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus

Par sa décision **14-DCC-50**, l'Autorité a de nouveau, sous réserve de plusieurs engagements, autorisé l'acquisition par Vivendi et Groupe Canal Plus des sociétés D8, D17, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia après qu'une première décision d'autorisation (12-DCC-101) eut été annulée par décision du Conseil d'État du 23 décembre 2013. Les engagements de nouveau pris par GCP et Vivendi sont identiques à ceux pris lors de la précédente autorisation de 2012 à l'exception de celui portant sur l'acquisition des droits des films français, qui a été renforcé. En effet, le Conseil d'État, dans sa décision du 23 décembre 2013, a notamment estimé que l'engagement pris sur l'acquisition des droits des films français devait être renforcé pour tenir compte du risque concurrentiel lié à l'achat des deuxième et troisième fenêtres de diffusion en clair. Il a précisé cependant que sa décision ne prendrait effet qu'à compter du 1^{er} juillet 2014, de manière à permettre à l'Autorité de prendre une nouvelle décision avant cette date.

Réexaminant l'opération au regard de la situation concurrentielle contemporaine à la nouvelle notification de l'opération, l'Autorité a obtenu une amélioration notable des engagements proposés sur les droits d'acquisition des films français, le reste du dispositif étant maintenu.

Pour les films français inédits, les parties se sont ainsi engagées à ne pas préacheter au cours d'une même année calendaire les droits de diffusion payante et en clair d'un même film pour plus de 20 œuvres cinématographiques et à consacrer la majorité de leurs investissements aux films de moyen budget (films « *du milieu* »), sans pouvoir préempter les droits d'un nombre important de films à gros budget (au maximum 2 films d'un devis de plus de 15 millions d'euros, 3 d'un devis compris entre 10 et 15 millions d'euros et 5 films d'un devis compris entre 7 et 10 millions d'euros). Cet engagement est sensiblement similaire à celui antérieurement souscrit auprès de l'Autorité, mais son champ est étendu à tout préachat, ce qui permet de couvrir l'intégralité des fenêtres de diffusion vendues par les producteurs lorsqu'ils organisent le financement du film. Cet engagement inclut aussi les éventuels achats de GCP, une fois le film produit, des droits de diffusion en clair de films jusqu'à 72 mois après leur sortie en salle, durée qui correspond aux trois fenêtres de diffusion en clair.

L'ensemble de ces engagements a été pris par les parties pour une durée courant jusqu'au 23 juillet 2017. L'Autorité pourra renouveler une fois, pour 5 ans supplémentaires, la mise en œuvre de tout ou partie de ces mesures si l'analyse concurrentielle à laquelle elle procédera avant le terme de la première période d'engagement le requiert.

Décision 14-DCC-123 du 21 août 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brasserie Lorraine par la société Antilles Glaces

Dans la décision **14-DCC-123**, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brasserie Lorraine par la société Antilles Glaces, l'Autorité a identifié des risques d'effets verticaux sur le marché de la vente de bières aux établissements de consommation hors domicile («CHD») en Martinique par l'intermédiaire des entrepositaires-grossistes, d'une part, et des effets congloméraux sur le marché de la vente de boissons à destination de la GMS et des établissements CHD en Martinique, d'autre part.

Sur le circuit CHD de distribution de bières, les établissements martiniquais ont recours à un intermédiaire entre le brasseur de bière local Brasserie Lorraine et les importateurs-grossistes pour les bières en provenance de métropole ou de l'étranger, lesquels assurent des prestations logistiques et marketing. Brasserie Lorraine distribue l'unique bière locale (Lorraine) et en qualité d'importateur-grossiste des bières du groupe Heineken (Heineken et Desperados). L'Autorité a mis en évidence qu'à l'issue de l'opération, la nouvelle entité aurait intérêt à se substituer aux entrepositaires-grossistes pour assurer elle-même la distribution des bières Lorraine, Heineken et Desperados aux établissements de CHD grâce aux capacités de stockage et de distribution dont disposent tant Brasserie Lorraine que la société Antilles Glaces, cette dernière jouissant par ailleurs sur l'île de la Martinique d'une position de leader sur les marchés connexes des boissons gazeuses sans alcool («BGSA») et des jus de fruits.

Afin de remédier aux risques d'une stratégie de verrouillage par les intrants au détriment des entrepositaires-grossistes, Antilles Glaces a pris une série d'engagements. En premier lieu, Antilles Glaces s'est engagée à proposer, avec un préavis suffisant conforme aux pratiques commerciales en vigueur, à chacun des entrepositaires-grossistes ayant contracté avec Brasserie Lorraine, le renouvellement annuel de son contrat qui devrait s'effectuer à des conditions commerciales objectives, transparentes et non discriminatoires et qui ne pourront être moins favorables aux conditions actuelles. À cet égard, Antilles Glaces s'est engagée devant l'Autorité à ce que le caractère non discriminatoire de ces conditions s'apprécie tant en fonction de celles consenties à des opérateurs tiers que des conditions qu'AG pourrait s'appliquer à lui-même s'il décidait d'internaliser une partie de ses activités de distribution aux établissements CHD.

En second lieu, pour remédier aux effets congloméraux de l'opération, Antilles Glaces s'est interdit toute forme de couplage entre la vente de bières et la vente d'autres produits par le groupe. À cet égard, Antilles Glaces s'est engagée à confier la commercialisation et la distribution de bière du groupe à une ou plusieurs entités juridiques distinctes de ses autres activités de commercialisation et de distribution. Par ailleurs, Antilles Glaces s'est engagée à doter ces entités dédiées de tous les moyens nécessaires pour l'exercice de leur activité. Ainsi, Antilles Glaces s'est obligée à confier la distribution des bières de marque Corsaire et Malta du Corsaire en Martinique à un distributeur tiers avant le 31 mars 2015.

Décision 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice

Pour prévenir les risques concurrentiels identifiés dans le cadre de cette opération et détaillés dans les développements précédents relatifs aux effets verticaux et congloméraux, Numericable et la société mère Altice ont souscrit auprès de l'Autorité plusieurs engagements comportementaux.

Tout d'abord, Altice-Numericable s'est engagé à ouvrir son réseau câblé à ses concurrents (Orange, Bouygues Télécom, Free, MVNO). Cette mesure permettra aux FAI de distribuer leurs offres et de proposer leur box via le câble sans devoir attendre que les déploiements des réseaux de fibre optique soient achevés. Ces opérateurs pourront donc concurrencer efficacement la filiale du groupe Altice en proposant leurs services de télécommunications très haut débit sur le réseau câblé. Cet engagement est donc prévu à titre transitoire, le temps que les concurrents déploient leurs réseaux de fibre optique. En remplaçant les concurrents sur un pied d'égalité, il permettra d'éviter que Numericable ne capture l'essentiel de la clientèle très haut débit. L'offre d'accès sera soumise à l'agrément de l'Autorité. Elle devra, en tout état de cause, être proposée à un prix excluant tout effet de ciseau tarifaire et laissant un espace économique suffisant aux concurrents pour développer leurs offres.

Ensuite, pour remédier aux effets de l'opération en matière de services de télécommunications dédiés aux entreprises, Numericable a pris des engagements concernant les deux types d'accès vendus sur ce marché. Premièrement, pour les accès sur réseau de cuivre, Numericable s'est engagé à céder le réseau DSL de Completel à un opérateur capable d'animer la concurrence sur le marché. Deuxièmement, Numericable proposera aux opérateurs du marché de détail spécifique aux entreprises d'accéder à ses boucles locales de fibre optique par le biais d'une offre de gros activée sur l'ensemble des réseaux de SFR et Completel.

Enfin, pour remédier aux effets liés à la détention d'une participation minoritaire de Vivendi dans le nouvel ensemble, Numericable s'est engagé à ne communiquer à Vivendi aucune information commerciale stratégique concernant les marchés sur lesquels ces deux groupes sont en concurrence, ou le deviendraient pendant la durée des engagements. Cette obligation de confidentialité s'applique notamment aux informations relatives (i) aux marchés intermédiaires de la télévision payante (cession des chaînes par les éditeurs aux opérateurs télécoms pour la constitution de bouquets de chaînes), (ii) aux marchés aval de la distribution de services de télévision payante et (iii) aux marchés ultramarins des télécommunications. Elle sera contrôlée par un tiers de confiance qui participera aux réunions des conseils d'administration et aux comités d'audit de Numericable Group pour s'assurer qu'aucune information sensible n'est communiquée.

Comme pour l'engagement de cession, ces engagements sont pris pour une durée de 5 ans renouvelable une fois.

Décision 14-DCC-167 du 13 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline sud-européen par Total SA

Dans la décision **14-DCC-167**, relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline sud-européen (« SPSE ») par Total SA, l'Autorité a constaté que l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés du stockage de pétrole brut et de produits raffinés. Le changement de mode de gouvernance à l'issue de l'opération permettait désormais à Total Raffinage France (« TRF ») de disposer d'une minorité de blocage au sein du conseil d'administration de SPSE sur les décisions stratégiques de cette dernière. Or, contrairement aux activités de transport de produits pétroliers par oléoduc dont les tarifs applicables et l'approvisionnement des sociétés tierces font l'objet d'un encadrement réglementaire, l'allocation des capacités de stockage de pétrole brut est en revanche uniquement régie par les règles internes à SPSE. À cet égard, s'agissant des modalités d'allocation des capacités de stockage entre actionnaires et non-actionnaires de SPSE, les actionnaires disposent d'une priorité des stockages à long terme en cas de sous-capacité, si bien qu'en pareille situation celles-ci sont affectées en priorité aux actionnaires par bacs complets. En raison de sa prise de contrôle exclusif négatif, TRF aurait ainsi eu la possibilité d'influencer la mise en œuvre ou non de ce droit de priorité ainsi que de bloquer le principe d'égalité de traitement entre actionnaires et non-actionnaires tel que prévu dans les statuts de SPSE. En conséquence, un accès transparent et non discriminatoire des sociétés non actionnaires de SPSE à ses capacités de stockage n'était plus garanti à l'issue de l'opération.

Afin de remédier aux risques d'atteintes à la concurrence, Total s'est donc engagé, si des droits de priorité étaient demandés par les actionnaires de SPSE en cas de sous-capacité par rapport aux besoins exprimés, à ne pas faire usage, lors du vote en conseil d'administration, du contrôle acquis au sein de celui-ci pour faire échec à l'accès transparent et non discriminatoire des non-actionnaires aux capacités de stockage du dépôt de SPSE à Fos-sur-Mer disponibles à la location.

Activité consultative

L'Autorité de la concurrence dispose, depuis sa création et comme le Conseil de la concurrence avant elle, d'une large faculté d'intervention et de prise de position à titre consultatif. Cette compétence consultative est susceptible, selon le Code de commerce, de s'étendre à *« toute question concernant la concurrence »*.

D'un point de vue matériel, l'Autorité peut ainsi rendre des avis :

- sur des projets de textes législatifs ou réglementaires, en application, notamment, des articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce ;
- sur des questions générales de concurrence, en application des articles L. 462-1 et L. 462-4 du Code de commerce ;

- sur le fonctionnement concurrentiel de certains secteurs régulés, notamment ceux des communications électroniques, des postes et de l'énergie, à la demande des autorités de régulation sectorielle et en application des dispositions propres aux secteurs concernés;
- sur des affaires individuelles de pratiques anticoncurrentielles à la demande des juridictions, en application de l'article L. 462-3 du Code de commerce.

En laissant de côté cette dernière hypothèse, les modes de saisine de l'Autorité sont de trois ordres. Elle peut en premier lieu être saisie dans l'intérêt général par le Gouvernement et par les commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence. Elle peut en deuxième lieu l'être par des collectivités territoriales, des organisations professionnelles ou syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou encore des chambres de commerce et d'industrie en ce qui concerne les intérêts dont elles sont chargées.

En troisième et dernier lieu, l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, portant sur la modernisation de la régulation de la concurrence, a conféré à l'Autorité le pouvoir de rendre des avis de sa propre initiative (article L. 462-4 du Code de commerce). L'institution peut, en vertu de cette disposition, se saisir de toute question de concurrence lui paraissant mériter un examen de sa part. L'avis qu'elle rend à ce titre est public. Il peut être accompagné de recommandations adressées au ministre chargé de l'Économie ou au ministre chargé du secteur concerné et visant à l'adoption de mesures nécessaires, du point de vue de l'Autorité, à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ou à la résolution des interrogations soulevées par son analyse concurrentielle. L'avis peut aussi, en tant que de besoin, contenir diverses préconisations faites aux acteurs économiques.

Les développements qui suivent présenteront quelques-uns des principaux avis rendus par l'Autorité de la concurrence, de sa propre initiative ou à la demande d'acteurs habilités à la saisir, au cours de l'année écoulée. Ils seront évoqués en fonction des différents secteurs concernés.

Avis rendus dans le secteur de l'énergie

L'Autorité a rendu en particulier, en 2014, trois avis concernant la production et la distribution d'électricité, de gaz et de chaleur.

Avis 14-A-01 du 14 janvier 2014 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers

Le 7 novembre 2012, l'association Union fédérale des consommateurs – Que choisir («UFC») – a saisi, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis portant sur le fonctionnement concurrentiel du marché de la distribution du propane en vrac à

destination des particuliers. Elle a notamment visé, dans sa demande, différentes pratiques concernant la fixation des prix du gaz, la transparence tarifaire, l'exclusivité de la fourniture en gaz, les conditions de mise à disposition ou d'acquisition de la propriété des citernes et l'entretien de ces dernières, susceptibles, selon elle, de porter préjudice aux consommateurs en maintenant les tarifs des gaz de pétrole liquéfiés (« GPL ») à un niveau artificiellement élevé.

Après avoir présenté les principales caractéristiques des contrats conclus par les propaniers avec les consommateurs, et procédé à une analyse concurrentielle du marché de la distribution de GPL en vrac, l'Autorité a formulé trois préconisations afin d'améliorer le fonctionnement de la concurrence sur ce marché.

Sur les principales caractéristiques des contrats conclus par les propaniers avec les consommateurs

Le marché de la distribution du propane repose sur une chaîne de valeur qui comprend un ensemble de prestations qui sont fournies aux particuliers : la vente ou la mise à disposition d'une citerne, l'installation à domicile de cette dernière sous forme aérienne ou, de plus en plus, enterrée, son entretien et la vérification de la conformité de son état à la réglementation en vigueur, et enfin son approvisionnement en combustible.

Le modèle traditionnel de distribution de GPL est un système de couplage obligatoire entre les différentes prestations de la chaîne de valeur qui garantit à l'opérateur titulaire du contrat un approvisionnement exclusif de son client, le consommateur ne pouvant s'approvisionner durant toute la durée du contrat auprès d'un distributeur concurrent. Dans ce cadre, le fournisseur de GPL est à la fois propriétaire de la citerne – qu'il loue ou met à disposition en consignation auprès du consommateur –, exploitant en charge du contrôle périodique de l'équipement et fournisseur exclusif de GPL. Le modèle diffère radicalement de celui qui prévaut en matière de chauffage au fioul, qui permet aux consommateurs, propriétaires de leur équipement, de s'adresser au fournisseur de leur choix pour assurer le remplissage.

Ce modèle a pour principale conséquence de verrouiller la clientèle au profit d'un opérateur intégré qui peut intervenir de façon exclusive aux trois stades de la distribution (installation de la cuve, fourniture de gaz, entretien de la citerne) sans que le consommateur puisse arbitrer entre différentes offres. La portée de ce type de verrouillage est d'autant plus grande que la durée d'engagement est longue (de trois à neuf ans) et que les modalités de résiliation du contrat sont strictes et coûteuses (la citerne doit par exemple être restituée au propanier au terme du contrat, ce qui est une opération lourde pour une citerne enterrée).

Les contrats types de fourniture de gaz propane lient, dans la plupart des cas, la fourniture exclusive de propane à la mise à disposition et à l'entretien de la citerne. Pendant toute la durée du contrat, le consommateur est donc captif du propanier avec lequel il a conclu initialement son contrat et ne peut faire jouer la concurrence entre les fournisseurs, ce qui renchérit le coût du combustible.

Si les contrats des propaniers prévoient la plupart du temps, depuis le début des années 2000, la possibilité pour les particuliers de devenir propriétaires de leur citerne, cette possibilité s'exerce dans des conditions qui peuvent apparaître très restrictives et n'est pas forcément attractive pour les consommateurs. La qualité de propriétaire-exploitant de la citerne implique en effet la responsabilité de l'entretien et la sécurité des équipements. Il n'existe cependant pas, à ce jour, d'offre d'entretien et de sécurité dé耦plée de la fourniture de gaz elle-même. Les consommateurs propriétaires de leur citerne se retrouvent donc captifs d'une offre exclusive dans les mêmes conditions que les non-propriétaires et se voient aujourd'hui appliquer les mêmes tarifs que les consommateurs bénéficiant d'une mise à disposition de la citerne par le propanier qui se rémunère sur la fourniture du gaz.

Sur l'analyse concurrentielle du marché de la distribution de GPL en vrac

L'Autorité a constaté que l'exclusivité d'approvisionnement, couplée aux différentes prestations susvisées, qui verrouille le marché et restreint le libre jeu de la concurrence, n'est justifiée ni par des arguments économiques, relatifs aux avantages qu'elle pourrait représenter pour les consommateurs, ni par les nécessités techniques du contrôle et de la sécurité.

S'agissant de l'absence de justification économique, l'Autorité a rappelé en premier lieu que si l'exclusivité de fourniture de GPL peut être fondée sur la nécessité de permettre le lissage de certains des coûts relatifs à l'installation de la citerne et à sa mise à disposition afin de prévenir des risques d'aléa moral ou de parasitisme, il n'est pas justifié, d'un point de vue économique, qu'elle vise également à recouvrer les coûts commerciaux du propanier et ses coûts de prospection, puisque ces coûts sont également engagés par l'ensemble des fournisseurs sur le marché, indépendamment de la conclusion d'un contrat donné.

En deuxième lieu, l'Autorité a indiqué que si le lissage des coûts afférents à l'installation et à la mise à disposition de la citerne peut s'avérer, en première analyse, favorable au consommateur, le couplage de la fourniture exclusive de GPL avec la mise à disposition d'une citerne n'est pas justifiable au-delà de la durée initiale du contrat. En effet, dans la mesure où la durée des contrats offerts par les propaniers prend en compte la durée moyenne nécessaire pour rentabiliser les coûts afférents à la mise à disposition de la citerne et à son entretien, le propanier est assuré d'avoir recouvert l'ensemble des coûts qu'il a engagés et qu'il n'a pas refacturés au client à l'expiration du contrat. Le maintien d'une exclusivité d'approvisionnement au-delà de la date d'expiration du contrat initial ne peut donc être justifié par des motifs liés à la rentabilité de l'investissement initial.

En dernier lieu, l'Autorité a considéré que, d'un point de vue économique, l'impératif de recouvrement des frais engagés lors de l'installation de la citerne ne saurait rendre nécessaire le recours à l'exclusivité d'approvisionnement. En effet, l'objectif de rentabilité des investissements initiaux pourrait être poursuivi, de manière moins contraignante pour la liberté de choix des consommateurs, par le recours à un contrat de location de la citerne intégrant les différents coûts liés aux

investissements en cause sans que la prestation de fourniture de GPL qui l'accompagne ne soit assurée à titre exclusif.

S'agissant de l'absence de nécessité technique du couplage entre l'approvisionnement et l'entretien, l'Autorité a rappelé qu'il n'existe actuellement aucune norme imposant un tel couplage et qu'en tout état de cause il ne s'agit pas de l'unique moyen d'assurer la traçabilité de l'entretien de la citerne.

Les préconisations permettant l'amélioration de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers

Afin de dynamiser le fonctionnement concurrentiel du secteur, l'Autorité a formulé les recommandations suivantes :

- le consommateur, qu'il soit ou non propriétaire de la citerne, doit être libre de s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix. La fourniture de gaz doit systématiquement être envisagée dans un contrat *ad hoc*, sans condition de durée et indépendamment de toute autre prestation d'entretien et de contrôle des équipements ou de mise à disposition de la citerne ;
- le consommateur doit avoir la possibilité, s'il le désire, d'acquérir la citerne mise à sa disposition. S'il est propriétaire de sa citerne, il doit pouvoir faire réaliser l'entretien et le contrôle de l'équipement qu'il possède par un professionnel autre que le fournisseur de GPL. L'Autorité recommande en outre aux services compétents de veiller à ce que les normes du contrôle technique évoluent vers un modèle favorisant l'émergence de nouveaux acteurs ;
- si le consommateur n'est pas propriétaire de sa citerne, au moins doit-il être mis en mesure d'identifier les différentes composantes des coûts dans le contrat de mise à disposition, afin de faire ses choix en connaissance de cause ;
- dans tous les cas, il convient de promouvoir un renforcement de la transparence tarifaire, en rendant publics sur le site Internet des propaniers tous les contrats et barèmes en vigueur ;
- enfin, la durée totale des contrats portant sur la mise à disposition de la citerne et leur entretien doit être limitée à cinq ans.

De nouvelles dispositions législatives ont d'ores et déjà été introduites dans la section 17 du Code de la consommation intitulée « *Contrats relatifs au gaz de pétrole liquéfié* » (articles L. 121-106 à L. 121-112), créée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Ces dispositions visent à dynamiser la concurrence sur le marché de la distribution du propane notamment par le renforcement de la transparence tarifaire ainsi que par l'augmentation des possibilités d'arbitrage offertes au consommateur. Ainsi, le nouvel article L. 121-107 du Code de la consommation dispose que les contrats ayant pour objet la fourniture de GPL en vrac doivent préciser au moins les informations suivantes :

- l'identité du professionnel, ses adresses postale et électronique, ses coordonnées téléphoniques ainsi que celles de son site Internet s'il en dispose ;
- la description des produits et des services contractuels et les délais nécessaires pour en assurer la livraison ou la prestation ;

- les prix des produits et services contractuels à la date d'entrée en vigueur du contrat ;
- si le contrat comprend une clause portant sur la modification de prix, la mention des règles sur la base desquelles cette modification peut intervenir ainsi que les moyens par lesquels le consommateur obtient une information complète sur l'état actualisé de l'ensemble des prix susmentionnés ;
- si le contrat prévoit la vente de la citerne au début ou en cours de vie du contrat, le prix initial de vente de la citerne en début de contrat et, le cas échéant, lorsque le contrat prévoit la vente de la citerne en cours de vie du contrat, un tableau présentant le prix de vente dégressif de la citerne en fonction de la durée du contrat négociée avec le client ;
- la durée du contrat ainsi que ses conditions de reconduction, modification et résiliation ;
- l'identité du propriétaire de la citerne ;
- les modalités de règlement amiable des litiges ;
- les modalités de facturation et de paiement proposées ;
- les conditions de la responsabilité contractuelle du professionnel et de remboursement ou de compensation en cas d'erreur de facturation ou de retard de livraison ;
- et le montant des sommes à payer à l'expiration du contrat ou en cas de résiliation anticipée, notamment, le cas échéant, les frais de retrait ou de neutralisation de la citerne.

L'article L. 121-108 prévoit quant à lui que la durée des contrats ayant pour objet la fourniture de GPL en vrac ne peut excéder cinq ans, comme le préconisait l'Autorité.

Avis 14-A-14 du 26 septembre 2014 concernant un projet de décret modifiant le décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité

Saisie par le ministre de l'Économie, du Redressement productif et du Numérique sur un projet de décret fixant une nouvelle méthodologie pour le calcul des tarifs réglementés de l'électricité (TRV), l'Autorité de la concurrence a émis un avis favorable à la nouvelle méthodologie arrêtée par le Gouvernement.

Le projet de décret vise principalement à mettre en œuvre la méthode de l'empilement des coûts, prévue à l'article L. 337-6 du Code de l'énergie en vue d'assurer la contestabilité des tarifs par les fournisseurs alternatifs (c'est-à-dire pour leur permettre de concurrencer les TRV). Cette méthode diffère de celle utilisée jusqu'ici, qui prenait en compte les coûts comptables d'EDF dans la fourniture des TRV. La nouvelle méthode de calcul additionnera quatre composantes de coûts supportées par EDF pour la fourniture de ces tarifs :

- le coût de l'accès à l'électricité nucléaire historique (ARENH)⁵⁹,
- le coût du complément d'approvisionnement en électricité – hors nucléaire – basé sur les tarifs de gros du marché à terme constatés,
- les coûts d'acheminement de l'électricité déterminés en fonction des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE) et
- les coûts de commercialisation de l'électricité.

Cette nouvelle méthode de calcul doit permettre de mettre les fournisseurs alternatifs en situation de concurrencer les TRV, ceux-ci étant fixés à un niveau compatible avec les coûts supportés par les concurrents d'EDF.

De façon générale, l'Autorité de la concurrence estime que l'objectif de mettre les fournisseurs alternatifs en situation de concurrencer les TRV (principe de contestabilité) n'est pas incompatible avec le principe de couverture des coûts de fourniture supportés par EDF, exigé par la loi et recommandé par le droit de la concurrence. Il conviendra donc de s'assurer périodiquement que la nouvelle méthode de calcul des TRV, bien qu'orientée vers la contestabilité, continue d'assurer la couverture des coûts supportés par EDF pour la fourniture de ces tarifs.

De même, l'Autorité estime que le plafonnement de certains éléments du tarif permettant une meilleure maîtrise des coûts de l'opérateur historique souhaitée par le Gouvernement n'est pas incompatible avec le principe de couverture des coûts dès lors qu'EDF a la possibilité de mettre en œuvre les gains d'efficacité nécessaires pour s'adapter à ce plafonnement.

L'Autorité a par ailleurs recommandé au Gouvernement de :

- calculer les TRV au niveau de chaque option tarifaire,
- prendre en compte des tarifs de gros sur le marché libre,
- ne retenir que les coûts commerciaux supportés par EDF,
- fixer et réviser annuellement les tarifs.

Avis 14-A-16 du 20 octobre 2014 concernant un projet de décret portant modification du décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Saisie par le Gouvernement sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce le 7 juillet 2014, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis sur un projet de décret portant modification du décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique et formulé des recommandations, notamment sur la fixation d'une méthode de calcul du prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH). Le dispositif ARENH a été instauré par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant

⁵⁹. L'Autorité avait admis le principe de la clause de monotonie dans les termes suivants : « Cette contrainte s'avère nécessaire pour éviter les effets d'aubaine qui pourraient être créés du fait du différentiel de consommation entre hiver et été, notamment chez les petits consommateurs. En d'autres termes, l'ARENH doit être mis au service du développement d'un portefeuille de clients sur le moyen terme » (avis 11-A-06 du 15 mars 2011 relatif à un projet de décret fixant les modalités d'accès à l'électricité nucléaire historique).

nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite « loi NOME »), conformément aux conclusions du rapport Champsaur d'avril 2009.

Ce dispositif, créé pour une période transitoire allant du 1^{er} juillet 2011 au 31 décembre 2025, consiste à reconnaître aux fournisseurs d'électricité alternatifs un droit d'accès à un tarif régulé à une quantité d'énergie électrique issue du parc historique de production nucléaire d'Électricité de France (EDF), pouvant aller jusqu'à 100 TWh. Ce dispositif est destiné à remédier aux difficultés rencontrées par les fournisseurs alternatifs pour concurrencer efficacement EDF sur le marché aval de la fourniture d'électricité au détail.

Ce projet de décret comprend deux volets. Le premier volet porte sur la modification des articles 1^{er} à 11 du décret de 2011. Le second volet introduit de nouveaux articles, 12 à 19, qui fixent une méthode de détermination du prix de l'ARENH, ce qui constitue une innovation majeure par rapport au décret précédent.

Sur les modifications des articles 1^{er} à 11 du décret de 2011

L'Autorité a considéré que les assouplissements apportés par le projet de décret concernant les modalités de déclenchement du complément de prix et les délais de paiement et d'instruction devaient être approuvés.

S'agissant de la clause de monotonie, dont le principe avait été admis par l'Autorité dans son précédent avis 11-A-06 du 15 mars 2011, l'Autorité estime que le projet de décret apporte une précision rédactionnelle quant aux conditions de sa mise en œuvre sans en assouplir le mécanisme et préconise donc son adaptation, par exemple par la mise en place de seuils de tolérance, pour permettre aux fournisseurs alternatifs de répondre à la demande nouvelle provoquée par la suppression des tarifs jaunes et verts, fin 2015.

S'agissant des délais de fixation du prix de l'ARENH, l'Autorité recommande de prévoir une date limite de fixation par les ministres de l'Économie et de l'Énergie, pour les cas où ils ne suivraient pas l'avis de la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

Sur la méthode de calcul du prix de l'ARENH

La méthode de calcul retenue consiste à additionner trois composantes de coûts prévisionnels supportés par Électricité de France (EDF) et à diviser leur somme par le volume prévisionnel d'électricité en kWh du parc nucléaire. Cette nouvelle méthode aurait vocation à remplacer celle issue du rapport Champsaur qui fixait provisoirement le prix de l'ARENH à 42 €/MWh pour le démarrage du dispositif instauré par la loi NOME.

L'Autorité constate que la méthodologie envisagée s'écarte des principes comptables classiques, pour deux des trois composantes de coûts, afin de répondre à un objectif de financement rapide des investissements d'EDF pour le renouvellement du parc de production.

S'il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur la légitimité d'une telle approche, elle relève que celle-ci conduit à demander au prix de l'ARENH, qui

constitue un des éléments du calcul des tarifs réglementés de vente de l'électricité, de concilier plusieurs objectifs : couvrir les coûts d'EDF, ne pas créer de ciseau tarifaire, ne pas perturber le segment non nucléaire du marché, ne pas créer une situation de dépendance permanente des alternatifs et, désormais, permettre à EDF d'accumuler des réserves financières pour investir dans des capacités de renouvellement du parc de production.

Ces choix conduisent à donner un poids particulier à un objectif interne de financement des investissements obéissant à un calendrier propre. À cet égard, l'Autorité s'interroge sur le caractère transitoire que doit normalement conserver le dispositif ARENH, tel qu'il avait été envisagé par la loi NOME avec une échéance fixée à 2025 pour sa disparition. En effet, comme elle l'avait déjà indiqué dans son avis 10-A-08 du 17 mai 2010 relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, l'Autorité souligne le caractère nécessairement transitoire de l'ARENH et rappelle l'importance d'une sortie progressive du mécanisme administré d'approvisionnement mis en place, afin de revenir par étapes aux conditions d'approvisionnement d'un marché de gros normal et d'inciter les opérateurs alternatifs à investir dans leurs propres moyens de production d'électricité de base.

Or, l'Autorité constate que le projet de décret ne manifeste aucune volonté d'organiser une diminution progressive du plafond de l'ARENH alors qu'un tiers de la période transitoire est déjà écoulé et recommande ainsi que le nouveau décret soit l'occasion de concrétiser cette évolution progressive.

Avis rendus dans le secteur des transports

L'Autorité a rendu en particulier, en 2014, trois avis concernant le secteur des transports terrestres.

Avis 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché de transport interrégional régulier par autocar

L'Autorité de la concurrence a rendu publiques les conclusions de la grande enquête sectorielle qu'elle a menée durant un an concernant le fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional par autocar. Dans le cadre de l'instruction de cet avis, l'Autorité a consulté de nombreux acteurs du marché, des autorités organisatrices de transport ainsi que des représentants des usagers. Elle a notamment mené une consultation publique (du 13 novembre au 24 décembre 2013), qui lui a permis d'enrichir ses premières pistes de recommandations.

L'autocar : un mode de transport économique et performant, dont le développement est entravé par les contraintes réglementaires actuelles

De nombreuses conditions sont réunies pour que les services de transport par autocar sur longue distance se développent en France : qualité du réseau routier français, existence d'une demande potentielle et intérêt des entreprises de transport pour ce marché (Eurolines, iDBUS, Stagecoach, Réunir, etc.).

Un mode de transport complémentaire du train, pour mieux se déplacer sur l'ensemble du territoire

Le développement de l'offre de transport par autocar peut se faire à l'avantage des consommateurs et contribuer à faire croître la demande globale de transport en France. Tout d'abord, il peut permettre de se déplacer davantage, grâce à un réseau plus étendu que le réseau ferroviaire, offrant de nouvelles dessertes de villes. De plus, il élargit la demande de transport en ouvrant l'accès au voyage à des consommateurs qui n'ont pas les moyens de se déplacer (étudiants, seniors, personnes à faible revenu, etc.). Enfin, il permet à d'autres consommateurs de voyager à moindre coût et d'opérer ainsi un transfert de pouvoir d'achat.

Le développement du transport par autocar pourrait permettre en définitive de mieux se déplacer sur le territoire, dans des conditions d'accueil et de confort modernes, en diversifiant l'offre de transport et en resserrant le maillage du réseau de transport collectif terrestre. L'autocar et le train sont, à cet égard, et de manière générale, plus complémentaires que concurrents. Le développement de l'autocar devrait permettre en outre des créations d'emplois, sans effets adverses majeurs sur l'environnement.

Des contraintes commerciales, pratiques et juridiques disproportionnées, doublées d'un accès difficile aux gares routières

Bien qu'il présente de nombreux avantages, le transport interrégional par autocar occupe encore une très faible part du transport de voyageurs en France (environ 110 000 voyageurs en 2013, soit 0,0005 % du nombre total de voyages longue distance), principalement en raison des contraintes réglementaires qui en grèvent l'efficacité. À titre de comparaison, dans des pays où le marché du transport par autocar est ouvert plus largement, comme la Grande-Bretagne ou la Suède, ce mode de transport représente respectivement 4 % et 5 % des voyages de longue distance.

En effet, le régime de « cabotage » sur ligne internationale – qui est le seul ouvert en France – crée d'importantes contraintes commerciales, pratiques et juridiques pour les opérateurs sur le marché. Par ailleurs, l'objectif poursuivi lors de l'examen d'une éventuelle « atteinte à l'équilibre économique d'une ligne conventionnée » n'est pas défini, pas plus que les critères retenus. En pratique, les régions se sont massivement opposées, sans fournir d'analyse détaillée, à l'ouverture de lignes routières, ce que le service autorisateur (le ministère des Transports) n'a pas souhaité remettre en question. Enfin, l'accès aux gares routières est rendu difficile par des situations très différentes et des règles peu transparentes en fonction des gares.

Ces constats établis par l'Autorité de la concurrence, qui ont été confirmés par les contributions reçues dans le cadre de la consultation publique, la conduisent à réaffirmer l'intérêt d'une ouverture plus large du marché du transport régulier interrégional par autocar.

L'Autorité de la concurrence formule des recommandations pour ouvrir les services d'autocar et rénover la réglementation

L'Autorité de la concurrence recommande que soit mis en place un cadre réglementaire plus ouvert, plus transparent et plus simple. Les recommandations de l'Autorité sont donc orientées vers les mesures visant à la refonte de ce cadre réglementaire.

Simplifier et raccourcir la procédure d'accès au marché

Les délais d'autorisation et le défaut de transparence du système actuel sont un frein important au développement efficace du marché du transport par autocar. Si le contrôle d'une possible atteinte à des offres conventionnées préexistantes (services ferroviaires TER ou TET notamment) n'est pas illégitime – dans la mesure où il peut répondre à des préoccupations de politique publique telles que le financement de liaisons non rentables ou la garantie qu'elles continueront d'être assurées –, ses modalités doivent être revues.

Abandonner les contraintes du cabotage sur les lignes internationales

L'Autorité recommande tout d'abord d'abandonner les contraintes du cabotage sur lignes internationales et de prévoir un cadre national qui concilie le développement du transport par autocar longue distance d'initiative privée et la préservation d'offres répondant à des besoins de service public.

Mettre en place un régime d'autorisation de plein droit pour les liaisons de plus de 200 km

L'Autorité recommande un régime d'autorisation de plein droit pour les liaisons de plus de 200 km. En effet, sur les trajets de plus de 200 km, l'absence de concurrence entre les modes routier et ferroviaire ne justifie pas qu'un test d'atteinte à l'équilibre économique de services conventionnés soit systématiquement mené.

Clarifier le test d'atteinte à l'équilibre économique des lignes conventionnées pour les liaisons de moins de 200 km

Pour les liaisons de moins de 200 km le test d'atteinte à l'équilibre économique reste pertinent. Les autorités organisatrices concernées auraient un délai de deux mois suivant la déclaration d'un nouveau service d'autocar pour émettre un avis d'opposition motivé. La réception d'un tel avis ferait alors débiter un second délai de deux mois, nécessaire à l'examen du risque invoqué d'atteinte à l'équilibre économique de services conventionnés préexistants.

Par ailleurs, l'Autorité préconise d'opérer alors un test clarifié, en trois étapes :

- 1) vérifier la préexistence d'une offre conventionnée ;

- 2) démontrer une concurrence possible entre le service d'autocar et le service conventionné,
- 3) mettre en évidence une atteinte à la viabilité de la ligne conventionnée (reports de clientèle et atteinte financière).

Renforcer les obligations de fourniture de données aux autorités organisatrices de transports (départements, régions, État)

Pour pouvoir apporter la preuve de telles atteintes à l'équilibre économique, il convient que les autorités organisatrices de transports disposent de toutes les données pertinentes qui en permettent le calcul (fréquentation, recettes et charges). Or l'enquête a montré des carences importantes en matière d'accès à ces données, concernant notamment les offres ferroviaires comme les TER exploités par la SNCF. L'Autorité recommande donc que les obligations de fourniture de données de transports aux autorités organisatrices (départements, régions, État) par les exploitants conventionnés soient renforcées.

Ces préconisations, tendant à simplifier, alléger et raccourcir la procédure d'accès au marché, peuvent dynamiser l'offre de transport aux voyageurs, favoriser l'investissement des autocaristes, éclairer les autorités organisatrices sur leurs besoins de transport et protéger les offres répondant à des besoins de service public.

Ouvrir les liaisons infrarégionales sous contrôle des régions

Par ailleurs, une ouverture des services sur des liaisons infrarégionales est également souhaitable. Les régions devraient se voir confier le rôle de service autorisateur pour ces liaisons.

Clarifier les modalités d'accès aux gares routières et refondre leur cadre réglementaire

L'Autorité de la concurrence recommande par ailleurs une action concernant les gares routières de voyageurs. Le cadre réglementaire, résultant notamment d'une ordonnance datant de 1945, et la diversité des modes d'intervention des différentes collectivités territoriales conduisent à une offre de gares routières limitée et hétérogène. Bien souvent, les autocaristes peinent ne serait-ce qu'à identifier les interlocuteurs pertinents. De plus, les modalités techniques et financières de l'accès à ces infrastructures sont extrêmement variables.

À court terme, un recensement des principales gares routières ainsi qu'une collecte et une centralisation des coordonnées des entités responsables est souhaitable. Des garanties de traitement équitable et non discriminatoire des autocaristes devront ainsi être mises en place.

À plus long terme, une refonte du cadre réglementaire des gares routières est recommandée, tendant à clarifier les responsabilités des collectivités, à redéfinir les différents types d'équipements et à y associer des règles techniques et tarifaires d'accès unifiées et transparentes.

Mettre en place une autorité administrative indépendante en charge d'une régulation sectorielle multimodale intégrée (transports ferroviaire et routier)

Cette autorité indépendante, dont les compétences seraient plus larges que celles confiées à l'Autorité de régulation ferroviaire (ARAF), qui pourrait être le socle du futur régulateur, serait notamment la mieux à même d'apprécier le degré de concurrence intermodale entre le rail et la route, de concilier les offres privées et les offres de service public, en apportant des garanties d'impartialité renforcées. Elle pourrait également participer à la collecte et la centralisation des données de transport, cruciales pour les décideurs publics.

L'autorité de régulation multimodale devrait également être impliquée sur la question des gares routières : par un pouvoir de règlement des différends entre gestionnaires de gares et transporteurs, d'une part, et par des pouvoirs d'avis et de réglementation tendant à clarifier et unifier les règles techniques et tarifaires applicables aux autocaristes, d'autre part.

L'Autorité de la concurrence se félicite de voir que nombre de ces recommandations ont été suivies par le Gouvernement, notamment celles portant sur l'extension des compétences du régulateur sectoriel et sur la refonte du cadre applicable aux gares routières. Par ailleurs, de nombreux acteurs du marché ont déjà fait savoir leur volonté de développer leurs offres. Les organisations représentatives des professionnels du secteur se sont enfin déclarées favorables à l'ouverture à la concurrence de ce marché.

Avis 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires

Le secteur des autoroutes

La France compte aujourd'hui 11 882 km d'autoroutes dont 9 048 sont exploités, sous le régime de la concession, par 19 sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA). Parmi celles-ci, les sept SCA « historiques » représentent, à elles seules, 92 % du chiffre d'affaires du secteur (8,9 milliards d'euros en 2013).

À l'exception de COFIROUTE, filiale de Vinci, qui a toujours été une société privée, les six autres SCA « historiques » ont été privatisées en 2006 au profit des groupes Vinci, Eiffage et Abertis pour un montant total de 14,8 milliards d'euros.

Sociétés concessionnaires	Groupes actionnaires (en gras, l'actionnaire majoritaire)
APRR (Autoroutes Paris-Rhin-Rhône) AREA (Société des autoroutes Rhône-Alpes)	EIFFAGE , Macquarie
ASF (Autoroutes du sud de la France) ESCOTA (Esterel-Côte d'Azur-Alpes) COFIROUTE (Compagnie financière et industrielle des autoroutes)	VINCI
SANEF (Société des autoroutes du nord et de l'est de la France) SAPN (Société des autoroutes Paris-Normandie)	ABERTIS , Caisse des dépôts et consignations, Crédit agricole assurance, FFP, AXA, CNP

Les recommandations pour une régulation du secteur des autoroutes rééquilibrée en faveur du concédant et des usagers

L'Autorité a formulé des recommandations visant à améliorer l'ensemble de la régulation du secteur dans un sens favorable au concédant et aux consommateurs et, en particulier, les modalités de fixation du tarif des péages qui en l'état conduisent à une rentabilité nette très élevée des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Renforcer la régulation du secteur au profit des autoroutes

- mettre en place une nouvelle formule de calcul du tarif des péages. Alors que ceux-ci sont aujourd'hui uniquement indexés sur l'inflation, une formule basée sur d'autres variables comme les coûts ou le trafic serait de nature à limiter leur augmentation, voire susceptible de les faire baisser. L'application d'une telle formule conduirait dans la plupart des cas à des hausses beaucoup plus modérées, voire à des baisses, des tarifs ;
- limiter les contrats de plan (qui fixent pour cinq ans la tarification des péages) à la stricte compensation des investissements sans aller au-delà de l'augmentation réglementaire ;
- confier à une autorité de régulation indépendante compétente sur l'ensemble des transports terrestres des missions d'expertise, de contrôle et de sanction. Cette autorité pourrait notamment rendre des avis sur les contrats de plan ;
- introduire des clauses de réinvestissement et de partage des bénéfices au bénéfice de l'Etat si la rentabilité des SCA continuait à augmenter. Il disposerait ainsi des ressources nécessaires pour financer d'autres projets d'infrastructures de transports.

Améliorer les conditions de la concurrence dans les appels d'offres des concessionnaires

- abaisser à 500 000 euros le seuil de mise en concurrence, actuellement fixé à 2 millions d'euros, et publier systématiquement un avis de pré-information six mois avant le lancement de l'appel d'offres ;
- imposer une obligation de transmission aux commissions consultatives des marchés des avenants excédant de 5% le montant initial du marché ;
- appliquer à COFIROUTE les mêmes obligations de publicité et de mise en concurrence que celles auxquelles sont soumises les autres SCA ;
- recourir à la procédure de l'appel d'offres ouvert pour les travaux techniquement simples ;
- donner la possibilité à la Commission nationale des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes de saisir le juge administratif d'un appel d'offres dont elle estimerait la légalité douteuse.

Remise à plat à l'occasion de la négociation du Plan de relance autoroutier

L'Autorité comprend l'intérêt de ce plan pour stimuler l'emploi et l'investissement dans le secteur des travaux publics, sans recourir aux ressources budgétaires. Il a

cependant un prix élevé pour l'Etat concédant et les usagers : le prolongement des concessions retarde en effet la date à laquelle l'Etat récupèrera la maîtrise de l'exploitation des autoroutes et pourra éventuellement remettre en jeu les concessions, aux conditions qu'il fixera.

Par conséquent, l'Autorité a recommandé de saisir l'occasion de cette négociation pour rééquilibrer les conditions en faveur des usagers et de l'Etat. Les contrats de concession des SCA devraient être renégociés en contrepartie de leur prolongation : à la faveur des avenants nécessaires pour mettre en œuvre le Plan de relance, l'Autorité a suggéré que soient introduite une nouvelle formule d'indexation du tarif des péages ainsi que des clauses de réinvestissement et de partage des bénéfices.

Les suites

Le projet de loi relatif à la croissance et à l'activité a repris à son compte un certain nombre de ces recommandations. Il prévoit d'attribuer à l'ARAF, renommée ARAFER, un rôle de contrôle des délégations à venir et en cours d'exécution, de même qu'un rôle de surveillance des modalités de passation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé, dont les règles de publicité et de mise en concurrence seront harmonisées. L'ARAFER disposera à cette fin du pouvoir de recueillir les données pertinentes, y compris en instaurant une obligation de communication régulière à la charge des concessionnaires. L'Assemblée nationale a ajouté à ces mesures en obligeant à l'intégration systématique d'une clause de partage des bénéfices sur les nouveaux contrats de concession. Le dispositif pourra prendre trois formes : réduction des tarifs ; réduction de la durée de concessions ou versement direct au budget de l'Etat.

Avis 14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes

En décembre 2014, le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis sur le projet de décret pris en application de la loi du 1^{er} octobre 2014 encadrant l'activité des taxis et des voitures de transport avec chauffeur (VTC).

Dans cet avis, l'Autorité rappelle que le nombre limité de taxis en région parisienne et les modalités de tarification des courses conduisent à un décalage marqué entre l'offre et la demande. Cette situation a constitué une incitation à l'arrivée de nouveaux concurrents dans ce secteur de transport de particuliers à titre onéreux, à savoir les voitures de transport avec chauffeur (VTC).

Aussi, après un rappel des évolutions législatives (§ 32 et s.) qui concernent le secteur de transport de particuliers à titre onéreux, l'Autorité de la concurrence a fait le choix dans son avis de concentrer son analyse sur trois enjeux (§ 44) :

- l'obligation faite aux chauffeurs de VTC de retourner à leur base (dans un lieu hors de la chaussée où le stationnement est autorisé) après l'achèvement de leur prestation ;

- le renforcement des conditions nécessaires à l'enregistrement des exploitants de VTC sur le registre désormais géré par le ministère des Transports;
- l'obligation faite aux chauffeurs de VTC, pour obtenir la carte professionnelle nécessaire à leur activité, de réussir un examen.

Sur l'obligation de « retour à la base » pour les VTC

Dans un premier temps, l'Autorité a fait un rappel des différentes dispositions relatives à l'obligation de retour à la base :

- l'article L. 3120-2 du Code des transports qui interdit le maraudage (pratique consistant à circuler sur la voie publique en quête de client) pour les VTC;
- l'article L. 3122-9 du Code des transports qui oblige les VTC à retourner à la base (« lieu d'établissement de l'exploitant » de la VTC ou « dans un lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé ») et ce dès l'achèvement de la prestation commandée, exceptions faites des hypothèses où les VTC enchaînent plusieurs courses successives préalablement réservées ou si elles disposent d'un contrat avec le « client final ».

Des mesures à l'efficacité limitée

Dans son avis, l'Autorité émet des réserves quant aux capacités de ces mesures, imposant le retour des VTC à leur base, à atteindre leur objectif de lutte contre la maraude illégale (§ 53 et s.).

L'Autorité soulève que l'exception faite des hypothèses de réservations successives peut être facilement voire systématiquement mise en œuvre par les VTC, et que de ce fait même si un contrôle est fait sur une VTC circulant sur la voie publique, cette dernière n'aura que peu de difficulté à justifier d'une réservation préalable (§ 56 à 59).

De plus, l'Autorité estime que des mesures moins contraignantes et plus efficaces pourraient être envisagées afin de lutter contre la maraude illégale (voir § 65 et s.).

Des mesures inadaptées aux VTC traditionnelles

Dans son avis, l'Autorité a constaté que plusieurs dispositions du décret conduisaient à une différence de traitement entre les deux grandes catégories de VTC, à savoir :

- les exploitants de VTC traditionnels (ex-voitures de grande remise),
- les chauffeurs de VTC affiliés (nouvelle catégorie entrée sur le marché, qui travaille avec des applications smartphones et vise une clientèle identique à celle des taxis sur le marché de la réservation préalable).

L'Autorité a soulevé que les deux exceptions prévues par le projet de décret à l'obligation de retour à la base ne pouvaient que difficilement être mises en œuvre par la catégorie des exploitants de VTC traditionnels (voir paragraphes 77 à 81). Ce qui avait pour conséquence de désavantager cette première catégorie de VTC alors que l'objectif de la disposition imposant le retour à la base était de contrer le maraudage illégal auquel procédait la seconde catégorie de VTC.

L'Autorité a donc recommandé au Gouvernement de modifier la rédaction de l'article R. 3120-2 du Code de transport tel qu'issu du projet de décret soumis à avis afin que l'obligation de retour à la base prenne en compte les spécificités de l'activité des exploitants de VTC traditionnels, en visant le contrat avec le donneur d'ordre et en supprimant la condition relative à la justification de l'état civil du ou des passagers ainsi que celle de la destination. Le décret précise que le client final peut être une personne morale, permettant ainsi de viser le contrat avec le donneur d'ordre. L'obligation de justifier de la destination est supprimée.

Sur le renforcement des conditions nécessaires à l'enregistrement des exploitants de VTC

Le projet de décret renforçait les conditions d'inscription des exploitants de VTC dans le registre national, à la fois :

- par l'exigence de garanties bancaires d'un montant au moins égal à 1 500 euros par véhicule (article R. 3122-9 du Code de transport – projet de décret),
- par un alourdissement des charges administratives.

L'exigence de garanties bancaires

L'Autorité a noté dans son avis que cette exigence ne visait que les exploitants de VTC, alors que les taxis en sont dispensés (voir article 5 du décret n° 85-891 du 16 août 1985). De plus, l'exigence de garantie bancaire, pesant sur l'exploitant VTC et non le chauffeur, aurait, en pratique, pour conséquence de favoriser les exploitants de VTC qui auront choisi le modèle économique de l'intermédiation (au lieu de celui du salariat) (voir paragraphe 90).

L'Autorité en a conclu que cette exigence introduisait une double différence de traitement avec les taxis, non soumis à cette disposition, et entre les VTC, selon leur modèle économique. Enfin, elle a considéré que les arguments présentés par le Gouvernement pour justifier ces différences de traitement n'étaient pas pertinents (voir paragraphes 87 et suivants).

Dans son avis, l'Autorité recommandait la suppression de cette exigence de garantie bancaire. Le décret ne mentionne pas, à la différence du projet transmis à l'Autorité, que les VTC doivent fournir une garantie bancaire pour justifier de capacités financières. Le montant de la capacité financière reste néanmoins fixé à 1 500 euros. Le décret renvoie désormais à un arrêté pour fixer les conditions permettant de justifier de la capacité financière.

L'alourdissement des charges administratives

Le projet de décret prévoyait (aux termes du nouvel article R. 3122-1 III du Code des transports) une obligation de communiquer sous 15 jours au ministère des Transports tout changement relatif aux informations transmises lors de l'inscription au registre des VTC (voir paragraphe 93).

Or cette charge administrative aurait plus lourdement pesé sur la catégorie des VTC traditionnels qui ont une activité plus saisonnière que sur la catégorie des

chauffeurs de VTC affiliés qui ont une activité plus régulière (et sont donc moins sujets à l'obligation de transmission prévue par le projet de décret).

L'Autorité recommandait donc que cette disposition soit modifiée afin que l'obligation d'information du gestionnaire s'applique selon une périodicité trimestrielle, qui apparaît suffisante. Le décret suit la recommandation en retenant une périodicité trimestrielle.

Sur la mise en place d'un examen de capacité professionnelle pour les chauffeurs de VTC

Alors que l'article D. 231-7 du Code de tourisme soumettait les chauffeurs de VTC à un stage de formation préalable d'une durée de 250 h auquel les chauffeurs de taxis n'étaient pas soumis, l'Autorité s'est félicitée de la suppression de cette différence de traitement et de la mise en place d'un examen pour les chauffeurs de VTC similaire à celui que les taxis doivent passer (voir paragraphes 97 à 100).

Avis rendus dans le secteur des télécoms

Avis 14-A-06 du 15 avril 2014 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le quatrième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit, du très haut débit et des services de capacités

Le 15 avril 2014, l'Autorité a rendu un avis sur le projet d'analyse des marchés de gros du haut et très haut débit et des services de capacité qui lui était soumis par l'ARCEP, dans le cadre du quatrième cycle d'analyse des marchés portant sur la période 2014-2017.

L'avis concerne trois marchés de gros identifiés par la Commission européenne dans sa recommandation du 17 décembre 2007 comme étant susceptibles de faire l'objet d'une régulation *ex ante* par les régulateurs sectoriels des États membres, dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés. Il s'agit (i) du marché de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire appelé « *marché 4* », (ii) du marché de gros des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational appelé « *marché 5* » et (iii) du marché de gros des services de capacité appelé « *marché 6* ». Le dispositif de régulation envisagé par l'ARCEP porte sur la période 2014-2017 et constitue le quatrième cycle d'analyse de ces marchés. Dans son avis, l'Autorité a noté la poursuite de la dynamique concurrentielle engagée depuis plusieurs années sur le marché résidentiel, bien que des efforts ponctuels de régulation, comme les mesures envisagées pour la poursuite du dégroupage, soient toujours nécessaires.

L'Autorité a également observé « *que la situation concurrentielle n'est toujours pas satisfaisante sur le marché de gros des capacités sous-marines pour la desserte des Antilles*

(depuis la levée de la régulation en 2010), de la Guyane et de la zone Réunion-Mayotte». Elle souligne que l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes a annoncé la mise en place « d'un dispositif de surveillance des tarifs de tous les segments interterritoriaux (parties terrestres et parties sous-marines) » et indique souhaiter que ce dispositif « soit l'occasion d'un suivi attentif permettant de mesurer de manière précise l'efficacité de la régulation proposée ».

L'Autorité a par conséquent invité l'ARCEP à veiller à ce que le cadre de régulation proposé soit de nature à favoriser une concurrence plus active sur le marché à destination des entreprises. Il conviendra en particulier à cet égard de faire une application plus déterminée des mesures de non-discrimination afin de garantir une réelle répliquabilité tant tarifaire qu'opérationnelle à tous les stades de la compétition (réponse aux appels d'offres, construction et vie des offres...) et de surveiller par ailleurs l'émergence d'un segment de marché du très haut débit de sorte que les offres de gros proposées sur le marché soient complètes et garantissent une émulation concurrentielle de ce marché.

Avis 14-A-08 du 20 juin 2014 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes concernant un projet d'analyse des marchés de téléphonie fixe

Le 15 mai 2014, l'ARCEP a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence sur un projet d'analyse des marchés de la téléphonie fixe pour la période 2014-2017. L'Autorité a émis un avis favorable à la mise en œuvre de ce nouveau cycle de régulation des marchés de la téléphonie fixe. Le présent avis ne concernait que le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle (marché 1) et le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (marché 2). L'Autorité a toutefois observé que l'absence de dynamique concurrentielle sur le segment non résidentiel du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée justifie l'intervention *ex ante* du régulateur sectoriel. Si l'Autorité de la concurrence n'est pas en mesure de porter une appréciation détaillée sur les mesures envisagées par l'ARCEP dans le cadre du présent avis, elle a estimé néanmoins que celles-ci doivent aller vers un allègement progressif des obligations asymétriques pesant sur Orange et se reposer davantage sur le seul droit de la concurrence.

Avis 14-A-03 du 14 février 2014 relatif à une saisine de la fédération Les Producteurs de légumes de France

Saisie par la fédération Les Producteurs de légumes de France (Légumes de France) sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce le 5 juin 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis relatif à la situation dans le

secteur des fruits et légumes frais en France et aux conditions d'application du droit de la concurrence.

Après avoir présenté la filière de production des fruits et légumes frais et les solutions existantes en faveur d'un rééquilibrage des relations commerciales dans ce secteur, l'Autorité de la concurrence a préconisé certaines mesures de flexibilité en faveur des organisations de producteurs afin d'encourager la concentration de l'offre et de donner aux producteurs les moyens d'une action efficace.

Sur le secteur des fruits et légumes frais et les solutions existantes en faveur d'un rééquilibrage des relations commerciales dans ce secteur

Les fruits et légumes frais sont des produits périssables ou semi-périssables, difficilement stockables, dont la production est soumise à des aléas climatiques et aux cycles des saisons, ces raisons rendant difficile, pour les producteurs, le fait de jouer sur les volumes de production en fonction de l'état des cours du marché. En outre, à l'inélasticité de l'offre s'ajoute un déséquilibre structurel entre une offre atomisée et une demande (constituée majoritairement de la grande distribution) fortement concentrée, aboutissant à un rapport de force déséquilibré entre les acteurs et une forte volatilité des prix. Il existe d'autre part de fortes disparités de conditions d'exploitation au sein de l'Union européenne. Le coût de la main-d'œuvre en France, du fait d'une progression plus rapide depuis 2000, est plus élevé que celui des deux autres principaux pays producteurs de fruits et légumes de l'Union européenne, l'Espagne et l'Italie, mais aussi que ceux des Pays-Bas et de l'Allemagne.

Face à cette situation, l'Autorité de la concurrence s'était déjà prononcée en faveur de mesures favorisant la sécurité juridique des producteurs. Dans son avis 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière des fruits et légumes, l'Autorité avait en effet mis en avant la contractualisation, outil juridique alors peu utilisé et qui lui semblait pouvoir répondre de manière efficace, pérenne et sûre aux déséquilibres des relations commerciales entre agriculteurs et acheteurs. La contractualisation, qui consiste en la conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, introduisait une certaine visibilité pour les opérateurs du marché, tant pour les approvisionnements que pour la planification des investissements et des achats de matières premières. L'Autorité avait ainsi souligné les bénéfices de contrats types définissant des volumes, des prix et les conditions de leur évolution à moyen terme ainsi que des éléments de qualité. De tels contrats types donnent de la visibilité aux opérateurs, pour autant que le contenu de chaque contrat reste négocié individuellement. De même, l'Autorité avait indiqué que la mise en place de clauses de révision des contrats en fonction de l'évolution des prix et des coûts était possible, dès lors que ces clauses font l'objet d'une négociation bilatérale. Par ailleurs, l'Autorité avait mis en avant d'autres pistes telles que le regroupement de l'offre, le développement de marchés à terme et la promotion de produits de qualité comme moyens de garantir un revenu stable et équitable aux agriculteurs.

Malgré les préconisations de l'Autorité et leur traduction dans la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010, dite « LMAP », un fort

déséquilibre des relations commerciales subsiste, aggravé par la réticence de certains producteurs à s'engager dans une organisation de producteurs et les difficultés qu'ils rencontrent à faire concurrence aux producteurs des autres pays européens ou non européens.

L'Autorité considère dès lors que de nouvelles flexibilités doivent être envisagées, dont certaines s'intègrent dans le contexte actuel de réforme de la politique agricole commune (PAC).

Sur les nouvelles préconisations de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité estime que la suppression du critère relatif à l'absence de position dominante pour la constitution d'organisations de producteurs (OP), depuis l'entrée en vigueur du dernier règlement sur l'organisation commune des marchés (OCM) le 1^{er} janvier 2014, doit être l'occasion d'une relance du mouvement concentratif. Par ailleurs, l'Autorité préconise l'extension au secteur des fruits et légumes de l'assouplissement des conditions de négociations collectives des prix au sein des OP acté dans le dernier règlement OCM pour d'autres secteurs agricoles, comme le secteur laitier ou ceux de l'huile d'olive, des céréales ou de la viande bovine. Cette extension devrait donner aux structures les moyens d'une action plus efficace.

Ces mesures pourraient être complétées pour une généralisation du principe de la contractualisation à l'ensemble de la filière. L'effectivité de la contractualisation dépendant fortement de l'adhésion des acteurs au dispositif retenu, des mesures incitatives, telles qu'une aide financière à la contractualisation, comme cela existe dans la filière ovine, pourraient également être envisagées.

L'Autorité est d'avis que ces différentes mesures devraient permettre de maintenir la diversité de l'offre dans le secteur, tout en faisant bénéficier les producteurs d'un meilleur partage du surplus entre les différents acteurs de la filière, ce qui, *in fine*, bénéficiera également au consommateur, s'agissant de produits de première nécessité.

Avis 14-A-07 du 18 juin 2014 relatif au passage des chaînes LCI, Paris Première et Planète + sur la plate-forme de TNT gratuite

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après « CSA ») a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis dans le cadre de l'instruction des demandes déposées par les groupes TF1, M6 et Canal Plus, pour obtenir l'autorisation de diffuser sur la plate-forme de télévision numérique terrestre (ci-après « TNT ») gratuite leurs chaînes, respectivement La Chaîne Info (ci-après « LCI »), Paris Première et Planète +. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a souhaité *« recueillir les observations de l'Autorité de la concurrence sur la nécessité de subordonner une telle autorisation à des obligations de nature concurrentielle et qu'elle lui précise, le cas échéant, lesquelles pourraient être envisagées »*.

À cette occasion, l'Autorité de la concurrence a constaté que « *la structure globale des marchés de l'audiovisuel fait apparaître un déséquilibre entre les groupes historiques (TF1, Canal Plus, M6) et les groupes "indépendants" qui ne bénéficient [pas] d'un adossement à une régie publicitaire importante* ». L'Autorité a observé que le marché est aujourd'hui marqué par une baisse des recettes publicitaires des services de télévision et relève « *qu'aucune reprise significative n'est prévue à brève échéance et que les perspectives à moyen terme demeurent encore incertaines* ». En outre, l'Autorité de la concurrence a estimé que « *chacune des opérations va renforcer une régie de groupe* ». L'Autorité a émis des réserves à propos du passage de la chaîne d'information LCI sur la TNT gratuite. En revanche le passage en clair des deux autres chaînes de la TNT payante – Paris Première et Planète + – n'aurait pas d'impact concurrentiel sur le marché publicitaire ou sur celui des droits de diffusion des contenus concernés.

Avis 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international

Saisie par l'union professionnelle des opérateurs spécialisés du commerce international (OSCI) sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce le 30 avril 2013, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international. L'OSCI demandait notamment à l'Autorité que soient précisées les conditions dans lesquelles des organismes publics peuvent assurer des prestations relevant de ce secteur d'activité.

Après avoir présenté les principales caractéristiques du secteur de l'accompagnement à l'international, et procédé à une analyse concurrentielle de ce secteur, l'Autorité a formulé plusieurs propositions afin d'améliorer le fonctionnement de la concurrence dans ce secteur.

Sur le secteur de l'accompagnement à l'international et les questions concurrentielles posées par la demande d'avis

L'agence Ubifrance, agence française pour le développement international des entreprises, est un établissement public national à caractère industriel et commercial qui fonctionne à 70 % grâce à des subventions publiques. Elle a pour mission de favoriser le développement international des entreprises françaises en réalisant ou coordonnant toutes actions d'information, de formation, de promotion, de coopération technique, industrielle et commerciale et de volontariat international. L'Autorité considère que les subventions allouées à Ubifrance doivent être exclusivement affectées aux activités de service public sous peine de fausser le libre jeu de la concurrence. En effet, si, de façon générale, le statut des personnes publiques ne fait pas obstacle par lui-même à ce qu'elles interviennent sur un marché, le libre jeu de la concurrence est en revanche susceptible d'être faussé lorsque ces personnes

bénéficient d'avantages notamment financiers dont ne disposent pas leurs concurrents sur le marché et se trouvent ainsi en position de pratiquer des prix inférieurs à leurs coûts, au détriment des acteurs privés (principe déjà rappelé par le Conseil de la concurrence, notamment dans son avis 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma). Cela implique notamment que les subventions qui sont allouées à des acteurs comme Ubifrance soient exclusivement affectées aux activités de service public qu'ils prennent en charge.

Sur les préconisations de l'Autorité

L'Autorité de la concurrence recommande en premier lieu la mise en place d'une comptabilité analytique propre à chaque activité.

L'Autorité estime en effet que la mise en place d'une comptabilité reposant sur une délimitation fine et précise des activités de service public et des activités concurrentielles exercées par les entités concernées est la condition minimale pour s'assurer de l'absence d'affectation de ressources publiques à l'activité concurrentielle.

Pour certaines entités publiques, cette exigence relève d'une obligation légale. Pour les autres, l'Autorité recommande aussi l'adoption d'une séparation comptable, afin qu'elles puissent justifier, le cas échéant, que les fonds publics qu'elles perçoivent sont employés conformément à leur destination, c'est-à-dire pour financer les seules missions de service public dont elles sont chargées.

L'Autorité note à cet égard que les représentants d'Ubifrance et de sa tutelle ont déclaré avoir conscience de la nécessité de mettre en œuvre une comptabilité de type analytique et ont précisé que les études nécessaires à cette réforme seraient engagées rapidement.

L'Autorité préconise en deuxième lieu une séparation structurelle concernant la procédure de labellisation gérée par Ubifrance.

Le libre jeu de la concurrence peut être faussé lorsqu'une personne publique ayant la qualité d'opérateur économique sur un marché exerce par ailleurs, sur ce même marché, des fonctions de gestionnaire ou de régulateur lui conférant un avantage par rapport à ses concurrents.

La procédure de « *labellisation* » gérée par Ubifrance vise à soutenir les actions collectives de promotion à l'international des entreprises françaises (salons, rencontres d'affaires, etc.) en permettant aux opérateurs qui les organisent d'afficher le « *label France* » et de percevoir une subvention destinée à diminuer le coût de la prestation pour les entreprises participantes.

Cette procédure conduit directement un opérateur public, l'agence Ubifrance, à décider de distribuer ou non une aide financière à des opérateurs qui sont ses concurrents sur le secteur de l'accompagnement à l'international.

Une telle situation est potentiellement attentatoire au libre jeu de la concurrence et l'Autorité estime qu'il serait préférable que la procédure de labellisation soit confiée à une entité administrative distincte et indépendante d'Ubifrance.

L'Autorité propose en troisième et dernier lieu que des mesures soient prises pour que le partenariat entre la Banque publique d'investissement (Bpifrance) et Ubifrance ne se fasse pas au détriment des acteurs privés sur le marché.

L'Autorité souligne le risque que les entreprises qui s'adressent à Bpifrance pour bénéficier du « *prêt développement export* » se tournent spontanément vers Ubifrance pour leurs besoins en services d'accompagnement, dans l'espoir que leur demande de prêt soit traitée de la façon la plus favorable possible.

Elle suggère notamment un rapprochement entre Bpifrance et les opérateurs privés du secteur afin que les prestations d'accompagnement offertes par les opérateurs privés puissent être proposées par Bpifrance au même titre que celles d'Ubifrance.

Avis 14-A-12 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement d'entreprises

En octobre 2013, l'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis par le syndicat national des professionnels de l'hébergement d'entreprises (SYNAPHE), sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce.

L'hébergement d'entreprises, secteur sur lequel portait la demande d'avis, a été défini par l'Autorité comme « *l'activité consistant à fournir à des entreprises une infrastructure immobilière ainsi que diverses prestations leur permettant d'exercer leur activité professionnelle au sein d'un centre de services mutualisés* ».

Dans sa demande d'avis, le SYNAPHE interroge l'Autorité de la concurrence sur la licéité d'une intervention publique dans ce secteur au regard du droit de la concurrence.

À l'occasion de cette saisine, l'Autorité a rappelé les règles encadrant l'intervention économique des personnes publiques, les risques anticoncurrentiels résultant d'une telle intervention et les mesures préventives à mettre en place.

Rappel des principes guidant les acteurs publics présents dans un secteur concurrentiel

L'Autorité de la concurrence a premièrement rappelé que la possibilité pour une personne publique d'intervenir sur un marché concurrentiel est subordonnée à deux conditions : la personne publique doit agir dans la limite de ses compétences et son intervention sur le marché doit être justifiée par un intérêt public (§ 26).

Toutefois, l'Autorité n'a pas manqué de préciser que l'appréciation de ces conditions, qui relèvent de l'application du principe de spécialité et de celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, relève de la seule compétence des juridictions administratives (§ 27).

Dans son avis, l'Autorité de la concurrence a également relevé que l'acteur public qui agit sur un marché concurrentiel doit le faire dans le respect du droit de la concurrence (article L. 410-1 du Code de commerce). Il est donc soumis aux règles

prohibant les pratiques anticoncurrentielles (les articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce pour les ententes et les articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce pour les abus de position dominante) (§ 30 et s.).

De plus, l'acteur public doit veiller de façon plus générale au respect du libre jeu de la concurrence en veillant à ce que son intervention ne permette pas à un opérateur présent sur le marché de bénéficier d'avantages ou de facilités que ses concurrents n'ont pas, faussant ainsi le jeu de la concurrence.

L'Autorité rappelle que des risques d'atteinte à la concurrence peuvent notamment exister lorsque l'opérateur public :

- qui bénéficie pour l'exercice d'une mission de service public de moyens financiers, matériels et humains, est en mesure d'affecter une partie de ces moyens à ses activités relevant du champ purement concurrentiel et se trouve ainsi en position de pratiquer des prix inférieurs à ses coûts ;
- peut avoir accès, dans le cadre notamment de l'exercice de ses missions de service public, à des informations déterminantes pour la conquête du marché, dont ses concurrents privés ne disposent pas ;
- exerce par ailleurs, sur ce même marché, des fonctions de gestionnaire ou de régulateur lui conférant un avantage par rapport à ses concurrents.

La mise en place recommandée de mesures prévenant les risques de distorsion de concurrence

L'Autorité a, à nouveau, recommandé la tenue d'une comptabilité de type analytique permettant de distinguer les comptes des missions de service public et ceux des activités marchandes afin de prévenir notamment les pratiques de prédation par les prix ou de subventions croisées (§ 59 et s.).

L'Autorité de la concurrence a également relevé la pertinence d'une séparation juridique entre l'activité exercée en qualité d'acteur public et celle exercée en qualité d'opérateur économique et ce dans les hypothèses où la mise en place d'une comptabilité analytique ne garantirait pas suffisamment le respect du libre jeu de la concurrence.

Avis 14-A-15 du 9 octobre 2014 relatif à un projet de décret concernant l'obligation de certification des logiciels d'aide à la prescription médicale et des logiciels d'aide à la dispensation prévue à l'article L. 161-38 du Code de la sécurité sociale

Saisie par le Gouvernement sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce le 24 juin 2014, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis favorable sur un projet de décret concernant l'obligation de certification des logiciels d'aide à la prescription médicale et des logiciels d'aide à la dispensation pris en application de l'article L. 161-38 du Code de la sécurité sociale, qui prévoit notamment

que les « *certifications sont rendues obligatoires pour tout logiciel dont au moins une des fonctionnalités est de proposer une aide à l'édition des prescriptions médicales ou une aide à la dispensation des médicaments dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État et au plus tard le 1^{er} janvier 2015* ». Après un examen des dispositions susceptibles d'avoir un impact sur l'exercice de la concurrence, l'Autorité a conclu que le projet de décret contenait plusieurs dispositions restrictives de concurrence, justifiées par un objectif de santé publique et proportionnées à cet objectif. Le projet de décret soumis pour avis à l'Autorité de la concurrence a pour objectif d'encourager le développement des logiciels d'aide à la prescription et à la dispensation et donc de faciliter le travail des praticiens et favoriser le respect de la réglementation.

L'article R. 161-76-1 du projet de décret définit les logiciels d'aide à la prescription (LAP) comme « *tout logiciel dont l'objet est de proposer aux prescripteurs exerçant en ville, en établissement de santé ou en établissement médico-social, une aide à la réalisation de la prescription de médicaments* ». Les LAP visent notamment à améliorer l'information du médecin quant à l'existence d'éventuelles contre-indications, interactions ou surdosages des molécules et substances actives que ce dernier s'apprête à prescrire. Ces logiciels facilitent également la prescription en dénomination commune internationale (DCI).

L'article R. 161-76-10 du projet de décret définit les logiciels d'aide à la dispensation (LAD) comme « *tout logiciel dont l'objet est de proposer aux pharmaciens d'officine une aide à la réalisation de la dispensation de médicaments* ». Dans le même but, les éditeurs de logiciels proposent aux pharmaciens des solutions informatiques globales visant à la gestion quotidienne des officines et intégrant un LAD. Ces logiciels disposent d'un ensemble de fonctionnalités, telles que la gestion des stocks, la commande de médicaments ou encore la prise en charge des différents types de facturation. Dans le cadre de l'aide à la dispensation, ces logiciels apportent un soutien à l'analyse pharmaceutique du pharmacien lors de la dispensation des médicaments et des produits prescrits.

Si la plupart des dispositions contenues dans le projet de décret visent à clarifier les exigences prévues par l'article L. 161-38 du Code de la sécurité sociale, l'Autorité a estimé que les articles R. 161-76-3 et R. 161-76-12 dans leur rédaction proposée par le projet de décret étaient susceptibles d'avoir un impact sur l'exercice de la concurrence.

Ces deux dispositions visent à interdire la « *publicité de toute nature* » au sein des logiciels et plus largement « *l'absence de toute information étrangère* » à la prescription et à la dispensation, un manquement à ces « *exigences minimales de sécurité* » entraînant l'interdiction de commercialiser le logiciel sur le territoire français. L'Autorité a considéré à cet égard que si ces deux dispositions étaient de nature à limiter la capacité des éditeurs de logiciels à insérer notamment de la publicité commerciale des laboratoires pharmaceutiques, l'interdiction de la publicité ne s'appliquait qu'aux seules fonctionnalités des logiciels relatives à la prescription

médicale ou à la dispensation de médicaments, les autres fonctionnalités de ces logiciels n'étant pas concernées par cette interdiction.

L'Autorité souligne par ailleurs que l'interdiction de l'utilisation de ces logiciels comme support publicitaire vise à préserver l'indépendance du jugement des praticiens quant au choix des médicaments, cette règle correspondant aux exigences déontologiques posées par le Code de la santé publique, mais également aux exigences liées à la sécurité du patient.

D'autre part, les LAP et les LAD étant des logiciels intégrés à des solutions informatiques globales visant à répondre aux besoins spécifiques de différentes professions de santé, il apparaît que ces solutions informatiques ne sont pas concernées par l'interdiction de la publicité prévue par le projet de décret. L'Autorité a ainsi rappelé que ces solutions sont en mesure de prévoir des espaces de communication commerciale au même titre que les autres supports, tels que les revues destinées aux professionnels de santé, les sites Internet ou encore les aides de visite utilisées par les visiteurs médicaux.

Par conséquent, l'interdiction de la publicité étant limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de santé publique protégés, l'Autorité a émis un avis favorable au projet de décret qui lui était soumis.

La procédure de clémence



La procédure de clémence

Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français	199
Origine	199
Objectif et domaine	201
Conditions d'éligibilité	202
Exonération totale de sanctions pécuniaires (cas de type 1)	202
Exonération partielle de sanctions pécuniaires (cas de type 2)	203
Conditions de fond	204
Procédure	205
Approche de l'Autorité de la concurrence	205
Instruction de la demande de clémence	207
Avis de clémence	207
La prise de décision par le Collège	208
Demandes sommaires	208
Considérations générales	209

L'évolution de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence en matière de clémence, en France (2006-2014)	211
Introduction	211
La fixation du cadre législatif et réglementaire	212
La disposition législative	212
La disposition réglementaire	214
Les communiqués de procédure	214
Le communiqué du 11 avril 2006	215
Le communiqué du 17 avril 2007	219
Le communiqué du 2 mars 2009	222

Les premières décisions avant l'adoption du communiqué de procédure (2006-2008)	222
Les décisions postérieures aux communiqués de procédure (2008-2014)	224
Sur la demande de clémence	226
Sur l'avis de clémence	228
Sur la coopération véritable, totale, permanente et rapide	229
Sur le cumul des procédures de clémence et de non-contestation de griefs	231
Sur l'absence de bénéfice de la clémence pour les anciennes sociétés mères	233
Sur l'absence de bénéfice de la clémence pour les successeurs juridiques	234
Sur l'exonération partielle de sanction pécuniaire	234
L'articulation entre les demandes de clémence au sein du REC	236
La communication de la Commission du 27 avril 2004 sur la coopération au sein du REC	237
Les programmes modèles du REC	238
Les demandes sommaires	238
L'affaire du cartel des lessives	239
Conclusion	241

Étude relative au programme de clémence français 242

Introduction	242
Les impressions générales sur le programme de clémence français	242
Le classement des critères incitatifs pour les demandes de clémence	243
Le classement des critères dissuasifs pour les demandes de clémence	245
Les aspects procéduraux de la clémence	246
Généralités	246
Le marqueur	246
Les difficultés rencontrées	247
L'investissement requis par un demandeur de clémence	248
Les aspects liés aux procédures civiles et pénales	249
Le risque de détection des cartels	249
La perspective « postclémence » pour le demandeur de clémence	250
Conclusion	251

La procédure de clémence

Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français

Origine

Le programme de clémence français (ci-après «le programme de clémence») trouve son origine dans la loi, à la différence des programmes de clémence applicables dans de nombreux autres États, qui résultent de communications adoptées par les autorités de concurrence.

Le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui en fixe le principe et les grandes lignes, dispose :

« Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'Économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction. »

L'article R. 464-5 du Code de commerce, qui complète cette disposition, énonce :

« L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence.

La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence constate par écrit la date de la démarche. La déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou un rapporteur de l'Autorité de la concurrence.

Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux en application du premier alinéa du présent article ainsi que de l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche.

Un rapporteur de l'Autorité de la concurrence élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles l'Autorité de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou organisme concerné et au commissaire du Gouvernement.

Lorsque le bénéfice des dispositions du IV de l'article L. 464-2 a été demandé, le rapport d'enquête ou la notification de griefs et le rapport du rapporteur peuvent comporter une appréciation sur le respect par l'entreprise ou l'organisme bénéficiaire de l'avis de clémence des conditions prévues par celui-ci.»

Le 11 avril 2006, le Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») a adopté un communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, dans lequel il a précisé la manière dont il mettait en œuvre ces dispositions.

Le 29 septembre 2006, le Réseau européen de la concurrence (ci-après « le REC ») s'est accordé sur un programme modèle en matière de clémence (ci-après « le programme modèle »)¹ préparé par un groupe de travail coprésidé par les autorités française et britannique de concurrence. Ainsi que l'indique le point 2 du programme modèle, celui-ci a notamment pour objet d'éviter que les entreprises susceptibles de solliciter le bénéfice de la clémence n'en soient dissuadées par des divergences entre programmes de clémence applicables au sein du REC et, à cette fin, d'établir des principes communs de traitement des demandes de clémence, au respect desquels ces entreprises peuvent s'attendre de la part de toute autorité de concurrence membre du REC. Ainsi que l'indique le point 3 du programme modèle, les autorités de concurrence membres du REC se sont engagées à mettre tout en œuvre, dans la limite de leur compétence, pour homogénéiser leur programme de clémence respectif avec le programme modèle.

En vue de respecter l'engagement souscrit dans le cadre du REC, le Conseil a publié, le 29 janvier 2007, un projet de communiqué de procédure révisé et a invité les intéressés à lui faire part de leurs observations à ce sujet. Cette consultation publique s'est achevée le 1^{er} mars 2007.

¹. Le programme modèle du REC peut être consulté sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence (www.autoritedelaconcurrence.fr).

Le 17 avril 2007, le Conseil a adopté la version révisée de ce communiqué de procédure.

Le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») créée par la loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a adopté un nouveau communiqué de procédure.

Le programme modèle en matière de clémence a fait l'objet d'une révision et une nouvelle version du programme a été adoptée le 22 novembre 2012. Cette nouvelle version renforce tout particulièrement le système de demandes sommaires, au bénéfice des entreprises et des autorités de concurrence.

Objectif et domaine

En vertu du programme de clémence, l'Autorité peut accorder une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par une entreprise ou un organisme (ci-après, ensemble, une « entreprise ») participant à une entente si cette entreprise contribue à en établir l'existence. Les ententes concernées sont, en principe, les cartels entre entreprises consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d'appels d'offres, ou tout autre comportement anticoncurrentiel similaire entre concurrents et notamment les pratiques concertées mises en place par l'intermédiaire d'acteurs en relation verticale avec les auteurs de la pratique (« *hub and spoke* »²). Ces infractions relèvent toutes des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »).

Avant l'entrée en vigueur de ce programme de clémence, les entreprises qui souhaitaient mettre fin à leur participation à de telles ententes illicites et informer l'Autorité de leur existence pouvaient en être dissuadées par les sanctions pécuniaires élevées qu'elles risquaient de se voir infliger. Depuis lors, ces entreprises sont, à l'inverse, incitées à entreprendre cette démarche.

Le législateur a considéré qu'il est de l'intérêt de l'économie française, et notamment des consommateurs, de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui informent l'Autorité de la concurrence de l'existence d'ententes illicites et qui coopèrent avec elle afin d'y mettre fin. En effet, ces ententes sont néfastes pour les économies nationales : elles portent une atteinte grave aux intérêts des consommateurs, en particulier quand elles conduisent à un accroissement artificiel des prix ou à une limitation de l'offre sur le marché, et elles soustraient les entreprises à la pression qui, normalement, les incite à innover. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes plus sûrement et plus fréquemment détectées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement toutes les entreprises ayant

2. Voir le point 55 des lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01).

participé à l'entente, y compris celle-là même qui, en la révélant, permet à l'Autorité de découvrir et de sanctionner de telles pratiques.

Afin d'encourager les entreprises à coopérer avec l'Autorité, dans le cadre défini au point 8, celle-ci accordera une exonération totale des sanctions pécuniaires encourues en cas de violation des articles L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l'article 101 TFUE à toute entreprise qui, la première, formule une demande de clémence et qui satisfait aux conditions énoncées aux III.1, A ou B, et IV ci-dessous. Dans les autres cas, l'Autorité pourra également accorder une exonération partielle des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui formule une demande de clémence et qui satisfait aux conditions énoncées aux III.2 et IV ci-dessous.

Enfin, afin de remédier à l'asymétrie d'informations existant entre les entreprises non visitées et les entreprises visitées dans le cadre d'opérations de visite et saisie et assurer ainsi l'égalité d'accès au programme de clémence pour ces entreprises, l'Autorité publie, sauf circonstances particulières, un communiqué de presse à l'issue des opérations de visite et saisie. Ce communiqué ne mentionne pas l'identité des entreprises visitées et ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence. Si, postérieurement à la publication de ce communiqué, l'Autorité décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'enquête ou clôt l'affaire au bénéfice des entreprises visitées, elle en informera le public par un nouveau communiqué de presse.

Conditions d'éligibilité

Exonération totale de sanctions pécuniaires (cas de type 1)

Cas dans lequel l'Autorité ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée (cas de type 1A)

L'Autorité accordera le bénéfice conditionnel d'une exonération totale des sanctions pécuniaires à toute entreprise qui lui fournit, la première, des informations et des éléments de preuves de l'existence d'une entente si les deux conditions suivantes sont réunies :

- l'Autorité ne disposait pas antérieurement d'informations et d'éléments de preuves suffisants pour procéder ou faire procéder de sa propre initiative à des mesures d'investigation ciblée au titre de l'article L. 450-4 du Code de commerce, et
- du point de vue de l'Autorité, les informations et les éléments de preuves fournis par cette entreprise à l'appui de sa demande de clémence lui permettent de faire procéder à de telles mesures.

Afin de remplir la seconde condition énoncée au paragraphe précédent, l'entreprise doit au minimum fournir, par écrit ou oralement :

- le nom et l'adresse de l'entité juridique sollicitant l'exonération totale, étant rappelé que, lors du dépôt de la demande de clémence, le demandeur doit indiquer précisément les entités couvertes par la demande³ ;
- le nom et l'adresse des autres participants à l'entente présumée ;
- une description détaillée de l'entente présumée, qui doit préciser notamment la nature et l'usage des produits en cause, les territoires sur lesquels les pratiques en cause sont susceptibles de produire des effets, la nature de ces pratiques et une estimation de leur durée de mise en œuvre, et
- des informations sur toute demande de clémence relative à l'entente présumée qu'elle a adressée ou prévoit d'adresser à d'autres autorités de concurrence, ainsi que les éléments de preuves documentaires ou de toute autre nature en sa possession ou dont elle peut disposer au moment de sa demande, qui peuvent par exemple consister en des informations permettant d'identifier les lieux, les dates et l'objet des contacts ou des réunions entre les participants à l'entente présumée.

Cas dans lequel l'Autorité dispose déjà d'informations sur l'entente présumée (cas de type 1B)

Dans l'hypothèse où l'Autorité dispose déjà d'informations relatives à l'entente présumée, elle accordera le bénéfice conditionnel d'une exonération totale de sanctions pécuniaires si les trois conditions suivantes sont réunies :

- l'entreprise est la première à fournir des éléments de preuves qui, de l'avis de l'Autorité, sont suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, à l'article 101 TFUE caractérisant l'existence d'une entente ;
- au moment de la demande, l'Autorité ne disposait pas d'éléments de preuves suffisants pour lui permettre d'établir l'existence d'une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, à l'article 101 TFUE caractérisant l'existence d'une entente, et
- aucune entreprise n'a obtenu d'avis conditionnel d'exonération totale de type 1A pour l'entente présumée.

Exonération partielle de sanctions pécuniaires (cas de type 2)

Les entreprises qui ne remplissent pas les conditions prévues dans les cas de type 1A ou 1B peuvent toutefois bénéficier, sous certaines conditions, d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires.

Afin de prétendre à une telle exonération, une entreprise doit fournir à l'Autorité des éléments de preuves de l'existence de l'entente présumée apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuves dont celle-ci dispose déjà. La notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de

3. Il est à cet égard rappelé que seules les entités appartenant, au moment du dépôt de la demande, à une même unité économique au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (voir notamment arrêt *Hydrotherm* du 12 juillet 1984, Affaire C-170/83) peuvent être couvertes par la clémence, ce qui exclut notamment la ou les anciennes sociétés mères.

preuves fournis renforcent, par leur nature même et/ou par leur niveau de précision, la capacité de l'Autorité à établir l'existence de l'entente présumée. En principe, l'Autorité estimera notamment que :

- les éléments de preuves écrits contemporains de l'entente présumée ont une valeur supérieure aux éléments établis ultérieurement ;
- les éléments de preuves à charge se rattachant directement aux faits en cause ont une valeur supérieure aux éléments s'y rapportant indirectement, et
- les éléments de preuves incontestables ont une valeur supérieure aux éléments devant être corroborés en cas de contestation.

Pour déterminer le niveau d'exonération des sanctions pécuniaires auquel une entreprise peut prétendre, l'Autorité prendra en compte le rang de la demande, le moment où elle a été présentée et le degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuves fournis par cette entreprise ont apporté.

L'exonération partielle des sanctions pécuniaires accordée à une entreprise ayant apporté une valeur ajoutée significative ne saurait en principe excéder 50 % du montant de la sanction qui lui aurait été imposée si elle n'avait pas bénéficié de la clémence. Afin d'offrir une plus grande sécurité juridique aux demandeurs de clémence de type 2 tout en s'assurant que la valeur ajoutée significative des demandes soient prises en compte de manière adéquate, des fourchettes de réduction d'amende en fonction du rang de dépôt des demandes de type 2 sont fixées dans le présent communiqué de procédure. En tenant compte des éléments qui viennent d'être rappelés, la réduction d'amende sera comprise en principe dans les fourchettes suivantes :

- Première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 25 et 50 % ;
- Deuxième entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 15 et 40 % ;
- Autre entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction maximale de 25 %.

Par ailleurs, si l'entreprise qui présente la demande est la première à fournir des preuves incontestables permettant à l'Autorité d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, l'Autorité ne tiendra pas compte de ces faits pour fixer le montant de l'amende infligée à l'entreprise qui les fournis.

Conditions de fond

Outre les conditions d'éligibilité énoncées précédemment, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies dans tous les cas pour ouvrir droit à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires :

- (i) l'entreprise doit, en principe, mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence de

l'Autorité. Toutefois, pour maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité des mesures d'enquête, l'Autorité peut décider de reporter cette date ;

(ii) l'entreprise doit apporter à l'Autorité une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction, ce qui signifie en particulier :

- fournir sans délai à l'Autorité toutes les informations et tous les éléments de preuves qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
- ne remettre en cause à aucun moment devant l'Autorité, et ce jusqu'au terme de la procédure, les éléments factuels qu'elle a révélés à l'Autorité dans le cadre de la procédure de clémence et qui fondent l'avis de clémence, la matérialité des faits qu'elle a dénoncés ou l'existence même des pratiques ;
- se tenir à la disposition de l'Autorité pour répondre rapidement à toute demande de sa part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause ;
- mettre à la disposition de l'Autorité, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés ;
- s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou des éléments de preuves utiles se rapportant à l'entente présumée, et
- s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que l'Autorité n'ait communiqué ses griefs aux parties, sauf si l'Autorité y donne son accord ;

(iii) lorsqu'elle envisage d'adresser une demande à l'Autorité, l'entreprise ne doit pas avoir détruit ou falsifié de preuves de l'entente présumée, ni avoir divulgué son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence.

Aucune exonération totale de sanction pécuniaire ne sera accordée au titre du programme de clémence à une entreprise qui aura pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction.

Procédure

Approche de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence accepte d'avoir des contacts préalables et anonymes avec un demandeur de clémence potentiel ou son conseil qui souhaiterait obtenir des informations générales sur la mise en œuvre de la procédure de clémence. Le conseiller clémence de l'Autorité peut être contacté à cet effet, soit par téléphone (+33 (0) 1 55 04 02 00), soit par l'intermédiaire de l'adresse clemence@autorite-de-la-concurrence.fr.

L'entreprise qui effectue une demande de clémence auprès de l'Autorité s'adresse au rapporteur général.

La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception. L'entreprise utilise à cette fin les coordonnées indiquées sur la page du site Internet de l'institution dédiée à la clémence⁴.

Alternativement, la démarche peut être effectuée oralement, auquel cas le rapporteur général en constate par écrit la date et l'heure.

Pour accomplir cette démarche, l'entreprise doit fournir à l'Autorité, outre son nom et son adresse, des informations dénuées d'ambiguïté sur les circonstances ayant conduit à l'introduction de sa demande de clémence, le(s) produit(s) en cause et le(s) territoire(s) sur lesquels l'entente présumée est susceptible de produire ses effets, l'identité des auteurs de cette entente, sa nature et sa durée estimée, ainsi que sur toute demande de clémence relative à cette entente présumée qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence.

La réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou l'établissement d'un procès-verbal par le rapporteur général permet de marquer l'ordre d'arrivée des demandes de clémence, à condition que l'entreprise ait fourni les informations visées au point précédent.

Un numéro de téléphone spécialement dédié à la prise de rendez-vous en vue du dépôt d'une demande de clémence est mis à disposition (+33 (0) 155 040200). Les rendez-vous demandés seront accordés dans l'ordre chronologique de leur formulation afin de garantir le traitement des demandes dans l'ordre d'arrivée en cas de demandes multiples. À l'issue de l'appel, le Conseiller clémence accuse réception avec la date et l'heure par courriel et organisera un rendez-vous de dépôt de demande de clémence avec le rapporteur général ou l'un de ses adjoints. La demande de clémence sera réputée avoir été formulée à l'heure et la date du passage des représentants de l'entreprise dans les locaux de l'Autorité.

Dans l'hypothèse où une entreprise souhaite déposer une demande de clémence alors que des opérations de visite et saisie sont en cours dans l'affaire concernée, elle peut contacter l'Autorité dans les conditions prévues au point précédent du présent communiqué de procédure afin d'obtenir un rendez-vous pour le dépôt oral de sa demande. Ce rendez-vous sera fixé postérieurement à la clôture de l'ensemble des opérations en cours. En cas de dépôts de plusieurs demandes de rendez-vous pendant le déroulement des opérations de visite et saisie, ces demandes seront enregistrées dans l'ordre chronologique de soumission à l'Autorité. Les demandes de clémence seront réputées avoir été soumises au moment du rendez-vous avec l'Autorité.

Le rapporteur général accorde à l'entreprise un délai, dont il fixe la durée, pendant lequel le rang d'arrivée de la demande est maintenu, afin de permettre à l'entreprise de réunir les informations et les éléments de preuves relatifs à l'entente présumée qui seront nécessaires à l'examen de sa demande de clémence par l'Autorité. Si elle respecte les délais impartis, les informations et éléments de preuves fournis seront

4. Ces coordonnées sont accessibles sur la page suivante du site Internet de l'Autorité de la concurrence : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=292.

considérés comme ayant été communiqués à la date de réception de la demande, constatée dans le courrier ou le procès-verbal marquant son rang d'arrivée.

Instruction de la demande de clémence

Une fois la demande de clémence enregistrée, soit par réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit par l'établissement d'un procès-verbal, la déclaration écrite ou orale du représentant de l'entreprise est recueillie, dans les délais fixés par le rapporteur général de l'Autorité, dans un procès-verbal de déclaration.

Dans le délai imparti par le rapporteur général au moment du dépôt de la demande de clémence, l'entreprise transmet à l'Autorité l'ensemble des informations et des éléments de preuves qu'elle estime être de nature à fonder sa demande de clémence. Ces informations et éléments de preuves peuvent comprendre des pièces, des fichiers électroniques et des déclarations des cadres et des employés. Avant l'adoption de l'avis de clémence, l'entreprise peut fournir, à titre complémentaire, des éléments venant préciser ceux remis dans le délai prévu au point 33 du présent communiqué.

Le rapporteur désigné pour instruire la demande de clémence prépare un rapport, sur la base des informations et éléments de preuve transmis par le demandeur de clémence dans les conditions prévues au point précédent du présent communiqué, ainsi que, le cas échéant, sur la base des clarifications apportées sur ceux-ci, par l'entreprise et à la demande du rapporteur, dans lequel il vérifie que les conditions fixées par l'Autorité pour obtenir le bénéfice conditionnel d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires sont réunies et élabore, le cas échéant, des propositions d'exonération de sanctions. Il confirme dès que possible à l'entreprise demanderesse que sa demande de clémence constitue un cas de type 1A ou non.

Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise demanderesse et au commissaire du Gouvernement. Toutefois, ce délai peut être abrégé avec l'accord de l'entreprise et du commissaire du Gouvernement.

Avis de clémence

Sur la base du rapport établi par le rapporteur, le demandeur est convoqué à la séance devant l'Autorité.

Après la séance, l'Autorité adopte un avis dans lequel elle indique à l'entreprise si elle accorde une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires, ainsi que, dans ce dernier cas, le taux de cette exonération, et précise les conditions auxquelles cette exonération est subordonnée.

Dans le cas où l'Autorité estime que les conditions posées ne sont pas réunies et émet en conséquence un avis défavorable, les informations et les éléments de preuves fournis sont restitués à l'entreprise si celle-ci en fait la demande.

La prise de décision par le Collège

Dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, l'Autorité estime que les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, elle accorde l'exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires telle qu'elle était indiquée dans l'avis de clémence. Dans le cas de l'exonération partielle, elle en fixe le niveau exact.

Dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, l'Autorité estime que les conditions posées dans l'avis conditionnel conformément au point 23 du présent communiqué n'ont pas été remplies, elle peut en tirer les conséquences soit, en cas de manquement grave, en retirant le bénéfice de l'exonération totale ou partielle de sanction, soit, dans l'hypothèse d'un manquement de moindre gravité, en accordant une réduction inférieure à celle fixée dans l'avis conditionnel.

Demandes sommaires

L'Autorité accepte les demandes sommaires, dans les conditions du programme modèle rappelées ci-après :

- la Commission européenne est particulièrement bien placée pour examiner une affaire conformément au point 14 de la communication relative à la coopération⁵;
- l'entreprise a présenté ou s'apprête à présenter une demande d'immunité ou de réduction d'amende à la Commission européenne pour la même entente présumée que celle objet de la demande sommaire, et
- l'entreprise fournit son nom et son adresse, l'identité des autres participants à l'entente présumée et, sous forme succincte, les informations permettant d'identifier le ou les produits en cause, le ou les territoires affectés, la nature et la durée de l'entente présumée, le ou les États membres où les éléments de preuves sont susceptibles de se trouver et les informations sur toute demande de clémence relative à cette entente qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence.

Cette démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou par déclaration orale. Le rapporteur général constate par écrit la date et l'heure de la démarche.

La réception du courrier ou l'établissement du procès-verbal permet de marquer l'ordre d'arrivée de la demande sommaire. Lorsque c'est le cas, le rapporteur général confirme à l'entreprise intéressée qu'elle est la première à solliciter l'immunité. La demande sommaire sera considérée par l'Autorité comme une démarche effectuée dans les conditions prévues dans le présent communiqué de procédure pour déposer une demande de clémence.

Après le dépôt d'une demande sommaire, l'entreprise reste tenue de fournir à l'Autorité les renseignements complémentaires que celle-ci pourrait solliciter. Il est par ailleurs de la responsabilité de l'entreprise intéressée d'informer l'Autorité (i) de

5. Communication 2004/C 101/03 de la Commission du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence (JOUE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 43).

toute information nouvelle fournie à la Commission européenne qui, avant que l'Autorité ne décide d'agir dans l'affaire, est de nature à modifier de façon significative la demande sommaire, notamment en ce qui concerne la nature, le champ et la durée de l'entente présumée et (ii) du rejet de sa demande de clémence principale par la Commission européenne.

Si l'Autorité décide d'agir dans l'affaire pour laquelle la demande sommaire a été présentée, l'entreprise devra fournir la totalité des informations et des éléments de preuves nécessaires pour l'examen de sa demande dans les conditions fixées aux points 29 et suivants du présent communiqué de procédure, y compris l'ensemble des informations et des éléments de preuve précédemment fournis à la Commission européenne si le rapporteur général l'estime pertinent.

Pour faciliter le traitement d'une demande sommaire, et notamment des questions linguistiques susceptibles d'être soulevées, l'Autorité recommande de prendre au préalable l'attache du conseiller clémence ou du rapporteur général.

Considérations générales

Consciente du fait que les entreprises qui coopèrent avec l'Autorité peuvent souhaiter que leur coopération demeure confidentielle, celle-ci préservera, dans la limite de ses obligations nationales et communautaires, la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence pendant la durée de la procédure, jusqu'à l'envoi de la notification des griefs aux parties concernées.

L'Autorité de la concurrence appartient, depuis le 1^{er} mai 2004, au REC mis en place par le règlement n° 1/2003⁶. Au sein du REC, les autorités de concurrence coopèrent étroitement. Des règles relatives à la division efficace du travail et des mécanismes de coopération pour l'attribution des affaires et l'assistance entre autorités ont été adoptées. Ces règles, qui comprennent des principes relatifs à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier des mesures de clémence, ont été précisées par la Commission dans la communication relative à la coopération, que l'Autorité s'est engagée à respecter. Par ailleurs, cette dernière ne transmettra les déclarations orales faites dans le cadre du présent programme de clémence à d'autres autorités de concurrence, conformément à l'article 12 du règlement n° 1/2003, que si les conditions établies dans la communication relative à la coopération sont remplies et pour autant que la confidentialité assurée par l'autorité de concurrence destinataire soit équivalente à celle garantie par l'Autorité.

Mention de la coopération de la ou des entreprises avec l'Autorité pendant la procédure sera faite dans la décision afin d'expliquer la raison de l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues par cette ou ces entreprises.

L'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter

6. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (JOCE n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1).

de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et/ou à l'article 101 TFUE.

En application du deuxième alinéa de l'article L. 462-6 du Code de commerce, l'Autorité peut, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du même code, adresser le dossier au procureur de la République. L'article L. 420-6 ne s'applique que si trois conditions cumulatives sont réunies : la personne physique doit avoir pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception et l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées notamment à l'article L. 420-1. L'Autorité considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites.

Le présent communiqué de procédure remplace le communiqué de procédure du 2 mars 2009. Il sera appliqué, à compter de la date de sa publication sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence, pour le traitement de toutes les demandes d'exonération de sanctions pécuniaires reçues à partir de cette date et concernant des affaires dans lesquelles aucune entreprise n'a déjà présenté de demande d'exonération de sanctions pécuniaires au titre du communiqué de procédure du 2 mars 2009.

L'évolution de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence en matière de clémence, en France (2006-2014)

Introduction

Le programme français de clémence a plus de dix ans désormais. Le Conseil de la concurrence (ci-après « le Conseil »), puis l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), ont donné chair aux dispositions législatives et réglementaires de 2001 et 2002, au travers de plusieurs communiqués de procédure et de plusieurs décisions, la cour d'appel de Paris ayant été conduite à se prononcer sur certaines d'entre elles. La pratique décisionnelle et la jurisprudence ont ainsi précisé progressivement les règles d'appréciation au fond et de procédure du régime français de clémence. En outre, à compter de la mise en œuvre du règlement européen 1/2003, le Conseil, puis l'Autorité, ont introduit certaines dispositions issues du programme européen de clémence et pris part aux modalités de coopération au sein du Réseau européen des autorités de concurrence (REC).

L'examen de l'évolution de la pratique décisionnelle, à laquelle il convient d'ajouter celle des communiqués de procédure, et de la jurisprudence, permet de constater la volonté de l'autorité chargée de la concurrence, et des juridictions de contrôle, non seulement de clarifier les objectifs poursuivis afin de légitimer le programme de clémence, mais encore de préciser la procédure afin de la rendre plus attractive pour les entreprises.

Après avoir rappelé le cadre législatif et réglementaire, l'étude comparative des communiqués de procédure permettra d'observer ce cheminement vers plus de précision sur la procédure, plus de protection pour les demandeurs de clémence et plus de prévisibilité, notamment sur le taux d'exonération des sanctions encourues.

Ensuite, l'analyse des décisions du Conseil et de l'Autorité, ainsi que des arrêts de la cour d'appel de Paris, conduira à identifier deux périodes articulées autour du premier communiqué de procédure de 2006. Après une première phase caractérisée par des affaires assez simples engagées par des demandeurs de premier rang, la seconde présente plus de difficultés et conduit le Conseil puis l'Autorité à aborder des questions délicates en termes de coopération du demandeur ou encore de cumul de procédures. À n'en pas douter, ces situations complexes ne sont pas sans lien avec l'accroissement du niveau des sanctions pécuniaires qui fait des exonérations d'amende un véritable enjeu pour les entreprises.

Enfin, l'articulation entre les programmes de clémence au sein du REC et les modalités de coopération entre autorités de concurrence soulève des interrogations. L'affaire du cartel des lessives, qui a donné lieu à une décision de l'Autorité de la concurrence et un arrêt de la cour d'appel de Paris a été l'occasion d'un vif débat à ce sujet.

La fixation du cadre législatif et réglementaire

Après l'adoption par la Commission européenne d'une communication relative à la clémence⁷, la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a introduit dans le Code de commerce un dispositif de clémence en droit français. Il figure au IV de l'article L. 464-2 du Code. L'article 44 du décret du 30 avril 2002, désormais codifié à l'article R. 464-5 du Code de commerce, a complété la disposition législative.

Il convient de souligner que le programme français de clémence a été initié par la loi, contrairement au régime européen qui, à ce stade, résulte de communications de la Commission européenne.

Les sociétés Brenntag, demandeur de clémence dans l'affaire du cartel des commodités chimiques qui a fait l'objet de la décision de l'Autorité de la concurrence 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des commodités chimiques⁸, ont introduit cinq questions prioritaires de constitutionnalité relatives aux dispositions législatives concernant la clémence. Dans un arrêt du 4 mars 2015, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel les cinq questions prioritaires de constitutionnalité des sociétés Brenntag, en précisant « *que les questions posées ne présentent pas [...] de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux principes de valeur constitutionnelle invoqués* ».

La disposition législative

L'article L. 464-2 du Code de commerce instaure un dispositif permettant à l'Autorité d'accorder une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires à une entreprise ou un organisme « *qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1* ». En d'autres termes, la clémence n'est pas assimilable à la délation, elle est plutôt une forme de repentance puisqu'il faut avoir participé à l'infraction présumée pour pouvoir la dénoncer. Elle n'est applicable qu'aux pratiques susceptibles de tomber sous le coup des dispositions du Code de commerce prohibant les ententes. Les abus de position dominante en sont donc exclus. L'exonération totale ou partielle est acquise si l'entreprise ou l'organisme (ci-après « l'entreprise ») « *a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le Conseil [devenu l'Autorité] ou l'administration ne disposait pas antérieurement* ». Le demandeur de clémence ne peut donc bénéficier d'une exonération de l'amende encourue que s'il contribue par la remise d'éléments d'information inconnus de l'Autorité à établir la réalité de la « *pratique prohibée* » et à en identifier les auteurs.

7. Communication Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 18 juillet 1996 n° 96/C 207/04.

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

À cet égard, l'arrêt précité de la Cour de cassation précise dans un attendu : « [...] en permettant à l'Autorité de la concurrence d'accorder une exonération totale ou partielle de sanctions pécuniaires aux entreprises ou organismes, ayant participé à une entente, qui en dénoncent l'existence et contribuent à l'établissement de l'infraction et à l'identification de ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement, les dispositions contestées ont pour objectif, dans l'intérêt de l'ordre public économique, de faciliter la détection des ententes et de les faire cesser plus rapidement ». Ainsi la procédure de clémence est-elle un outil au service de l'ordre public économique.

Le même arrêt indique que les dispositions législatives relatives à la clémence « définissent les conditions d'octroi de l'exonération et confient à l'Autorité de la concurrence, dans l'exercice de son pouvoir de sanction, l'appréciation, à l'issue d'une procédure contradictoire, et par une décision motivée soumise au contrôle du juge, de l'étendue de l'exonération à accorder au demandeur de clémence, sur la base de critères objectifs, liés à la nature et à l'importance de la contribution apportée par celui-ci à l'établissement de l'infraction et en considération des données individuelles propres à chaque entreprise ou organisme, conformément au principe d'individualisation de la peine ».

La loi brosse ensuite à grands traits les principales étapes de la procédure. La démarche est engagée à l'initiative de l'entreprise auprès de l'Autorité ou du ministre chargé de l'Économie ; le rapporteur général de l'Autorité ou le ministre chargé de l'Économie demande à l'Autorité d'adopter un « avis de clémence », « qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée ». Ce point est important puisqu'il affirme que seules les conditions qui figurent de manière explicite dans l'avis de clémence sont opposables au demandeur. Avant d'adopter son avis, l'Autorité prend connaissance des observations du commissaire du Gouvernement et de l'entreprise. Cet avis est transmis à l'entreprise ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie « et n'est pas publié ». La loi indique ainsi que l'avis de clémence est un acte par nature conditionnel et qu'il n'a pas de caractère public. Il s'agit en effet d'un acte préparatoire à la décision.

Enfin, la loi précise les conséquences que l'Autorité tire de l'avis. Au stade de la décision finale dans laquelle l'Autorité peut prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre d'entreprises ayant enfreint les dispositions de l'article L. 420-1, « l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction ». Outre le caractère conditionnel de l'avis, ici rappelé, cette disposition établit un lien entre le niveau de l'exonération, qui peut être totale ou partielle, et la valeur de la contribution de l'entreprise à l'établissement de l'infraction. L'Autorité, après avoir examiné le respect des conditions exposées dans l'avis, déterminera le taux de réduction de l'amende en proportion de la valeur ajoutée de la contribution du demandeur, basée sur des éléments d'information inconnus de l'Autorité. L'exonération totale de sanction implique donc une contribution particulièrement déterminante à l'établissement de l'infraction.

La disposition réglementaire

L'article R. 464-5 du Code de commerce apporte un certain nombre d'éclaircissements sur la procédure.

La demande de clémence doit être adressée par courrier en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement, soit auprès du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) représentant le ministre chargé de l'Économie, soit auprès du rapporteur général du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité). Dans le cas d'une demande orale, le destinataire de la demande « *constate par écrit la date de la démarche* ». La déclaration du demandeur est recueillie « *dans les délais les plus brefs* » par un enquêteur de la DGCCRF ou par un rapporteur de l'Autorité. Cette description en deux temps de la demande de clémence identifie le marqueur, d'une part, et la déclaration d'entreprise, d'autre part. Le terme « *dans les délais les plus brefs* » se traduit, dans la pratique, par un délai d'un mois.

Le DGCCRF et le rapporteur général s'informent mutuellement des démarches entreprises, ainsi que d'une éventuelle enquête ou instruction en cours se rapportant aux pratiques, objet de la demande de clémence, et qui lui serait antérieure.

Dans la perspective de l'adoption de l'avis de clémence, un rapporteur de l'Autorité est chargé d'élaborer, dans un rapport, des propositions d'exonération de sanctions et de préciser les conditions auxquelles le demandeur sera soumis. Ce rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, au demandeur de clémence et au commissaire du Gouvernement.

Le rapport d'enquête, la notification de griefs ou le rapport du rapporteur peuvent comporter une appréciation du respect par le demandeur de clémence des conditions prévues dans l'avis de clémence. En pratique, cette appréciation est effectuée dans le rapport du rapporteur.

Les communiqués de procédure

Le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité, ont adopté des communiqués de procédure afin de préciser les contours de la procédure de clémence mais aussi de tenir compte des nouvelles modalités de coopération entre la Commission et les États membres à la suite de l'adoption du règlement n° 1/2003. À cet égard, la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence⁹ comporte des dispositions spécifiques de coopération quant aux affaires dans lesquelles des entreprises invoquent le bénéfice d'un programme de clémence.

Ces communiqués de procédure peuvent être considérés comme des directives au sens du droit interne et s'imposent donc à l'Autorité.

9. Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence du 27 avril 2004 (2004/C 101/03).

Le communiqué du 11 avril 2006

Le premier communiqué de procédure a été publié le 11 avril 2006. Sa publication marque une étape significative dans la mise en œuvre du programme français de clémence puisqu'il explique, avec force détails, les objectifs poursuivis et la procédure, en s'inspirant de la communication de la Commission du 19 février 2002¹⁰ (point 4).

L'absence de communiqué de procédure n'avait toutefois pas empêché des entreprises de déposer des demandes de clémence, et ce dès l'année 2002¹¹. Il reste que cette carence a pu entraîner quelques dysfonctionnements. À cet égard, il convient de rappeler que la décision de l'Autorité 10-D-39¹² indique que le responsable d'une entreprise avait informé la DGCCRF en février 2006 de l'existence d'une entente anticoncurrentielle, «*provoquant ainsi son implosion sans pour autant formuler de demande de clémence*». L'Autorité, prenant en compte la dénonciation de l'entente hors clémence mais aussi le prononcé du redressement judiciaire à l'endroit de l'entreprise, décida qu'«*il n'y a [vait] pas lieu de lui infliger de sanction pécuniaire*».

Outre les objectifs du programme de clémence (faciliter la détection et l'interdiction des ententes les plus graves, favoriser la coopération des entreprises à l'établissement de l'infraction, notamment), très proches de ceux exposés dans la communication de la Commission européenne, le communiqué de procédure contient un grand nombre de précisions sur la procédure.

Tout d'abord, le Conseil explicite le champ d'application du programme français de clémence en soulignant qu'il concerne, «*en principe*», les ententes ou cartels entre entreprises visant à fixer des prix, des quotas de production ou des répartitions de marchés «*ou tout autre comportement anticoncurrentiel entre concurrents*», c'est-à-dire des ententes horizontales (point 6). Ainsi le Conseil se rapprochait-il de la pratique européenne, alors que le Code de commerce n'exclut pas *a priori* les ententes verticales.

Ensuite, et c'est un point de clarification très important, le Conseil explique les «*conditions d'éligibilité au programme de clémence*» et reprend la distinction opérée dans la communication de la Commission précitée et dans le premier programme modèle européen du 29 septembre 2006 (voir plus loin) :

- Type 1A : exonération totale de sanctions pour le demandeur qui fournit le premier des «*informations et preuves*» de l'existence d'une entente prohibée, inconnue des autorités de contrôle, éléments qui, «*du point de vue du Conseil*», lui permettent de procéder ou de faire procéder à des opérations de visite et saisie (article L. 450-4) ; le point 12 liste les informations minimales à fournir par le

10. Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, JOCE n° C 45 du 19 février 2002, p. 3.

11. Décision 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication de portes : «*Par courrier en date du 31 mai 2002, la société France Portes SA [...] sollicitait [...] l'application d'une mesure de clémence sur le fondement du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce.*» Voir également les décisions 07-D-48 du 18 décembre 2007 et 08-D-12 du 21 mai 2008.

12. Décision de l'Autorité 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

demandeur : le nom et l'adresse des parties à l'entente, la description des marchés concernés (dimension matérielle et géographique) et des pratiques dénoncées, les preuves en sa possession, et toute autre demande de clémence qui aurait été déposée auprès d'une autre autorité de concurrence.

Dans cette hypothèse, ce sont la révélation de l'entente et la contribution permettant d'engager une opération de visite et saisie, nécessaires à la démonstration de l'existence de la pratique, qui sont la contrepartie de l'immunité d'amende.

À ce stade de la procédure, les « *preuves* » dont il est ici question ne constituent que des éléments probants parcellaires, des indices de pratiques anticoncurrentielles suffisants pour permettre au juge de motiver une ordonnance de visite et saisie.

• Type 1B : exonération totale de sanctions pour le demandeur qui apporte des informations sur des pratiques dont les autorités de contrôle ont déjà connaissance (mais qui sont insuffisantes soit pour procéder ou faire procéder à des opérations de visite et saisie et/ou qui sont insuffisantes pour établir l'infraction), sous réserve du respect des conditions suivantes :

- le demandeur est le premier à fournir au Conseil de la concurrence des « *éléments de preuve* » qui, de l'avis du Conseil, sont suffisants pour lui permettre d'établir une entente prohibée ;
- aucune entreprise n'a obtenu d'avis conditionnel de clémence de type 1A pour l'entente présumée.

Dans cette hypothèse, l'exigence en matière d'éléments probants est beaucoup plus élevée : alors qu'il suffit au demandeur de type 1A de remettre des indices de pratique anticoncurrentielle, permettant de motiver une ordonnance de visite et saisie, le demandeur de type 1B doit apporter des preuves permettant au Conseil d'établir l'existence de l'entente. C'est donc une contribution très forte qui est ici valorisée. Tel serait en particulier le cas après la réalisation d'une opération de visite et saisie qui se serait révélée en tout ou partie infructueuse. À cet égard, la décision 11-D-17¹³ (lessives) fournit un exemple de type 1B.

La dernière condition écarte l'attribution du rang 1 à deux demandeurs différents pour la même entente présumée.

• Type 2 : exonération partielle de sanctions pour des demandeurs ne pouvant bénéficier des types 1A ou 1B (il s'agit, pour l'essentiel, des situations qui se présentent après la réalisation des opérations de visite et saisie) et qui remettent aux autorités de contrôle « *des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve* » dont ces autorités disposaient déjà. Ces éléments « *renforcent* », par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité du Conseil à établir l'infraction. Dans cette hypothèse, c'est la contribution du demandeur à la consolidation du grief qui est la contrepartie d'une exonération de l'amende.

Pour évaluer le montant de cette exonération partielle, le communiqué, qui précise qu'« *il ne saurait en principe excéder 50% du montant de la sanction* » encourue, indique

13. Décision 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

qu'il « prendra en compte le rang et la date à laquelle la demande a été présentée ainsi que la mesure dans laquelle les éléments apportés constituent une valeur ajoutée significative ». Il existe donc un double critère d'appréciation : rang et date d'arrivée, d'une part, et valeur ajoutée significative, d'autre part, sans qu'aucun de ces deux critères n'ait *a priori* préséance sur l'autre, laissant ainsi une marge de discrétion relativement importante au Conseil. De même, si en principe le taux de réduction ne peut excéder 50 %, il n'est pas exclu que ce seuil puisse être dépassé, dans des circonstances certes exceptionnelles.

Cette distinction entre les différents types d'exonération, qui correspondent à différentes formes plus ou moins abouties de contribution, est directement issue de la communication de la Commission précitée, mais n'apparaît que de façon indirecte dans le texte du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Ce dernier envisage les deux catégories d'exonération des sanctions, « totale ou partielle » et indique que le niveau de l'exonération est déterminé en proportion de la contribution apportée par le demandeur à l'établissement de l'infraction. Ainsi, le communiqué, en cohérence avec le régime européen, explique comment le Conseil établit cette appréciation proportionnée de la contribution du demandeur.

Le point 18 du communiqué rappelle les « conditions de fond » qui subordonnent l'exonération de sanctions. Elles sont au nombre de quatre et sont « cumulatives » :

- le demandeur est soumis à une obligation de « coopération totale, permanente et rapide, tout au long de la procédure » ; cette coopération implique la remise de tout élément de preuve nouveau qui viendrait en sa possession pendant la procédure (et, donc, au-delà de l'avis de clémence) ;
- le demandeur doit, « en principe », mettre fin à sa participation aux activités illégales présumées sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence. Le communiqué précise toutefois que « pour maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité des mesures d'enquête, le Conseil peut décider de reporter cette date ». En effet, pour garantir l'effet de surprise des opérations de visite et saisie et éviter le dépérissement des preuves matérielles, le Conseil peut prendre une décision de report de la date de cessation de la participation à la pratique dénoncée. Cette décision est adoptée dans le cadre de l'avis de clémence ;
- le demandeur ne doit pas avoir contraint les autres membres de l'entente présumée, ce qui n'exclut pas le fait qu'il puisse être le meneur de l'entente. Le libellé en sera modifié ultérieurement, pour limiter cette obligation aux seuls demandeurs de rang 1 ;
- le demandeur « ne doit pas avoir informé de sa demande les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées ». Cette dernière condition, qui ne vise que la divulgation de la démarche aux entreprises parties à l'entente présumée, écarte donc les situations où l'information serait révélée à des tiers¹⁴. Le libellé sera modifié dans le communiqué de procédure suivant, afin de viser tous les cas de révélation.

14. À cet égard, il convient de se référer à la décision 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des commodités chimiques (points 535 à 537). Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

Le communiqué aborde enfin un certain nombre de points procéduraux, en sus de ceux prévus dans le décret précité :

- des contacts préalables informels peuvent être organisés entre le demandeur ou son conseil et le Conseil (point 19);
- un certain nombre d'informations relatives à l'entente (produit et territoire concernés, identité des auteurs, nature et durée de l'entente, autres demandes de clémence) doivent obligatoirement figurer dans la demande initiale du demandeur de clémence (point 22);
- l'ordre d'arrivée des demandes de clémence est conditionné au respect du point précédent (point 23);
- le rapporteur général peut accorder au demandeur un délai pour fournir les informations et preuves relatives à l'entente présumée et qui sont nécessaires à l'examen de sa demande; pendant la période qui s'étend jusqu'au terme du délai, le rang d'arrivée de la demande est garanti; il s'agit de ce qui est communément désigné sous le nom de « *marqueur* » (point 25);
- postérieurement à l'octroi du marqueur, et au terme du délai imparti, le demandeur effectue une déclaration écrite ou orale relative à la pratique présumée, qui est enregistrée par procès-verbal de déclaration par un représentant des autorités de contrôle (point 26);
- le contenu du rapport du rapporteur en vue de l'avis de clémence est précisé : il contient des éléments sur les conditions d'éligibilité fixées au III du communiqué. Pour l'essentiel, il s'agit de la détermination du type d'exonération totale ou partielle (point 28);
- le contenu de l'avis de clémence est également détaillé et son caractère conditionnel réaffirmé. Le rapport du rapporteur est présenté lors d'une séance devant le collège à laquelle le demandeur est convoqué (points 30 à 32);
- le communiqué s'achève par des considérations générales, dont il convient de retenir les points suivants :
 - . la demande de clémence ne sera révélée qu'au stade de la notification de griefs et demeurera confidentielle jusque-là (point 33);
 - . la coopération du demandeur fera l'objet d'une appréciation dans la décision afin de justifier l'exonération totale ou partielle, cette dernière condition apparaissant dès lors comme fondamentale (point 35);
 - . l'exonération au titre de la clémence ne protège pas le demandeur des conséquences civiles de ses actes (point 36); en revanche, elle le protège, dans certaines conditions, de la procédure prévue à l'article L. 420-6 du Code de commerce qui permet de poursuivre, sous l'angle pénal, la participation de personnes physiques aux ententes, dans certaines conditions : « *Le Conseil de la concurrence considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites* » (point 37);
 - . le communiqué rappelle que le Conseil s'inscrit dans le cadre du réseau des autorités de concurrence en Europe, ce qui implique une coopération entre elles, et conduit à protéger les demandeurs de clémence (point 34).

Le communiqué du 17 avril 2007

Le deuxième communiqué de procédure a été publié le 17 avril 2007. Le Conseil y rappelle qu'un programme modèle en matière de clémence a été adopté, le 29 septembre 2006, dans le cadre du Réseau européen de concurrence (REC), afin d'établir des principes communs de traitement entre les autorités du REC. Ce programme modèle a conduit à des aménagements du communiqué de procédure français¹⁵. Ils traduisent une volonté de préciser le programme de clémence pour le rendre plus prévisible et d'y introduire de la souplesse afin de le rendre plus attractif.

Sur les conditions d'éligibilité et la typologie des trois types d'exonération, le deuxième communiqué de procédure introduit des précisions plutôt que des changements :

- pour les cas de type 1A, le communiqué apporte des éclaircissements sur les informations que doit fournir le premier demandeur. Par exemple, il donne des exemples des « *éléments de preuve documentaires* » qui doivent être remis par le demandeur : il peut s'agir d'« *informations permettant d'identifier les lieux, les dates et l'objet des contacts ou des réunions entre les participants à l'entente présumée* », toute information utile pour permettre au juge de motiver une ordonnance de visite et saisie ;
- pour les cas de type 1A et 1B, le deuxième communiqué introduit la notion d'« *informations suffisantes* », pour ce qui concerne les informations dont disposait déjà le Conseil avant la demande de clémence ; cette modification introduit une nuance intéressante par rapport à la situation antérieure, puisque le Conseil peut en effet disposer d'informations sur une pratique prohibée avant la première demande sans que cette situation ne conduise à son rejet, mais celles-ci doivent être jugées « *in-suffisantes* » pour procéder ou faire procéder à des opérations de visite et saisie (cas de type 1A), ou bien « *in-suffisantes* » pour établir l'infraction (cas de type 1B). C'est un gage de souplesse dans la mise en œuvre de la procédure ;
- pour les cas de type 2, le deuxième communiqué de procédure effectue une gradation de la valeur ajoutée des éléments matériels remis par le demandeur. Ainsi, par exemple, des « *éléments de preuve écrits contemporains de l'entente présumée ont une valeur supérieure aux éléments établis ultérieurement* ». Ce sont des précisions significatives pour conférer plus de sécurité juridique au programme de clémence et donner plus de prévisibilité aux demandeurs. Elles conduisent aussi à renforcer l'efficacité du dispositif puisqu'il est clairement annoncé que la plus forte valeur ajoutée (qui induit la meilleure exonération) sera attribuée aux éléments matériels qui, au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence, ont la valeur probante la plus élevée : il s'agit des éléments de preuve écrits contemporains des faits dénoncés.

15. Parallèlement, la Commission européenne se dotait le 8 décembre 2006 d'une nouvelle communication sur la clémence : communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (2006/C298/11).

Il reste toutefois que le point 18 du deuxième communiqué introduit une modification importante, de nature à inciter les demandeurs à coopérer très largement avec le Conseil de la concurrence : « [...] *si l'entreprise qui présente la demande fournit des preuves incontestables permettant au Conseil d'établir des éléments de fait supplémentaires ayant une incidence directe sur la détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées aux participants à l'entente, cette contribution supplémentaire sera prise en compte dans la détermination individuelle de la sanction qui pourra faire l'objet d'une exonération partielle* ». Tel serait le cas par exemple d'un demandeur de rang 2 qui apporterait des preuves incontestables du fait que l'entente présumée a commencé plus tôt que la date précédemment identifiée par l'autorité de contrôle, cette information contribuant à allonger la durée de l'infraction et à alourdir la sanction encourue. À ce jour, aucune décision du Conseil ou de l'Autorité ne fait état de la mise en œuvre de cette disposition.

Les points 20 et 21 du communiqué de 2007 apportent des éclaircissements sur les « *conditions de fond* » et, notamment, fournissent plusieurs exemples concrets de ce que recouvre la notion de « *coopération véritable, totale, permanente et rapide* », afin de donner aux demandeurs plus de prévisibilité et de sécurité juridique. L'entreprise demanderesse de clémence doit :

- fournir sans délai aux services des autorités de contrôle toutes les informations et tous les éléments de preuve qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
- se tenir à leur disposition pour répondre rapidement à toute demande de leur part visant à contribuer à l'établissement des faits ;
- mettre à leur disposition, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels et, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés ;
- s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou éléments de preuve se rapportant à l'infraction présumée ;
- s'abstenir de divulguer l'existence ou la teneur de sa demande de clémence avant que le Conseil n'ait communiqué ses griefs aux parties sauf s'il y donne son accord ;
- en outre, il est ajouté que, lors de la phase préparatoire au dépôt de la demande, le futur demandeur ne doit pas avoir détruit ou falsifié des preuves de l'entente présumée, et ne doit pas avoir divulgué son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence.

Avec le deuxième communiqué, la condition de coopération du demandeur prend de l'ampleur, en termes tant de rapidité que de contribution effective à l'établissement de l'infraction ou encore de comportement loyal vis-à-vis des services de contrôle.

Le premier point illustre le caractère permanent de l'obligation de coopération qui impose au demandeur de fournir aux autorités de contrôle toutes les informations et preuves « *qui viendraient en sa possession* » après le dépôt de la demande. En effet, un demandeur de clémence peut, en poursuivant l'audit qu'il mène en son sein, être conduit à découvrir de nouveaux éléments sur l'entente présumée après le dépôt de sa demande. Il doit alors les remettre aux services d'instruction.

Sur les deux derniers points, il convient de noter que la divulgation de la demande de clémence ne concerne plus seulement les parties à l'entente, comme dans le précédent communiqué, mais tout tiers, impliqué ou non dans la pratique, et que cette interdiction s'impose avant et après la demande de clémence. Cette condition s'en trouve donc considérablement durcie.

Enfin, au titre des conditions de fond, le demandeur susceptible de bénéficier d'une exonération de sanction pécuniaire ne doit pas avoir contraint les autres membres de l'entente présumée. Dans le communiqué précédent, cette condition s'imposait à l'ensemble des demandeurs. Le second communiqué assouplit donc cette condition qui ne vaut désormais que pour les seuls demandeurs de rang 1.

Du point de vue de la procédure, le deuxième communiqué introduit une sécurité complémentaire pour le « *marqueur* ». En effet, il précise que, si le demandeur respecte le délai imparti au moment du dépôt de sa demande de clémence, « *les informations et éléments de preuve fournis seront considérés comme ayant été communiqués à la date de réception de la demande* ». Cette précision éclaire la façon dont est évaluée la valeur ajoutée des informations et preuves remises par le demandeur, notamment dans l'hypothèse où plusieurs demandeurs déposent des demandes de clémence successives, dans l'espace de quelques jours. C'est notamment le cas après les opérations de visite et saisie.

Il ajoute également la possibilité de recueillir la déclaration orale d'un demandeur de clémence et de l'enregistrer non pas par procès-verbal de déclaration, mais sur « *support électronique* » (point 29). Il s'agit de l'introduction dans la pratique nationale de la déclaration orale, permettant au demandeur d'échapper aux dispositions du droit américain (« *discovery* »).

Le communiqué précise également que le Conseil « *confirme dès que possible à l'entreprise demanderesse que sa demande de clémence constitue un cas de type 1A ou non* ». La communication rapide de cette information relative à l'octroi d'une possible immunité totale renforce la sécurité juridique du premier demandeur.

Une précision très importante a été introduite sur les suites qu'il convenait de réserver aux demandes de clémence qui font l'objet d'un avis négatif de la part du collège. C'est notamment le cas lorsque les informations et éléments communiqués ne permettent ni d'effectuer une opération de visite et saisie, ni d'établir l'infraction (cas de type 1) ou ne présentent aucune valeur ajoutée significative (cas de type 2). Dans cette hypothèse, « *les informations et les éléments de preuve fournis sont restitués à l'entreprise si celle-ci en fait la demande* » (point 36).

Le deuxième communiqué comprend une partie V.4 relative aux « *demandes sommaires* » qui reprend les dispositions de la communication de la Commission sur la coopération au sein du réseau européen des autorités de concurrence¹⁶. Elle est destinée à alléger les contraintes administratives pour les demandeurs. Ce sujet est abordé plus loin.

16. Communication 2004/C 101/03 de la Commission du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JOCE n° C101 du 27 avril 2004, p. 43).

Enfin, le point 48 du communiqué indique que le nouveau régime sera applicable au traitement des demandes de clémence postérieures à la publication du communiqué sur le site Internet du Conseil.

Le communiqué du 2 mars 2009

Le troisième communiqué de procédure a été adopté le 2 mars 2009 afin de prendre acte de la réforme institutionnelle. Aucun changement n'est apporté au texte précédent sinon que le terme « *Autorité de la concurrence* » remplace celui de « *Conseil de la concurrence* ».

Les premières décisions avant l'adoption du communiqué de procédure (2006-2008)

Entre l'adoption des textes législatifs et réglementaires et son premier communiqué de procédure du 11 avril 2006, le Conseil a rendu trois décisions dans des affaires initiées par des demandes de clémence¹⁷. Il s'agit des décisions 06-D-09¹⁸ (portes), 07-D-48¹⁹ (déménagements) et 08-D-12²⁰ (contreplaqués). Les demandes de clémence avaient été introduites respectivement les 31 mai 2002, 21 octobre 2003 et 7 mai 2004, soit avant l'adoption du premier communiqué de procédure. Il convient de relever que la première demande avait été déposée auprès du ministre chargé de l'Économie et qu'elle avait été transmise au Conseil. Par la suite, les demandes seront toujours formulées auprès du Conseil ou de l'Autorité.

Ces trois premières affaires présentent les caractéristiques communes suivantes. Tout d'abord, elles concernent des demandes dites « *de premier rang* », qui ont permis aux autorités publiques de mettre en œuvre des opérations de visite et saisie ; les demandes ont dénoncé des ententes tarifaires, de fixation directe ou indirecte du prix ; aucune autre entreprise n'a demandé, après les opérations de visite et saisie, le bénéfice de la clémence, mais, en revanche, notamment dans les deux dernières affaires, des entreprises ont opté pour la procédure de non-contestation de griefs (ci-après « *NCG* ») ; dans ces trois décisions, le Conseil a constaté le respect des conditions posées dans les avis de clémence conditionnels (fourniture d'éléments probants permettant d'établir la réalité des griefs, coopération pleine et entière, cessation des pratiques après la délivrance de l'avis, discrétion, absence de contrainte exercée sur les autres membres de l'entente) ; aucun des demandeurs de clémence n'a déposé de recours contre la décision du Conseil.

17. Il convient de relever que la publication du premier communiqué de procédure est concomitante avec celle de la décision 06-D-09 (portes), datée du 11 avril 2006. Si ce communiqué n'était pas applicable à l'affaire en cause, les travaux du Conseil en vue de l'adoption du premier communiqué ont guidé la réflexion des membres du collège dans l'appréciation de la demande de clémence, au stade de la décision.

18. Décision du Conseil de la concurrence 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes.

19. Décision du Conseil de la concurrence 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international.

20. Décision du Conseil de la concurrence 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué.

Cette période se caractérise donc par une fréquence de dénonciations d'ententes secrètes inconnues du ministre chargé de l'Économie ou du Conseil. En revanche, les entreprises n'ont pas recouru à l'instrument de la clémence, après les opérations de visite et saisie. Pourtant, rien dans les dispositions législatives ou réglementaires n'interdisait le dépôt de demandes après lesdites opérations. Sans doute les entreprises devaient-elles se familiariser avec le programme français de clémence qui présentait des spécificités comme la production d'un avis conditionnel avant la notification de griefs, avis qui devait rester secret vis-à-vis des autres participants à l'entente. Cette absence de demande de clémence post-OVS a trouvé probablement une contrepartie dans ces demandes de NCG.

La période considérée est antérieure à l'adoption d'un communiqué de procédure. Par conséquent, l'établissement des modalités pratiques de la mise en œuvre de la procédure de clémence relevait de la seule pratique décisionnelle du Conseil.

Dès la première décision, le Conseil donne un état relativement détaillé des éléments fournis par le demandeur de clémence et notamment la nature des pièces remises quant à « l'existence d'une entente entre producteurs de portes en bois » et quant à « l'existence d'une entente entre fabricants de portes laquées ». Ces pièces étaient accompagnées d'un « *mémoire* » décrivant « *les principaux aspects de l'histoire et du fonctionnement du cartel* ». L'ensemble de ces éléments contribuait à démontrer l'existence de l'infraction. Un tel état descriptif de la demande de clémence sera repris dans la décision 07-D-48. Ce ne sera pas le cas dans la décision 08-D-12.

Il convient de relever qu'au moment où ces trois décisions ont été adoptées, le régime actuel du rang 1A, qui sera introduit par le communiqué de procédure du 11 avril 2006, n'existait pas. Ainsi, le premier demandeur de clémence auprès du ministre ou du Conseil, y compris pour des ententes inconnues des autorités de contrôle, paraît avoir été soumis à des exigences relativement fortes en matière de communication d'éléments probants de nature à permettre l'établissement de l'infraction. Elles paraissent assez proches de celles qui sont aujourd'hui imposées à un demandeur de rang 1B. En effet, ces éléments probants étaient appréciés à l'aune de leur contribution effective à la démonstration de l'infraction alléguée. Par conséquent, les exigences en vigueur à l'époque semblent avoir été plus élevées que celles auxquelles un demandeur de rang 1A est soumis aujourd'hui. De fait, depuis le communiqué de procédure du 11 avril 2006, il suffit à un demandeur de clémence qui sollicite le bénéfice du rang 1A d'apporter des indices de pratiques anticoncurrentielles que l'Autorité considérera suffisants pour demander au juge une ordonnance de visite et saisie. Il est possible que les exigences précitées tiennent encore une fois à la prudence nécessaire à la mise en place d'une procédure nouvelle aussi complexe que la procédure de clémence.

La décision 06-D-09 décrit également de façon précise les conditions figurant dans l'avis conditionnel de clémence délivré le 23 juillet 2002 :

- les éléments apportés devront contribuer à établir la réalité des pratiques dénoncées, présentées comme anticoncurrentielles, et à identifier les auteurs ;
- l'entreprise doit apporter une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure (en ce compris la fourniture d'éléments de preuve) ;

- l'entreprise doit cesser sans délai sa participation à l'infraction et, au plus tard, après la notification de l'avis ;
- l'entreprise ne doit pas avoir exercé de contraintes sur les autres membres de l'entente ;
- l'entreprise ne devra pas avoir informé les entreprises susceptibles d'être mises en cause de sa démarche.

Le respect de ces conditions est examiné dans la partie de la décision consacrée à la sanction.

L'exonération totale de la sanction est appliquée après la détermination du montant de la sanction pécuniaire qui devrait être infligée à l'entreprise. Ce mode de calcul sera approuvé ultérieurement par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 19 janvier 2010 (produits sidérurgiques).

À l'époque, comme rappelé plus haut, le Code de commerce (article L. 464-2) indiquait que le Conseil pouvait accorder une exonération de sanction pécuniaire si les conditions précisées dans l'avis de clémence avaient été respectées. La loi avait donc prévu que le Conseil pût fixer des conditions dans son avis sans que ces conditions fussent précisées. L'article 44 du décret du 30 avril 2002 prévoit en effet que le rapporteur « *élabore des propositions de sanctions et précise les conditions auxquelles le Conseil de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence* ».

Les conditions de l'avis de clémence imposées par le Conseil s'inspirent très largement des conditions figurant dans les communications précitées de la Commission européenne des 18 juillet 1996 et 19 février 2002 relatives à la clémence. À cet égard, le Conseil précisera dans son premier communiqué de procédure qu'il « *a choisi de s'inspirer [...] du dispositif communautaire issu de la communication de la Commission du 19 février 2002* ».

Ces conditions ont été reprises *in extenso* dans les deux autres décisions de la période examinée. La décision 08-D-12 (contreplaqués) apporte une précision : le fait de se distancier publiquement après le dépôt de la demande de clémence et un jour avant la réception de l'avis ne constitue pas une rupture de l'obligation de discrétion à l'égard de la démarche de clémence. Le Conseil considère qu'il s'agit là du respect de la condition relative à la cessation des pratiques.

Les décisions postérieures aux communiqués de procédure (2008-2014)

Comme mentionné plus haut, le Conseil s'était doté le 11 avril 2006 d'un communiqué de procédure relatif au programme français de clémence. Il était destiné à « *préciser comment le Conseil de la concurrence met en œuvre* » les dispositions du Code de commerce relatives au programme de clémence ; deux autres communiqués de procédure lui ont succédé en 2007 et en 2009.

À ce jour, six décisions ont été adoptées à la suite de la publication de ces communiqués. Il s'agit des décisions 08-D-32²¹ (produits sidérurgiques), 11-D-17²² (lessives), 12-D-09²³ (farines), 13-D-12²⁴ (commodités chimiques), 14-D-19²⁵ (produits d'entretien et produits d'hygiène), 14-D-20²⁶ (papier peint). Les demandes de clémence avaient été introduites respectivement le 25 octobre 2006, pour la première affaire ; les 4 mars, 28 avril et 26 septembre 2008, puis le 11 février 2009, pour la deuxième ; le 4 mars 2008, pour la troisième ; les 20 septembre, 26 octobre et 13 décembre 2006, pour la quatrième ; les 6 décembre 2005, 24 février et 28 février 2006, 28 avril et 24 juillet 2008, pour la cinquième ; et le 9 juin 2010, pour la sixième. Ainsi, à l'exception des premières demandes dans l'affaire des produits d'entretien et des produits d'hygiène, la plupart de ces demandes sont postérieures à l'adoption du premier communiqué de procédure ou du deuxième, voire du troisième pour la dernière affaire. Quatre de ces décisions ont fait l'objet de recours de la part de certains demandeurs de clémence de rang 2. À ce jour ont été rendus deux arrêts de la cour d'appel de Paris (19 janvier 2010²⁷ produits sidérurgiques et 30 janvier 2014²⁸ lessives). Des arrêts sont attendus dans les deux autres affaires²⁹. D'autres procédures comportant des demandes de clémence sont actuellement en cours d'instruction.

Ces six décisions ont été rendues après la publication du premier communiqué de procédure et après l'adoption de trois décisions qui avaient permis de préciser la pratique décisionnelle et d'apporter une crédibilité suffisante au programme français de clémence. Dès lors, ces décisions apparaissent comme relevant de la période de maturité. À l'occasion de ces affaires, plusieurs points importants ont été tranchés par l'Autorité et confirmés pour certains d'entre eux par la cour d'appel de Paris. Tout d'abord, ces décisions comprennent un certain nombre d'éléments communs. Cinq décisions font état de demandes de clémence de rang 1, rang 1A dans les décisions 12-D-09 (farines), 13-D-12 (commodités chimiques), 14-D-19 (produits

21. Décision du Conseil de la concurrence 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce de produits sidérurgiques : une seule demande de rang 2 après les opérations de visite et saisie.

22. Décision de l'Autorité de la concurrence 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives : une demande de rang 1B après des opérations de visite et saisie dans une autre affaire présentant une certaine proximité, trois demandes de rang 2.

23. Décision de l'Autorité de la concurrence 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires : une seule demande de rang 1A.

24. Décision de l'Autorité de la concurrence 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques : une demande de rang 1A et deux demandes de rang 2, avant la réalisation des opérations de visite et saisie.

25. Décision de l'Autorité de la concurrence 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps : pour le volet « *entretien* » : une demande de rang 1A et deux demandes de rang 2 après des opérations de visite et saisie ; pour le volet « *hygiène* » : une demande de rang 1A et une demande de rang 2 après des opérations de visite et saisie. Cette décision fait l'objet actuellement de recours devant la cour d'appel de Paris.

26. Décision de l'Autorité de la concurrence 14-D-20 du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France : une demande de rang 1A.

27. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010 (numéro d'inscription au registre général : 2009/00334).

28. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 janvier 2014 (numéro d'inscription au registre général : 2012/00723).

29. Dans l'affaire du cartel des farines, le seul demandeur de clémence de rang 1 n'a pas introduit de recours, mais d'autres entreprises poursuivies l'ont fait. La cour d'appel de Paris a rendu son arrêt le 20 novembre 2014.

d'entretien et produits d'hygiène), 14-D-20 (papier peint) et rang 1B³⁰ dans la décision 11-D-17 (lessives). Trois affaires [11-D-17 (lessives), 13-D-12 (commodités chimiques) et 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène)] présentent, en plus de demandes de premier rang, des demandes de second rang. Pour mémoire, une affaire [08-D-32 (produits sidérurgiques)] ne comporte qu'un seul demandeur de rang 2. Les pratiques dénoncées concernent des concertations sur les prix (6/6) et des répartitions de clientèle (3/6). Dans deux affaires, l'Autorité a considéré que la coopération d'un demandeur de second rang n'avait pas été satisfaisante et a accordé des réductions d'amende inférieures au plafond des fourchettes proposées. Dans les deux espèces, cette situation résultait d'une contestation de la détention du second rang de clémence. En outre, ces six affaires se caractérisent par une multiplication des demandes de non-contestation des griefs, soit en sus de la demande de clémence, soit indépendamment d'elle. La non-contestation de griefs apparaît tantôt comme un substitut à une demande de clémence qui n'aurait pu aboutir faute d'éléments matériels suffisants, tantôt comme un complément à la demande de clémence pour augmenter le niveau de l'exonération d'amende.

Sur la demande de clémence

Les décisions et arrêts précités permettent de préciser plusieurs points de la procédure de clémence quant au dépôt de la demande et à ses exigences.

À l'occasion d'une discussion sur le cumul des procédures de clémence et de NCG, dans la décision 11-D-17 (lessives), l'Autorité a affirmé : « *la présentation d'une demande de clémence implique [...] que son auteur, conformément aux termes mêmes du Code de commerce, reconnaisse avoir "mis en œuvre une pratique prohibée", identifiée de façon concrète du point de vue des produits et des services qui en sont l'objet, de son champ géographique, de ses participants, de sa durée et de ses modalités de fonctionnement, dans toute la mesure où l'intéressé en a connaissance. Il s'agit donc d'une démarche consistant pour l'intéressé à reconnaître des faits constitutifs d'une entente, d'une part, et sa responsabilité dans cette entente, d'autre part* ». Le demandeur de clémence est donc censé identifier concrètement la pratique prohibée qu'il allègue, et ce d'autant mieux qu'il y a participé.

La décision 13-D-12 (commodités chimiques) permet de constater que l'Autorité considère qu'il incombe au demandeur de clémence d'identifier de façon précise la pratique qui fait l'objet de la demande de clémence, notamment au regard des éléments factuels qui sont exigés du demandeur par le communiqué de procédure. En l'espèce, un demandeur de clémence de rang 2 avait apporté, après l'adoption d'un avis de clémence, dans le cadre de son obligation de coopération, des informations nouvelles concernant une autre pratique que celles identifiées dans la demande initiale et dans l'avis de clémence, sans formuler pour autant de nouvelle

30. Il s'agit à ce jour du seul cas de rang 1B dans la pratique décisionnelle nationale. Cette demande de clémence était consécutive à une opération de visite et saisie réalisée dans le cadre de « deux autres affaires », opération au cours de laquelle le Conseil de la concurrence avait recueilli des informations relatives à l'entente dénoncée par le demandeur mais qui étaient insuffisantes pour établir l'existence d'une infraction (points 2 et 3 de la décision 11-D-17).

demande de clémence, alors qu'il aurait dû le faire puisqu'il s'agissait d'une pratique distincte. Cette erreur a toutefois été sans conséquence, en l'espèce, dans la mesure où, le demandeur étant le premier à avoir dénoncé la pratique en cause et où aucune autre entreprise ne l'ayant dénoncée, l'Autorité lui a accordé le bénéfice de l'immunité d'amende.

La décision 13-D-12 (commodités chimiques) apporte également une précision intéressante sur les informations qui doivent être apportées par un demandeur de clémence pendant la période du marqueur. L'Autorité considère qu'il lui incombe de verser « l'essentiel » des informations pertinentes qui seront utilisées dans l'avis de clémence, avant l'expiration du délai du marqueur. Par « essentiel », il faut comprendre les éléments matériels et informations qui permettront à l'Autorité de déterminer le rang auquel le demandeur peut prétendre. En revanche, rien n'empêche la transmission d'éléments ou d'informations complémentaires postérieurement au terme du marqueur et antérieurement à la délivrance de l'avis, sans que cela ne remette en cause la validité d'une telle transmission (point 543).

La même décision a abordé le traitement qu'il convenait de réserver à une demande de clémence de rang 1A dénonçant simultanément, d'une part, des pratiques auxquelles le demandeur avait participé et, d'autre part, des pratiques similaires auxquelles le demandeur n'avait pas participé, mais dont il avait connaissance et qui présentaient des liens étroits avec les premières pratiques. L'Autorité a considéré qu'une telle demande était recevable. En effet, l'Autorité constate dans sa décision que, « lors de la réception de la demande de clémence [du premier demandeur], le Conseil ne disposait pas d'informations relatives aux pratiques dénoncées. En outre, il a considéré que les éléments communiqués par les demandeurs de clémence lui permettaient de procéder ou de faire procéder à des opérations de visite et saisie, conformément à l'article L. 450-4 du Code de commerce ». Par conséquent, le Conseil et, à sa suite, l'Autorité admettent qu'un demandeur de clémence de rang 1A puisse révéler une infraction plus large que celle à laquelle il a directement participé afin de pouvoir procéder ou faire procéder à une opération de visite et saisie couvrant l'ensemble des pratiques suspectées.

L'affaire ayant donné lieu à la décision 11-D-17 (lessives) a été l'occasion d'un débat nourri sur l'articulation entre les demandes de clémence déposées auprès de la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence, en l'absence de guichet unique en Europe. Cet aspect est développé plus loin.

La décision 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène) concerne deux pratiques sur deux secteurs d'activité distincts. L'affaire a été initiée par la société SC Johnson et ses filiales qui ont dénoncé des pratiques sur le secteur des produits d'entretien. À l'issue des opérations de visite et saisie, la société Colgate-Palmolive a déposé une demande de clémence de rang 2 (24 février 2006) et quatre jours plus tard (28 février 2006) a révélé l'existence de pratiques similaires dans le secteur des produits d'hygiène et de soins du corps, dans le cadre d'une demande de rang 1A. Eu égard à la spécificité des deux secteurs d'activité concernés, les demandes de clémence ont donc été effectuées de façon distincte.

Sur l'avis de clémence

Les décisions et arrêts précités ont clarifié le statut de l'avis conditionnel de clémence. Tout d'abord, la cour d'appel, dans son arrêt du 19 janvier 2010 (produits sidérurgiques), précité, a confirmé le caractère provisoire et conditionnel de l'avis de clémence : « *L'Autorité [...] adopte [...] un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée puis, dans sa décision, peut, sans y être par conséquent contrainte, accorder une exonération des sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction* » (soulignement ajouté).

Dans la décision 13-D-12 (commodités chimiques), l'Autorité a indiqué à l'un des demandeurs, qui sollicitait, sur la base de sa propre appréciation de la valeur ajoutée de ses déclarations et pièces, une exonération d'amende plus forte que celle envisagée dans l'avis, que, « *lorsqu'une entreprise a respecté les conditions fixées par l'avis de clémence et que cet avis fixe une fourchette de réduction, cette entreprise ne peut se voir octroyer un taux de réduction de sanction supérieur au taux maximum envisagé par cet avis sauf à priver de toute prévisibilité la procédure de clémence* » (point 1025). En outre, en l'espèce, l'Autorité relève qu'au vu « *en particulier du degré de valeur ajoutée des pièces apportées par [le demandeur] et du moment où [il] a initialement présenté sa demande de clémence, il lui est accordé une réduction de sanction pécuniaire de 20%* », confirmant ainsi le taux maximum envisagé dans l'avis.

Par conséquent, l'Autorité établit le principe selon lequel l'exonération est *a priori* accordée dans le cadre de la fourchette proposée dans l'avis, le demandeur n'étant pas recevable à en contester le taux maximum, en particulier lorsqu'il n'y a pas lieu d'effectuer une nouvelle appréciation de la valeur ajoutée des pièces remises par le demandeur. Ce principe a été rappelé récemment dans la décision 14-D-19³¹ (produits d'entretien et produits d'hygiène).

Cependant, ce principe n'exclut pas, dans certaines circonstances, que l'Autorité, à son initiative, puisse accorder à l'issue de l'instruction une réévaluation du taux maximum lorsqu'il apparaît notamment que la valeur ajoutée des pièces remises par le demandeur avait été sous-évaluée au stade de l'avis. Le caractère précoce de l'adoption de l'avis par rapport à la phase finale de l'instruction peut expliquer cette situation exceptionnelle. Celle-ci s'est présentée deux fois à ce jour. Tout d'abord, dans la décision 08-D-32 (produits sidérurgiques), un demandeur a obtenu un relèvement du taux maximum envisagé de +5%. Le Conseil précisait à cet égard : « *Il [le Conseil] n'est [...] pas lié par la fourchette fixée dans l'avis conditionnel de clémence et peut aller plus loin dans l'exonération finalement décidée* » (point 493). De même, dans la décision 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène), un demandeur a bénéficié d'un relèvement du taux maximum envisagé de +5%. L'Autorité relevait à cet égard qu'elle pouvait réévaluer le taux maximum « *lorsqu'il apparaît notamment que la valeur ajoutée des pièces remises par le demandeur avait été sous-évaluée au stade de l'avis* ».

31. Point 1637.

De fait, l'avis de clémence n'a de valeur qu'indicative et conditionnelle, comme l'a rappelé récemment la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 30 janvier 2014 (lessives) : « à ce stade initial de la procédure, le collège [fixe] simplement une fourchette d'exonération donnée à titre indicatif et conditionnel, ne se prononçant pas alors de manière définitive sur le degré de valeur ajoutée significative des pièces produites ». Dès lors, il est loisible à l'Autorité de réévaluer le degré de valeur ajoutée en fin de procédure.

Sur la coopération véritable, totale, permanente et rapide

Parmi les conditions qui s'imposent au demandeur de clémence figure celle d'une « coopération totale, permanente et rapide ». Le respect de cette condition s'apprécie essentiellement à l'aune d'une interprétation du comportement de l'entreprise pendant la procédure vis-à-vis de l'Autorité, contrairement au constat plus factuel qui peut être effectué pour le respect d'autres conditions, comme la cessation de la participation aux pratiques dénoncées ou la discrétion du demandeur de clémence sur sa démarche. Les deux dernières décisions précitées ont donné l'occasion à l'Autorité de préciser la notion de coopération dans le cadre de son programme de clémence.

Tout d'abord, l'Autorité affirme que la coopération d'un demandeur de clémence consiste à apporter sa contribution à la détection des ententes secrètes, d'une part, et à l'établissement de la réalité de la pratique alléguée, d'autre part. « *Le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce appréhende en effet la procédure de clémence comme une contribution active et volontaire d'entreprises ou d'organismes ayant participé à des ententes, non seulement à leur détection par l'Autorité, par le biais de la production d'éléments de preuve, mais également en aval, à l'instruction de l'affaire par les services d'instruction et, en définitive, au constat, par le collège, de la réalité de la pratique prohibée* » (commodités chimiques, point 1006). C'est ainsi que le demandeur, par une démarche volontaire, participe à l'« efficacité de la procédure » (lessives, point 734). À ce titre, la coopération « *reste nécessaire tout au long de la période séparant le dépôt de [la] demande de la tenue de la séance du collège* » (lessives, point 716 et commodités chimiques, point 163).

Dans les deux affaires précitées, l'Autorité a dressé le constat d'un défaut de coopération de deux demandeurs de clémence de rang 2. Ces constats reposant sur des comportements très différents permettent de cerner les contours de la notion de « coopération » et de fixer les limites de la contestation d'un demandeur de clémence.

Dans le premier cas (lessives), l'Autorité a relevé un manquement à l'obligation de coopération dans le chef d'un demandeur de rang 2 qui a tenté « *sans justification*³² [...] *de réorienter la procédure et la décision finale vers une pratique autre que celle qui en était l'objet à la suite de l'avis de clémence du 21 janvier 2009 et en entretenant*

32. L'absence de justification a été retenue à compter du moment où la Commission européenne a informé, par lettre, l'Autorité que la pratique poursuivie par cette dernière était distincte de celle qu'elle poursuivait parallèlement, alors que le demandeur de clémence soutenait qu'il s'agissait de la même affaire. À cet égard, il convient de voir *infra* « L'articulation entre les demandes de clémence au sein du REC ».

une discussion permanente sur la nature et le champ réels des pratiques telles qu'[il] les avaient initialement dénoncées à l'Autorité. L'Autorité relève que ce comportement a « rendu plus difficile l'établissement et la caractérisation des faits par les services d'instruction » et a *in fine* « retardé sans justification le cours de la procédure ». Dans son arrêt du 30 janvier 2014, la cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse de l'Autorité sur l'appréciation de la coopération défailante du demandeur de clémence.

Dans le second cas (commodités chimiques), l'Autorité a considéré que le fait de remettre en cause au stade de la séance devant le collège des informations que le demandeur avait communiquées aux services d'instruction dès la demande de clémence et qu'il n'avait pas contestées dans les différentes phases de la procédure – alors que ces informations étaient considérées comme « particulièrement importantes » pour l'établissement des pratiques prohibées – constituait un manquement à l'obligation de coopération. Et l'Autorité de conclure : « *Un tel revirement ne démontre pas un esprit de coopération totale, permanente et véritable, tel que l'Autorité était en droit de l'attendre de l'entreprise dans le cadre de la procédure de clémence.* »

En définitive, dans ces deux décisions, l'Autorité et la cour d'appel, pour l'arrêt rendu sur la première décision, ont entendu souligner que l'obligation de coopération impliquait, de la part du demandeur de clémence, une identification et une description « sans ambiguïté » (lessives, point 734) de l'entente dénoncée, dès la demande de clémence, et de s'y tenir jusqu'au terme de la procédure, y compris lors de la séance, dès lors qu'aucune justification objective ne peut être apportée à un quelconque retournement. Il s'ensuit que le demandeur de clémence ne peut *a priori* remettre en cause les éléments factuels qu'il a lui-même révélés à l'Autorité et qui fondent l'avis de clémence. En revanche, le demandeur de clémence peut contester certains éléments de la qualification juridique des pratiques ou les déterminants de la sanction. Il reste que le demandeur doit éviter à cette occasion de remettre en cause directement ou indirectement la matérialité des faits qu'il a dénoncés ou encore l'existence même de la pratique.

Il convient d'observer que l'Autorité, dans la décision 13-D-12 (commodités chimiques) a rappelé, à titre d'illustration, d'autres types de comportements relevés par la Commission européenne constitutifs d'un manquement à l'obligation de coopération, par exemple la fourniture d'un exposé incomplet ou inexact.

L'Autorité a considéré dans ces deux décisions qu'il convenait de tenir compte de ce non-respect d'engagement d'un demandeur de clémence dans la détermination du niveau de l'exonération de sanction pécuniaire. Ainsi a-t-elle fixé un niveau d'exonération inférieur au plafond de la fourchette envisagée dans l'avis conditionnel de clémence, tout en restant dans les limites de la fourchette. À cet égard, l'Autorité a relevé dans la décision 13-D-12 (commodités chimiques) : « *il ne s'ensuit pas que tout manquement au devoir de coopération implique nécessairement la perte intégrale de l'exonération conditionnelle de sanction envisagée au stade de l'avis* ». En revanche, elle ne l'exclut pas pour un manquement à une « obligation essentielle », par exemple « *le fait de prévenir les autres participants à l'entente de l'imminence de vérifications ou de visite et saisie* », situation qui renvoie à l'affaire

européenne COMP/C. 38 281/B2 Tabac brut – Italie³³. Pour l’Autorité, il existe donc une gradation dans la gravité des manquements possibles à l’obligation de coopération. Et elle précise qu’il faut apporter « *une réponse proportionnée aux faits caractérisant* » le manquement constaté.

Dans les deux affaires examinées, l’Autorité s’est prononcée sur des manquements de demandeurs de rang 2 et a déterminé le niveau de l’exonération à l’intérieur de la fourchette accordée dans l’avis de clémence. Il convient toutefois de s’interroger sur le comportement qu’elle adopterait dans le cas d’un manquement plus grave que ceux qu’elle a déjà sanctionnés, et notamment s’il était le fait d’un demandeur de rang 1, où l’immunité est en jeu.

Sur le cumul des procédures de clémence et de non-contestation de griefs

La décision 11-D-17 (lessives) a été l’occasion de répondre à la question du cumul éventuel des procédures de clémence et de non-contestation des griefs qui avait été soulevée par le dernier demandeur de rang 2. La réponse apportée par l’Autorité a été reprise dans son communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs. La décision 12-D-13 (commodités chimiques) constitue le premier cas d’application du cumul des deux procédures. Dans sa décision 14-D-19 (produits d’entretien et produits d’hygiène), l’Autorité a également accordé le bénéfice du cumul de procédure aux demandeurs de rang 2.

Dans la décision 11-D-17 (lessives), l’Autorité a établi que la « *coexistence* » des dispositions du III et du IV de l’article L. 464-2 du Code de commerce, qui poursuivent chacune des objectifs distincts (les premières visant à alléger et accélérer le travail de l’instruction, les secondes à détecter des ententes et à en établir la réalité), « *n’exclut pas la possibilité pour le rapporteur général de proposer à l’Autorité de tenir compte du fait* » qu’un demandeur de clémence « *renonce ultérieurement à contester les griefs qui lui auraient été notifiés dans l’intervalle* ». À cet égard, le rapporteur général dispose « *d’un large pouvoir d’appréciation* ». Dans son appréciation au cas par cas, il tient compte « *des caractéristiques du dossier, du contexte procédural de l’affaire et des gains procéduraux que peut apporter la non-contestation des griefs* ». L’Autorité souligne ainsi que le choix du rapporteur général en faveur du cumul des deux procédures se fonde, pour l’essentiel, sur les gains procéduraux qui peuvent être attendus d’une non-contestation de griefs par un demandeur de clémence. Cette primauté du gain procédural est reprise dans le communiqué de procédure

33. Décision de la Commission du 20 octobre 2005 (C (2005) 4012 final), arrêt du Tribunal du 9 septembre 2011 Deltafina contre Commission (T-12/06) et arrêt de la Cour de justice du 12 juin 2014 (C-578/11P). Dans cette affaire, le demandeur avait notamment informé, dans le cadre d’une réunion, des membres de l’entente du fait qu’il avait introduit une demande d’immunité auprès de la Commission dans le cadre du programme de clémence, et ce avant les vérifications de la Commission. En outre, le demandeur n’avait pas informé la Commission de cette divulgation. L’autorité européenne a donc considéré que ces comportements constituaient un manquement à l’obligation de coopération. De fait, le manquement était de nature à mettre en péril la découverte des preuves matérielles de l’entente et donc sa démonstration. Le Tribunal a jugé que, « *dans ces circonstances, force est de constater qu’un comportement témoignant d’un esprit de coopération véritable aurait requis que Deltafina informe rapidement la Commission du fait que sa demande d’immunité avait été divulguée* ».

du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs. Le texte indique en effet que le cumul est possible « *lorsque l'Autorité estime que les gains procéduraux attendus d'un tel cumul sont suffisants* ».

Ce caractère suffisant peut être atteint notamment, comme le précise la décision 11-D-17 (lessives), « *lorsque le champ des griefs notifiés diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente telle que décrite par le demandeur de clémence au vu de l'ensemble des informations et des éléments de preuve dont il pouvait disposer [...]. Une telle différence peut tenir en particulier au champ matériel des griefs notifiés, [...] à leur champ temporel [...], à l'implication des entreprises [...] ou encore à leur champ personnel [...]* ». Cet exemple a été repris dans le communiqué de procédure précité. Il convient toutefois d'observer que ces différences entre le périmètre de la demande de clémence et le grief ne peuvent résulter que des circonstances objectives qui permettront de constater que le demandeur ne pouvait disposer, au moment de sa demande, des informations qui ont été utilisées au stade de la notification de griefs. En effet, si le demandeur disposait de ces informations ou s'il pouvait en disposer et qu'il ne les a pas communiquées aux services d'instruction, la sincérité de sa coopération serait très probablement mise en cause.

Dans la décision 13-D-12 (commodités chimiques), l'Autorité a eu à se prononcer sur deux demandes de cumul de procédures.

Tout d'abord, il faut observer que l'Autorité a examiné une demande de non-contestation des griefs émanant d'une entreprise qui n'avait pas déposé de demande de clémence. Il s'ensuit que l'Autorité disposait, pour le premier grief, de trois demandes de non-contestation des griefs, émanant de trois des quatre auteurs des pratiques. Il existait donc un gain procédural manifeste pour l'instruction. Le collègue n'a cependant pas accordé le bénéfice de la procédure de non-contestation au premier demandeur de clémence « *du fait de l'exonération totale de sanction d'ores et déjà accordée au titre de la clémence* ».

Pour ce qui concerne l'un des demandeurs de rang 2, il est établi qu'il avait dénoncé des « *pratiques anticoncurrentielles locales, distinctes les unes des autres* », alors que le grief notifié « *porte sur une infraction unique, complexe et continue de dimension multirégionale* », et l'Autorité de conclure que le grief « *diffère donc sensiblement des pratiques dénoncées* » par le demandeur. En l'espèce, la différence entre les pratiques dénoncées et le grief notifié résulte donc, pour l'essentiel, de la qualification d'infraction unique, complexe et continue, information dont le demandeur ne pouvait disposer au moment de sa demande puisqu'elle n'a été établie qu'à l'issue de l'instruction.

Dans la décision 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène), l'Autorité a accordé le bénéfice du cumul à un premier demandeur de rang 2, déjà détenteur d'une réduction d'amende de 50 %, et à un autre demandeur de rang 2, détenteur d'une réduction d'amende moins importante.

Ainsi, l'Autorité souligne-t-elle l'existence d'« *un réel gain procédural* » et relève-t-elle en particulier que les griefs notifiés aux demandeurs « *diffèrent sur plusieurs points, notamment quant à leur durée, leur périmètre et leur nature, des pratiques dénoncées [...]* dans le cadre de ses demandes de clémence ». Cette formulation souligne sans

ambiguïté que le critère majeur d'acceptation du cumul est le gain procédural lié à la non-contestation des griefs, les différences entre la demande de clémence et le grief notifié demeurant accessoires. Il est probable qu'en dépit de ces différences, si le gain procédural était jugé insuffisant, l'Autorité n'accorderait pas le cumul des procédures.

Sur l'absence de bénéfice de la clémence pour les anciennes sociétés mères

La décision 13-D-12 (commodités chimiques) a examiné la question, inédite en droit français, de savoir si l'ancienne société mère d'une entreprise qui a déposé une demande de clémence, alors que la première ne contrôle plus la seconde, peut bénéficier de la clémence de son ancienne filiale alors que le grief a été imputé à cette ancienne société mère sur la base des règles d'imputabilité et non comme coauteur des pratiques.

L'Autorité considère qu'« *une telle extension n'apparaît pas justifiée* ». Elle se fonde sur une pratique décisionnelle constante de la Commission européenne, confirmée par un arrêt du Tribunal, « *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* ». L'Autorité, qui jouit de l'autonomie procédurale en matière de sanction, a donc choisi de faire sienne la pratique décisionnelle et la jurisprudence européennes. Elle justifie sa position d'un double point de vue : « *Une telle approche fondée sur la notion d'entreprise (au sens du droit de la concurrence) 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* » (commodités chimiques, point 1035)³⁴.

Il convient de relever que postérieurement à la décision de l'Autorité, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la position du Tribunal. Dans son arrêt du 19 juin 2014³⁵, la Cour précise : « *Il y a lieu de considérer [...] que seule l'entreprise ayant coopéré avec la Commission sur la base de la communication sur la clémence peut se voir accorder, au titre de cette communication, une réduction de l'amende qui, sans cette coopération, lui aurait été infligée. Cette réduction ne saurait être étendue à une société qui, pendant une partie de la période infractionnelle, avait fait partie de l'entité économique constituée par cette première entreprise, mais qui n'en faisait plus partie au moment où cette dernière a coopéré avec la Commission.* »

34. Les deux entreprises concernées dans cette affaire ont introduit un recours devant la cour d'appel de Paris.

35. Arrêt de la Cour du 19 juin 2014, C-243/12P, FLS Plast A/S contre Commission.

Sur l'absence de bénéfice de la clémence pour les successeurs juridiques

La décision 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène) a répondu à une question soulevée par un demandeur qui sollicitait le bénéfice de la clémence qu'il avait obtenue pour le compte d'une autre entreprise dont il était devenu le successeur juridique, plusieurs années après l'avis de clémence.

L'Autorité, reprenant les principes dégagés précédemment, a indiqué : « 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 la demande ». En l'espèce, le demandeur « ne pouvait pas engager, au moment du dépôt de sa demande de clémence, une future société dont elle n'était pas encore le successeur juridique ». En outre, « l'avis conditionnel de clémence concerne bien les comportements [du demandeur] à la date des pratiques et impose d'ailleurs au seul demandeur de clémence de cesser sans délai sa participation aux pratiques illégales présumées ».

Sur l'exonération partielle de sanction pécuniaire

Pour ce qui concerne le niveau des réductions d'amende des demandeurs de second rang, le Conseil et, à sa suite, l'Autorité ont proposé les plafonds et retenu les taux de réduction suivants :

Affaire	Rang	Fourchette avis	Taux de réduction décision	NCG
Produits sidérurgiques	1 ^{er} du rang 2	10 à 30%	35%	
Lessives	1 ^{er} du rang 2	20 à 30%	25%	
	2 ^e du rang 2	10 à 20%	20%	
	3 ^e du rang 2	10 à 20%	15%	
Commodités chimiques	1 ^{er} du rang 2	15 à 35%	25%	
	2 ^e du rang 2	10 à 20%	20%	15%
Produits d'entretien	1 ^{er} du rang 2	40 à 50%	50%	18%
	2 ^e du rang 2	10 à 20%	25%	18%
Produits d'hygiène	1 ^{er} du rang 2	20 à 30%	30%	18%

Ce tableau permet d'observer :

- le plafond maximum de réduction d'amende pour un demandeur de second rang s'élève, à ce jour, à 50%. Ce taux, qui est « en principe » considéré comme le taux maximum de réduction d'amende par les communiqués de procédure, n'a été appliqué qu'une seule fois, dans la décision 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène). Dans les autres décisions, le taux, pour les premiers demandeurs de rang 2, s'établit entre 35 et 25 %, un tel niveau pouvant paraître faible au regard de la pratique européenne notamment, qui accorde plus facilement 50 % au premier demandeur de second rang. Cependant, le taux est le reflet nécessaire de la qualité des éléments remis par les demandeurs de clémence. En effet, la hauteur de l'exonération est proportionnelle à la valeur ajoutée de ces éléments. À cet égard, dans sa décision 14-D-19 (produits d'entretien et produits d'hygiène), l'Autorité a accordé un taux de 50 % en précisant que

« les éléments fournis [par le demandeur] dans le cadre de sa demande de clémence, outre qu'ils confirment, corroborent et précisent les informations qui étaient déjà en possession des services du Conseil, revêtent une forte valeur ajoutée. En effet, [le demandeur] a révélé au Conseil et à l'administration, qui l'ignoraient, l'existence des réunions Team HP qui constituent l'un des cercles majeurs de la concertation dans le secteur des produits d'entretien »;

- l'écart entre le plancher et le plafond de la fourchette varie de 10 points (3 cas) à 20 points (2 cas), pour le premier demandeur de second rang, de 10 points pour les autres demandeurs de second rang ;
- dans quatre cas sur neuf, les demandeurs ont bénéficié au moins du plafond prévisionnel. Ce constat permet d'avancer que les plafonds prévisionnels sont fiables, d'autant plus que, pour deux des cinq demandeurs qui n'en ont pas bénéficié, l'explication est à rechercher dans la coopération défaillante du demandeur, et que deux autres demandeurs ont bénéficié d'une réduction supérieure au plafond ;
- dans deux cas, le demandeur a bénéficié d'un ajustement à la hausse de son exonération : la valeur ajoutée de leur contribution à la démonstration de l'infraction a été estimée plus importante au stade de la décision qu'au stade de l'avis ;
- dans trois cas, tout en restant dans le cadre de la fourchette, les demandeurs ont pâti d'une réduction moins forte que celle du plafond prévisionnel, soit pour défaut de coopération (lessives, commodités chimiques), soit eu égard à la moindre valeur ajoutée des éléments remis par le demandeur (lessives) ;
- quatre demandeurs de second rang ont bénéficié, en plus de l'exonération d'amende au titre de la clémence, d'une réduction d'amende au titre de la NCG. Dans un cas, le cumul de procédure permet au second demandeur de second rang d'obtenir l'équivalent du plafond du premier demandeur de second rang, qui en outre ne bénéficie pas de ce plafond, eu égard à son défaut de coopération. Dans un autre cas, le taux de réduction au titre de la NCG (18%) s'approche très sensiblement du taux de réduction au titre de la clémence (25%). Ainsi la réduction d'amende au titre de la NCG représente-t-elle près de 42% du total de la réduction de l'amende ;
- il peut être mentionné que, dans l'affaire du cartel des lessives, le deuxième demandeur de rang 2 avait obtenu un avis de clémence pour des pratiques ayant débuté en 2001. Or, la décision établit que l'infraction avait débuté en 1997, y compris pour ce demandeur. Ce dernier contesta la durée de l'infraction, pour ce qui le concernait, jusqu'à la fin de la procédure. Pour autant, l'Autorité fit bénéficier l'entreprise de l'exonération d'amende de 20% sur la totalité de la durée retenue ;
- enfin, dans l'affaire des produits d'entretien et des produits d'hygiène, un demandeur de rang 2 ayant bénéficié d'un taux de réduction maximum de 50% a sollicité l'application du point 19 du communiqué de procédure du 2 mars 2009, qui permet de prendre en compte une contribution supplémentaire dans la détermination individuelle de la sanction, ce dernier faisant valoir la révélation d'un cercle de réunions supplémentaire dont les autorités de contrôle n'avaient pas connaissance. L'Autorité a rejeté cette demande en faisant valoir une série

d'arguments : la demande de clémence a été introduite à une date où la disposition invoquée n'existait pas dans le communiqué de procédure applicable à l'espèce, l'application de cette disposition ne peut « *en principe* » aboutir à une exonération partielle de sanction supérieure à 50 %, la révélation de ce cercle de réunions avait été prise en compte de façon explicite par l'avis de clémence qui, en accordant une fourchette de réduction de 40 à 50 %, avait déjà pris en compte la forte valeur ajoutée de cette information.

Si le collège détermine le montant de l'amende, la plupart du temps, à l'intérieur de la fourchette qui figure dans l'avis conditionnel, il peut aussi en dépasser les bornes, notamment pour réévaluer la valeur ajoutée des informations remises par le demandeur, comme précisé plus haut.

En revanche, jusqu'à présent, en cas de sanction d'une coopération défaillante, l'Autorité est demeurée à l'intérieur de la fourchette mais en dessous du plafond. À cet égard, les deux décisions montrent que l'Autorité a mis en balance le respect ou le non-respect des différentes conditions. Par exemple, dans la décision 11-D-17 (lessives), l'Autorité constate que le demandeur de la clémence a respecté l'exigence de fourniture d'éléments à valeur ajoutée permettant de contribuer à l'établissement de l'infraction (condition d'éligibilité) mais qu'il n'a pas respecté pleinement son obligation de coopération (condition de fond). La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 30 janvier 2014, met en évidence cette appréciation proportionnée des différentes conditions d'exonération partielle et conclut que l'Autorité, qui est restée dans le périmètre de la fourchette de l'avis, n'a commis aucune erreur d'appréciation.

L'articulation entre les demandes de clémence au sein du REC

Le règlement n° 1/2003 a conféré aux autorités de concurrence des États membres une compétence pleine et entière pour appliquer le droit européen de la concurrence. Cette compétence partagée implique, en l'absence de guichet unique, qu'une demande de clémence adressée à une autorité de concurrence ne vaut pas pour une autre. Des règles de coopération entre autorités européenne et nationale sont donc nécessaires. Elles ont notamment été précisées dans la communication de la Commission du 27 avril 2004, précitée. Dans ce cadre, des dispositions particulières existent pour la mise en œuvre des demandes de clémence auprès de plusieurs autorités de concurrence. En outre, les autorités de concurrence ont élaboré des programmes modèles de clémence afin d'harmoniser autant que faire se peut les différents programmes de clémence et d'éviter que les demandeurs potentiels ne soient dissuadés d'engager une démarche de clémence à cause de l'absence de guichet unique et de la diversité des programmes en Europe. À cet égard, le régime des « *demandes sommaires* » retient particulièrement l'attention. Enfin, l'Autorité a été confrontée à une situation délicate d'articulation entre des demandes multiples de clémence aux niveaux européen et national dans l'affaire du cartel des lessives.

La communication de la Commission du 27 avril 2004 sur la coopération au sein du REC

La communication de la Commission du 27 avril 2004 a prévu des dispositions spécifiques relatives à la « *position des entreprises invoquant le bénéfice d'un programme de clémence* », exposées aux paragraphes 37 et suivants.

Le paragraphe 38 souligne qu'en l'absence d'un « *système de clémence pleinement harmonisé* » dans l'Union européenne, le demandeur de clémence a « *intérêt* » à solliciter la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 101 du Traité, et qui peuvent être « *bien placées* » pour agir contre l'infraction présumée. En réalité, comme il existe une incertitude sur la notion d'autorité « *bien placée* » pour traiter une affaire et sur le choix futur de la Commission d'ouvrir la procédure, les demandeurs de clémence déposent en général des demandes auprès des autorités de concurrence de tous les territoires affectés par les pratiques présumées. D'où, la nécessité des « *demandes sommaires* » (voir *infra*).

Le même paragraphe 38 rappelle que, compte tenu de l'importance du moment où la demande est déposée (rang d'arrivée et niveau d'exonération), « *les demandeurs auront également intérêt à se demander s'il est indiqué de solliciter simultanément des mesures de clémence auprès de toutes les autorités compétentes* ». En d'autres termes, il est recommandé d'introduire concomitamment les demandes de clémence auprès de toutes les autorités susceptibles de traiter l'affaire. Cette démarche, certes complexe et coûteuse, permet d'éviter les situations rencontrées dans l'affaire du cartel des lessives (voir *infra*).

Le paragraphe 39 revient sur les modalités pratiques d'information et de coopération au sein du REC (article 11 du règlement n° 1/2003) en matière de clémence. Il apporte une précision très importante : l'information communiquée au sein du Réseau à la suite d'une demande de clémence « *ne sera pas utilisée par les autres membres du Réseau comme base d'ouverture d'une enquête pour leur propre compte* ». Cette disposition protège le demandeur de clémence et garantit la confidentialité de la démarche au sein du REC.

Les paragraphes 40 et 41 décrivent de façon très détaillée les modalités d'échanges d'information entre autorités de concurrence (article 12 du règlement n° 1/2003) dans l'hypothèse de demandes de clémence. La transmission d'informations communiquées ou obtenues à la suite d'une demande de clémence ne peut être envisagée qu'avec le consentement du demandeur de clémence³⁶. Là encore, il s'agit d'assurer la protection du demandeur de clémence et de garantir l'attractivité du programme de clémence au sein de l'Union européenne.

Une première application de ce dispositif de coopération en matière de clémence, entre deux autorités nationales de concurrence membres du REC, a eu lieu dans l'affaire du cartel des farines. La décision 12-D-09 (farines) indique que le demandeur de rang 1 a déposé une demande de clémence auprès du Bundeskartellamt et du Conseil de la concurrence.

36. Ce consentement n'est toutefois pas requis dans certaines conditions particulières précisées au paragraphe 41.

Les programmes modèles du REC

Le REC a adopté deux programmes modèles en matière de clémence, le premier le 29 septembre 2006, le second le 22 novembre 2012.

Le premier programme modèle visait à atténuer un certain nombre de divergences entre les différents programmes européen et nationaux afin de faciliter la démarche du demandeur et maintenir l'incitation à engager cette démarche. Le programme modèle ne créait pas de droits pour les entreprises mais constituait un socle commun aux autorités de concurrence du REC qu'elles s'engageaient à refléter dans leurs propres programmes de clémence.

Le programme modèle circonscrit le programme de clémence aux ententes secrètes de nature horizontale. Il introduit la distinction entre les trois types de situation dans lesquels peut se trouver un demandeur de clémence : 1A, 1B et 2. Cette distinction sera reprise par le Conseil dans le communiqué de procédure du 17 avril 2007. Il reprend également les conditions exigées d'un demandeur pour bénéficier d'une exonération d'amende : cessation de la participation aux pratiques, coopération véritable, totale et permanente, discrétion sur la démarche et loyauté. Le programme modèle crée enfin la procédure des « *demandes sommaires* » pour les demandeurs de type 1A (voir *infra*).

Le programme modèle adopté en 2012 renforce le système antérieur en étendant le recours aux demandes sommaires à l'ensemble des demandeurs, quel que soit leur rang d'arrivée et en proposant un formulaire type de demande sommaire aux entreprises. Cette évolution est de nature à faciliter le dépôt des demandes de clémence multiples et le traitement de ces demandes par les autorités nationales de concurrence.

Par ailleurs, il précise les obligations du demandeur en matière de coopération et clarifie la portée de la confidentialité de la demande de clémence, qu'elle ait été formulée oralement ou par écrit.

Les demandes sommaires

Le communiqué de procédure du Conseil du 17 avril 2007 a introduit dans la pratique des autorités françaises de concurrence les demandes sommaires, issues du programme modèle du REC.

Ce régime répond aux situations dans lesquelles un demandeur de clémence dépose une demande auprès de la Commission européenne – dans la mesure où, de son point de vue et eu égard aux dispositions de la communication de la Commission du 27 avril 2004, précitée, l'autorité européenne de concurrence lui paraît « *bien placée* » pour traiter l'infraction présumée³⁷ – mais où il souhaite déposer également une demande de clémence auprès des autorités nationales de concurrence des territoires affectés par cette infraction présumée. Cette démarche vise pour

37. Il s'agit pour l'essentiel des affaires où l'infraction présumée affecte le territoire d'au moins trois États membres de l'Union européenne (point 14 de la communication de la Commission du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du REC).

le demandeur à être « *couvert* » auprès de ces autorités par un « *marqueur* », dans l'hypothèse où la Commission européenne, conformément aux dispositions de la communication précitée, abandonnerait le traitement de l'affaire aux autorités de concurrence des territoires affectés par l'infraction présumée. Il s'agit d'une procédure de coopération spécifique destinée à pallier l'absence d'un guichet unique européen pour recevoir les demandes de clémence.

Dans l'hypothèse où la Commission est effectivement « *bien placée* » pour examiner l'infraction présumée, et que le demandeur a présenté ou s'apprête à présenter une demande de clémence auprès de la Commission, il introduit auprès de l'Autorité française de concurrence une demande sommaire de clémence, c'est-à-dire qu'il fournit les seules informations nécessaires pour identifier la pratique dénoncée : le nom et l'adresse du demandeur, l'identité des autres participants à l'entente présumée et, « *sous forme succincte* », les éléments relatifs au(x) produit(s) en cause, au(x) territoire(s) affecté(s), à la nature et à la durée de l'infraction présumée, les informations relatives aux États membres où les preuves sont susceptibles de se trouver et relatives enfin à toute autre demande de clémence déposée auprès d'autres autorités de concurrence. Le caractère succinct de la demande se caractérise également par le fait que le demandeur ne dépose pas de pièces à l'appui de ses déclarations. Il convient de souligner que la demande sommaire est par nature « *succincte* » et qu'elle le demeure tant que l'autorité nationale ne décide pas de se charger de l'affaire. Dans cette hypothèse, le demandeur devrait fournir à l'autorité nationale « *la totalité* » des informations et des éléments de preuve nécessaires pour l'examen de sa demande, dans les conditions ordinaires fixées par le communiqué.

Il est précisé dans le premier programme modèle que les demandes sommaires ne sont recevables que pour des demandeurs de type 1A devant l'autorité nationale de concurrence, les autres demandeurs devant formuler des demandes ordinaires.

Un nouveau programme modèle a été adopté par le REC en novembre 2012. L'une des innovations majeures concerne l'extension de la recevabilité des demandes sommaires pour toute demande, quel que soit son type. Cette innovation est de nature à alléger la charge administrative pour les demandeurs de rang 2. Cette innovation est introduite dans le communiqué de procédure révisé et adopté par l'Autorité en avril 2015.

L'affaire du cartel des lessives

Cette affaire a posé une question délicate d'articulation entre plusieurs demandes de clémence déposées devant la Commission européenne et devant le Conseil de la concurrence pour une série de pratiques distinctes et pour lesquelles les demandeurs disposaient de rangs de clémence différents à Bruxelles et à Paris, dans la mesure où l'ensemble des demandes n'avaient pas été formulé devant les deux autorités de contrôle au même moment.

En l'espèce, deux demandeurs de clémence dont le rang était plus favorable auprès de la Commission soutenaient que les pratiques dénoncées sur le marché français

des lessives n'étaient que la déclinaison nationale de pratiques européennes déjà dénoncées devant la Commission. Dès lors, pour elles, le Conseil de la concurrence poursuivait la même pratique que la Commission et devait abandonner sa procédure pour éviter d'enfreindre le principe « *non bis in idem* ». En revanche, le premier demandeur devant le Conseil de la concurrence soutenait qu'il avait révélé à l'Autorité française une pratique spécifique au marché français et distincte des pratiques de dimension européenne portées à la connaissance de la Commission, y compris par lui-même.

Les services d'instruction ont donc examiné les pratiques dénoncées auprès de la Commission, d'une part, et auprès du Conseil de la concurrence, d'autre part, pour constater que ces deux pratiques se distinguaient notamment quant aux entreprises participantes, quant à la durée et à la nature des pratiques dénoncées et quant au territoire concerné.

Cependant, face à une contestation persistante, les services d'instruction de l'Autorité ont mis en œuvre les dispositions et principes du règlement n° 1/2003 et de la communication précitée de la Commission sur la coopération au sein du REC pour éclaircir cette question, en collaboration avec les services de la DG Concurrence. Notamment, après l'ouverture de la procédure de la Commission, au titre de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, dans l'affaire de dimension européenne qui la concernait, la rapporteure générale de l'Autorité a demandé par écrit à la DG Concurrence si cette décision d'ouverture de la procédure avait pour effet de dessaisir l'Autorité des pratiques présumées sur le marché français. La décision 11-D-17 (lessives) indique : « *par lettre du 22 avril 2010, la Commission européenne a confirmé aux services d'instruction de l'Autorité que sa décision d'ouverture de procédure du 21 décembre 2009 ne portait en rien sur les pratiques visées par les griefs notifiés à Henkel et n'aboutissait donc en aucun cas à dessaisir l'Autorité de ces pratiques [...], toute incertitude possible sur le champ respectif de la procédure ouverte par la Commission européenne et de l'affaire instruite par l'Autorité n'a plus eu lieu d'être* » (point 737). Dans son arrêt du 30 janvier 2014, la cour d'appel de Paris a considéré que « *la lettre de la Commission européenne avait définitivement confirmé que la procédure conduite par l'Autorité en relation avec des pratiques d'ententes entre fabricants sur la fixation des prix et des promotions sur le marché français pouvait se poursuivre indépendamment de la procédure menée par la Commission européenne au sujet de pratiques distinctes d'ententes entre fabricants en marge du processus de compactage des lessives au niveau européen* ».

La complexité de cette affaire a été résolue par les mécanismes de coopération au sein du REC et notamment par l'échange des courriers précité. Il reste qu'elle aurait pu être évitée par le dépôt concomitant des demandes de clémence auprès des deux autorités de concurrence, la question des rangs d'arrivée différenciés, particulièrement sensible en l'espèce, étant alors écartée.

Conclusion

L'évolution législative et réglementaire, tant européenne que nationale, de même que celle de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence françaises montrent que le programme national de clémence tend à s'approfondir en apportant au travers de communiqués de procédure ou de décisions un cadre de plus en plus précis et rigoureux, tout en recherchant à faciliter sa mise en œuvre et à le rendre plus attractif.

La rigueur accrue s'explique moins par une dérive bureaucratique que par une volonté de protéger les demandeurs de clémence et la crédibilité du programme. En effet, le demandeur de clémence est la première victime de sa négligence dans la mesure où un autre demandeur, qui lui succéderait, trouverait dans les défaillances de la demande de son prédécesseur des sujets de contestation de son rang d'arrivée. De même, le dépôt d'éléments d'information trop parcellaires peut constituer une difficulté pour le demandeur au moment de l'évaluation de la valeur ajoutée de ces éléments afin de fixer le niveau de l'exonération d'amende. Enfin, les précisions successives apportées à la notion de coopération visent à donner au demandeur la plus grande prévisibilité possible sur l'appréciation de l'Autorité en fin de procédure et à maximiser ses chances d'obtenir le plafond de l'exonération envisagée.

Parallèlement, les autorités de concurrence européenne ou française recherchent les voies d'une meilleure attractivité de leurs programmes en apportant des éclaircissements sur la procédure afin d'offrir aux demandeurs une sécurité juridique élevée et en assouplissant le dispositif autant que faire se peut. Il en va ainsi de la clarification introduite par le communiqué de procédure de 2006 sur le traitement des différents types de demandes de clémence ou encore sur les conditions d'exonération (coopération, discrétion, loyauté, cessation de participation aux pratiques). Il en va de même des aménagements introduits en 2007 au bénéfice des demandeurs de clémence tant du point de vue purement procédural (demandes sommaires) que des perspectives d'exonération d'amendes (cumul avec la procédure de NCG, prise en compte des contributions supplémentaires dans la détermination individuelle de la sanction).

L'étude sur la clémence effectuée par l'Autorité au cours de l'année 2013 (voir *infra* « Étude relative au programme de clémence français ») a montré que le programme français de clémence pourrait être rendu plus performant en accroissant la prévisibilité du niveau des exonérations d'amende pour les demandeurs de second rang, en allégeant certains aspects de la procédure, jugée trop lourde, ou encore en développant une action d'information ciblée. Le communiqué de procédure révisé tient compte des observations émises par les parties prenantes dans le cadre de l'étude et tend à y répondre.

Étude relative au programme de clémence français

Introduction

L'Autorité de la concurrence est dotée d'un programme de clémence depuis 2001³⁸. Celui-ci a été explicité dans un communiqué de procédure dès 2006³⁹, révisé dernièrement le 2 mars 2009⁴⁰.

Il s'agit d'un outil de détection des ententes les plus nuisibles pour l'économie, et notamment celles portant sur les fixations de prix ou les répartitions des marchés ou des volumes entre concurrents. Ce programme permet aux entreprises ayant participé à une telle infraction d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende en contrepartie de leur coopération avec l'Autorité de la concurrence.

Après plus de dix ans d'application du programme de clémence, l'Autorité de la concurrence a mené une étude auprès des personnes ayant formulé ou susceptibles de formuler des demandes de clémence en France.

L'objectif de cette étude était de permettre à l'Autorité de la concurrence de mieux connaître l'expérience des praticiens et de mieux appréhender les difficultés pratiques rencontrées. Les destinataires étaient ainsi appelés à se prononcer sur les facteurs, selon eux, déterminants pour formuler des demandes de clémence ainsi que sur les obstacles qu'un demandeur de clémence est susceptible de rencontrer.

À partir de février 2013, des questionnaires ont été envoyés à plus d'une centaine des plus grandes entreprises présentes en France ainsi qu'à plus de 120 avocats spécialisés dans le droit des ententes.

Le taux de retour a été de l'ordre de 20% des destinataires.

Les réponses fournies étaient très claires et exhaustives. Elles témoignent d'un grand intérêt pour le sujet.

Toutes les réponses, ainsi que l'identité de leurs auteurs, ont été traitées de manière strictement confidentielle, exclusivement par la conseillère clémence de l'Autorité.

Le présent document synthétise ces réponses.

Les impressions générales sur le programme de clémence français

Les impressions générales exprimées sur le programme de clémence de l'Autorité de la concurrence – tant du point de vue des entreprises que du point de vue des avocats – sont plutôt positives.

En effet, 50% des entreprises concernées estiment que le programme de clémence assure une protection de l'entreprise et de son image ; 67% des réponses

38. Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

39. Communiqué de procédure du 11 avril 2006 sur le programme de clémence.

40. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 sur le programme de clémence.

des avocats indiquent que le programme français est satisfaisant comparé à celui des autres autorités de concurrence dans le monde.

Les critiques exprimées du côté des entreprises sont liées aux risques de ne pas obtenir de réduction d'amende satisfaisante (30%) et aux coûts d'investissement (10%) qu'implique une demande de clémence. Du côté des avocats, ont notamment été soulevés la lourdeur de la procédure (22%), l'insécurité juridique (22%) et des délais de traitement trop longs (11%).

Le classement des critères incitatifs pour les demandes de clémence

Il a été demandé aux destinataires des questionnaires d'indiquer le niveau d'importance sur une échelle de 1 à 10 (10 correspondant à l'importance la plus haute) accordé aux différents critères susceptibles d'inciter à des demandes de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence.

Le résultat de l'étude révèle que les avocats et les entreprises attribuent la plus haute importance aux mêmes quatre critères.

Ainsi, en premier lieu, le critère considéré comme le plus important est la réduction d'amende à laquelle peut s'attendre le demandeur de clémence (8 points selon les entreprises et plus de 8 points selon les avocats).

En second lieu, les entreprises (7 points) et les avocats (8 points) estiment que le fait qu'une entreprise formule une demande de clémence auprès d'une autre autorité de concurrence l'incite fortement à s'approcher par la suite ou en parallèle de l'Autorité française.

La troisième place est occupée par les opérations de visites et saisies /inspections (presque 7 points selon les entreprises et plus de 7 points selon les avocats), que ce soit celles menées par l'Autorité ou celles menées par une autre autorité de concurrence. De telles opérations sont en effet, pour les praticiens, de fortes indications que l'autorité concernée dispose d'indices sérieux relatifs à des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit donc à ce stade de limiter le risque d'une éventuelle amende.

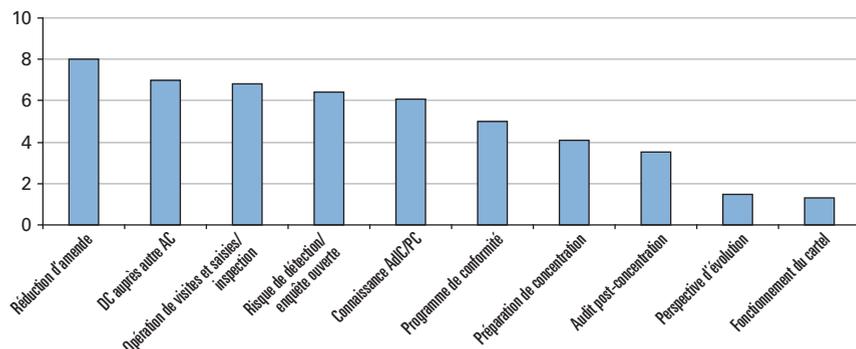
En quatrième lieu viennent les enquêtes ouvertes et le risque de détection de la participation de l'entreprise concernée à une infraction (plus de 6 points selon les entreprises et plus de 7 points selon les avocats).

En ce qui concerne les autres critères, les réponses des entreprises et des avocats diffèrent quant à l'ordre d'importance qu'ils attribuent aux divers facteurs.

Ainsi, pour les entreprises, viennent au rang d'importance suivant la connaissance de l'Autorité de la concurrence et du fonctionnement de la procédure de clémence, suivie par l'existence d'un programme de conformité interne, par la préparation d'une opération de concentration (audit par l'actuel détenteur), par un audit postopération de concentration (audit par l'acquéreur), par la perspective d'évolution sur le marché à la suite de la demande de clémence (notamment l'absence de risque d'atteinte à l'image de l'entreprise et/ou de risque de détérioration

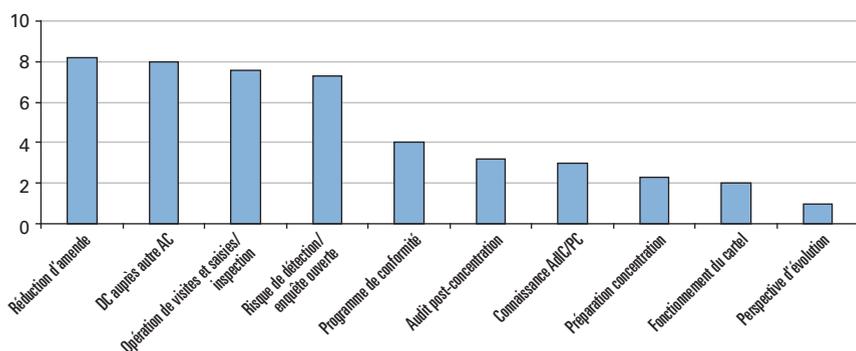
de la relation du demandeur de clémence potentiel avec ses clients ou distributeurs-fabricants) et, enfin, par l'état de fonctionnement du cartel.

Critères incitatifs selon entreprises



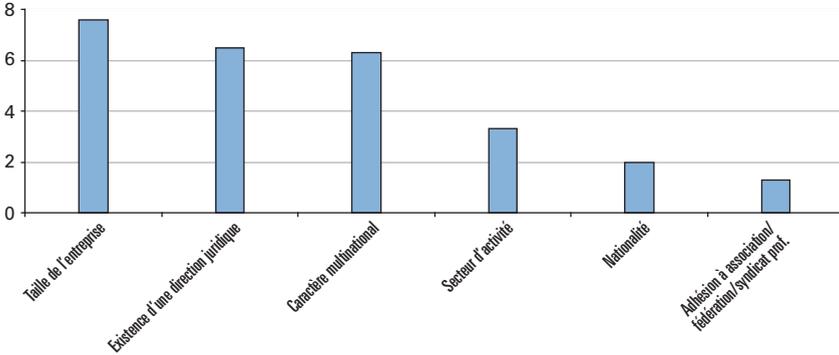
Du côté des avocats, l'ordre (décroissant) d'importance est le suivant : l'existence d'un programme de conformité interne, la conduite d'un audit postopération de concentration (audit par la nouvelle société mère), la connaissance de l'Autorité de la concurrence et du fonctionnement de la procédure de clémence, la préparation d'une opération de concentration (audit par l'actuelle société mère), l'état de fonctionnement du cartel et la perspective d'évolution sur le marché à la suite de la demande de clémence (notamment l'absence de risque d'atteinte à l'image de l'entreprise et/ou de risque de détérioration de la relation du demandeur de clémence potentiel avec ses clients ou distributeurs-fabricants).

Critères incitatifs selon avocats



Les avocats ont par ailleurs été interrogés sur les critères qui leur paraissent déterminants pour la connaissance, par les entreprises, de l'Autorité de la concurrence et de la procédure de clémence.

Critères pour connaissance de l'Autorité de la concurrence et de la clémence



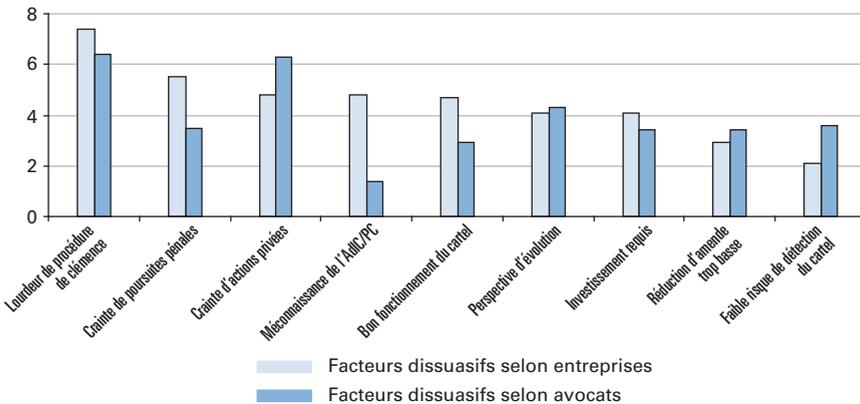
Par ailleurs, plusieurs avocats ont souligné le rôle important joué à cet égard par l'existence de cas précédents de sanctions dans le secteur d'activité de l'entreprise concernée.

Le classement des critères dissuasifs pour les demandes de clémence

Il a été demandé aux destinataires des questionnaires d'indiquer le niveau d'importance sur une échelle de 1 à 10 (10 correspondant à l'importance la plus haute) accordé aux différents critères susceptibles de dissuader du dépôt d'une demande de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence.

Les avocats et les entreprises attribuent la première place à la lourdeur de la procédure de clémence française (formalisme, délais, etc.) (plus de 7 points pour les entreprises et plus de 6 points pour les avocats).

En revanche, l'ordre d'importance accordé aux autres critères n'est pas le même pour les entreprises, d'une part, et les avocats, d'autre part :



A également été signalé comme facteur dissuasif la crainte de la part de certaines entreprises que leur demande de clémence déclenche « *une réaction en chaîne* » d'enquêtes par l'Autorité, dans l'hypothèse d'une participation de l'entreprise concernée à des infractions sur d'autres marchés pour lesquelles elle n'a pas formulé de demande de clémence. Il est intéressant de remarquer que 50% des avocats déclarent avoir déjà découvert d'autres infractions lors d'un audit interne pour la préparation d'une demande de clémence.

Les aspects procéduraux de la clémence

Généralités

Les entreprises et les avocats déclarent ne pas avoir rencontré de difficultés particulières lors de la première approche de l'Autorité en vue d'une demande de clémence. S'agissant du dépôt proprement dit de la demande, aucun commentaire particulier sur des difficultés rencontrées n'a été formulé.

S'agissant de la voie de dépôt d'une demande de clémence, les déclarations des entreprises et des avocats confirment l'expérience constatée par l'Autorité de la concurrence. En effet, la voie fortement privilégiée est la visite dans les locaux de l'Autorité (89% pour les avocats et 80% pour les entreprises).

Néanmoins, environ 10% des avocats et entreprises seraient favorables à davantage de souplesse avec la possibilité donnée aux demandeurs de clémence de formuler une telle demande par voie de courriel.

Le marqueur

55% des avocats se sont déclarés satisfaits d'un délai de marqueur d'un mois avec une possibilité d'extension; 9% ont estimé qu'un mois était trop long; 27% ont considéré ce délai comme trop court.

Les motifs invoqués sur le caractère trop bref du délai tiennent à l'insuffisance de temps pour :

- rencontrer les employés impliqués dans le cartel, alors qu'ils peuvent être basés dans différents pays et avoir quitté l'entreprise (changement professionnel, départ à la retraite);
- procéder à une revue de documents, les entreprises conseillées étant au surplus fréquemment des multinationales dont les audits sont susceptibles de couvrir plusieurs pays et dont les documents sont susceptibles de ne pas être rédigés en français;
- identifier le champ réel des pratiques, lequel est mis au jour progressivement au fil des documents examinés et des interviews des employés, et synthétiser et vérifier l'ensemble des éléments découverts pour transmission à l'Autorité de la concurrence.

On retrouve dans toutes les réponses le souhait de davantage de souplesse quant au formalisme lié au marqueur. En effet, en plus des modalités de lettre recommandée avec accusé de réception et visite dans les locaux, les avocats souhaiteraient pouvoir demander le marqueur par téléphone (67%), par courriel (36%) et/ou par télécopie (11%).

S'agissant d'une demande de marqueur par téléphone, plusieurs avocats ont suggéré qu'un procès-verbal très précis soit établi et qu'un enregistrement précis de la date des appels soit réalisé. Il a également été conseillé d'instaurer un mode d'authentification de la personne auteur de l'appel téléphonique (« *afin d'éviter toute usurpation d'identité ou acte de malveillance* »).

Les difficultés rencontrées

Il ressort des réponses qu'une difficulté majeure pour un demandeur de clémence est le rassemblement des éléments à fournir à l'Autorité. Or, sans ces éléments, sa demande ne sera pas valable. Il s'agit, par conséquent, d'un obstacle important susceptible de décourager un demandeur de clémence potentiel de passer à l'acte.

Étant donné qu'en pratique les entreprises délèguent la préparation et le dépôt de la demande de clémence à leurs avocats, les réponses des entreprises apportées au questionnaire ont été moins exhaustives que celles des avocats. Elles soulèvent principalement le problème d'obtenir la coopération d'anciens employés qui sont soit partis à la retraite soit dans une autre entreprise. Ces anciens employés n'ont pas de motivation particulière à coopérer pour le compte de leur ancien employeur. Il arrive donc que l'entreprise leur verse un paiement pour leur coopération.

D'autres difficultés indiquées par les entreprises tiennent à la cession de l'activité litigieuse à une autre entreprise. En ce cas, il est possible que les documents aient été soit détruits soit transférés.

S'agissant des avocats, ils relèvent également que la difficulté majeure pour un demandeur de clémence consiste à obtenir la coopération des anciens employés pas toujours bienveillants vis-à-vis du demandeur de clémence et ayant parfois emporté leurs documents de travail. C'est un des facteurs qui rendent, par ailleurs, la recherche d'éléments de preuve au sein de l'entreprise plus difficile. Les avocats représentant l'entreprise concernée peuvent également rencontrer des obstacles du fait que ces personnes physiques doivent se faire représenter par d'autres confrères pour éviter tout conflit d'intérêts.

La majorité des avocats indique que la recherche de documents se complique avec la durée de l'infraction. Plus longue est la durée, plus difficile est la découverte de documents pertinents. Des problèmes informatiques de stockage peuvent en outre aggraver la situation.

Environ un tiers des avocats témoignent de la difficulté d'approcher des employés soupçonnés d'avoir participé à l'infraction tout en limitant le risque de divulgation de l'intention de l'entreprise de demander la clémence. Cet aspect devient d'autant plus important lorsque ces anciens employés ont trouvé un nouvel employeur,

parfois dans le même secteur d'activité. S'agissant des employés actuels, ils peuvent craindre une sanction professionnelle (licenciement, mise à l'écart). Ils mesurent parfois difficilement le risque de sanctions administratives, pénales et civiles qu'ils encourent personnellement ou qui sont encourues par leur employeur.

Enfin, à moindre mesure, les avocats décrivent la difficulté d'identification des personnes physiques ayant participé à l'infraction pour le compte de l'entreprise à l'insu de leurs dirigeants. Ils évoquent également le problème en cas de cession par leur client de l'activité économique en cause, ainsi que l'investissement en temps et en coûts supplémentaires en cas de nécessité de traduction des éléments repérés.

L'investissement requis par un demandeur de clémence

Selon les réponses apportées, l'investissement requis par un demandeur de clémence peut présenter diverses facettes :

- la désorganisation de l'entreprise, la mobilisation de salariés et/ou de mandataires sociaux pour diligenter une enquête interne et assister les avocats dans la préparation de la demande de clémence ; le temps nécessaire pour interviewer, souvent plusieurs fois, l'ensemble des personnes susceptibles d'avoir participé à l'infraction ; le risque de démotiver des salariés ; le temps nécessaire à la « récolte » en interne des informations ; la constitution de plus en plus fréquente de plates-formes électroniques sur lesquelles les pièces potentiellement intéressantes sont téléchargées, triées et examinées (coûts supplémentaires susceptibles de s'élever à eux seuls à plusieurs millions d'euros) ;
- le rang de clémence de l'entreprise concernée ;
- les coûts liés à d'éventuels licenciements ou poursuites des salariés ayant pris part à l'entente ; l'« effet domino » sur d'autres marchés ; les conséquences pénales et civiles éventuelles ; le risque d'atteinte à l'image potentielle du fait de la reconnaissance de culpabilité par le demandeur de clémence ;
- les honoraires d'avocats (qui peuvent varier très fortement selon les affaires et les cabinets d'avocats).

Les avocats estiment que le bilan final est très variable. Les entreprises et les avocats sont d'accord que le coût total peut varier entre plusieurs milliers et plusieurs millions d'euros.

Ce facteur ne jouerait pas de rôle dissuasif dans le cadre d'une demande de type 1. En revanche, selon les entreprises, pour les demandes de type 2, il sera procédé à un bilan « coût-gain-risque » avant un dépôt de demande de clémence. Un avocat témoigne d'un cas où ce bilan a amené un client à ne pas déposer de demande de clémence, estimant qu'une amende infligée par une autorité de concurrence serait moins importante que l'investissement requis.

De manière générale, les avocats qui estiment que le niveau des coûts constitue un réel problème sont en nombre égal avec ceux estimant que les coûts sont raisonnables.

Les aspects liés aux procédures civiles et pénales

Il ressort de l'étude des réponses qu'alors que certains avocats soulignent un rôle prépondérant des actions civiles dans le choix de procéder ou non à une demande de clémence, en réalité les entreprises sont unanimes pour considérer qu'il ne s'agit pas d'une menace réelle; 60% des avocats indiquent d'ailleurs ne pas avoir rencontré de suites d'actions civiles ou de poursuites pénales de leurs clients. En revanche, plusieurs avocats ont dû faire face à des actions civiles à la suite de décisions d'une autorité de concurrence adoptées indépendamment de toute demande de clémence.

Le risque de détection des cartels

D'après les réponses apportées aux questionnaires, les entreprises et les avocats n'ont pas la même vision quant à l'efficacité de détection par les différents outils à disposition des autorités de concurrence.

Pour les entreprises, les opérations de visite et saisie sont l'outil le plus important de l'Autorité de la concurrence (7 points), alors que pour les avocats il s'agit du programme de clémence (8 points attribués par les avocats contre presque 7 points selon les entreprises). Les avocats attribuent pourtant une note de presque 8 aux opérations de visites et saisies de l'Autorité.

S'agissant des opérations de visites et saisies, les entreprises ont précisé qu'elles prenaient au sérieux ce genre d'opérations puisqu'il s'agissait d'une indication qu'une enquête a été ouverte par l'autorité de concurrence concernée.

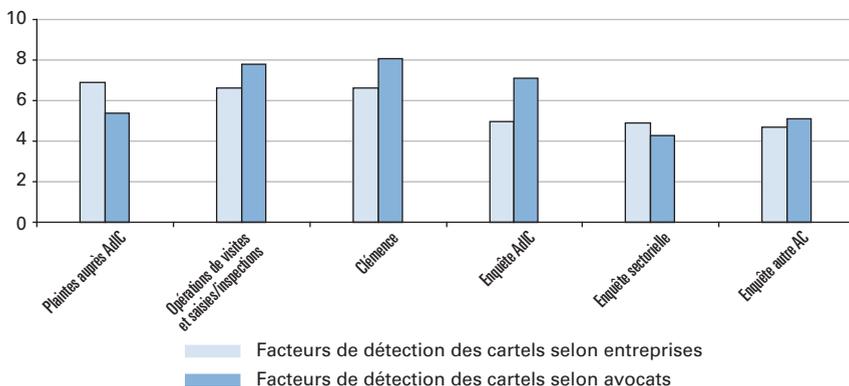
Les entreprises et les avocats accordent légèrement plus d'importance aux inspections de la Commission européenne qu'aux opérations de visites et saisies de l'Autorité (environ un demi-point de différence). Les entreprises et les avocats sont unanimes pour considérer que ces opérations présentent un effet dissuasif à la participation à un cartel.

Par ailleurs, les acteurs ont été interrogés pour savoir s'il estimaient qu'une entreprise non visitée, qui par la suite devient partie à la procédure au fond était, à leur avis, discriminée pour demander la clémence; 90% des entreprises et 89% des avocats ont répondu par l'affirmative.

Près de 80% des entreprises et près de 70% des avocats ont estimé qu'il pouvait être remédié à une telle discrimination en procédant à un communiqué de presse à l'instar de la pratique de la Commission européenne. Certaines entreprises ont néanmoins précisé qu'en ce cas il fallait que le communiqué soit publié le plus rapidement possible. Les opposants à la publication d'un communiqué de presse ont soutenu qu'une telle pratique allait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Près de 80% des entreprises et 86% des avocats ont considéré que la publication d'un communiqué de presse sur les inspections de la part de la Commission européenne incitait à demander la clémence. Près de 80% des entreprises ont estimé qu'une telle publication dissuadait de la participation à un cartel en général.

L'ordre d'importance des facteurs pour la détection de cartels se décline, selon les différents acteurs, comme suit :



La perspective « postclémence » pour le demandeur de clémence

La perspective de la position qu'occupera une entreprise sur le marché à la suite d'une demande de clémence est fortement liée au relationnel qu'occupe cette entreprise avec les autres acteurs sur le marché.

Pour la majorité des entreprises (90 %), le facteur du relationnel n'entre pas en considération pour le choix de demander la clémence.

En revanche, les avocats sont à près de 80 % d'avis que le relationnel peut être déterminant dans cette décision. Selon eux, ce facteur peut être dissuasif ou incitatif. En effet, si l'entreprise craint la détérioration de bonnes relations avec ses distributeurs-fabricants sur le marché concerné ou sur un marché connexe, elle peut être dissuadée de demander la clémence. Si, *a contrario*, les relations ne sont pas « bonnes », l'entreprise peut être incitée à demander la clémence dans l'objectif de nuire aux autres acteurs sur le marché.

Interrogées sur la question de savoir comment les acteurs percevaient la situation d'une entreprise à l'issue d'une procédure de clémence, les entreprises ont tiré un bilan plutôt positif : influence de bonnes pratiques par ce demandeur de clémence sur les autres acteurs et position économique améliorée sur un marché éclaté. Une entreprise a, en revanche, relevé la situation potentiellement négative pour un demandeur de clémence à la suite de sa démarche lorsqu'il est présent sur un marché concentré.

Enfin, un tiers des entreprises ainsi que des avocats ont indiqué avoir expérimenté des actions de représailles à la suite d'une demande de clémence. Les entreprises ont précisé que de telles actions émanaient essentiellement de leurs clients.

Les avocats ont souligné deux sortes de risques de représailles :

- Les grands groupes peuvent entretenir des coopérations légales avec leurs concurrents dans des pays et des secteurs variés. La dégradation de leur relation peut alors directement impacter le bon fonctionnement des affaires ;
- Des cartels inconnus des autorités de concurrence peuvent exister sur d'autres marchés et susciter une demande de clémence en représailles.

Conclusion

La présente étude apporte des éclaircissements quant à la prise de décision interne d'une entreprise de formuler ou non une demande de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence. Elle montre également que la perception du programme de clémence n'est pas forcément la même du côté des entreprises que du côté des avocats. Aujourd'hui les plus grandes difficultés rencontrées par les participants à l'étude sont liées aux difficultés internes de rassemblement des pièces. Par ailleurs, quelques améliorations procédurales liées à l'application du programme de clémence sont souhaitées.

La grande majorité des avocats et des entreprises réclame davantage de pédagogie sur l'application du programme de clémence français. Alors que, pour les entreprises, il s'agirait plutôt de la diffusion d'informations générales relatives à la clémence, les avocats souhaiteraient qu'il soit davantage communiqué sur différents aspects précis de procédure, tels que le risque des actions civiles et des poursuites pénales, l'analyse de la valeur ajoutée significative, la compatibilité des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, etc.

Nombreuses ont été les suggestions fournies par les entreprises et les avocats susceptibles de servir de base à l'Autorité pour mener une réflexion sur sa pratique de l'application du programme de clémence. Certaines de ces suggestions pourraient être prises en compte lors d'une éventuelle révision du communiqué de procédure du 2 mars 2009 sur le programme de clémence français.

Achevée de rédiger le 15 avril 2014

Suivi de l'exécution des décisions



Suivi de l'exécution des décisions

Contrôle des pratiques anticoncurrentielles : le suivi des engagements et injonctions (hors publication)	257
Les engagements rendus obligatoires sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce	257
Les engagements en cours de vérification	257
Les engagements non exécutés	260
Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce	260
Les engagements exécutés	260
Les engagements en cours de vérification	260
Les engagements non exécutés	261
Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce	262
Les injonctions en cours de vérification	262
Les injonctions exécutées	262
Les injonctions décidées dans le cadre de demandes de mesures conservatoires (sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce)	262
Les mesures conservatoires en cours d'exécution	262
Les mesures conservatoires non exécutées	262
Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations	263
Les dossiers clos	263
Les principales actions de suivi en 2014	264

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 en cours de vérification

Aux termes de la **décision 12-D-22 du 22 novembre 2012** relative à une saisine présentée entre autres par la société NHK Conseil, la société PagesJaunes SA a pris les engagements suivants :

- accès par les agences de publicité aux statistiques provenant de sa base de données « *AudienceActivité* » ;

- mise à disposition des agences de publicité, à titre gratuit, du logiciel « *Sésame* » pendant toute la durée des engagements ;
- mise en œuvre d'un plan de communication externe, d'un programme de conformité et renforcement du contrôle des instructions de vente.

L'ensemble de ces engagements est en cours d'exécution et ce jusqu'au 31 mars 2016.

Les sociétés CMA-CGM S. A., AP Moller-Maersk A/S., Marfret S. A. et WEC Lines B. V. se sont engagées, aux termes de la **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, à :

- supprimer la clause d'exclusivité prévue par les accords de location d'espace ou SCA (Slot Charter Agreement) ;
- modifier les SCA de manière à donner aux partenaires actuels la faculté de céder à des tiers tous les six mois tout ou partie des capacités dont ils disposent sur les PCRf (service de liaisons maritimes ouvert par CMA-CGM entre l'Europe du Nord et les Antilles françaises) au titre des SCA ;
- transformer les actuels SCA à durée indéterminée en contrats d'une durée de deux ans. Cet engagement prévoit par ailleurs un mécanisme d'allocation des capacités à l'occasion d'un nouveau cycle de deux ans.

L'ensemble de ces engagements est en cours d'exécution.

Aux termes de la **décision 14-D-09 du 4 septembre 2014** sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso, les engagements suivants ont été proposés par ces dernières et acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité :

Engagements de mise en œuvre :

- à la notification de la décision : communiqué de Nespresso France à l'AFP ;
- le 15 septembre 2014 au plus tard :
 - . suppression des mentions susceptibles de dissuader les consommateurs d'utiliser des capsules autres que de marque Nespresso sur les machines, les emballages, les conditions de garantie et les modes d'emploi ;
 - . modification de la clause de garantie et, progressivement, suppression de cette clause à partir de la notification de la décision ;
- 15 jours ouvrables après la notification de la décision : proposition d'un tiers de confiance et proposition de contrat pour agrément de l'Autorité ;
- 15 jours ouvrables après l'éventuel refus d'agrément : nouvelles propositions de tiers de confiance et de contrat pour agrément ;
- 5 jours ouvrables après la réception de l'agrément : communication à l'Autorité d'une copie du contrat de mission signé ;
- 15 jours ouvrables après l'agrément du tiers de confiance : communication au tiers de confiance d'une fiche technique d'origine pour chaque modèle de machine Nespresso.

Communication des informations techniques :

- un mois après la décision d'affecter des ressources à une amélioration technique : communication à l'Autorité d'un dossier exposant les raisons qui motivent chacune des modifications techniques ;
- au plus tard, deux semaines après la date de la décision de mise en production :
 - . communication au tiers de confiance des fiches techniques et communications techniques ; les modèles de machines concernés ne devront pas être commercialisés moins de dix-huit semaines après la date de réception des fiches par le tiers de confiance ;
 - . mise à disposition du tiers de confiance de quinze prototypes ;
 - . communication des informations techniques par le tiers de confiance aux concurrents en ayant fait la demande ;
 - . communication à l'Autorité d'un dossier exposant les raisons qui motivent chacune des modifications techniques ;
- une fois par an : remise à l'Autorité du rapport annuel du tiers de confiance et à Nespresso de ce rapport anonymisé ;
- sur demande de l'Autorité : communication des raisons qui auront motivé un raccourcissement du délai de 18 semaines laissé aux concurrents pour prendre connaissance et s'adapter aux modifications techniques.

Programme de conformité : ce programme prévoit notamment la nomination d'un responsable conformité.

Rapport annuel : remise d'un rapport annuel par Nespresso pendant 7 ans.

Les engagements proposés par les entreprises en cause et acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité aux termes des décisions **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, **11-D-11 du 7 juillet 2011** relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires, **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, **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), **12-D-27 du 20 décembre 2012** relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles, **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-17 du 20 septembre 2013** relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement et **13-D-18 du 20 septembre 2013** relative à des pratiques de Visa relevées dans le secteur des cartes de paiement, **14-D-04 du 25 février 2014** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne et **14-D-11 du 2 octobre 2014** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train sont également en cours de vérification.

Les engagements non exécutés

En 2014, l'Autorité de la concurrence n'a pas eu à connaître de procédure de non-respect d'engagements.

Les engagements pris et rendus obligatoires sur le fondement du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les engagements exécutés

Dans les décisions **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, **10-D-39 du 22 décembre 2010** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, **11-D-02 du 26 janvier 2011** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques et **11-D-07 du 24 février 2011** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques, les engagements proposés par les entreprises en cause et acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité ont été exécutés. L'Autorité a mis fin à son suivi.

Les engagements en cours de vérification

Aux termes de la **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, 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 par ailleurs 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.

Le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et l'Expert comptable média association ont, aux termes de la **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, proposé

- plusieurs engagements, dont notamment la mise en place d'un programme de conformité. Ces engagements ont été acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité :
- suppression des exclusivités de promotion et d'utilisation qui les lient aux éditeurs de logiciels de production comptable. Ces derniers doivent être informés par courrier de la levée des exclusivités;
 - possibilité pour les éditeurs de logiciels de production comptable de proposer le principe d'intégration aux concurrents;
 - fin du référencement par défaut du portail « *jedecclare.com* »;
 - envoi d'une lettre d'information à l'ensemble de la profession des experts-comptables;
 - résiliation de l'accord-cadre du 9 décembre 2009;
 - le tarif partenaire doit être lié à l'établissement d'un plan de formation sur trois ans destiné aux cabinets d'experts-comptables et au personnel des OGA portant sur le développement de la dématérialisation;
 - les tarifs partenaires applicables aux prestations d'émission des attestations et des comptes rendus de mission doivent faire l'objet d'une facturation indépendante;
 - dans le cas où une base statistique serait mise en œuvre, des conditions d'accès ouvertes à tout contributeur, objectives, transparentes et non discriminatoires doivent être prévues;
 - aucune subvention, de quelque nature que ce soit, ne peut être accordée à l'ECMA pour son activité liée au portail « *jedecclare.com* ».

Les engagements proposés par les entreprises en cause et acceptés et rendus obligatoires par l'Autorité aux termes des décisions **09-D-05 du 2 février 2009** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, **12-D-09 du 13 mars 2012** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, **13-D-03 du 13 février 2013** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, **13-D-12 du 28 mai 2013** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques, **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, **14-D-05 du 13 juin 2014** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte, **14-D-16 du 18 novembre 2014** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique et **14-D-19 du 18 décembre 2014** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps sont également en cours de vérification.

Les engagements non exécutés

En 2014, l'Autorité de la concurrence n'a pas eu à connaître de procédure de non-respect d'engagements.

Les mesures d'injonction prises sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce

Les injonctions en cours de vérification

Aux termes de la **décision 12-D-23 du 12 décembre 2012** relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma, l'Autorité a sanctionné Bang & Olufsen pour avoir interdit, de manière générale et absolue, à ses distributeurs, membres de son réseau de distribution sélective, la vente par Internet.

En sus de la sanction pécuniaire, l'Autorité a enjoint à la société Bang & Olufsen France de procéder à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet. La correcte exécution de cette injonction est en cours de vérification.

Les injonctions exécutées

Les injonctions prononcées par l'Autorité dans la **décision 12-D-24 du 13 décembre 2012** relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine ont été exécutées par les entreprises mises en cause. L'Autorité a mis fin à son suivi.

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

Les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité dans les décisions **14-MC-01 du 30 juillet 2014** relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante et **14-MC-02 du 9 septembre 2014** relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Énergie dans les secteurs du gaz et de l'électricité sont en cours de vérification.

Les mesures conservatoires non exécutées

Se reporter *supra* : « L'examen du respect des injonctions ».

Suivi des engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations

Au 31 octobre 2014, 32 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 26 de décisions prises par l'Autorité. Quatre dossiers ont été clos en 2014. Huit nouveaux dossiers se sont ajoutés dans la même année.

Les dossiers clos

09-DCC-16 Banque populaire/Caisse d'épargne

Pour lever les risques d'atteinte à la concurrence à la Réunion qu'entraînait la fusion des groupes Caisse d'épargne et Banque populaire, les parties s'étaient engagées pour cinq ans à (i) maintenir distinctes les structures juridiques d'exploitation des trois réseaux présents dans le département (BRED, CEPAC, la Financière OCEOR); (ii) maintenir des marques et des enseignes distinctes; et (iii) gérer de manière autonome et séparée les réseaux. Ces engagements sont arrivés à échéance le 21 juin 2014.

12-DCC-59 Parfait/Lancry

Pour remédier à un effet horizontal à la suite de l'acquisition d'actifs du groupe Lancry situés en Martinique par le groupe Parfait, ce dernier s'était engagé à réduire la surface de l'hypermarché Long Pré à une surface de vente inférieure ou égale à 2 450 m². Par lettre en date du 1^{er} août 2014, le groupe Parfait a transmis au service des concentrations un procès-verbal de constat d'huissier dressé le 15 juillet 2014 et ses annexes, portant mention de la superficie de la surface de vente du magasin Super U Long Pré de 2 403 m². L'engagement a donc été réalisé.

12-DCC-41 Point P/Brossette

Pour remédier aux effets anticoncurrentiels de la prise de contrôle de la société Brossette par Point P sur les marchés du négoce de produits SACHA (sanitaires, chauffage et climatisation), Point P s'était engagé à céder vingt-deux points de vente répartis sur toute la France. L'intégralité des cessions a été réalisée, à l'exception d'une zone dans laquelle l'Autorité a levé l'engagement de Point P, compte tenu de la situation concurrentielle dans celle-ci, le 25 novembre 2013. Les engagements ont donc été réalisés.

C2008-100 Bigard/Socopa

Pour remédier aux effets de l'acquisition de Socopa par le groupe Bigard dans le secteur de la viande, et notamment le risque de constitution d'une puissance d'achat sur les marchés de l'est de la France, Bigard s'était engagé à réaliser plusieurs cessions, parmi lesquelles un site d'abattage situé à Verdun qui a été cédé à

la société Sabest. Bigard détenant une participation au capital de cette dernière, Bigard s'est engagé à être représenté par le mandataire aux assemblées de cette société, jusqu'à l'assemblée générale devant statuer sur les comptes de l'exercice 2014 afin de garantir son indépendance. Bigard s'était également engagé à conclure une licence exclusive de la marque Valtero portant sur les produits de et à base de viande bovine destinée au canal de distribution GMS, engagement révisé en un engagement de cession, réalisée en 2011 (l'inexécution de cet engagement a également été sanctionnée dans la décision 12-D-15). Enfin, Bigard s'est engagé à ne pratiquer aucune remise de gamme pendant 5 ans. Ces engagements sont désormais arrivés à leur échéance.

Les principales actions de suivi en 2014

C2001-107 Mediapost/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 de Paris, 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.

En juin 2014, La Poste a dressé un premier bilan semestriel de son expérimentation, dont il ressort que La Poste estime que le périmètre d'expérimentation est trop restreint pour permettre un équilibre économique et souhaite étendre progressivement la zone de l'expérimentation à tous les arrondissements de la ville de Paris. L'instruction concernant l'impact et la faisabilité d'un élargissement de

la zone géographique de l'expérimentation est en cours. Les services de l'Autorité ont également engagé un réexamen de la situation concurrentielle du secteur.

C2007-14 CCIP/Unibail

Dans le cadre de la décision concernant le rapprochement de CCIP et Unibail, les parties s'étaient engagées à respecter plusieurs principes dans l'élaboration du calendrier d'occupation des sites qu'elles gèrent (i) en limitant les délais de réservation des surfaces d'exposition et en rendant impossible toute réservation plus de 24 mois à l'avance, et (ii) en respectant une hiérarchie dans l'attribution des créneaux avec une priorité pour les salons dits « *pivots* » (occupant une surface brute supérieure ou égale à 100 000 m²), l'octroi aux autres salons d'un « *droit du grand-père* » garantissant une continuité dans l'accès aux sites d'exposition et le respect d'un certain nombre de critères pour l'acceptation de nouveaux salons.

Viparis a adressé à l'Autorité de la concurrence une demande de révision de ces engagements en raison des travaux devant être effectués sur le site de la porte de Versailles entre 2015 et 2025 qui vont impacter la disponibilité partielle voire entière de certains salons, Viparis expliquant notamment ne plus être en mesure de garantir le « *droit du grand-père* » en raison des travaux. La révision sollicitée résultait donc d'un changement objectif de situation lié aux travaux sur l'ensemble du Parc des expositions de la porte de Versailles, et restait limitée à ce qui était nécessaire afin de garantir à la fois l'application la plus large possible des engagements souscrits et la bonne tenue des travaux de rénovation. Cette demande a été acceptée sous condition que Viparis respecte les engagements initiaux si l'offre correspondante est disponible et que les décisions prises sur la base des engagements révisés (notamment les éventuels refus) soient suffisamment motivées pour permettre au mandataire d'exercer sa mission de suivi et de contrôle.

10-DCC-11 TF1/TMC et NT1

TF1 s'est rapprochée de l'Autorité pour s'enquérir de la façon dont TF1 Publicité pourrait préparer avec TMC Régie la fin des engagements de commercialisation séparée de leurs espaces publicitaires prévue pour le 22 janvier 2015. Le 4 avril 2014, la tenue de ces réunions a été admise sous la supervision du mandataire à la double condition que les informations communiquées demeurent à un niveau agrégé et que ces informations ne donnent lieu à aucune mesure d'intégration de TMC Régie à TF1 avant la date de fin des engagements.

Plusieurs réunions ont ainsi eu lieu durant le 2^e semestre 2014, sous le contrôle systématique du mandataire et des services de l'Autorité, requérant dans certains cas une modification des supports de présentation élaborés afin d'éviter tout échange d'informations détaillées. Pour l'ensemble des réunions, auxquelles le mandataire a assisté, ce dernier a transmis un compte rendu dans lequel il a conclu que les informations présentées étaient conformes au cadre défini par l'Autorité.

11-DCC-134 Groupe Bernard Hayot/actifs du groupe Louis Delhaize

Pour remédier aux effets verticaux de l'acquisition d'un hypermarché Cora par le Groupe Bernard Hayot en Martinique, ce dernier s'est engagé, pour une durée de trois ans renouvelable, (i) à renoncer à toute clause d'exclusivité avec ses fournisseurs; (ii) s'abstenir de toute intervention dans les relations entre fournisseurs et distributeurs concurrents visant à obtenir une exclusivité de fait; (iii) allouer les budgets de coopération commerciale entre ses magasins et ceux de ses concurrents sur la base de critères commerciaux, transparents, objectifs et vérifiables; et (iv) mettre en place des mesures propres à exploiter de manière autonome ses activités de grossiste de celles de distributeur au détail.

L'adoption de la loi Lurel, et la prohibition des accords ayant pour objet ou effet d'accorder des droits exclusifs d'importation, a rendu les deux premiers engagements sans objet. En revanche, après une instruction menée auprès des opérateurs locaux, il est apparu que les préoccupations justifiant les engagements n^{os} 3 et 4 restaient d'actualité. Au vu de la situation concurrentielle des marchés concernés, ces engagements ont donc été renouvelés pour une nouvelle période de 3 ans. Compte tenu de la coopération adéquate du Groupe Bernard Hayot dans l'exécution de ses engagements, ses obligations de reporting au mandataire ont été allégées.

12-DCC-100 Canal Plus/TPS

Par décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012, l'Autorité a autorisé le regroupement des activités de télévision payante de TPS et de Groupe Canal Plus («GCP») sous réserve de la mise en œuvre de mesures correctives imposées par le biais de 33 injonctions.

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 au sein du bouquet CanalSat. L'Autorité a donc enjoint à GCP 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^o 3(b)). Par décision 13-DAG-01 du 7 juin 2013, l'Autorité a agréé les offres de référence de GCP traduisant la mise en œuvre concrète de ces principes et encadrant les conditions de distribution proposées par l'opérateur.

En 2014, plusieurs éditeurs indépendants ont ainsi négocié les conditions de distribution de chaînes au sein de l'offre CanalSat. Le mandataire et les services de l'Autorité ont ainsi été conduits à contrôler les conditions proposées par GCP et le déroulement des négociations, voire intervenir afin d'assurer leur conformité aux injonctions de la décision 12-DCC-100 et à l'offre de référence de GCP. L'ensemble des négociations ainsi engagées durant l'année ont été menées à leur terme.

Jurisprudence des juridictions de contrôle



Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris _____	271
Compétence _____	271
Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence _____	271
Procédure _____	273
Sur la prescription _____	273
Sur les droits de la défense _____	274
Sur la procédure suivie devant l'Autorité dans le cadre de mesures conservatoires _____	278
Modalités d'exercice des recours formés contre les décisions de l'Autorité _____	281
Sur les pratiques _____	284
Ententes _____	284
Sur les pratiques d'abus de position dominante _____	289
Décisions _____	292
Sanctions pécuniaires _____	292
Sur la clémence _____	297
Sur la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs _____	298
Sur les conséquences de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs _____	298
Jurisprudence de la Cour de cassation _____	299
Sur les pratiques d'entente _____	299
Applicabilité du droit de l'Union européenne _____	299
Sur le standard de preuve d'une entente verticale de prix _____	300

Sur les sanctions pécuniaires _____	300
Sur la prise en compte de l'appartenance à un groupe _____	300
Jurisprudence du Conseil d'État _____	302
Sur l'application du I de l'article L. 430-8 du Code de commerce (réalisation d'une opération en l'absence de notification) _____	302
Décision du 16 juillet 2014, Copagef, n° 375658 (refus de QPC) _____	302
Sur l'application des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration) _____	303
Décision du 5 novembre 2014, Sté Wienerberger, n° 373065 _____	303
Décision du 9 avril 2014, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc et époux Cornac, nos 367285 et 365599; ordonnance du 5 décembre 2014, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc, n° 377460 _____	304
Jurisprudence du Conseil constitutionnel _____	305

Jurisprudence des juridictions de contrôle

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2014, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions de l'Autorité, a rendu 16 arrêts, dont 10 dans lesquels la cour s'est prononcée sur le fond :

- dans 4 affaires, la cour a confirmé dans leur intégralité les décisions de l'Autorité de la concurrence en rejetant les recours ;
- dans 2 affaires, la cour s'est prononcée en urgence pour confirmer des mesures conservatoires ordonnées par l'Autorité de la concurrence ;
- dans 3 affaires, la cour a déclaré les recours irrecevables ;
- dans 6 affaires, les décisions ont fait l'objet d'annulation et/ou de réformation partielles portant sur le fond (mise hors de cause de certaines entreprises sanctionnées, réduction du montant des sanctions prononcées) ;
- dans une affaire, la décision de sanction a été réformée totalement, la cour mettant hors de cause les entreprises sanctionnées.

Compétence

Sur la compétence de l'Autorité de la concurrence

L'article L. 410-1 du Code de commerce dispose que les règles définies au livre IV du Code de commerce s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.

L'article L. 462-6 du Code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 ou L. 420-5, sont contraires aux mesures

prises en application de l'article L. 410-3 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions.

L'article L. 462-8, 1^{er} alinéa, prévoit notamment que l'Autorité de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence.

Dans un **arrêt du 27 février 2014**, la cour d'appel de Paris a confirmé en tous points la décision 12-D-21 rendue le 18 octobre 2012 par l'Autorité de la concurrence à propos de pratiques relevées dans le secteur de la livraison de bagages à l'aéroport de Paris-Charles-de-Gaulle (Paris-CDG).

Dans cette affaire, l'Autorité avait déclaré la saisine irrecevable en tant que les pratiques relatives à l'autorisation d'activité et à ses conditions de délivrance ne relevaient pas de la compétence de l'Autorité. La délivrance de l'autorisation d'activité exigée pour exercer une activité sur la plate-forme aéroportuaire de Paris-CDG constitue une mesure de police administrative, de sorte que seul le juge administratif a compétence pour contrôler la régularité de sa délivrance (et de son refus). Conditions de délivrance et délivrance (ou refus de délivrance) de l'autorisation d'activité, mesure de police administrative, sont donc liées et constituent toutes les deux la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. Par conséquent, l'Autorité n'était pas compétente pour apprécier les conditions posées par Aéroports de Paris (ADP) à la délivrance de l'autorisation d'activité. De même n'était-elle pas compétente pour apprécier la pratique alléguée d'un éventuel refus d'accès à l'infrastructure essentielle que serait l'aéroport de Paris-CDG, laquelle découlerait de ces mêmes conditions.

Le droit de la concurrence est donc opposable aux actes des personnes publiques ou des personnes privées investies de missions de service public dans le cadre d'un contentieux porté devant la juridiction administrative. Ainsi, tout acte d'organisation du service public est susceptible d'être censuré par le juge administratif non seulement au motif qu'il serait contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, mais également en ce qu'il porterait atteinte de manière disproportionnée aux règles de concurrence (voir, par exemple, arrêt du Conseil d'État du 15 mai 2009, Compagnie des bateaux mouches, n° 311082).

La pratique décisionnelle de l'Autorité, notamment lorsqu'elle a été saisie par des sociétés souhaitant développer une activité commerciale sur les emprises aéroportuaires gérées par ADP, se conforme en tous points à ces principes de répartition des compétences.

Confirmant l'analyse de l'Autorité, l'arrêt retient que *« la délivrance des autorisations d'activité par ADP est subordonnée par le cahier des charges de cette société [...] au caractère nécessaire aux activités aéronautiques de l'implantation d'une activité en zone réservée, condition de nécessité dont l'appréciation relève de la compétence d'ADP dans le cadre de sa mission de police administrative ; que les conditions fixées par ADP pour délivrer des autorisations d'activité, conditions objectives qui s'appliquent à tous les opérateurs, constituent l'expression de son pouvoir d'appréciation dans la gestion et*

l'aménagement des emprises aéroportuaires ; que l'appréciation des conditions posées par ADP pour délivrer une autorisation d'activité conduit nécessairement à apprécier la légalité de la décision administrative de délivrance (ou de refus de délivrance) d'une autorisation d'activité». En conséquence, la cour d'appel écarte comme infondés les arguments de la requérante, Baggage Home, selon lesquels ADP ne met pas en œuvre une prérogative de puissance publique lorsqu'elle subordonne l'obtention d'une autorisation d'activité dans les aéroports parisiens à la signature d'un contrat commercial bail ou marché, conclu avec ADP ou une entreprise déjà présente sur la plate-forme aéroportuaire, d'une part, et que les pratiques qu'elle dénonçait – abus dans les conditions d'octroi de l'autorisation d'activité et refus d'accès à une infrastructure essentielle – constitueraient des « *comportements d'entreprise discrétionnaires et détachables de la compétence dévolue à ADP par l'article 24 de son cahier des charges* », d'autre part.

Dans un **arrêt du 6 novembre 2014** Société nationale des chemins de fer français¹, en application de la jurisprudence issue de la décision du Tribunal des conflits², la cour d'appel a estimé que l'Autorité de la concurrence est compétente pour connaître des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante « *détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif* ».

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné la SNCF pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du transport de marchandises par train massif, en utilisant à son profit les informations confidentielles dont elle disposait aux fins exclusives de la gestion de l'infrastructure ferroviaire française dont elle avait la charge en tant que gestionnaire d'infrastructure délégué, comportement qui lui a permis de protéger artificiellement sa position dominante en réduisant le degré d'incertitude existant sur ce marché et en évinçant certains concurrents de trafics stratégiques.

La cour d'appel a considéré que la pratique d'utilisation d'informations confidentielles reprochée à la SNCF ne vise pas la détention et la diffusion, en soi, par la SNCF agissant en qualité de gestionnaire d'infrastructure délégué mais seulement l'utilisation à des fins commerciales qui en a été faite dans le cadre de son activité d'entreprise ferroviaire soumise aux règles de la concurrence.

Cette situation laissait donc à la compétence de l'Autorité de la concurrence l'appréciation du comportement unilatéral d'une entreprise au regard des dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE.

Procédure

Sur la prescription

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

1. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

2. Aéroports de Paris, arrêt du 18 octobre 1999.

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 de cassation 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, dans son arrêt marchés publics d'Île-de-France (Razel) du 10 octobre 2013, a confirmé 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. Cet arrêt, n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi, est devenu définitif.

Sur les droits de la défense

Principe « non bis in idem »

Quelques mois après la décision de la Commission européenne du 13 avril 2011 ayant condamné Unilever, Procter & Gamble et Henkel à une amende totale de 315,20 millions d'euros pour s'être entendues sur des coordinations indirectes du prix des lessives en poudre standard, l'Autorité a rendu, le 8 décembre 2011, une décision 11-D-17 portant également sur des pratiques d'entente dans le secteur des lessives. L'Autorité avait notamment reproché à Unilever, Henkel, Procter & Gamble et Colgate-Palmolive de s'être concertées de 1997 à 2004 pour fixer en commun les écarts et les hausses de prix des lessives standard pratiqués à l'échelle de la grande distribution ainsi que leur politique promotionnelle. Aux termes de cette décision, l'Autorité avait condamné Henkel à 92,31 millions d'euros d'amende, Procter & Gamble à 240,24 millions d'euros d'amende et Colgate-Palmolive à 35,40 millions d'euros d'amende. Unilever – qui avait sollicité la première le bénéfice de la procédure de clémence – avait, quant à elle, bénéficié d'une exonération totale de sanction.

Par un **arrêt du 30 janvier 2014**, la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours introduit par Henkel, Colgate-Palmolive et Procter & Gamble, a confirmé en tous points la décision de l'Autorité.

Dans le cadre de ce recours, les demanderesse soutenaient que la décision de l'Autorité avait porté atteinte au principe *« non bis in idem »* qui, en matière de concurrence, est soumis, comme le rappelle la cour d'appel, *« à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé [et qui] interdit donc de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique »*.

En effet, pour les parties, les ententes mises en œuvre au niveau européen et au niveau français auraient dû être qualifiées d'infraction unique, complexe et continue de dimension européenne que l'Autorité ne pouvait sanctionner dès lors que la Commission européenne était elle-même déjà entrée en voie de condamnation.

Dans son arrêt, la cour d'appel a souligné qu'à la suite de l'ouverture le 21 décembre 2009, par la Commission européenne, d'une procédure dans le cadre d'une infraction présumée concernant « *la coordination des comportements de Henkel AG & Co. KGaA, Procter & Gamble Company, Unilever Plc et Unilever NV, qui inclut une coordination sur les prix et les promotions* », la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence, afin de s'assurer de la correcte application, à la suite de l'ouverture de la procédure dans la présente affaire, du respect des dispositions de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 précité a, par courrier du 16 mars 2010, pris soin de consulter la Commission européenne sur le caractère distinct ou non des affaires traitées simultanément par les deux autorités.

Sur ce point, la cour d'appel a tenu compte de la position clairement exprimée d'entrée par la Commission européenne dans son courrier du 22 avril 2010 sur le caractère distinct des infractions poursuivies au niveau européen et au niveau français pour confirmer que l'Autorité française était la mieux placée pour continuer à poursuivre l'infraction nationale en France. La cour a confirmé que l'Autorité était en droit de sanctionner les pratiques dont elle était saisie sans encourir alors, *a priori*, le grief de violation du principe *non bis in idem*.

La cour a relevé que le caractère distinct des pratiques poursuivies et sanctionnées au niveau européen et au niveau national résulte :

- de l'objet des pratiques, dès lors que l'entente sanctionnée par la Commission européenne concernait une coordination essentiellement indirecte des prix mise en œuvre à l'occasion de l'initiative environnementale de l'AISE, tandis que la pratique française consistait en une fixation directe des prix et des promotions des lessives dans le contexte de l'adoption de la loi Galland ;
- des produits concernés puisque l'entente sanctionnée par la Commission européenne vise les lessives en poudre, seules concernées par les mesures de compactage de l'AISE, tandis que le volet français portait sur toutes les formes de lessives (poudre, liquide, tablettes) ;
- du champ géographique des pratiques, limité uniquement devant l'Autorité française au marché français caractérisé à l'époque des faits par des modalités très spécifiques de négociation des prix avec la grande distribution, compte tenu des mécanismes introduits par la loi Galland, alors que l'entente sanctionnée par la Commission européenne visait huit États membres de l'Union, dont la France ;
- de la période de mise en œuvre puisque l'entente sanctionnée par la Commission européenne a commencé en 2002 tandis que la pratique en cause dans la présente affaire est décrite par certains demandeurs de clémence comme ayant débuté en 1997 ;
- des entreprises concernées : Colgate-Palmolive, demandeur de clémence dans l'affaire française ne figurait pas parmi les entreprises mises en cause par la Commission européenne.

La cour a observé qu'au surplus les requérantes, qui, à la suite des demandes de clémence formulées devant la Commission européenne, ont entrepris et conclu une transaction, étaient, de toute évidence, dès le début de la procédure, précisément et pleinement informées du caractère distinct des pratiques incriminées

par la Commission européenne et leur qualification. La cour a noté également que, dans ces conditions, Henkel et les autres entreprises mises en cause par la Commission européenne ont nécessairement et expressément admis le grief tel qu'il avait été circonscrit par la Commission européenne dont elles n'avaient d'ailleurs pas contesté la décision devant les juridictions de l'Union.

La cour en a conclu qu'il ne saurait donc être sérieusement soutenu que le périmètre de cette procédure incluait les pratiques réalisées en France, poursuivies puis sanctionnées par l'Autorité, peu important ainsi l'existence, à la supposer démontrée, de liens éventuels entre les ententes poursuivies à ces différents niveaux.

Sur le respect des droits de la défense et du principe de bonne administration

Par son **arrêt du 30 janvier 2014**, la cour d'appel a également écarté le moyen soulevé par Henkel et Procter & Gamble tiré d'une violation de leurs droits de la défense et des prétendues insuffisances d'instruction et de motivation.

Pour rappel, Henkel invoquait notamment que certaines pièces figurant dans le dossier de la Commission européenne lui étaient indispensables pour démontrer l'existence d'une infraction complexe et continue de dimension européenne et qu'elles devaient être prises en compte par l'Autorité sous peine de méconnaître le principe *non bis in idem*. Elle soutenait également qu'en rendant sa décision sans qu'ait pu intervenir au préalable un débat contradictoire sur ces pièces, dont elle avait invité l'Autorité à demander le « *transfert* » à la Commission européenne, l'Autorité avait violé ses droits de la défense ainsi que le principe de bonne administration. Elle demandait donc à la cour d'appel de solliciter auprès de la Commission européenne la communication des pièces en cause, conformément à l'article 15 du règlement n° 1/2003, ou de bien vouloir surseoir à statuer jusqu'à ce que le Tribunal de l'Union européenne se soit prononcé sur la légalité des décisions de la Commission européenne des 30 septembre et 7 décembre 2011 ayant rejeté les demandes de « *transfert* » des pièces du dossier communautaire vers le dossier français formulées directement auprès d'elle par Henkel et jusqu'à ce qu'elles soient effectivement produites devant la cour.

La cour a relevé, en premier lieu, que, contrairement à ce que soutenait Henkel, au regard des échanges qui étaient intervenus entre l'Autorité et la Commission européenne, l'Autorité n'était pas tenue de rechercher si l'entente poursuivie s'intégrait ou non dans une pratique plus vaste de dimension européenne qu'elle n'était de toute façon pas compétente pour constater, poursuivre et sanctionner à la place de la Commission européenne ou encore, à plus forte raison, de rechercher des liens éventuels entre l'infraction poursuivie au plan national et l'infraction poursuivie au plan européen.

En deuxième lieu, la cour d'appel a considéré qu'en l'espèce l'Autorité s'était bien conformée aux exigences procédurales qui s'imposent à elle. Ainsi, après avoir rappelé que le respect du contradictoire et des droits de la défense s'apprécie par rapport aux griefs qui ont été notifiés et que le droit d'accès au dossier garanti

par l'article L. 463-2 du Code de commerce ne s'exerce que dans la même mesure, la cour a souligné que Henkel et Procter & Gamble ont été pleinement mises en mesure de répondre à la notification des griefs leur reprochant d'avoir participé à une entente sur le marché français de la production et de la commercialisation des lessives standard à destination du grand public puis au rapport des services d'instruction. Dans ces conditions, l'Autorité était fondée à répondre à Henkel que tant sa demande tendant au transfert à l'Autorité des pièces du dossier constitué dans l'affaire européenne que l'acceptation d'échanges sur la question d'éventuels liens entre l'entente au niveau européen et l'entente au niveau français se situait au-delà des exigences du débat contradictoire organisé par les dispositions précitées du Code de commerce.

En dernier lieu, la cour d'appel a relevé que, de l'aveu même d'Henkel, les pièces dont le transfert d'un dossier à l'autre n'avait pas été obtenu n'étaient demandées ni pour contester la compétence de l'Autorité aux fins d'examiner et éventuellement de sanctionner les faits, ni pour remettre en cause l'exactitude de ceux-ci, leur qualification juridique ou leur imputabilité tels qu'ils avaient été décrits par la notification des griefs, mais uniquement pour démontrer l'existence de l'entente européenne à propos de laquelle la Commission européenne ou l'Autorité auraient l'une et l'autre refusé, à tort, d'ouvrir la procédure.

La cour en a conclu que tant la demande de sursis à statuer dans l'attente de la décision du TPUE présentée par Henkel que sa demande tendant à obtenir auprès de la Commission européenne la communication des pièces de son dossier devait être écartée. De même, les requérantes n'étaient pas fondées à reprocher à l'Autorité un défaut de motivation sur une entente plus vaste. Enfin, la cour a estimé que, dans ces conditions, rien ne justifiait la transmission à la CJUE de questions préjudicielles sollicitées par Henkel.

Règles relatives au régime linguistique

L'Autorité de la concurrence n'est pas tenue d'adresser à des entreprises mises en cause une notification des griefs dans la langue du pays dans lequel ces entreprises ont leur siège social.

Dans l'**arrêt *Grands Moulins de Paris* du 20 novembre 2014** e. a., la cour a jugé que l'envoi de la notification de griefs en langue française aux meuniers allemands ne méconnaissait pas les droits de la défense.

La Cour a validé le raisonnement de l'Autorité dans la décision 12-D-09 du 13 mars 2012 selon laquelle la décision, qui n'intervient pas au terme d'une procédure pénale proprement dite et ne vise pas en l'espèce des personnes physiques mais des personnes morales, réputées disposer, en règle générale, de ressources plus importantes pour assurer leur défense, ne méconnaît pas les exigences de l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la portée a été précisée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 décembre 1989, *Brozicek/Italie*, si ladite décision établit, à la suite d'une demande faite par

les parties, que celles-ci maîtrisent suffisamment le français pour saisir la portée des griefs formulés contre elles.

En l'espèce, la cour a estimé que la simple lecture des observations des requérantes, dont certaines très abondantes, en réponse à la notification de griefs atteste de leur parfaite compréhension des reproches émis à leur rencontre. À titre surabondant, la cour relève aussi que les parties ont toutes répondu par des observations détaillées, assistées dans leur rédaction par un avocat et qu'elles ont toutes été représentées par un conseil, et pour certaines présentes et accompagnées d'un interprète, lors de la séance des 10 et 11 octobre 2011 et qu'à cette occasion elles ont fait part au collège de leurs observations sur les griefs qui leur ont été notifiés le 15 février 2010.

Sur la procédure suivie devant l'Autorité dans le cadre de mesures conservatoires

Dans un **arrêt du 9 octobre 2014**, la cour a rejeté le recours formé par le Groupe Canal Plus et la Ligue nationale de rugby contre la décision de mesures conservatoires par laquelle l'Autorité, après avoir estimé que certaines pratiques dénoncées par la société beIN Sports devaient faire l'objet d'une instruction, a considéré que l'accord du 14 janvier 2014 qui attribue à titre exclusif aux sociétés du Groupe Canal Plus la totalité des droits du Top 14 pour cinq saisons, et les conditions dans lesquelles il a été négocié, justifiaient, en l'état de l'instruction, le prononcé de mesures conservatoires.

La cour a écarté le moyen de procédure par lequel les requérantes ont soutenu que la procédure suivie devant l'Autorité était entachée d'irrégularités. Les services d'instruction auraient entendu les parties sans leur avoir préalablement permis de consulter le dossier d'instruction, ce qui serait constitutif d'une violation des principes du contradictoire et d'égalité des armes.

Il ressort des dispositions du Code de commerce que la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence se subdivise en deux phases : une phase d'enquête, puis une phase d'instruction contradictoire, qui ne s'ouvre qu'à compter de la notification des griefs (voir en ce sens : CA Paris, 12 décembre 2000, aménagement des berges de la Seine, BOCCRF du 23 janvier 2001). Les mêmes principes prévalent devant la Commission européenne (voir CJUE, 29 sept. 2011, Elf Aquitaine SA c/Commission, C- 521/09 P, § 113 à 116; 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/Commission, C-238/99 § 181 à 183).

La cour d'appel de Paris a appelé que :

« Dans l'exercice de son pouvoir de sanction, cette autorité [administrative] est tenue de veiller au respect des garanties ci-dessus énoncées [article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme] ; il lui appartient également de veiller au respect de l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche de la preuve, telle qu'exprimée à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit le droit de toute personne à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de

s'avouer coupable, la circonstance que l'enquête administrative préalable ne soit pas soumise aux exigences de la contradiction ne devant pas conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elle pourrait se méprendre ;

Cette obligation de loyauté impose aux agents de l'administration de faire clairement connaître l'étendue et l'objet de leur enquête» (CA Paris, 6 juin 2000, confirmant Cons. conc., 19 octobre 1999, n° 99-D-62, Port de plaisance de Sokoburu).

Durant la phase d'enquête, l'Autorité de la concurrence n'est ainsi soumise qu'à une obligation de loyauté dans la recherche des preuves, qui recouvre essentiellement le principe de non-incrimination et impose de faire connaître aux personnes mises en cause l'objet de l'enquête dans le cadre de laquelle elles sont entendues.

[0] Dans l'arrêt du 9 octobre 2014, la cour rappelle que « *le débat contradictoire dans le cadre d'une saisine de l'Autorité de la concurrence, ne débute qu'après l'envoi de la notification des griefs qui permet alors aux entreprises en cause de connaître les pratiques qui leur sont reprochées, leur fondement textuel, ainsi que les éléments de fait et de droit sur lesquels s'appuient les griefs ; qu'avant ce moment, le respect des principes du procès équitable et du contradictoire doivent s'apprécier au regard des nécessités de l'enquête des services et des contraintes de rapidité liées à la demande de mesures conservatoires et ce, quand bien même les dispositions de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales seraient-elles applicables aux procédures relatives à l'application du droit européen de la concurrence* ».

En l'espèce, la cour considère que les sociétés du Groupe Canal Plus, qui n'avaient d'ailleurs pas demandé à disposer de la saisine de la société beIN Sports préalablement à l'audition, ont disposé d'un questionnaire adressé par la rapporteure leur permettant de comprendre l'objet de l'enquête. Par conséquent, la cour rejette le moyen tiré de l'irrégularité de l'audition des représentants de la société Canal Plus.

S'agissant des conditions d'octroi des mesures conservatoires, la cour a également rappelé que l'atteinte à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante auxquelles l'article L. 464-1 du Code de commerce fait référence constituent des conditions alternatives pour prononcer des mesures conservatoires. En conséquence, l'une seule de ces atteintes peut justifier l'octroi de mesures conservatoires.

Par un **arrêt du 31 octobre 2014**, la cour d'appel a confirmé la décision de mesures conservatoires n° 14-MC-02 de l'Autorité par laquelle celle-ci a enjoint GDF Suez, ancien opérateur historique, de donner accès aux opérateurs alternatifs à certaines des données figurant dans son fichier clients au tarif réglementé de gaz. L'Autorité, saisie par la société Direct Énergie, avait estimé que l'utilisation par GDF Suez de son fichier clients au tarif réglementé (« TRV ») et d'autres moyens développés dans le cadre de son ancien monopole pour commercialiser ses offres de gaz aux TRV et prospecter ses clients TRV afin de les inciter à s'orienter vers ses offres de marché de gaz était étrangère à une concurrence par les mérites. Ces pratiques étaient d'autant plus susceptibles d'être contraires aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE que les clients résidentiels ou petits

industriels concernés en l'espèce ont une faible connaissance du fonctionnement concurrentiel du marché de l'énergie et que les nouveaux entrants, concurrents de GDF Suez sur les offres de marché, ne sont pas en mesure de répliquer les moyens commerciaux utilisés par GDF Suez pour prospector la clientèle. L'Autorité a considéré que ces pratiques constituaient une atteinte grave et immédiate aux intérêts du secteur, des consommateurs et de la plaignante, compte tenu de l'intensification de leur mise en œuvre par GDF Suez et de l'ouverture à la concurrence programmée d'une partie du marché liée à la fin des TRV pour les petits clients industriels. Au vu de ce qui précède, et afin de rétablir l'égalité des armes en matière de prospection entre GDF Suez et les nouveaux entrants sur le marché du gaz, l'Autorité a enjoint l'ancien opérateur historique de donner accès à ses concurrents à une partie des informations contenues dans son fichier clients TRV.

La cour a confirmé l'analyse de l'Autorité.

Pour ce faire, elle a, en premier lieu, relevé que l'utilisation par GDF Suez de sa base de données clients TRV, développée dans le cadre et au moyen des ressources de son ancien statut de monopole, pour promouvoir ses offres de marché auprès des clients résidentiels et des petits clients industriels, avait pour effet de créer une distorsion de concurrence au détriment des opérateurs alternatifs nouveaux entrants. Selon la cour, ces derniers subissent un double désavantage dans la concurrence, car ils sont dans l'incapacité de répliquer cette base de données dans des conditions financières raisonnables et qu'ils ne bénéficient pas de l'image de marque d'ancien monopole dont dispose GDF Suez. Au vu de ce qui précède et compte tenu des difficultés d'ouverture à la concurrence du marché du gaz qu'elle constate, la cour juge que les pratiques mises en œuvre par GDF Suez sont susceptibles d'emporter des effets anticoncurrentiels sur le marché.

En second lieu, la cour a relevé que les pratiques sont susceptibles de constituer une atteinte grave et immédiate au secteur du gaz dans sa globalité, indépendamment même du contexte d'ouverture à la concurrence accrue du secteur résultant de l'abandon programmé des TRV pour les clients petits industriels, car elles entravent le développement des opérateurs nouveaux entrants et risquent de conduire à un renforcement de la structuration du marché autour de la position dominante de GDF Suez. Elle retient, en outre, que les pratiques en cause portent une atteinte immédiate aux intérêts des consommateurs qui se trouvent détournés des avantages financiers dont ils pourraient bénéficier en souscrivant aux offres parfois onéreuses proposées par les concurrents de GDF Suez. Enfin, les intérêts de la plaignante Direct Énergie sont directement atteints par les agissements de GDF Suez qui l'empêche d'atteindre la taille critique nécessaire pour se maintenir sur le marché.

En troisième lieu, la cour a constaté que la mesure prononcée consistant pour GDF Suez à donner accès à ses concurrents à une partie des données contenues dans les fichiers clients est conforme aux exigences de nécessité, requises par l'article L. 464-1, et s'avère en outre proportionnée puisqu'elle ne porte que sur les données indispensables aux nouveaux entrants pour identifier les clients du gaz et leur proposer des offres adéquates. Elle n'est enfin pas irréversible puisque si

les pratiques ne devaient pas, à l'issue de l'instruction au fond, être considérées comme anticoncurrentielles, il serait possible de fermer l'accès au site de mise à disposition des données et d'enjoindre les opérateurs qui en ont fait copie de ne plus les utiliser.

Au terme de ces développements, la cour d'appel a confirmé la mesure conservatoire prononcée et n'a apporté que des aménagements marginaux au calendrier de mise à disposition des données initialement fixé par l'Autorité. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

Modalités d'exercice des recours formés contre les décisions de l'Autorité

En 2014, la cour d'appel de Paris a, à plusieurs reprises, précisé certains aspects tenant aux modalités d'exercice des recours formés contre les décisions de l'Autorité. Par trois arrêts, la cour d'appel a déclaré irrecevables différents recours.

Tout d'abord, par un **arrêt *Centr'Halles* du 19 juin 2014**³, la cour d'appel a précisé que « *les décisions de [l'Autorité de la concurrence] ne pouvant être critiquées devant la cour d'appel de Paris que par la voie du recours spécifique prévu par l'article L. 464-8 du Code de commerce et organisé par les articles R. 464-12 et suivants du même code [...], le recours formé par lettre recommandée avec avis de réception [...] n'étant pas celui prévu par les textes, [il] ne peut qu'être déclaré irrecevable* ». Ce faisant, la cour d'appel de Paris s'est livrée à une interprétation littérale de l'article R. 464-12 du Code de commerce, selon lequel « [1] *es recours prévus à l'article L. 464-8 sont formés par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel de Paris [...]* ».

Ensuite, par un **arrêt *Scanner et IRM* du 19 juin 2014**⁴, la cour d'appel a rappelé qu'en « *application de l'article 464-8 du Code de commerce, le recours formé contre les décisions de l'Autorité de la concurrence est enfermé dans le délai d'un mois qui suit la notification de la décision* ». Lorsque, comme dans cette affaire, la date d'échéance est un dimanche (30 juin 2013), le délai de recours expire le lundi suivant (1^{er} juillet 2013). Ainsi, la cour d'appel n'a pu que déclarer irrecevable un recours formé hors délai (3 juillet 2013).

Enfin, par un second **arrêt *E-Kanopi* rendu le 24 juin 2014**⁵, la cour d'appel a apporté certaines précisions s'agissant des recours formés contre les décisions accordant, à une personne mise en cause, la protection de documents au titre du secret des affaires. Après avoir rappelé qu'il résulte des dispositions du Code de commerce « *qu'indépendamment de la possibilité pour le rapporteur de demander le déclassement de pièces confidentielles, seule la partie mise en cause peut demander au rapporteur la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce*

3. CA Paris, 19 juin 2014, RG n° 2013/09662. Recours sur la décision 13-D-08 du 15 avril 2013.

4. CA Paris, 19 juin 2014, RG n° 2013/13391. Recours sur la décision 13-D-13 du 30 mai 2013.

5. CA Paris, 24 juin 2014, RG n° 2013/06766. Recours sur 12-DSA-441 du 21 décembre 2012. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits et qu'une telle faculté n'est pas ouverte à la partie qui a saisi l'Autorité», la cour en déduit que « la partie saisissante, qui n'est pas recevable à présenter au rapporteur une requête tendant à la communication ou la consultation de pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes, dont en particulier de la personne qu'elle met en cause dans sa saisine, n'est pas davantage recevable à contester la décision par laquelle le rapporteur [...] a classé en pièces confidentielles des documents ou des éléments de documents concernant la personne mise en cause par le saisissant ».

Sur l'office du juge statuant sur les décisions de rejet pour absence d'éléments suffisamment probants

L'article L. 462-8 du Code de commerce permet à l'Autorité de rejeter la saisine, par décision motivée, lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. Ces décisions de rejet interviennent après la proposition de rejet de la saisine par le rapporteur, formulée en l'absence de tout acte d'instruction ou à la suite d'actes d'instruction très limités.

Dans l'**arrêt E-Kanopi rendu le 24 juin 2014**⁶, la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence de rejet pour absence d'éléments suffisamment probants⁷, a rappelé les principes cardinaux de cette mesure.

La cour d'appel, après avoir rappelé que *« la phase contradictoire d'examen d'une affaire ne s'ouvre que lors de la notification des griefs »*, a, suivant une jurisprudence constante, affirmé que, *« s'il n'appartient pas à l'Autorité – lorsqu'elle rejette une saisine sur le fondement de l'article L. 462-8, alinéa 2, du Code de commerce, par décision indiquant les motifs la conduisant à estimer que les faits invoqués ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants – de suppléer le manque d'éléments probants à l'appui de la saisine et la carence de la saisissante par la conduite d'une instruction complète, il ne peut [toutefois] lui être fait grief d'avoir, avant de se prononcer sur la saisine, examiné les éléments de preuve apportés par la saisissante en procédant à son audition ou à celle des personnes qu'elle a mises en cause ou en demandant des précisions »*.

Ainsi, dans le cas où elle est saisie d'un recours contre une décision de rejet d'une saisine fondée sur l'article L. 462-8 du Code de commerce, la cour d'appel doit seulement vérifier *« si les faits invoqués, tels qu'ils ont été soumis à l'Autorité étaient étayés d'éléments suffisamment probants »* et, lorsque, comme en l'espèce, tel n'est pas le cas et qu'elle estime que c'est à juste titre que l'Autorité a rejeté la saisine, elle ne peut que conclure au rejet d'une demande tendant au renvoi de l'affaire à l'instruction.

En effet, et nonobstant le principe de l'effet dévolutif de l'appel, il n'appartient pas à la cour d'appel de statuer en fait et en droit sur les pratiques dénoncées dans la saisine, dès lors que lesdites pratiques n'ont pas fait l'objet d'une instruction de la part des services d'instruction de l'Autorité et n'ont pas donné lieu à

6. CA Paris, 24 juin 2014, RG n° 2013/06758. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

7. Décision 13-D-07 du 28 février 2013.

une notification de griefs, le cas échéant, maintenus par le rapport. À cet égard, et en pareilles circonstances, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que la cour d'appel « *ne dispose ni des pouvoirs, ni des moyens de procéder à l'instruction d'une saisine [de l'Autorité] dans les conditions prévues par les articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce*⁸ ».

Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 467-7 du Code de commerce

Il résulte de l'article L. 467-7 du Code de commerce que la décision de l'Autorité prise au titre de l'article L. 464-1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris, qui statue dans le mois du recours, celui-ci n'étant pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires, si celles-ci sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Dans une **ordonnance GDF SUEZ du 8 octobre 2014**, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris, statuant en application de l'article L. 467-7 du Code de commerce, a rejeté une demande de sursis au motif qu'il incombe à la demanderesse au sursis de rapporter la preuve des conséquences manifestement excessives qu'aurait la mise à exécution des mesures conservatoires décidée par l'Autorité.

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire d'une autorité administrative indépendante

Dans un **arrêt du 31 octobre 2014**⁹ confirmant la décision de mesures conservatoires de l'Autorité 14-MC-02 enjoignant à GDF Suez, ancien opérateur historique, de donner aux opérateurs alternatifs l'accès à certaines des données figurant dans son fichier clients au tarif réglementé de gaz, la cour d'appel a déclaré irrecevable la demande d'intervention volontaire déposée par la Commission de régulation de l'énergie (« CRE ») au motif que cette dernière, qui en l'espèce ne défendait pas une de ses décisions, et n'avait pas été partie à l'instance devant l'Autorité de la concurrence, n'a pas la qualité de partie requise par l'article R. 464-17 du Code de commerce pour participer à l'instance en tant qu'intervenant.

En conséquence, la cour d'appel a écarté des débats les conclusions déposées par la CRE au titre de l'intervention volontaire. Elle a cependant permis à la CRE de présenter ses observations orales lors de l'audience en faisant usage de la possibilité d'entendre toute personne qui pourrait l'éclairer prévue par l'article 27 du Code de procédure civile, et applicable en matière de concurrence selon l'article L. 464-10 du Code de commerce.

8. Cass. com., 26 février 2008, n° 07-14.126. Voir Rapport annuel 2008, p. 390.

9. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Sur l'intervention de la Commission européenne en qualité d'*amicus curiae*

Dans la décision 12-D-24 du 13 décembre 2012, l'Autorité a décidé que les sociétés Orange et SFR avaient enfreint les dispositions de l'article 102 TFUE et l'article L. 420-2 du Code de commerce en pratiquant une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net*, vers leurs propres réseaux, et les appels *off net*, à destination des réseaux concurrents.

Sur le fond, dans un **arrêt du 19 juin 2014, Société France Télécom S. A. e. a.** la cour, après avoir écarté les différents moyens de procédure soulevés par les parties, a transmis à la Commission européenne une demande d'avis en vertu de l'article 15.1 du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 qui dispose que « *Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du Traité (devenus 101 et 102 du TFUE), les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer [...] un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence.* »

Cette forme de coopération entre la Commission et les juridictions nationales est explicitée dans la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE (désormais les articles 101 et 102 du TFUE).

Les avis de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 ne lient pas les juridictions nationales. Seule la Cour de justice de l'UE est compétente pour donner une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'UE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 267 du TFUE.

La cour a interrogé la Commission européenne sur l'existence de la différenciation tarifaire et de la méthode employée pour apprécier les écarts de prix et les écarts de coûts entre les appels *on net* et *off net*, ainsi que le test pertinent, sur la prise en compte de régulation sectorielle. Enfin, la cour a souhaité l'éclairage de la Commission sur l'appréciation des effets anticoncurrentiels des offres incriminées sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

La Commission a rendu un avis le 1^{er} décembre 2014 (non publié).

Sur les pratiques

Ententes

Sur l'objet anticoncurrentiel d'une entente

Dans l'**arrêt Fraileg du 15 mai 2014**¹⁰, la cour a réformé en toutes ses dispositions la décision 12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives au motif qu'il

10. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

n'était pas établi que ces entreprises et organismes aient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101, paragraphe 1, du TFUE.

La cour a, en premier lieu, considéré qu'il n'était pas démontré que les organismes et entreprises en cause aient dépassé le cadre de leurs missions légales et, même en retenant l'hypothèse d'un tel dépassement, que la continuité des pratiques ne pouvait, en tout état de cause, être exclusivement illustrée par « *la diffusion régulière de comptes rendus de réunions tenues à intervalles réguliers* », dès lors qu'à tout le moins la plupart des activités des requérantes ne poursuivaient pas un objet anticoncurrentiel.

Elle a, en deuxième lieu, considéré que ni le système d'informations Infoclr dont le fonctionnement n'est, en soi, pas intrinsèquement anticoncurrentiel, ni la convention de gestion de l'offre, dont la régularité ne souffre pas de discussions au regard des règles de concurrence, ne pouvaient servir à démontrer une continuité des pratiques anticoncurrentielles depuis 1998.

En troisième et dernier lieu, elle a considéré que « *le grief d'entente complexe et continue imputé aux requérantes ne peut être retenu et que ces dernières doivent, en conséquence, être mises hors de cause* ».

La cour s'est attachée à examiner l'articulation du régime juridique général propre au secteur agricole considéré avec les règles de la concurrence. Elle a, en particulier, considéré qu'il découle des termes de la jurisprudence de l'Union sur laquelle elle s'est appuyée que la primauté des objectifs de la politique agricole commune (PAC) sur ceux de la politique de concurrence est rappelée de manière constante.

La cour, en se référant aux développements contenus dans la décision 12-D-08 relatifs au droit de l'Union, a successivement examiné la nature des missions et des compétences qui sont attribuées aux requérantes en leur qualité d'organisations professionnelles et les conditions dans lesquelles les organisations professionnelles sont autorisées à se concerter et notamment à échanger des informations.

La cour s'est attachée, ensuite, à déterminer si l'objet des pratiques, qui ont consisté à imposer de 1995 à 2000 un mode d'organisation de l'offre se substituant au libre jeu de la concurrence par une collusion généralisée entre les producteurs, pouvait apparaître conforme à la réglementation précédemment rappelée pour conclure qu'en l'état de la jurisprudence de l'Union applicable pendant la période visée par la notification des griefs, il n'était pas « *indiscutablement démontré que les organisations mises en cause sont sorties des limites des missions légales qui, dans le cadre général de la politique agricole commune, leur sont attribuées par la réglementation OCM ainsi que par les dispositions du droit interne afin d'opérer une gestion adéquate de l'offre des légumes en cause, au moyen, tant d'une régularisation des prix, dont, à ce jour les limites au regard des règles du droit de la concurrence n'apparaissent pas fixées de manière incontestables, que de la mise sur le marché des quantités d'endives* ».

La cour est ainsi parvenue à la conclusion que le grief ne pouvait être tenu pour établi. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

Dans l'arrêt *Grands Moulins de Paris e. a. du 20 novembre 2014*¹¹, la cour a confirmé l'existence du cartel franco-allemand destiné à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne.

La cour a, en revanche, réformé la décision de l'Autorité sur l'existence d'une entente entre meuniers français au travers des sociétés communes France Farine et Bach Mühle (pour les farines *hard discount*), chargées de commercialiser, pour leur compte et à titre de mandataires, leur production, entente destinée à verrouiller le marché français en éliminant toute forme de concurrence entre meuniers.

La cour a jugé que l'Autorité n'avait pas tenu compte d'éléments déterminants des contextes juridique et économique dans lesquels s'inscrivaient ces accords.

Elle souligne que la décision ne comporte pas de références aux contextes juridique et économique relatifs à la période de la constitution de France Farine, en 1965, et de Bach Mühle, en 1971, dates auxquelles l'Autorité fait pourtant remonter le début des pratiques anticoncurrentielles qu'elle a caractérisées et sanctionnées.

S'agissant du contexte juridique, elle relève en particulier qu'en 1965 les entreprises étaient soumises à un régime général d'encadrement des prix régi par l'ordonnance du 30 juin 1945, jusqu'à leur libéralisation consécutive à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, entrée en vigueur plus de vingt et un ans après la création de France Farine. Elle mentionne également l'encadrement de la production de farine par l'existence des droits de mouture contingentés.

S'agissant du contexte économique, la cour estime que la montée en puissance de la grande distribution et la concentration progressive des acheteurs, qui a conduit à l'émergence de sept principales centrales d'achat, constituent une explication au regroupement des meuniers au sein de structures de commercialisation communes, afin de répondre de façon efficace à une demande devenue nationale. La cour a considéré que la répartition géographique des meuniers sur le territoire, qu'ils expliquent par les coûts de transport limitant leur aire de livraison autour de leurs sites d'ensachage à un rayon de 300 km, contribuait aussi à expliquer la nécessité pour les meuniers de s'organiser au sein de structures de commercialisation au niveau national.

Ainsi la cour a-t-elle considéré que *« les éléments présentés par l'Autorité comme des caractéristiques contractuelles régissant la gestion et le fonctionnement de France Farine ou encore des modalités de fonctionnement de cette dernière, ne peuvent, en réalité, être dissociés de l'activité qui, dans le contexte juridique et économique particulier qui vient d'être analysé, a été entreprise et poursuivie par la structure de commercialisation pour réaliser l'objectif légitime de coopération qui lui était assigné »*.

Sur l'existence d'une infraction unique, complexe et continue

Dans l'arrêt *Colgate-Palmolive Service SA e. a. du 30 janvier 2014*, la cour d'appel a confirmé l'existence de l'entente complexe, unique et continue entre les quatre

11. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

fabricants de lessives actifs en France, constituée à la fois d'accords et de pratiques concertées, qui a duré plusieurs années et concerné toutes les gammes des grandes marques de lessive commercialisées en France et toutes les formes de lessive.

La cour d'appel a plus précisément fait siennes les constatations de la décision de l'Autorité indiquant que la participation de Procter & Gamble à l'entente complexe et continue visée par le grief était établie pour la période comprise entre le 18 septembre 1997 et le mois d'août 2004, soit toute la durée de l'entente, à l'exception de la période de suspension entre octobre 1998 et le 2 novembre 1999, et pas seulement après le 21 janvier 2001, ainsi que le soutenait Procter & Gamble.

La cour d'appel a ainsi rappelé, en vertu de la jurisprudence européenne :

- qu'un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions poursuivant un objectif économique unique peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en œuvre ;
- qu'une entreprise, qui a participé à une infraction par des comportements qui lui étaient propres et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut être tenue pour responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction ; que tel est le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque ; que le fait que différentes entreprises aient joué des rôles différents dans la poursuite de l'objectif commun n'élimine pas l'identité d'objet anticoncurrentiel et, partant, d'infraction, à condition que chaque entreprise ait contribué, à son propre niveau, à la poursuite de cet objectif commun ;
- que la suspension d'une entente anticoncurrentielle sur une période déterminée n'empêche pas cette dernière de revêtir la qualification d'infraction complexe unique et continue dès lors qu'après son interruption l'entente a été reprise selon les mêmes modalités.

Concernant le standard de preuve de la participation à une entente horizontale, la cour d'appel a souligné que l'Autorité avait utilement rappelé que, lorsque l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, le plus souvent occultes ou secrètes, la responsabilité de l'entreprise est valablement retenue lorsqu'elle a participé à des réunions en ayant connaissance de leur objet anticoncurrentiel.

La cour a également indiqué, concernant la valeur probante des déclarations recueillies, que la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause, mais qu'en revanche une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause, et que, dès lors, il doit être recherché si un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises mises en cause ou d'autres indices matériels.

Au cas d'espèce, la cour a indiqué que l'Autorité avait démontré à suffisance de droit que l'ensemble des pratiques mises en œuvre par les quatre lessiviers présentaient un lien de complémentarité, en ce sens que chacune d'entre elles avait visé un objectif anticoncurrentiel unique consistant en la maîtrise totale des prix de vente des lessives standard à la grande distribution et aux consommateurs finals et qu'après la suspension des pratiques celles-ci avaient été reprises par les parties impliquées selon des modalités similaires.

Selon la cour d'appel, c'est aussi à bon droit que la décision a relevé l'interdépendance des comportements des quatre lessiviers en cause caractérisée par un mode opératoire commun dès lors que, d'une part, pendant toute sa durée, l'infraction s'est manifestée au cours de réunions régulières et occultes ainsi que lors de contacts bilatéraux entre les directeurs commerciaux des fabricants, que, d'autre part, les discussions ont porté sur tous les éléments nécessaires à la détermination des prix de vente des lessives standard à la grande distribution, à savoir la hausse de prix, le maintien des écarts de prix entre produits et les offres promotionnelles aux consommateurs et que, enfin, le respect des accords convenus faisait l'objet d'une surveillance attentive par chaque partie.

La cour d'appel a également estimé que, comme indiqué par la décision attaquée et contrairement à ce que soutenait Procter & Gamble, l'objet des pratiques avant et après leur suspension n'avait pas varié entre son début (1997-2001) et sa suite (2001-2004) et que les réunions de concertation avaient toujours concerné non des échanges d'informations générales, mais des accords sur les prix et les promotions des lessives standard, que ce soit avant (septembre 1997 à mi-1998) ou après leur suspension (1999-2004).

La cour d'appel a également confirmé la durée de l'entente en cause en indiquant qu'il était établi que cette dernière avait pris place sur une période remontant au moins au 18 septembre 1997, qu'elle avait été suspendue entre le mois d'octobre 1998 et le 2 novembre 1999 et avait trouvé son terme le 1^{er} août 2004, soit une durée des pratiques en cause de 5 ans, 9 mois et 12 jours.

À cet égard, la cour a relevé que la preuve des pratiques en cause était rapportée par de nombreux éléments du dossier dont la force probante ne doit pas être appréciée simplement pièce par pièce, comme le soutenait Procter & Gamble, mais comme l'a fait l'Autorité en rapprochant l'ensemble de celles-ci afin de déterminer si elles constituent un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants.

La cour a encore indiqué que, pour démontrer la participation d'une entreprise à une entente conclue à l'occasion de réunions secrètes, l'Autorité n'est pas tenue de déterminer si la personne qui la représentait à ces réunions détenait un mandat ou une autorité particulière à cet effet, mais seulement d'établir, en se fondant sur un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants, que l'entreprise a effectivement été présente à ces réunions, ce qui était bien le cas en l'espèce.

Au présent, selon la cour il importait donc peu qu'on ne puisse pas forcément déterminer avec précision l'identité du représentant de Procter & Gamble à chaque réunion dès lors qu'il était établi par un faisceau d'indices graves, précis

et concordants que l'entreprise Procter & Gamble était bien représentée lors de chacune des réunions de concertation.

S'agissant plus particulièrement de la continuité de la pratique, dans l'**arrêt *Grands Moulins de Paris e. a.* du 20 novembre 2014**, la cour d'appel valide l'analyse de l'Autorité portant sur le caractère ininterrompu de celle-ci depuis la première réunion du 14 mai 2002 entre les membres du cartel jusqu'à la date des opérations de visite et saisie, le 17 juin 2008, en l'absence de nouvelle réunion entre les meuniers postérieurement à la dernière réunion du 21 septembre 2004¹².

La cour relève en effet que les réunions ne constituent que la modalité principale par laquelle s'est d'abord matérialisée l'entente et que la persistance d'un objectif commun peut se manifester selon d'autres modalités. En l'occurrence, elle se fonde sur les déclarations du demandeur de clémence, sur la non-contestation des griefs de quatre entreprises, corroborées par diverses pièces du dossier pour juger établi le caractère continu de l'entente.

Sur les ententes verticales

Dans un **arrêt du 13 mars 2014, *Société Bang & Olufsen***, la cour d'appel a confirmé l'existence d'une entente verticale résultant d'un accord de volontés entre Bang & Olufsen et les membres de son réseau de distribution sélective.

La cour d'appel a considéré qu'il ressort d'un ensemble de preuves (contrat européen de distribution, circulaire, courriers, déclarations du représentant légal de la société) que Bang & Olufsen a expressément interdit à ses distributeurs de vendre ses produits sur Internet, lesquels ont tacitement accepté cette interdiction. Selon la cour, les déclarations de certains distributeurs et « *la circonstance qu'aucun des 48 distributeurs du réseau n'ait eu recours à la vente sur Internet* » suffit à démontrer l'acquiescement tacite des membres du réseau de distribution sélective.

La pratique étant établie, la cour a ensuite recherché si celle-ci pouvait être exemptée sur le fondement de l'article 101 § 3 TFUE prévoyant quatre conditions cumulatives. La cour a considéré que l'Autorité de la concurrence a décidé à juste titre « *qu'en interdisant de manière totale et absolue à ses distributeurs agréés de vendre sur Internet, la société Bang & Olufsen France impose des restrictions qui ne sont pas indispensables pour le maintien* » d'un réseau de distribution sélective efficient. L'une des conditions prévues par l'article 101 § 3 TFUE n'étant pas remplie, la pratique ne saurait être exemptée.

Sur les pratiques d'abus de position dominante

Si l'existence d'une position dominante n'est pas répréhensible en soi, cette situation impose, selon la jurisprudence constante, à l'entreprise concernée une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur de l'Union.

12. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Lorsque la position dominante dont jouit l'entreprise en question trouve son origine dans un ancien monopole légal, hypothèse qui recouvre notamment le cas d'un opérateur historique présent sur un secteur ouvert à la concurrence, cette circonstance doit être prise en compte pour apprécier l'ampleur de la responsabilité particulière incombant à cet opérateur.

L'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante sur un marché où, du fait précisément de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli, lorsque ces comportements ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale entre opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore ou au développement de cette concurrence.

Dans un **arrêt *Société nationale des chemins de fer*¹³ du 6 novembre 2014** la cour d'appel de Paris a confirmé que les pratiques d'utilisation d'informations confidentielles, de publication tardive et incomplète de la liste des cours de marchandises et d'indisponibilité des capacités ferroviaires reprochées à la SNCF dans la décision 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises pouvaient être qualifiées d'abus de position dominante.

En ce qui concerne l'utilisation d'informations confidentielles, la cour d'appel a relevé que la SNCF avait abusé de sa position dominante sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif en utilisant à son profit les informations confidentielles dont elle disposait aux fins exclusives de la gestion de l'accès à l'infrastructure ferroviaire française dont elle avait la charge en tant que gestionnaire d'infrastructure délégué, comportement qui lui a permis de protéger artificiellement sa position dominante en réduisant le degré d'incertitude existant sur ce marché et en évinçant certains concurrents de trafics stratégiques.

En ce qui concerne la publication tardive et incomplète de la liste des cours de marchandises, la cour d'appel a retenu que la SNCF avait enfreint les dispositions des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce en ne procédant pas, de façon globale pour l'ensemble de ses cours de marchandises, à la publication de conditions d'utilisation et de tarification suffisamment précises et compréhensibles pour permettre aux autres entreprises ferroviaires d'anticiper les conditions dans lesquelles cette utilisation aurait lieu, d'une part, et les coûts y afférents, d'autre part, de manière à pouvoir formuler des offres compétitives aux chargeurs.

Enfin, en ce qui concerne l'indisponibilité des capacités ferroviaires, la cour d'appel a confirmé que la SNCF avait surréservé des sillons ferroviaires dans des proportions importantes et n'avait pas restitué ceux qu'elle n'utilisait pas, ou ne les avait rétrocédés que très tardivement, privant ainsi les autres entreprises ferroviaires actives dans le secteur du fret de la possibilité de les utiliser, alors même que certaines d'entre elles en avaient fait la demande en vue d'honorer des commandes

13. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

d'ores et déjà reçues. Par ailleurs, la SNCF a également abusé de position dominante en rendant indisponibles, de façon injustifiée, des wagons « EX » indispensables à la pénétration de ses concurrents sur le marché du transport ferroviaire par train massif, retardant ainsi de manière artificielle le développement de la concurrence. La cour d'appel a toutefois réformé partiellement la décision 12-D-25 du 18 décembre 2012.

La cour d'appel a considéré qu'il n'est pas démontré que la SNCF avait abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché du transport ferroviaire par train massif en mettant en œuvre une politique tarifaire tendant à évincer ses concurrents aussi efficaces en pratiquant des prix inférieurs à ses coûts moyens incréments de long terme et, partant, que les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce n'étaient pas réunies en l'espèce et qu'il n'y avait donc pas lieu, en l'absence d'éléments suffisamment probants, de qualifier les faits visés par le grief n° 10 d'infraction aux règles du droit de la concurrence.

Plus précisément, après avoir souligné que le choix de la SNCF de maintenir son activité de transport par train massif en dépit de pertes récurrentes, lesquelles proviennent en grande partie de son activité réalisée par wagon isolé, poursuit un objectif concurrentiel légitime, en ce qu'il offre aux utilisateurs une alternative à la route, la cour a relevé que les paramètres et la méthode retenus par l'Autorité pour la mise en œuvre d'un test de coûts sont contestables, et que dès lors le test apparaît dépourvu de valeur probante et que l'existence d'une stratégie d'éviction mise en place par la SNCF, sans laquelle le grief ne serait pas fondé, n'a pas été établie de manière indiscutable.

Elle a entre autres réduit la sanction pécuniaire de 60 966 000 euros infligée à la SNCF à 48 195 000 euros au titre des griefs n°s 2, 3, 4 et 8, aux motifs, notamment, que la condition de réitération n'était pas établie et que l'appartenance à un groupe économiquement puissant ne pouvait justifier, en l'espèce, une aggravation de la sanction, dès lors que l'activité dans le secteur du transport par train massif maintenue pour des motifs de service public est structurellement déficitaire.

Dans son **arrêt Société Sanofi S. A. e. a. du 18 décembre 2014**¹⁴, n° 2013/12370, la cour d'appel de Paris a validé le raisonnement suivi par l'Autorité concernant le standard de preuve appliqué pour démontrer l'existence d'une pratique de dénigrement comme constitutive d'un abus de position dominante dans le secteur pharmaceutique, commise par la société Sanofi à l'égard du générique de son médicament princeps Plavix® produit par la société Téva.

Elle confirme d'abord les critères retenus par l'Autorité pour caractériser l'existence d'une pratique de dénigrement d'un médicament, en fonction des particularités du marché concerné, dans les termes suivants : « *compte tenu de la forte rigidité au changement des médecins prescripteurs et des pharmaciens, ainsi que de l'aversion au risque des professionnels de santé, la diffusion d'une information négative, voire l'instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'un médicament, peut suffire à le*

14. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

discréditer immédiatement auprès des professionnels de la santé; qu'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; qu'ainsi, 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 incomplètes, ambiguës ou présentées de telle manière qu'elles suggèrent l'existence d'un risque à le substituer ou entretenir, pour des motifs injustifiés, une crainte ou une prévention à cet égard, constitue bien une pratique déloyale et abusive, qui, si elle a pour objet et peut avoir pour effet de restreindre la diffusion sur le marché de ce médicament générique, contrevient aux dispositions précitées du droit de la concurrence».

La cour a rejeté le moyen tiré de l'insuffisance du standard de preuve appliqué par l'Autorité. En effet, elle a estimé que l'Autorité doit démontrer que le discours tenu par la société Sanofi auprès des délégués pharmaceutiques était de nature à faire naître une crainte ou une prévention à l'égard des médicaments génériques ou une prévention à l'égard des médicaments génériques du Plavix®, en respectant un standard de preuve répondant aux caractéristiques du marché. Elle a précisé que le dénigrement est caractérisé, peu important que les informations diffusées soient objectives ou exactes, si le lien établi entre deux informations exactes mais indépendantes et présentées de façon incomplète permet de susciter un doute, voire une crainte, sur l'efficacité ou la sécurité d'un médicament générique.

En l'occurrence, la cour estime que l'Autorité a réuni un faisceau d'indices qui concordent et se confortent entre eux, constitué de témoignages de médecins, de pharmaciens, de remontées d'informations transmises par la Caisse nationale d'assurance maladie, qui ne sont pas utilement remis en cause par Sanofi.

Décisions

Sanctions pécuniaires

Sur la détermination des sanctions

Sur les conditions d'application du communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires

Dans l'**arrêt Groupe Bigard du 25 septembre 2014**, la cour d'appel de Paris a indiqué que, lors de l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, elle n'est pas liée par le communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011, lequel ne préjuge pas de l'appréciation qu'elle peut faire de la sanction. Elle a relevé qu'elle pouvait notamment, dans l'exercice de cette compétence, substituer ses propres appréciations à celles de l'Autorité, et ce en particulier sur l'assiette de la sanction, sur la gravité de l'infraction, sur le dommage causé à l'économie, sur l'incidence de la durée de l'infraction ou sur la prise en compte de circonstances individuelles propres à chaque entreprise.

La cour a également rappelé que les dispositions de l'article L. 464-2, I, alinéa 3, du Code de commerce commandent de vérifier notamment que la sanction est déterminée de façon individuelle pour chaque entreprise et qu'elle est pour chacune d'elles proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie, à la situation de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient et à l'éventuelle réitération.

Dans l'**arrêt Colgate-Palmolive Service du 30 janvier 2014**, la cour d'appel a jugé que la méthode décrite dans le communiqué sanctions adopté par l'Autorité le 16 mai 2011, 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 en cause ne constitue pas, contrairement à ce que sous-entendent les requérantes, un texte à valeur normative en soi susceptible de comporter des dispositions plus sévères que les dispositions du Code de commerce en vigueur. La cour d'appel a donc considéré que les requérantes n'étaient pas fondées à soutenir que l'Autorité avait violé le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère en appliquant à des faits antérieurs à sa publication la méthode de détermination des sanctions décrite dans le communiqué du 16 mai 2011.

Sur la gravité des faits

De même, dans l'**arrêt Colgate-Palmolive Service du 30 janvier 2014**, la cour d'appel a estimé que l'Autorité avait porté une exacte appréciation en retenant la particulière gravité de la pratique poursuivie. En effet, la cour a relevé qu'il s'agissait d'un accord horizontal entre concurrents dont l'objet était de manipuler le prix des produits en cause au lieu de laisser celui-ci à la libre appréciation de chacun des concurrents dans le cadre d'une détermination autonome de sa politique commerciale et de son comportement sur le marché et qu'à l'instar des ententes visant à répartir les clients ou les marchés, ou encore à limiter la production, l'infraction en cause visait, par sa nature même, à modifier l'un des paramètres essentiels de la concurrence dans le secteur. Par ailleurs, l'entente, même si elle n'avait pas donné lieu à des représailles, s'était cependant accompagnée d'une surveillance effective du marché par les entreprises concernées afin de leur permettre de s'assurer que les accords convenus étaient bien respectés.

La cour d'appel a également validé l'analyse de l'Autorité en ce qu'elle a relevé, au titre de l'appréciation de la gravité des pratiques, que l'entente avait été mise en œuvre en profitant d'un contexte juridique spécifique constitué par l'application de la loi Galland en vigueur du 1^{er} janvier 1997 au 1^{er} janvier 2006. En application de ces dispositions, le prix de gros mentionné sur la facture (prix nets fournisseur) qui était déterminé par les lessiviers, servait *de facto* de prix de référence au-dessous duquel les distributeurs ne pouvaient pas vendre aux consommateurs finals. Les entreprises ayant participé à l'entente ont mis à profit cette disposition législative qui leur a permis d'instaurer, en pratique, un système de prix plancher pour les lessives standard qui n'a été rendu possible que dans la mesure où les distributeurs se rémunéraient presque exclusivement sur les marges arrière.

Enfin la cour a indiqué que Procter & Gamble n'était pas fondée à soutenir qu'au stade de l'appréciation de la gravité des pratiques, l'Autorité aurait dû prendre en compte son prétendu rôle de franc-tireur, et que ce comportement ne pouvait être apprécié qu'au titre d'une circonstance atténuante.

Dans un **arrêt du 13 mars 2014, Société Bang & Olufsen**, la cour d'appel de Paris est venue confirmer la jurisprudence Pierre Fabre condamnant l'interdiction imposée par un fournisseur aux distributeurs, membres de son réseau de distribution sélective, de vendre les produits de sa marque sur Internet. La cour a néanmoins considérablement réduit le montant de l'amende prononcée par l'Autorité dans sa décision du 12 décembre 2012.

Par son **arrêt Groupe Bigard du 25 septembre 2014**, la cour d'appel de Paris a considéré que l'Autorité avait fait une appréciation mesurée de la gravité de l'infraction dans sa décision 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier. Ainsi, après avoir souligné que les caractéristiques objectives de l'infraction doivent être prises en compte dans l'appréciation de la gravité des faits, la cour a relevé que la décision attaquée avait justement retenu que la gravité concrète de l'entente était « *à tempérer en l'espèce compte tenu de certaines de ses modalités* ». Les éléments avancés par les requérantes tirés de ce que l'infraction en cause, qui avait duré douze semaines, ne revêtait aucun caractère sophistiqué et n'était assortie d'aucun mécanisme de contrôle et/ou représailles avaient donc été pris en compte par la décision.

La cour d'appel a également jugé que la décision avait également pris en compte pour tempérer la gravité concrète de l'entente en cause « *son contexte spécifique* », relevant à ce titre les pressions sur les prix auxquelles doivent faire face les abat-teurs tant en amont qu'en aval.

Sur le dommage à l'économie

Par l'**arrêt Colgate-Palmolive Service du 30 janvier 2014**, rendu à l'occasion de recours introduits à l'encontre de la décision 11-D-17 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, la cour d'appel a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle « *l'importance du dommage causé 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* ». Elle a également précisé que « *le critère légal constitué par l'importance du dommage causé à l'économie 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* » et que « *l'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause, de sorte que l'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée, y compris, en cas d'entente* ».

En l'espèce, la cour d'appel a approuvé l'appréciation faite par l'Autorité sur l'importance du dommage à l'économie causé par la pratique concernée, en relevant notamment qu'était inopérant l'argument de Procter & Gamble selon lequel la « complexité » du secteur empêchait toute collusion d'être effective. À cet égard, la cour a indiqué que l'Autorité avait exactement relevé que l'entente elle-même prenait en compte la diversité des produits offerts sur le secteur et que celle-ci n'était un véritable obstacle ni à sa conclusion, ni à sa mise en œuvre, ni à sa surveillance, toutes les marques et tous les formats de lessives étant concernés par la pratique et le niveau de prix étant détaillé et convenu marque par marque. Par ailleurs, la majorité des ventes se concentrait sur un nombre réduit de produits pour chaque fabricant.

La cour a également affirmé que l'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer les effets réels des pratiques en cause, a seulement mis en évidence, à titre d'exemple et sans qu'il puisse ainsi lui être reproché d'avoir pour autant surestimé l'importance du dommage à l'économie, une estimation indicative de surpris pour les lessives haut de gamme.

Par son **arrêt Groupe Bigard du 25 septembre 2014**, la cour d'appel de Paris a approuvé l'analyse menée par l'Autorité sur le dommage à l'économie dans la décision 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier. En effet, après avoir rappelé que les sociétés Abera, Bernard, Gad, Groupe Bigard et Socopa s'étaient entendues pour fixer des objectifs de baisse coordonnée de leurs abattages de porcs pendant douze semaines en 2009, la cour d'appel a indiqué que le dommage causé à l'économie par cette pratique s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elle était de nature à engendrer pour l'économie. Elle a ensuite validé la décision qui retient, s'agissant de l'ampleur de la pratique en cause, que les cinq abatteurs impliqués dans l'entente représentaient 70 % des achats de la Fédération des acheteurs au cadran au Marché du porc breton et 50 % des achats totaux sur la zone Uniporc-Ouest, zone qui représente 80 % de l'élevage porcin français et que, concernant les achats effectués sur cette zone, l'entente a, compte tenu du poids de cette zone et de son rôle dans la détermination des prix et conditions de vente, influencé l'ensemble du marché national. La cour a également considéré que la décision établissait à suffisance que les cinq membres de l'entente avaient respecté voire dépassé leurs objectifs en matière de limitation de leurs abattages et qu'il ne pouvait être contesté que les quantités achetées sur le marché étaient un élément déterminant du prix d'achat perçu par les éleveurs et ce d'autant plus que l'offre de porcs est rigide à court terme.

Sur la durée de l'infraction

Par son **arrêt Groupe Bigard du 25 septembre 2014**, la cour d'appel a rejeté les critiques des requérantes selon lesquelles l'Autorité aurait dû calculer le coefficient multiplicateur non pas en mois, mais en semaines et réduire ce coefficient pour tenir compte du caractère discontinu de la période infractionnelle (à savoir

entre juin et septembre 2009), entraînant une moindre perturbation pour l'économie qu'une infraction commise sur une période continue de douze semaines.

En effet, la cour a considéré, d'une part, qu'en calculant en mois le coefficient multiplicateur pour tenir compte de la durée de l'infraction la décision attaquée n'a fait qu'appliquer en l'adaptant au cas d'espèce le point 42 du communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires et, d'autre part, que les requérantes ne justifiaient pas en quoi l'effet perturbateur aurait été différent si la pratique avait duré douze semaines consécutives au lieu d'être interrompu deux semaines.

Sur l'individualisation des sanctions

Après avoir rappelé le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié, la cour d'appel a considéré, dans l'**arrêt Groupe Bigard du 25 septembre 2014**, que la décision, qui apprécie le caractère monoproduit de l'activité de Gad en tenant compte de ses activités consacrées à l'achat, à l'abattage et à la découpe de porcs, ainsi qu'à la vente de produits issus de porc, ne pouvait, sans s'en justifier, ne tenir compte que des activités d'Abera et de Bernard consacrées à l'achat, à l'abattage et à la découpe de porcs sans prendre en compte leurs activités de vente de produits issus du porc. Par conséquent, la cour a jugé que sera retenue la même réduction des montants de base de la sanction à hauteur de 60% pour les trois entreprises, Gad, Abera et Bernard.

La cour d'appel a également considéré que les sociétés Groupe Bigard et Socopa étaient fondées à invoquer le fait qu'il ne peut, en l'espèce, sans méconnaissance du principe d'égalité, leur être refusé le bénéfice d'un abattement du seul fait de leur organisation juridique par marques alors que d'autres membres de l'entente exerçant les mêmes activités mais spécialisées par filières et ayant réalisé des valeurs similaires de ventes de produits en relation avec l'infraction ont bénéficié de l'abattement prévu par le communiqué sanctions de l'Autorité. La cour a donc estimé que les montants de base de la sanction infligée à ces requérantes devaient être réduits dans les mêmes proportions que celles retenues pour les autres membres de l'entente, à savoir 60%.

Par l'**arrêt Colgate-Palmolive Service du 30 janvier 2014**, la cour d'appel a confirmé l'application par l'Autorité à l'encontre de Procter & Gamble et Colgate-Palmolive d'un taux d'aggravation de l'amende pour tenir compte de l'appartenance de chacune des entreprises concernées à un groupe disposant d'une taille ou d'une puissance économique importante. À cet égard, la cour a souligné qu'afin d'assurer le caractère à la fois proportionné et dissuasif de la sanction, l'Autorité peut, en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce, tenir compte de l'appartenance de l'entreprise visée à un groupe disposant d'une taille ou d'une puissance économique importante au titre des éléments d'individualisation de la sanction.

La cour a ajouté que les entreprises sanctionnées ne sont pas non plus fondées à mettre en exergue leur poids respectif sur le secteur considéré des lessives ou encore les spécificités des produits ou gammes de produits offerts à la consommation par rapport aux autres participants à l'entente, dès lors que le poids relatif à chaque entreprise participant à l'infraction sur le secteur visé avait d'ores et déjà été pris en compte au stade de la détermination de l'assiette de la sanction. En l'espèce, celle-ci était constituée par la valeur des ventes de lessives standard à destination du grand public réalisées par chacune des contrevenantes.

Sur le rôle de suiveur

Dans son **arrêt Groupe Bigard du 25 septembre 2014**, la cour d'appel a rappelé que le rôle de suiveur dans une entente ne constitue pas une circonstance susceptible de conduire à une réduction de la sanction.

Sur la prise en compte des sanctions infligées par la Commission européenne

Dans l'**arrêt Colgate-Palmolive Service du 30 janvier 2014**, qui confirme intégralement la décision 11-D-17 adoptée par l'Autorité dans le secteur des lessives, la cour d'appel a considéré que la comparaison à laquelle procèdent les requérantes entre les éléments retenus par la Commission européenne pour déterminer les sanctions qui ont été infligées aux entreprises concernées en vertu de sa décision du 13 avril 2011 concernant le même secteur, d'une part, et les éléments retenus par l'Autorité dans la décision déferée à la cour, d'autre part, est inopérante dès lors qu'il a été suffisamment établi que l'Autorité n'avait pas sanctionné à nouveau des pratiques anticoncurrentielles qui l'auraient déjà été par la Commission européenne.

La cour a par ailleurs écarté l'argument des requérantes aux termes duquel, en application du principe général d'équité, l'Autorité aurait dû prendre en compte les sanctions pécuniaires infligées par la Commission européenne dans sa décision du 13 avril 2011 sur les détergents domestiques pour modérer les sanctions qui leur ont été infligées.

Sur la clémence

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

Dans l'**arrêt Colgate-Palmolive Service du 30 janvier 2014**, la cour d'appel a considéré que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en fixant le taux de réduction de la sanction encourue par Henkel à 25 %, soit un chiffre compris dans la fourchette envisagée par l'avis de clémence concernant cette dernière, en retenant que si Henkel avait présenté des pièces ayant une valeur ajoutée significative, cette entreprise n'avait cependant pas pleinement respecté les obligations attachées au devoir de coopération qui lui incombait en sa qualité d'entreprise ayant demandé et obtenu le bénéfice de la clémence.

Sur ce point, la cour a confirmé le raisonnement de l'Autorité qui avait consisté à retenir que, en raison de la configuration procédurale particulière liée à la coexistence de demandes de clémence nationale et européenne, il était dans un premier temps légitime pour Henkel de faire valoir sa première position sur le champ respectif des différentes procédures ouvertes. En revanche, une fois connue la lettre de la Commission européenne de 2010 qui dissipait toute incertitude sur le champ respectif des procédures ouvertes, le comportement d'Henkel n'entrait plus dans le cadre de l'exercice de ses droits de la défense.

À cet égard, l'Autorité avait indiqué qu'en continuant à soutenir l'existence d'une entente unique complexe et continue de dimension européenne et en entretenant avec les services d'instruction des discussions permanentes sur la nature et le champ réels des pratiques telles qu'elle les avait initialement dénoncées à l'Autorité à compter de la lettre de la Commission européenne, Henkel avait rendu plus difficile l'établissement et la caractérisation des faits et retardé la procédure, ce qui n'était pas conforme à son devoir de coopération.

Dans son arrêt, la cour a également affirmé que, contrairement à ce que soutenait Colgate-Palmolive, un avis de clémence ne fait que fixer une fourchette d'exonération de sanction donnée à titre indicatif et conditionnel et qu'il ne se prononce pas de manière définitive sur le degré de valeur ajoutée significative des pièces produites par le demandeur de clémence.

Sur la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs

Sur les conséquences de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs

Par l'arrêt *Groupe Bigard* du 25 septembre 2014, la cour d'appel de Paris a rappelé que tant devant l'Autorité que devant la cour d'appel, l'entreprise qui a choisi de solliciter le bénéfice de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce et l'a obtenu doit respecter les conditions imposées à cet égard. Ainsi en choisissant de ne pas contester la réalité des griefs qui lui ont été notifiés, l'entreprise renonce à contester tant la réalité et la matérialité des faits et pratiques en cause ainsi que leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence que sa responsabilité dans la mise en œuvre de ces pratiques et leur imputabilité.

La cour d'appel a donc considéré, d'une part, que la société Bernard SAS, qui avait déclaré ne pas contester les griefs en ce compris le grief n° 3 sur l'entente anticoncurrentielle visant à limiter la production sur le marché français de l'abattage-découpe de porcs, n'était pas recevable à soutenir devant la cour d'appel qu'elle n'aurait pas participé à l'entente visée par ce grief et qu'elle ne pouvait davantage soutenir que la décision de l'Autorité aurait dénaturé ses prétentions en retenant qu'elle ne contestait pas s'être entendue avec d'autres entreprises pour fixer des objectifs de baisse coordonnée de leurs abattages de porcs durant douze semaines

en 2009, cette entente ayant pour objet d'entraîner la baisse du prix d'achat établi sur le MPB (« *Marché du porc breton* ») et payé aux éleveurs.

De même, la cour d'appel a jugé que la société Groupe Bigard et la société Socopa viandes, qui avaient déclaré ne pas contester les griefs et notamment le grief n° 3, n'étaient pas recevables à contester, l'une et l'autre, avoir participé avec trois autres entreprises à l'entente anticoncurrentielle.

La cour d'appel a également retenu que ces sociétés n'étaient pas recevables à contester la réalité de la pratique sanctionnée en faisant valoir, sous couvert de contester l'importance du dommage à l'économie causé par l'entente, que les objectifs de volume évoqués dans un courriel de la société Gad ne seraient qu'une évocation unilatérale montrant un échange d'informations sans démontrer l'existence d'un plan concerté entre les entreprises en cause.

En revanche, la cour a indiqué que la renonciation à contester les griefs ne limite pas la possibilité pour les entreprises de contester la détermination par la décision des sanctions en fonction des critères de l'article L. 464-2, I et III, du Code de commerce.

Jurisprudence de la Cour de cassation

Au cours de l'année 2014, la Cour de cassation, statuant sur des recours exercés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris, a rendu quatre arrêts dont un déclaré non admis sur le fondement de l'article 1014 du Code de procédure civile (arrêt du 9 décembre 2014, société Roland Vlaemynck Tisseur).

Sur les pratiques d'entente

Applicabilité du droit de l'Union européenne

L'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (devenus articles 101 et 102 du TFUE) impose aux autorités nationales de concurrence et aux juridictions nationales d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE conjointement avec leur droit interne aux accords et pratiques abusives susceptibles d'affecter les échanges entre États membres (voir aussi arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV e. a., aff. C-8/08, point 50; communication de la Commission européenne sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE, JO C 101 du 27 avril 2004, point 5).

Par un **arrêt *Kontiki* du 7 octobre 2014**¹⁵, rendu dans l'affaire de la distribution de gadgets et articles de fantaisie¹⁶, la Cour de cassation a rappelé, s'agissant d'une pratique anticoncurrentielle s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre, qu'il ressort de la jurisprudence constante des juges de l'Union que par sa nature même, ce type de pratique a pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, qu'elle induit une forte présomption d'affectation du commerce entre les États membres, et que cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire.

La Cour de cassation en conclut en l'état des motifs de l'arrêt attaqué¹⁷ : « *d'où il résulte que la pratique couvrait le territoire national et qu'aucun des éléments invoqués par la société [mise en cause] ne démontrait qu'elle n'était pas susceptible d'exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur un courant d'échanges entre États membres, la cour d'appel a pu retenir qu'elle était de nature à affecter sensiblement le commerce intracommunautaire* » et, partant, entraîner l'applicabilité du droit de l'Union.

Sur le standard de preuve d'une entente verticale de prix

Par un **arrêt *Kontiki* du 7 octobre 2014**, précité, la Cour de cassation a rejeté le moyen par lequel la société mise en cause soutenait qu'à défaut de clauses claires et précises imposant le respect d'un prix de revente déterminé et accepté par les parties, la preuve d'une entente verticale de prix doit être rapportée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. À cet égard, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que « *le fait de conditionner le référencement des revendeurs sur Internet au respect par ces derniers des prix communiqués confère aux accords signés un objet anticoncurrentiel* », sans qu'il soit dès lors nécessaire de recourir, au surplus, à l'étude de preuves de nature comportementale¹⁸.

La Cour de cassation a également rappelé, dans cette affaire, que « *la démonstration d'une entente verticale anticoncurrentielle généralisée au sein d'un réseau de distribution, impliquant des distributeurs représentant une part significative de la distribution concernée, ne requiert pas l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente dès lors qu'il n'est pas retenu d'entente totale au sein du réseau* ».

Sur les sanctions pécuniaires

Sur la prise en compte de l'appartenance à un groupe

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

15. Cass. com., 7 octobre 2014, n° 13-19.476.

16. Décision 11-D-19 du 15 décembre 2011. À cet égard, voir Rapport annuel 2011, p. 127.

17. CA Paris, 16 mai 2013, RG n° 2012/01227.

18. Voir, à cet égard, Rapport annuel 2013, p. 248.

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 référence, dans le Code de commerce, au « *groupe auquel l'entreprise appartient* » figure au rang des ajouts de la loi NRE de 2001 au texte antérieur. Le législateur a en effet entendu confier en 2001 au Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité, la faculté de prendre en compte, dans le cadre de la détermination des sanctions infligées pour violation des règles de concurrence, les ressources globales du groupe auquel appartient l'entreprise poursuivie, bien que celle-ci demeure seule mise en cause, c'est-à-dire alors même que les pratiques reprochées ne sont pas imputées aux autres sociétés du groupe. Ce faisant, le législateur français souhaitait lutter efficacement contre les groupes – notamment du secteur du BTP – qui rivalisaient d'imagination pour filialiser leurs différentes activités et créer ainsi des entités poursuivies s'apparentant à des « *coquilles vides* ». Dans cet esprit, le législateur entendait également poursuivre un objectif de dissuasion¹⁹.

En 2014, la Cour de cassation a précisé, à travers deux arrêts, les conditions dans lesquelles peut être mobilisé ce critère de l'appartenance à un groupe au titre de l'individualisation des sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence aux entreprises s'étant livrées à des pratiques anticoncurrentielles.

Dans un premier temps, par son **arrêt *Monuments historiques* du 18 février 2014**, la Cour de cassation a, d'une part, affirmé qu'en retenant « *que la société Pradeau et Morin s'était comportée de manière autonome sur le marché* » la cour d'appel²⁰ et, avant elle, l'Autorité auraient dû, aux fins de l'application d'une majoration dissuasive au titre de son appartenance à un groupe, rechercher « *si l'appartenance de cette société au groupe Eiffage avait joué un rôle dans la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ou était de nature à influencer sur l'appréciation de la gravité de ces pratiques* ».

D'autre part, la Cour de cassation a estimé, dans le même sens, qu'en écartant la demande liée aux difficultés financières affectant la capacité contributive de la filiale au titre de l'appartenance à un groupe, après avoir retenu que la filiale s'était comportée de manière autonome sur le marché, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si cette société avait la faculté de mobiliser les fonds nécessaires au règlement de la sanction auprès du groupe auquel elle appartient, a privé sa décision de base légale. Cette analyse s'inscrit pleinement dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation de 2013 portant sur les demandes de sursis à exécution²¹.

Dans un second temps, par son **arrêt *Électrification rurale* du 21 octobre 2014**, la Cour de cassation a apporté des précisions à sa jurisprudence. Par cet arrêt, elle réaffirme le principe selon lequel « *les sanctions pécuniaires prononcées sur le fondement de l'article L. 464-2 du Code de commerce sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque*

19. Voir, sur cet aspect, Rapport annuel 2012, p. 361.

20. CA Paris, 11 octobre 2012, RG n° 2011/03298. Voir, sur cet aspect, Rapport annuel 2012, p. 361.

21. Voir Rapport annuel 2013, p. 271.

sanction», avant d'en déduire « que cette exigence exclut, à l'égard d'une entreprise ayant agi de manière autonome, le relèvement automatique de la sanction en raison de sa seule appartenance à un groupe ».

Ainsi, lors du constat explicite du comportement autonome de la mise en cause par rapport au groupe auquel elle appartient, le relèvement « automatique » de la sanction est censuré par la Cour de cassation, de même que le refus « automatique » de prise en compte des difficultés financières affectant la capacité contributive de cette mise en cause, en ce qu'ils ne répondent pas aux exigences de motivation posées par le Code de commerce.

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 16 juillet 2014, Copagef, n° 375658 (refus de QPC)

La société Copagef a demandé l'annulation de la décision 13-D-22 du 20 décembre 2013 qui imposait une sanction pécuniaire à la société Copagef SA, à la tête du groupe Castel, pour avoir réalisé une opération de concentration sans l'avoir notifiée (article L. 430-8 I du Code de commerce).

À l'appui de sa requête, Castel a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité sur laquelle le Conseil d'État s'est prononcé le 16 juillet 2014. Castel soutenait que l'amende encourue pour défaut de notification était dépourvue d'un lien suffisant avec la nature de l'infraction qu'elle sanctionne et disproportionnée par rapport à la gravité de cette infraction.

Le Conseil d'État a considéré qu'un manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration, que celle-ci ait ou non des effets anticoncurrentiels sur les marchés concernés et, le cas échéant, indépendamment de leur importance, constituait un manquement grave aux obligations des entreprises prévues par le Code de commerce, en ce qu'il nuit à la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle de l'Autorité de la concurrence et, par conséquent, à sa mission de préservation de l'ordre public. Le Conseil d'État a rappelé la décision 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a estimé que le mode de calcul de la sanction prévue au I de l'article L. 430-8 du Code de commerce est directement lié à la nature de l'infraction réprimée et qu'il appartient à l'Autorité d'en déterminer le montant dans les limites du plafond, qui n'est pas manifestement disproportionné, en tenant notamment compte de la gravité du manquement. Le Conseil d'État a ainsi refusé de renvoyer au Conseil

constitutionnel la question posée, en ce qu'elle n'était pas nouvelle et ne présentait pas un caractère sérieux.

Le recours sur le fond est toujours pendant.

Sur l'application des articles L. 430-3 à L. 430-7 (contrôle des opérations de concentration)

Décision du 5 novembre 2014, Sté Wienerberger, n° 373065

Dans une décision du 5 novembre 2014, le Conseil d'État a confirmé la décision 13-DCC-101, rendue par l'Autorité le 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.

S'agissant de la légalité externe de la décision attaquée, le Conseil d'État a en premier lieu estimé que les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 430-6 du Code de commerce, relatives à la procédure applicable en cas d'examen approfondi d'une opération de concentration, n'imposaient pas au rapporteur général ou au rapporteur général adjoint de produire un rapport complémentaire avant que le collège ne se prononce sur de nouveaux engagements soumis par les parties à l'Autorité au cours de la procédure d'examen approfondi.

Le Conseil d'État a ensuite constaté qu'il ressortait des pièces du dossier, et notamment du procès-verbal de séance et des copies des courriels convoquant ses membres, que le collège de l'Autorité s'était réuni le 25 juillet 2013 pour statuer sur les derniers engagements proposés par la société Bouyer-Leroux.

Il a également considéré que la société Wienerberger, en tant que concurrent de la société Bouyer-Leroux, n'était pas une partie intéressée au sens des dispositions du dernier alinéa du III de l'article L. 430-7 du Code de commerce et que l'Autorité n'était, dès lors, pas tenue de lui transmettre le projet de décision afin qu'elle puisse formuler des observations. Ainsi, et au regard des engagements qui n'étaient pas de nature à affecter ses droits mais lui offraient au contraire une opportunité commerciale supplémentaire, la société Wienerberger n'était pas fondée à se prévaloir d'une violation des droits de la défense.

En ce qui concerne la légalité interne de la décision attaquée, le Conseil d'État a rappelé que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché pertinent pouvaient être implicitement coordonnés, en l'absence d'entente, lorsque les opérateurs ont le pouvoir d'adopter durablement une ligne d'action pour profiter d'une situation de puissance économique collective, sans que les concurrents ou les consommateurs ne puissent réagir de manière effective. Il a ainsi indiqué qu'une position dominante collective peut être identifiée lorsque chacun des membres de l'oligopole peut connaître précisément et immédiatement l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicite et que les réactions prévisibles des consommateurs ou concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne

peuvent suffire à remettre en cause la collusion tacite. Il a relevé que, lorsqu'une autorité régulatrice apprécie si une opération de concentration présente le risque d'effets coordonnés, il lui incombe de s'interroger sur sa probabilité sans s'en tenir à l'application des trois précédents critères pris isolément, mais en tenant compte du mécanisme économique global d'une éventuelle coordination.

En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur dans son appréciation du marché aquitain des briques de mur, marqué par des innovations importantes et sur lequel l'Autorité avait relevé que l'entité issue de l'opération et son principal concurrent disposeraient à l'issue de l'opération d'une part de marché d'au moins 90%, mais que ces dernières avaient des structures de coûts différentes, seule l'une d'entre elles disposant d'un site de production dans la région alors que les coûts de transport des briques sont très élevés et Bouyer-Leroux étant une société coopérative et participative de taille moyenne tandis que ses concurrents étaient des groupes internationaux puissants.

Le Conseil d'État a en outre rejeté le moyen de la société Wienerberger selon lequel l'engagement de la société Bouyer-Leroux de proposer, pour une durée de cinq ans, à ses concurrents, ou à défaut à un grossiste, de leur vendre un volume de 25 000 tonnes de briques de mur par an sur la base du coût de revient départ usine du site de production de Gironde-sur-Dropt instaurerait un mécanisme d'échange d'informations sensibles entre concurrents susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, au motif que l'engagement ne conduit pas à la mise en place d'un circuit d'informations sensibles permettant de connaître la stratégie commerciale des concurrents. De plus, il a estimé que le coût de revient départ usine d'une brique ne constituait pas un élément déterminant susceptible de renseigner les concurrents de la nouvelle entité sur sa politique commerciale, en raison notamment de l'importance des coûts de transport.

Enfin, le Conseil d'État a jugé que l'engagement était suffisant pour prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération en ce qu'il permettait aux concurrents de la nouvelle entité qui le souhaitent de commercialiser des briques à des prix aussi compétitifs que la nouvelle entité, pour un volume de 25 000 tonnes correspondant à la part de marché de Bouyer-Leroux avant l'opération, et que l'engagement était ainsi susceptible de pallier la disparition de la capacité concurrentielle qu'entraînait l'opération en maintenant une pression concurrentielle sur les prix, sans que la circonstance que les briques puissent être cédées à des grossistes plutôt qu'à des concurrents ou le fait que les concurrents pourraient ne procéder que partiellement à des achats effectifs ne soient de nature à le priver de sa portée.

Décision du 9 avril 2014, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc et époux Cornac, nos 367285 et 365599 ; ordonnance du 5 décembre 2014, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc, n° 377460

Par décision du 9 avril 2014 et ordonnance du 5 décembre 2014, le Conseil d'État a rejeté, comme irrecevable, la requête de l'Association des centres distributeurs

Édouard Leclerc (ci-après «ACDLec») tendant à l'annulation des décisions 13-DCC-12 et 14-DCC-16 de l'Autorité de la concurrence, en tant qu'elles avaient constaté le contrôle conjoint de ACDLec sur les sociétés Arradis, Lihold et Licehold.

Le Conseil d'État a rappelé que les motifs de la décision par laquelle l'Autorité statue sur la demande d'autorisation d'une opération de concentration ne sont pas détachables du dispositif de cette décision, dont ils constituent le soutien. Ainsi, l'appréciation portée par l'Autorité 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. Les recours portant uniquement sur cette appréciation ont par conséquent été jugés irrecevables.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Aucune question prioritaire de constitutionnalité n'a fait l'objet d'une décision de renvoi au Conseil constitutionnel en 2014 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 _____	311
La saisine du conseiller auditeur _____	311
Les pouvoirs du conseiller auditeur _____	312
Les saisines du conseiller auditeur _____	314
Les suites données aux observations des parties par les décisions de l’Autorité et les arrêts de la cour d’appel _____	315

Nommé par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances en date du 6 mars 2014, Savinien Grignon Dumoulin a succédé dans les fonctions de conseiller auditeur à Henri Génin, nommé chef du service juridique de l'Autorité de la concurrence. Savinien Grignon Dumoulin entend poursuivre dans le même esprit et avec la même détermination qu'Henri Génin la mission que lui confie la loi en vue d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

Les missions du conseiller auditeur

La mission confiée au conseiller auditeur par l'article L. 461-4 du Code de commerce consiste à permettre *« d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties »*. À cette fin, il *« recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs »*. Il transmet au président de l'Autorité un rapport d'évaluation de la situation et propose, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

L'article R. 461-9-II, troisième alinéa, du Code de commerce rappelle la mission du conseiller auditeur, dans des termes identiques à ceux de la loi : *« Les parties mises en cause et saisissantes peuvent présenter des observations au conseiller auditeur sur le déroulement de la procédure d'instruction les concernant dans les affaires donnant lieu à une notification de griefs, pour des faits ou des actes intervenus à compter de la réception de la notification des griefs et jusqu'à la réception de la convocation à la séance de l'Autorité. »*

Toutefois, cet article apporte une précision complémentaire importante, car *« le conseiller auditeur peut également appeler l'attention du rapporteur général sur le bon déroulement de la procédure, s'il estime qu'une affaire soulève une question relative au respect des droits des parties »*.

La saisine du conseiller auditeur

Le conseiller auditeur peut être saisi soit par les parties mises en cause dans des affaires donnant lieu à notification des griefs, 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 douze 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 Arrêt du 20 novembre 2014 de la cour d'appel de Paris
	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 Arrêt du 19 juin 2014 de la cour d'appel de Paris
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 Arrêt du 18 décembre 2014 de la cour d'appel de Paris
	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 Arrêt du 19 juin 2014 de la cour d'appel de Paris
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
2014	09/0113F	Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle privée par Internet	Décision 14-D-18** du 28 novembre 2014

* 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 2014, le conseiller auditeur a été saisi une fois dans le cadre d'une affaire ayant donné lieu à notification de griefs.

Dans le courant du même exercice, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ont adressé 7 notifications de griefs, 1 notification de grief complémentaire et 14 rapports.

L'intervention du conseiller auditeur a, d'autre part, été sollicitée à l'occasion de l'instruction d'une demande de mesure conservatoire, par l'une des parties, qui lui demandait de s'autosaisir en application des dispositions de l'article R. 461-9 II du Code de commerce qui permettent au conseiller auditeur d'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.

Le conseiller auditeur a néanmoins considéré que cette faculté d'agir de sa propre autorité ne pouvait s'exercer que dans le champ de son intervention défini par les articles L. 461-4 et R. 461-9 II du Code de commerce, qui ne concerne que les

procédures donnant lieu à notification de griefs, et a estimé ne pas pouvoir s'autosaisir de la difficulté qui lui était soumise.

Les suites données aux observations des parties par les décisions de l'Autorité et les arrêts de la cour d'appel

Au cours de l'année 2014, la cour d'appel a été amenée à statuer sur trois 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. Cette décision a déjà été commentée dans le Rapport annuel 2013.

Arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 juin 2014, relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine

Cet arrêt fait suite au recours formé contre la décision 12-D-24 rendue par l'Autorité le 13 décembre 2012 et analysée dans le Rapport annuel 2012.

La saisine du conseiller auditeur par les sociétés Orange et France Télécom avait porté, en premier lieu, sur une demande de restitution de certains documents transmis au rapporteur. Le conseiller auditeur, se référant aux éléments du dossier, avait considéré que le rapporteur avait exercé son droit de communication dans le respect des exigences légales, que la conservation des documents remis pendant le temps de l'instruction n'avait pas porté atteinte aux droits de la défense et ne dérogeait pas au principe de loyauté. Dans sa décision du 13 décembre 2012, l'Autorité avait partagé cette analyse.

Les sociétés Orange et France Télécom n'ont pas à nouveau soutenu ce moyen devant la cour d'appel.

En second lieu, les sociétés Orange et France Télécom s'étant vu notifier, le 13 mars 2008, des griefs portant sur des pratiques de ciseau tarifaire et, le 5 août 2011, à la suite du renvoi de l'affaire à l'instruction pour un complément d'information décidé par l'Autorité le 15 mai 2009, des griefs portant sur des pratiques de différenciation tarifaire, avaient saisi le conseiller auditeur de l'atteinte qui aurait été portée à leurs droits en raison de la notification de deux rapports, les 12 et 25 avril 2012, qu'elles estimaient contradictoires.

Le conseiller auditeur avait relevé qu'il résultait sans ambiguïté de la teneur du rapport du 12 avril 2012 et de l'avertissement exposé dans son préambule que ce rapport complétait le précédent rapport du 4 août 2008, relativement aux éléments

nécessaires à la détermination des sanctions, et avait rappelé que l'Autorité devait nécessairement se prononcer dans sa décision sur le bien-fondé de tous les griefs notifiés alors même que le rapporteur déciderait de ne pas retenir un grief initialement formulé. L'Autorité a partagé cette analyse dans sa décision du 13 décembre 2012, considérant que les entreprises mises en cause n'avaient pu se méprendre sur la portée des accusations dont elles étaient l'objet.

Devant la cour d'appel, la société Orange, venant aux droits des sociétés Orange et France Télécom, a soutenu à nouveau qu'en présence de deux rapports contradictoires des 12 et 25 avril 2012 elle avait été dans l'impossibilité d'organiser sa défense.

La cour d'appel a répondu que le rapport du 12 avril 2012, intitulé *Rapport complémentaire à celui établi le 4 août 2008*, n'avait pas clos la procédure d'instruction dès lors qu'il était expressément indiqué en préambule qu'il avait pour seul objet de signaler aux parties les éléments susceptibles d'influer sur la détermination des sanctions relatives au grief notifié le 13 mars 2008, mais pas de répondre aux écritures des parties relatives au rapport du 4 août 2008 et à la notification de griefs du 5 août 2011. Relevant également qu'il n'existait pas de contradiction dans les griefs notifiés et que les termes des rapports concernés étaient dépourvus d'ambiguïté, la cour d'appel a rejeté le moyen tiré de l'atteinte qui aurait été portée au principe de l'égalité des armes.

Arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 novembre 2014, relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires

Cet arrêt fait suite au recours formé contre la décision 12-D-09 rendue par l'Autorité le 13 mars 2012 et analysée dans le Rapport annuel 2012.

La saisine du conseiller auditeur avait porté sur la fixation des délais de réponse à la notification des griefs eu égard au caractère incomplet du dossier, sur l'absence de traduction de certaines pièces du dossier, sur la présence de pièces au dossier dont la saisie avait été annulée ou couvertes par le secret des affaires et, enfin, sur le versement au dossier par le service d'instruction de pièces postérieurement à la notification des griefs.

La rapporteure générale ayant fixé le point de départ du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du Code de commerce à la date à laquelle les parties avaient disposé de l'entier dossier, le conseiller auditeur s'était borné, sur ce point, à rappeler que le droit d'accès à la procédure reconnu aux parties dès la notification des délais s'étend à toutes les pièces composant le dossier à la date de la notification des griefs, sans restriction.

S'agissant de l'absence de traduction de certaines pièces en langue allemande, dont se plaignait une société de droit allemand, le conseiller auditeur avait indiqué que l'exigence figurant à l'article 26 du règlement intérieur selon laquelle tout document produit devant l'Autorité devait être rédigé en français ou, à défaut, accompagné d'une traduction en français, devait être conciliée avec le respect des droits de la défense durant la phase d'instruction et que l'Autorité devait s'assurer dans

chaque cas d'espèce, de façon concrète, que la partie mise en cause avait pu prendre connaissance de la notification des griefs et accéder aux pièces du dossier dans des conditions lui permettant l'exercice de ses droits.

S'agissant de l'absence de traduction en langue française de certaines pièces rédigées en allemand, dont se plaignaient les sociétés de droit français, le conseiller auditeur avait observé que les dispositions du règlement intérieur de l'Autorité qui envisagent pour les parties la possibilité de fournir une « *traduction abrégée ou par extraits, sans préjudice pour le rapporteur général ou le président de séance d'imposer une traduction complète* », paraissaient équilibrées et que les rapporteurs avaient observé cette préconisation pour ne procéder qu'aux traductions strictement nécessaires.

S'agissant de la présence au dossier de pièces annulées ou couvertes par le secret des affaires, le conseiller auditeur avait relevé qu'aucune pièce n'avait été communiquée aux autres parties dans leur version confidentielle et que le retard enregistré dans le retrait desdites pièces était sans incidence sur l'exercice des droits des parties dès lors qu'elles ne fondaient pas les griefs et qu'elles seraient écartées par l'Autorité dans sa décision.

S'agissant du versement au dossier, par le service de l'instruction, de pièces postérieurement à la notification des griefs, le conseiller auditeur avait rappelé que la notification des griefs, qui ouvre la phase contradictoire de la procédure, ne met pas fin à l'instruction non seulement sur la matérialité des faits, mais aussi sur leur analyse, et n'interdit pas la production de pièces nouvelles dans le respect des prescriptions de l'article L. 463-1 du Code de commerce.

Le conseiller auditeur avait conclu en conséquence qu'il n'avait pas été porté atteinte aux droits des parties.

Les parties avaient réitéré leurs observations relatives aux conditions d'accès au dossier, à la langue employée dans certaines pièces du dossier et au versement au dossier de pièces, et l'Autorité, dans sa décision du 13 mars 2012, avait partagé l'analyse du conseiller auditeur.

La cour d'appel, dans son arrêt du 20 novembre 2014, confirme la position du conseiller auditeur et de l'Autorité.

En réponse au moyen d'une partie soutenant que la présence au dossier de pièces annulées portait atteinte aux droits de la défense, l'arrêt relève que les pièces n'ont à aucun moment servi à étayer les faits, les appréciations ou les qualifications retenues dans la notification de griefs, et que, si à la suite d'une erreur matérielle une minorité des pièces litigieuses a fait l'objet d'une communication dans leur version non confidentielle, les services de l'Autorité ont accompli toutes les diligences requises pour réparer de façon adéquate cette erreur et qu'il n'a pas été porté une atteinte concrète aux droits de la défense.

En réponse au moyen tiré de ce qu'en l'absence de traduction en allemand de la notification des griefs, du rapport et du rapport complémentaire, les droits de la défense ainsi que le principe de l'égalité des armes auraient été méconnus, la cour d'appel approuve l'Autorité, dont la décision n'intervient pas au terme d'une procédure pénale proprement dite et vise des personnes morales, d'avoir décidé, à

la lumière des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, que l'article 6, paragraphe 3, alinéa a) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'avaient pas été méconnues dès lors que les sociétés en cause avaient manifesté une parfaite compréhension des reproches émis à leur encontre, avaient toutes formulé des observations détaillées au rapport et étaient toutes représentées par un conseil, voire présentes et accompagnées d'un interprète.

En réponse au moyen tiré de ce que la présence au dossier des pièces en langue étrangère portait atteinte aux droits de la défense, la cour d'appel a considéré que les pièces non traduites ne venaient pas au soutien de la démonstration des griefs par les rapporteurs et que les pièces qui venaient au soutien de l'analyse de la notification de griefs ou du rapport avaient été accompagnées de résumés succincts en français ou traduits *in extenso* en français.

Enfin, la cour d'appel a considéré que la communication des pièces du Bundeskartellamt et leur versement au dossier après la notification des griefs n'avaient pas porté atteinte aux droits de la défense dès lors que ces pièces, qui n'incriminaient aucune nouvelle pratique et ne venaient pas modifier le champ et la portée des griefs en eux-mêmes, avaient été portées à la connaissance des parties qui avaient disposé d'un délai autonome de deux mois pour présenter des observations à leur sujet.

Au cours de l'année 2014, l'Autorité a été amenée à statuer sur une affaire ayant donné lieu à saisine du conseiller auditeur.

Décision 14-D-18 22 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne (affaire n° 09/0113F)

Dans cette affaire, la notification des griefs est intervenue le 19 juillet 2011 et un rapport a été établi le 11 décembre 2013, auquel la société Vente-privée.com a répondu par un mémoire daté du 3 mars 2014.

Par lettre du 23 juin 2014, la société Vente-privée.com a saisi le conseiller auditeur des difficultés qu'elle estimait rencontrer dans l'exercice de ses droits à l'occasion de cette procédure, notamment au regard du principe de la contradiction.

La société Vente-privée.com exposait que les rapporteurs avaient demandé, le 21 mai 2014, postérieurement au dépôt du mémoire en réponse, des informations complémentaires portant sur des données statistiques.

Dans la mesure où, selon la société Vente-privée.com, la réponse à ces demandes d'information comportait des éléments nouveaux, elle demandait à prendre connaissance, au moins un mois avant l'examen de l'affaire en séance, prévue le 10 septembre 2014, de tout nouvel élément qu'utiliseraient les services d'instruction, notamment tout calcul, document, analyse, interprétation, démonstration ou

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

conclusion qui se fonderait ou ferait référence à une information transmise à la suite de la demande complémentaire d'information des rapporteurs.

Les demandes d'information formulées par les rapporteurs le 21 mai 2014 ont donné lieu à la transmission de données statistiques par la société Vente-privée.com les 20 juin, 2 juillet et 28 juillet 2014.

À la suite de plusieurs échanges avec le rapporteur général adjoint, ce dernier a indiqué à la société Vente-privée.com, le 1^{er} août 2014, que les données statistiques transmises pourraient être utilisées en séance, pour la compréhension du dossier, sans les dénaturer et sans remettre en cause les analyses précédemment développées dans la notification de griefs ou le rapport.

Au regard de ces éléments, considérant que les données avaient été transmises par la société Vente-privée.com elle-même et qu'elles ne modifiaient pas les analyses développées dans la notification de griefs et le rapport, le conseiller auditeur, après avoir rappelé que l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont, selon l'article L. 463-1 du Code de commerce, pleinement contradictoires et que ce débat contradictoire s'ouvre dès la communication des griefs et se poursuit tout au long de la procédure, a conclu que le principe de la contradiction n'avait pas été violé et que la demande de la société Vente-privée.com était sans objet. La société Vente-privée.com n'a pas réitéré ses observations devant l'Autorité.

Organisation



Organisation

Composition du collège au 31 décembre 2014 _____	325
Sections du collège au 31 décembre 2014 _____	326
Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2014 _____	327
Commissaires du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence _____	328
Organigramme _____	329

Organisation

Composition du collège au 31 décembre 2014

Bruno Lasserre	Président (conseiller d'État)	Nommé le 28 février 2014
Claire Favre	Vice-présidente (conseiller honoraire à la Cour de cassation)	Nommée le 1 ^{er} mars 2013
Emmanuel Combe	Vice-président (professeur de sciences économiques à l'université Paris-I)	Nommé le 14 novembre 2012
Élisabeth Flüry-Hérard	Vice-présidente (ancienne membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel)	Nommée le 19 mars 2014
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 Larere	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	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

Sections du collège au 31 décembre 2014

Section I A

Bruno Lasserre, président, Élisabeth Flüry-Hérard, Emmanuel Combe, Claire Favre, Thierry Dahan, vice-présidents, Chantal Chomel, Philippe Choné, Sandra Lagumina, Séverine Larere, Laurence Idot, Carol Xueref, membres

Section I B

Bruno Lasserre, président, Élisabeth 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 Larere, 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

Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, Philippe Choné, Noël Diricq, Sandra Lagumina, Séverine Larere, Pierrette Pinot, membres

Section V

Thierry Dahan, vice-président, Philippe Choné, Laurence Idot, Pierrette Pinot, Isabelle de Silva, Carol Xueref, membres

Rapporteurs généraux de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2014

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 fonction 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 fonction 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 fonction 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 fonction 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).

Simon GENEVAZ, rapporteur général adjoint et chef du service des concentrations (par décision de la Rapporteuse générale du 30 avril 2014; entrée en fonction le 1^{er} mai 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 GÉRARD, Sous-directeur à la DGCCRF, Chef du bureau 4 – Produits alimentaires et marchés agricoles et alimentaires

Axel THONIER, Sous-directeur à la DGCCRF, Chef du bureau 5 – Industrie, santé et logement

A été nommée le 29 septembre 2010 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Cécile PENDARIES, Sous-directrice à la DGCCRF, Chef du bureau 3 – Affaires juridiques, politiques de la concurrence et de la consommation

A été nommé le 11 janvier 2011 par arrêté de la ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Stanislas MARTIN, Chef du service de la protection des consommateurs et de la régulation des marchés (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 service à la personne (DGCCRF)

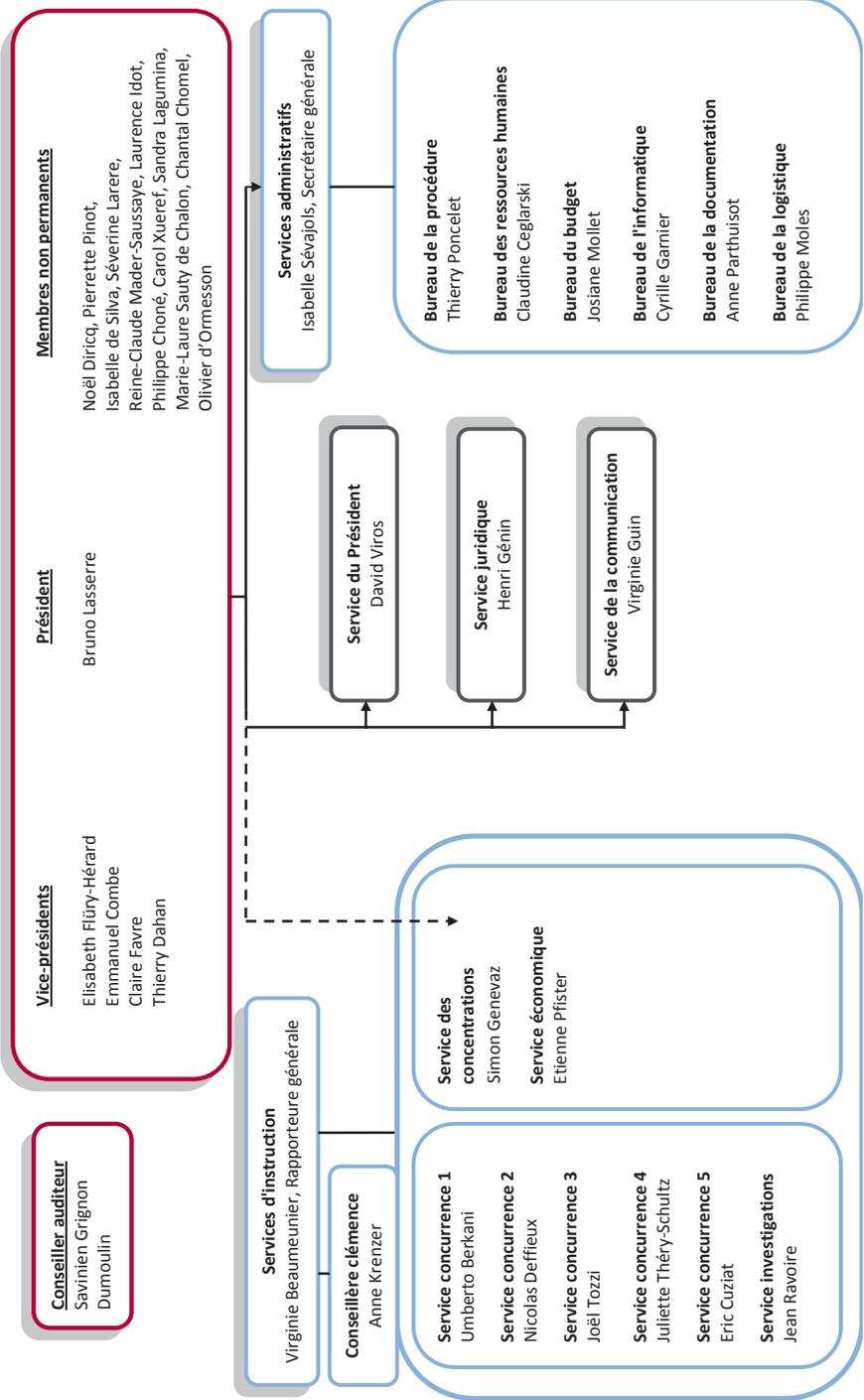
Paul-Emmanuel PIEL, Chef du bureau 6B – Médias, télécommunications, biens et services culturels (DGCCRF)

A été nommé le 28 octobre 2014 par arrêté du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi :

Thomas PIQUEREAU, Chef du bureau des services financiers et professions réglementées (DGCCRF)

Organigramme

Organisation de l'Autorité de la concurrence au 31 décembre 2014



Index



Index

Index par secteur d'activité (codes NAF) _____ 335

Index par entreprise ou organisme _____ 337

Index par secteur d'activité (codes NAF)

1-Agriculture, chasse, services annexes

Culture de céréales; culture industrielle
14-A-04

Culture de légumes; maraîchage
14-A-03; 14-A-04

Culture fruitière
14-A-03

15-Industries alimentaires

Fabrication de lait liquide et de produits frais
14-D-08

Transformation du thé et du café
14-D-09

17-Industrie textile

Fabrication de linge de maison et d'articles d'ameublement
14-D-03

21-Industrie du papier et du carton

Fabrication de papiers peints
14-D-20

22-Édition, imprimerie, reproduction

Édition de journaux
14-D-02

Édition de livres
14-A-18

24-Industrie chimique

Fabrication de médicaments
14-D-06

Fabrication de parfums et de produits pour la toilette
14-D-19

Fabrication de savons, détergents et produits d'entretien
14-D-19

30-Fabrication de machines de bureau et de matériel informatique

14-D-15

35-Fabrication d'autres matériels de transport

Réparation navale
14-D-17

40-Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution de combustibles gazeux
14-A-01; 14-MC-02

Distribution et commerce d'électricité
14-A-14; 14-A-16

Production de gaz manufacturé
14-A-01; 14-MC-02

Production d'électricité
14-A-14; 14-A-16

Transport d'électricité
14-A-14; 14-A-16

45-Construction

Construction de chaussées routières et de sols sportifs
14-A-13

50-Commerce et réparation automobile

Commerce de détail de carburants
14-D-13

51-Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Commerce de gros d'appareils électroménagers et de radios et télévisions
14-D-07

Commerce de gros de combustibles
14-D-13

Commerce de gros de parfumerie et de produits de beauté
14-D-19

Commerce de gros de produits pour l'entretien et l'aménagement de l'habitat
14-D-19

52-Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Hypermarchés
14-D-08; 14-D-19

Supermarchés
14-D-08; 14-D-19

Vente par correspondance spécialisée
14-D-18

60-Transports terrestres

14-A-13

Déménagement
14-D-16

Transport de voyageurs par taxi
14-A-17

Transports ferroviaires
14-D-01; 14-D-11; 14-A-09

Transports routiers réguliers de voyageurs
14-A-05

63-Services auxiliaires des transports

Agences de voyages
14-D-11

64-Postes et télécommunications

Télécommunications (hors transmissions audiovisuelles)
14-D-05; 14-D-10; 14-A-06;
14-A-08; 14-A-18

71-Location sans opérateur

Location de linge
14-D-03

72-Activités informatiques

Activités de banques de données
14-A-18

Édition de logiciels (non personnalisés)
14-D-06; 14-A-15

Traitement de données
14-D-06; 14-D-12

74-Services fournis principalement aux entreprises

14-A-12

Conseil pour les affaires et la gestion
14-A-10

75-Administration publique

Activités générales de sécurité sociale
14-D-12

85-Santé et action sociale

Ambulances
14-D-14

92-Activités récréatives, culturelles et sportives

Autres activités sportives
14-MC-01

Édition de chaînes thématiques
14-A-07; 14-MC-01

Jeux de hasard et d'argent
14-D-04

Production de programmes de télévision
14-A-07; 14-MC-01

93-Services personnels

Blanchisserie-teinturerie de gros
14-D-03; 14-A-11

Index par entreprise ou organisme

A

A. S. Création France S. A. S.
14-D-20

A. S. Création Tapeten AG
14-D-20

AGS Martinique
14-D-16

Alouette 2000
14-D-14

Ambulances Didier
14-D-14

Ambulances du Mantois
14-D-14

Ambulances Sainte-Anne
14-D-14

Antargaz
14-A-01

Antilles Glaces SAS
14-D-08

AS Voyages
14-D-11

ATSU 78
14-D-14

Autorité de régulation des activités
ferroviaires (ARAF)
14-A-09

Autorité de régulation des
communications électroniques et des
postes (ARCEP)
14-A-06; 14-A-08

B

Beiersdorf
14-D-19

beIN Sports France
14-MC-01

Betclac
14-D-04

Bolton Manitoba
14-D-19

Bouygues Télécom
14-D-10

Brandalley
14-D-18

Butagaz
14-A-01

C

Caisse nationale de l'assurance maladie
des travailleurs salariés (CNAMTS)
14-D-12

Cegedim
14-D-06

Celtipharm
14-D-12

CIR Ambulances
14-D-14

Colgate-Palmolive
14-D-19

Commission des finances de l'Assemblée
nationale
14-A-13

Commune de Saint-Leu
14-D-13

Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)
14-A-07

D

Data Concept
14-D-07

Décoralis S. A.
14-D-20

Direct Énergie
14-MC-02

E

EDF
14-A-14; 14-A-16
EFTG
14-D-15
Empreinte Océane
14-D-15
Ethical Coffee Company SA
14-D-09
Euris
14-D-06

F

Fédération Les Producteurs de légumes
de France
14-A-03

G

GDF Suez
14-MC-02
GIE SESAM-Vitale
14-D-12
Google France
14-A-18
Google Inc.
14-A-18
Graham Brown France SARL
14-D-20
Grand Port maritime de Marseille
(GPMM)
14-D-17
Grandeco Wallfashion Group N.V.
14-D-20
Groupe Amaury
14-D-02
Groupe Canal Plus
14-MC-01
Groupement des entreprises industrielles
de services textiles (GEIST)
14-A-11

H

Henkel
14-D-19
Hillshire Brands Company
14-D-19

I

Interprofession des semences
14-A-04
ITM
14-D-15; 14-D-17

J

Jussieu
14-D-14
Johnson & Johnson
14-D-19

L

L'Éditeur S. A.
14-D-20
L'Oréal
14-D-19
Laiterie de Saint-Malo
14-D-08
LCI
14-A-07
Le Journal du sport
14-D-02
Ligue nationale de rugby (LNR)
14-MC-01

M

Martinique Déménagements
14-D-16
MCF Investissement SAS
14-D-20
Mewa
14-D-03
Ministère de l'Agriculture
14-A-04

Ministère de l'Économie, de l'Industrie et
de l'Emploi
14-A-02; 14-A-14;14-A-15;
14-A-16;14-A-17

Mobilitas
14-D-16

N

Nautech
14-D-17

Nespresso France SAS
14-D-09

Nester SA
14-D-09

Nestlé Nespresso SA
14-D-09

Nestlé Suisse SA
14-D-09

O

Opérateurs spécialisés du commerce
international (OSCI)
14-A-10

Orange
14-D-10

Orange Mayotte
14-D-05

Orange Réunion
14-D-05

Outremer Télécom
14-D-05

P

Palumbo Marseille Superyachts ITM
14-D-17

Paris Première
14-A-07

Planète +
14-A-07

PMU
14-D-04

Primagaz
14-A-01

Procter & Gamble
14-D-19

R

Rasch France S. A. R. L.
14-D-20

RCA
14-D-15

Reckitt Benckiser
14-D-19

Roland Vlaemynck Tisseur
14-D-03

S

Samsung Electronics France
14-D-07

Sara Lee Coffee and Tea France SNC
14-D-09

SAS Kelkoo
14-D-07

SC Johnson
14-D-19

SCA Tissue
14-D-19

SFR
14-D-05; 14-D-10

SMDTE
14-D-16

SMTT
14-D-15

SNCF
14-D-01; 14-D-11

SNYL SAS
14-D-08

Société Bottin Cartographes
14-A-18

Société Concurrence
14-D-07

Société d'édition de Canal Plus
14-MC-01

Société de conception et d'édition S. A. S.
14-D-20

Socrema SAS
14-D-08

SRR
14-D-05

Sud Moteurs
14-D-17

Syndicat national des professionnels de
l'hébergement d'entreprise (SYNAPHE)
14-A-12

T

Totalgaz
14-A-01

TRODAT
14-D-15

TYMIX
14-D-15

U

UFC-Que choisir
14-A-01

Unilever
14-D-19

V

Vente-privée.com
14-D-18

Vitogaz
14-A-01

Voyages-sncf.com
14-D-11

Z

Zambaiti France S. A. S.
14-D-20

Recours devant la cour d'appel de Paris



Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2013 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mis à jour au 21 mai 2015)

	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	Arrêt du 25 septembre 2014 Réformation partielle
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	Arrêt du 26 février 2015 Confirmation
13-D-07 du 28 février 2013	relative à une saisine de la société E-kanopi	Arrêt du 24 juin 2014 Confirmation
13-D-08 du 15 avril 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'appareillage électrique résidentiel	Arrêt du 19 juin 2014 Confirmation
13-D-11 du 14 mai 2013	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique	Arrêt du 18 décembre 2014 Confirmation
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	Arrêt du 19 juin 2014 Confirmation
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	Arrêt du 26 mars 2015 Confirmation
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	Arrêt du 21 mai 2015 Réformation partielle
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	Arrêt du 26 mars 2015 Confirmation

Décisions 2014 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mis à jour au 21 mai 2015)

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
14-D-02 du 20 février 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive	Arrêt du 15 mai 2015 Confirmation
14-D-03 du 20 février 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des serviettes industrielles	Affaire pendante
14-D-06 du 8 juillet 2014	relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales	Affaire pendante
14-D-07 du 23 juillet 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs	Affaire pendante
14-D-08 du 24 juillet 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises	Affaire pendante
14-D-10 du 23 juillet 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des réseaux et des services de communications mobiles	Arrêt du 5 février 2015 Confirmation
14-D-12 du 10 octobre 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et le GIE SESAM-Vitale	Affaire pendante
14-D-16 du 18 novembre 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique	Affaire pendante
14-D-17 du 20 novembre 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réparation navale de grande plaisance en Méditerranée	Affaire pendante
14-D-18 du 28 novembre 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne	Affaire pendante
14-D-19 du 18 décembre 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps	Affaire pendante
14-D-20 du 22 décembre 2014	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France	Affaire pendante
Mesures conservatoires		Arrêts cour d'appel
14-MC-01 du 30 juillet 2014	relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société belN Sports France dans le secteur de la télévision payante	Arrêt du 9 octobre 2014 Confirmation pour l'essentiel
14-MC-02 du 9 septembre 2014	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité	Arrêt du 31 octobre 2014 Confirmation pour l'essentiel

Liste des décisions et avis 2014



Liste des décisions et avis 2014

Décisions

Décision 14-D-01 du 13 février 2014 relative au suivi de l'injonction prononcée dans la décision 12-D-25 du 18 décembre 2012 portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises

Décision 14-D-02 du 20 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive

Décision 14-D-03 du 20 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des serviettes industrielles

Décision 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne

Décision 14-D-05 du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à la Réunion et à Mayotte

Décision 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales

Décision 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs

Décision 14-D-08 du 24 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises

Décision 14-D-09 du 4 septembre 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso

Décision 14-D-10 du 25 septembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des réseaux et des services de communications mobiles

Décision 14-D-11 du 2 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train

Décision 14-D-12 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de données de santé par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et le GIE SESAM-Vitale

Décision 14-D-13 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques alléguées par la commune de Saint-Leu

Décision 14-D-14 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport sanitaire d'urgence par ambulances dans le département des Yvelines

Décision 14-D-15 du 10 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du tampon encreur

Décision 14-D-16 du 18 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique

Décision 14-D-17 du 20 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réparation navale de grande plaisance en Méditerranée

Décision 14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne

Décision 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps

Décision 14-D-20 du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France

Avis

Avis 14-A-01 du 14 janvier 2014 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers

Avis 14-A-02 du 6 février 2014 relatif à une proposition de nomination aux fonctions de conseiller auditeur de l'Autorité de la concurrence

Avis 14-A-03 du 14 février 2014 relatif à une saisine de la fédération Les Producteurs de légumes de France

Avis 14-A-04 du 24 février 2014 relatif à des accords interprofessionnels dans le secteur des semences

Avis 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar

Avis 14-A-06 du 15 avril 2014 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le quatrième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit, du très haut débit et des services de capacités

Avis 14-A-07 du 18 juin 2014 relatif à une demande d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le fondement de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 sur la demande de passage sur la plate-forme de TNT gratuite des chaînes LCI, Paris Première et Planète +

Avis 14-A-08 du 20 juin 2014 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes concernant un projet d'analyse des marchés de téléphonie fixe

Avis 14-A-09 du 11 juillet 2014 relatif au projet de séparation comptable de l'activité infrastructure de la SNCF

Avis 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international

Avis 14-A-11 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière

Avis 14-A-12 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement d'entreprises

Avis 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires

Avis 14-A-14 du 26 septembre 2014 concernant un projet de décret modifiant le décret n° 2009-975 du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité

Avis 14-A-15 du 9 octobre 2014 relatif à un projet de décret concernant l'obligation de certification des logiciels d'aide à la prescription médicale et des logiciels d'aide à la dispensation prévue à l'article L. 161-38 du Code de la sécurité sociale

Avis 14-A-16 du 20 octobre 2014 concernant un projet de décret portant modification du décret n° 2011-466 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique

Avis 14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes

Avis 14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France

Mesures conservatoires

Décision 14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante

Décision 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Énergie dans les secteurs du gaz et de l'électricité